

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Anna Paula Matsuoka Pandim Barbosa Machado

**O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO E A NARRATIVA DA SIMPLIFICAÇÃO:
A MUDANÇA DE PARADIGMA NA ESTEIRA DE UM DIREITO
ADMINISTRATIVO COM VIESES ECONÔMICO E COMPORTAMENTAL**

VOLUME 1

**Dissertação no âmbito do Mestrado Científico na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Administrativo orientada pela
Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz e apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra.**

Maio de 2022



Anna Paula Matsuoka Pandim Barbosa Machado

**O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO E A NARRATIVA DA SIMPLIFICAÇÃO:
A MUDANÇA DE PARADIGMA NA ESTEIRA DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO
COM VIESES ECONÔMICO E COMPORTAMENTAL**

**THE ADMINISTRATIVE SILENCE AND THE NARRATIVE OF
SIMPLIFICATION:
THE PARADIGM SHIFT TOWARDS AN ADMINISTRATIVE LAW WITH
ECONOMIC AND BEHAVIORAL BIAS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-políticas/Menção em Direito Administrativo.

Orientadora: Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz

Coimbra, 2022

Ao Emanuel e ao Henrique.

A palavra é prata, o silêncio é ouro.

Provérbio

Agradecimentos

Mesmo que pareça um tanto piegas, a verdade é que as realizações de uma vida são concretizadas somente com ajuda, direta ou indireta, do outro. Conhecedora da importância do “outro”, impossível não demonstrar a minha gratidão a algumas pessoas que foram de vital importância nessa etapa da minha história.

Por isso, antes de começar a dissertação, atesto, aqui, a minha gratidão:

- à minha orientadora, Senhora Doutora Professora Ana Raquel Gonçalves Moniz, que muito contribui na elaboração desta dissertação, sendo sempre muito diligente, sábia, ponderada e doce;

- ao Senhor Doutor Professor Pedro Costa Gonçalves, ao Senhor Doutor Professor João Carlos Loureiro e a Senhora Doutora Professora Paula Veiga pelos ensinamentos;

- aos funcionários da Biblioteca Geral e da Sala de Revistas pela, sempre, boa disposição;

- ao meu filho, Emanuel, pela resignificação;

- ao meu marido, Henrique, pelo companherismo.

Muito obrigada por fazerem parte deste projeto.

Resumo

Apesar de ser uma matéria há muito tempo estudada no Direito Administrativo, o silêncio administrativo ganhou um novo significado em um contexto de sociedade pós-moderna, principalmente, no que tange ao seu efeito. Isso porque, em um primeiro momento, reinava o efeito negativo, ou seja, o indeferimento tácito, embasado no discurso da possibilidade recursal. Sob a influência da interdisciplinaridade, da economização do direito e da globalização, o efeito estimulado passou a ser o positivo, ou seja, o deferimento tácito, vez que, em decorrência da forte influência dos organismos internacionais, mormente OCDE e União Europeia, associou-se o deferimento tácito à ideia de simplificação. Essa narrativa é oriunda de um anseio econômico proativo da Administração Pública, ao transformar a omissão em uma ferramenta que atenda a necessidade de previsibilidade que a economia exige, de modo que o deferimento tácito adquiriu o papel de ferramenta para o progresso econômico. Além de demonstrar um viés comportamental da Administração Pública, seja pelo fato da Diretiva de Serviço ser considerada, *per se*, um estímulo de comportamento, seja pelo fato de que essa narrativa serve como impulso, sem coerção, para uma atuação administrativa uniforme que interfira no mercado e, ao mesmo tempo, promova os ideais de boa administração. Tal junção é muito bem vista e estimulada em um ambiente econômico e comportamental, mas deve ser aplicada com cautela em outras áreas de interesse administrativo, nas quais o bem maior a ser tutelado não seja o econômico.

Palavras-chave: Silêncio Administrativo. Deferimento tácito. Simplificação. Direito Administrativo econômico. Nudge.

Abstract

Despite being a subject studied for a long time in Administrative Law, administrative silence has gained a new meaning in a context of postmodern society, mainly in terms of its effect. At first, the negative effect reigned, that is, the negative silence, based on the discourse of the possibility of appeal. Under the influence of interdisciplinarity, the economizing of law and globalization, the stimulated effect became the positive one, that is, the positive silence, since, in the face of the strong influence of international organizations, especially the OECD and the European Union, positive silence was associated with the idea of simplification. This narrative comes from a proactive economic desire of the Public Administration, by transforming the omission into a tool that meets the need for predictability that the economy requires, so that the positive silence obtained the role of a tool for economic progress. In addition to demonstrating a behavioral bias of the Public Administration, either because the Service Directive is considered, *per se*, a nudge, or because this narrative serves as an impulse, without coercion, for a uniform administrative action that interferes with the economy and, at the same time, promote the ideals of good administration. Such a junction is very well seen and encouraged in an economic and behavioral environment, but it should be applied with caution in other areas of administrative interest, in which the greater good to be protected is not the economic one.

Keywords: Administrative silence. Positive silence. Simplification. Economic Administrative Law. Nudge.

Lista de siglas e abreviaturas

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AIA – Avaliação de Impacte Ambiental

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

Art. – Artigo

CAA – *Cour Administrative d'Appel*

COSA - *Commission pour les simplifications administratives*

CPA – Código de Procedimento Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa de 1976

CRPA - *Code des relations entre le public et l'administration*

DIA – Declaração de Impacte Ambiental

DL – Decreto-lei

LPAC – *Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones*

Públicas

NDA – Novo Direito Administrativo

OCDE – Organização para a cooperação e o desenvolvimento económicos

OECE – Organização Europeia de Cooperação Económica

PME – Pequenas e médias empresas

Pp - Páginas

RAIA – Regime de Avaliação de Impacte Ambiental

REAP – Regime do Exercício de Atividade Pecuária

RJUE - Regime Jurídico da Urbanização e Edificação

RLA- Regime de Licença Ambiental

RPAG – Regime de Prevenção de Acidentes Graves

RURH – Regime de Utilização de Recursos Hídricos

STF – Supremo Tribunal Federal

UE – União Europeia

VwVfG – *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Lei do Procedimento Administrativo alemã)

Índice

Resumo	6
Abstract.....	7
Introdução	10
Parte I. O silêncio administrativo: da omissão à intenção	14
1. A omissão frente a um requerimento: o silêncio administrativo.....	16
1.1. Caracterizando o silêncio administrativo.....	18
1.2. Efeitos do silêncio administrativo.....	21
2. O silêncio administrativo no Direito Português e suas diferentes narrativas	24
3. As narrativas do silêncio administrativo no Direito Comparado	29
3.1. A experiência francesa.....	30
3.2. A experiência espanhola	33
3.3. A experiência alemã.....	36
3.4. A experiência brasileira	39
Parte II. A compreensão atual do efeito positivo do silêncio administrativo e o contexto da simplificação.....	42
1. Diferenciação terminológica da simplificação administrativa	43
2. Natureza jurídica da simplificação	46
3. Âmbito de aplicação da simplificação administrativa.....	47
4. A distinção entre simplificação administrativa e simplificação procedimental.	49
5. Incentivos ao discurso da simplificação	51
5.1. O contributo europeu	51
5.2. O contributo da OCDE	53
6. O casamento entre silêncio positivo e simplificação: a influência externa da Diretiva 2006/123/CE e os incentivos da OCDE.....	57
6.1. O casamento entre silêncio positivo e simplificação: reflexos no âmbito interno.....	61
6.2. Outro reflexo interno da simplificação: mera comunicação prévia e a comunicação prévia com prazo.....	64
Parte III – A associação entre deferimento tácito e simplificação como ferramenta interdisciplinar no Direito Administrativo contemporâneo	67
1. A busca por uma narrativa que satisfaça os interesses da administração e do administrador	67
1.1. O papel da narrativa no atual Estado administrativo	67
1.2. O atual papel interno da Administração Pública	71
2. Da necessidade de readequação.....	72

2.1. A interdisciplinariedade e a adequação de discursos do Direito Administrativo	74
2.2. Da necessidade de uma análise econômica no Direito Administrativo	76
2.2.1. O deferimento tácito na esteira de um Direito Administrativo com viés econômico.	79
2.3. Da necessidade de um Direito Administrativo comportamental	82
2.3.1. O deferimento tácito na esteira de um Direito Administrativo com viés comportamental	87
3. O deferimento tácito como uma nova narrativa em busca do fim público	89
3.1. O outro lado da narrativa: refletindo sobre o fim público perseguido	91
Conclusões	96
Bibliografia	99
Jurisprudência	112

Introdução

É fato que o Direito Administrativo preocupa-se muito com a ação, com a atividade, com o desempenho, com a execução, com o poder, com o processo, com os contratos, com os atos. Por outro lado, não despende a mesma energia para estudar a inação, o que parece ser um equívoco, pois a inação administrativa, seja intencional ou não, tem repercussão tanto quanto uma ação administrativa.¹

A inação administrativa, tradicionalmente, é má vista, tida como obstáculo para atingir o fim público, e assim o é em grande parte das omissões administrativas – principalmente em um Estado Administrativo agigantado. Contudo, há casos em que a omissão pode ser ferramenta para se alcançar o fim público, e é um desses casos, que reputamos ser de “inação produtiva”, que propomos analisar.

Para tal desiderato, refletiremos sobre a inação do dever de decidir, matéria clássica no Direito Administrativo, e como essa se adaptou ao tempo, isso porque o silêncio administrativo (principalmente através dos seus efeitos) carrega consigo objetivos: seja de possibilitar o acesso a via recursal, seja de promover o desenvolvimento econômico.

De modo que o silêncio administrativo, em que pese o estigma do não fazer, pode ser um meio de se atingir os anseios da Administração Pública. Nesse campo, ganha notoriedade a relação fundamentação e omissão. Como reflexo do estigma do não fazer, ainda persiste a ideia de que a fundamentação do ato administrativo é imprescindível para o controle, para a obediência à legalidade, para a lisura administrativa, dentre outras garantias do administrado – fazendo parecer que a Administração Pública tem o dever de explicar todos os requerimentos do administrado. Em que pese esse ponto de vista, não se pode desconsiderar que há hipóteses em que a fundamentação é dispensada ou, por outro motivo, não ocorre e, nem por isso, representa uma mácula da atividade administrativa.

E essa dispensa pode ocorrer até na análise de alguns atos administrativos que carregam consigo um dever constitucional de proteção sensível – telecomunicações, meio

¹ Aqui, não defendemos que o seu estudo foi esquecido pelos administrativistas apenas consideramos que o tema, pela sua abrangência e importância, pode ser mais explorado. Ainda, sobre a necessidade de novos olhares sobre o tema Polonca Kovac, Hanna Tolsma e Dacian Dragos ponderam que a inatividade administrativa não é um fenômeno novo, contudo parece ter um interesse limitado a uma visão *pro-business*. KOVAC, Polonca, TOLSMA, Hanna D., DRAGOS, Dacian C., <In search of an effective model: a comparative outlook on administrative silence in Europe>, in *The sound of silence in european administrative law*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020, p. 4.

ambiente, proteção internacional, entre outros-, nessa hipótese a Administração Pública não está obrigada a se pronunciar, ou seja, a omissão não lhe ocasionará punição imediata, mas, a depender de previsão legal, poderá haver reflexos dessa inação para o administrado, que podem ser de deferimento ou de indeferimento. De sorte que o silêncio administrativo apresenta-se como uma alternativa para a prossecução da atividade administrativa, sem que a ausência de fundamentação seja um obstáculo. E é isso que estudaremos inicialmente.

Nesta primeira parte, de carácter introdutório, apresentaremos as linhas gerais sobre a omissão frente a um requerimento de um particular, ou seja, analisaremos o silêncio administrativo. Ainda, diante da influência do Direito Administrativo estrangeiro nessa matéria, em que pese o enfoque ser no ordenamento português, traremos certa referência ao tratamento dado em França, Espanha, Alemanha e Brasil. A visão comparada desse tema é importante para demonstrar que nos diferentes ordenamentos, em que pese os diferentes conceitos e fundamentos, há, hodiernamente, uma certa valorização do efeito positivo do silêncio administrativo.

Cientes das mudanças que circundam o tema, principalmente no que tange os seus efeitos – indeferimento e deferimento – que demonstram, por via reflexa, a mudança de narrativa do Estado Administrativo para alcançar seus objetivos, estudaremos, na segunda parte, diante do atual viés econômico do silêncio administrativo (a tal ponto de ser elevado a instrumento de desenvolvimento e modernização administrativa), a nova narrativa que foi atrelada ao silêncio, ou melhor, a um efeito do silêncio, qual seja, o deferimento.

Isso porque, atualmente, o deferimento tácito é bastante estimulado, por ser associado à ideia de simplificação. De modo que, em que pese tal visão não ser assente na doutrina, incentiva-se o discurso de que o deferimento tácito transformou a simples omissão de manifestação em uma verdadeira inação produtiva que atende as exigências econômicas e sociais.

Tal visão, em parte, é oriunda da influência da União Europeia e da OCDE, pois foi através dessas organizações, atreladas à ideia de globalização e europeização, que, no âmbito interno, o deferimento tácito foi positivado e estimulado. Por isso, dedicaremos, em um segundo momento, a estudar a simplificação e a influência dessas organizações transnacionais para a adoção dessa nova narrativa, e como esse novo discurso reflete uma necessidade atual, diante de uma sociedade pós-moderna, em que a Administração Pública busca novos parâmetros de gestão.

Ou seja, depois de revisitarmos o silêncio administrativo e os seus efeitos, já teremos as balizas suficientes para, nos próximos capítulos, discutir se no âmbito da Administração Pública hodierna, que tende a ter uma nova roupagem (pensante, diligente, simplificada, democrática), o silêncio administrativo pode ser uma ferramenta para analisarmos os contornos do interesse público, os contornos da relação cidadão e Administração Pública, os contornos da relação da Administração Pública com os terceiros interessados.

Cientes dos efeitos do silêncio administrativo, da influência externa para a adoção do deferimento tácito como meio de promoção de desenvolvimento econômico e como a narrativa da simplificação é fruto de uma própria mudança social, passaremos à terceira – e última – parte da dissertação. Nesse momento, o espaço será dedicado à necessidade de mudança de paradigma na pós-modernidade e ao estudo do papel da economia e do comportamento no deferimento tácito. Analisaremos como o deferimento tácito é uma alternativa para a omissão frente a um Direito Administrativo econômico e comportamental.

Para isso traçaremos o contorno do que entendemos ser um Direito Administrativo com vieses econômico e comportamental. Fruto da necessidade de um conhecimento interdisciplinar, típico de uma era pós-moderna, o Direito Administrativo para atingir os seus objetivos precisou se adaptar e beber de outras fontes, dentre elas, a Economia. Nessa seara, o fomento da atividade econômica passou a ser preocupação do Direito Administrativo. Aqui, para além da regulação, o Direito Administrativo econômico busca uma integração e uma interferência direta no desenvolvimento econômico-social. Ademais, como economia é comportamento, o Direito Administrativo precisou usar de conceitos e do paradigma da racionalidade para traçar os empurrões e as políticas daí decorrentes que seriam necessárias para influenciar nas escolhas e nos rumos das políticas públicas e com isso induzir uma lógica de desenvolvimento econômico.

Tais abordagens do Direito Administrativo representam uma necessidade de sobrevivência e adequação. Acompanhando os anseios sociais ao abrir a novos discursos e a novas possibilidades, como a busca pela simplificação e pelo deferimento tácito como forma de atingir o famigerado interesse público.

Para finalizar, alertamos que essa dissertação não visa glorificar o deferimento tácito e refutar o dever de fundamentação, nem tratar o deferimento tácito como a panaceia da crise econômico-administrativa, tanto é que no final da dissertação refletiremos se essa

narrativa deve ser aplicada a todas as áreas de atuação administrativa, ou se só é conveniente quando se tutela o aspecto econômico. Aqui, o objetivo é demonstrar a mudança de narrativa associada ao silêncio administrativo e como essa transformação é fruto da própria metamorfose do Direito Administrativo.

Parte I. O silêncio administrativo: da omissão à intenção

O poder da Administração Pública é um poder de agir. Ocorre que esse poder de agir possui diferentes acepções se analisado na esfera privada e na esfera pública. Enquanto no direito privado é visto como faculdade, na esfera pública esse poder tem uma perspectiva de imposição – daí o “dever de ação” - de tal modo que “Pouca ou nenhuma liberdade sobra ao administrador público para deixar de praticar atos de sua competência legal.”² Por consectário, a Administração Pública é estudada, primordialmente, no aspecto da ação, isso porque é assente a ideia de que a função administrativa se concretiza por meio de uma atividade administrativa, mediante atos da administração, o que, *per si*, pressupõe um papel ativo da Administração Pública.

Tal concepção é assente no Estado administrativo, que possui o papel de promover e, principalmente, assegurar o interesse público, e isso, em uma primeira vista, só se concretiza com ações, pois o poder do administrador público é tratado como um dever de ação a favor da comunidade, não cabendo ao administrador renunciar por liberalidade, já que “o Poder Público não é, nem pode ser, instrumento de cortesias administrativas”.³

No contexto atual, esse papel é exaltado perante o atual protagonismo do Estado Administrativo como agente de transformação econômico e social – mormente, se contextualizarmos aos ideais do Estado Social e do Estado regulador, que são modelos em que o Estado Administrativo interfere de modo ativo e constante - sendo que a ação administrativa apresenta-se como o meio de se atingir o fim público, exigindo, por conseguinte, uma presença constante da atividade administrativa.

E por essa concepção de Estado que tem o dever de promover é que surge uma repulsa à inação administrativa, por vezes, taxada como ilegal ou ineficiente ou vista como uma atrofia ou defeito da Administração Pública.⁴ Aqui, não coadunamos com tal concepção

² MEIRELHES, Hely Lopes, *Direito Administrativo brasileiro*, 23 Edição, Malheiros, São Paulo, 1998, p. 93.

³ *Idem*.

⁴ Ao escrever sobre a omissão da Administração Pública em Costa Rica, Mario Quesada Aguirre defende que, no âmbito da Administração Pública, a omissão é um critério de anormalidade e mesmo com o inquestionável volume de serviços da administração, não lhe cabe a omissão, criticando o que entende ser uma cultura *del no hacer* na Administração de Costa Rica. Para mais, AGUIRRE, Mario Quesada, <La omisión o inactividad de la administración pública como critério de anormalidad y de responsabilidad>, in *Revista el Foro*, Colegio de Abogados, nº 12, Costa Rica, 2012, p. 72. Ao escrever sobre a omissão da Administração Pública em Espanha, Marcos Gómez Puente defende que se trata de um comportamento antijurídico, contrário à legalidade e à juridicidade, que contradiz com a realidade que a Constituição atribui à Administração, que é de instrumento essencial do Estado social de Direito. GÓMEZ PUENTE, Marcos, <Responsabilidad por inactividad de la Administración>, in *Documentación Administrativa*, n. 237-238, 1994. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5352>.

genérica e generalizada, pois acreditamos que até nos modelos mais intervencionistas de Estado Administrativo há momentos em que a contenção da intervenção administrativa é um caminho para atingir o fim público, como no caso do silêncio administrativo.

Além disso, é importante perceber que nem só de ação vive a Administração Pública, uma vez que há de se ponderar, principalmente sob a perspectiva prática, a diferença entre poder fazer, no sentido de competência, e dever fazer⁵ (e não tratar o poder fazer como sinônimo do dever fazer). Isso porque o fato da Administração ter competência para determinado ato, não implica necessariamente uma obrigação de fazê-lo.

Já que “a inação refere um não agir, mas não, necessariamente, a violação de um dever de agir”⁶. Com efeito, há casos em que a inação não corresponde à violação de um dever de agir, bem como há casos em que a inação configura um descumprimento, sendo que somente nesse último a inação adota um viés negativo. Diante das possibilidades do poder fazer, o não fazer apresenta-se como uma hipótese.

Sendo uma das hipóteses do poder fazer, a omissão sempre foi objeto de debate na seara administrativa, por vezes taxada como falha ou desídia administrativa. Assim, pontuamos ser fundamental perceber que existem diferentes “inações” e, por conseguinte, diferentes efeitos.

Nesse toar, a inatividade da administração não pode ser analisada de forma única, já que há diferentes tipos de inação e, por isso, diferentes efeitos que dela decorrem, sendo que algumas são toleradas e outras penalizadas. Portanto, mesmo que à primeira vista pareça paradoxal, nem toda omissão será desídia, dado que há espécies de não agir administrativo que podem gerar efeitos favoráveis e até mesmo representar uma intenção.

Desse modo, a omissão não pode ser restritivamente analisada com o rótulo de falha da atividade administração. Ao contrário, a omissão pode e deve ser aproveitada

⁵ Nesse sentido, “Na verdade, nem sempre o facto de a Administração poder fazer algo – dispor de “competência para”, “ter o poder de” – implica que tenha o dever de fazer esse algo ou, pelo menos, que tenha de o fazer em todo o lado, ao mesmo tempo, sempre que se verificarem as circunstâncias concretas que o tornem possível. As competências administrativas oficiosas correspondem, de facto, a “poderes”, a “poderes funcionais” – ou seja, poderes a exercer ao serviço de uma função definida externamente –, mas delas não emergem sempre, e em todos os casos, deveres de agir específicos, ou seja, deveres de exercício obrigatório num contexto determinado de tempo e de lugar. Mais, deve-se mesmo considerar a hipótese de uma desligação entre poder (competência) e dever de agir, no caso das normas permissivas.” GONÇALVES, Pedro Costa, <Ensaio sobre a figura da inação administrativa oficiosa>, in *Revista Brasileira de Direito Público*, RBDP, ano 15, n. 57, abr/jun 2017, Belo Horizonte p. 15.

⁶ Conferir, GONÇALVES, Pedro Costa, <Ensaio sobre a figura da inação administrativa oficiosa... p 22.

racionalmente, transformando-se em instrumento de concretização do fim público ou como reposta jurídica preventiva⁷.

Alfim, para reforçar, a presente dissertação não tratará da omissão *lato sensu*, e sim de uma omissão específica, denominada silêncio administrativo, sendo que a omissão nesse caso não só é tolerada⁸, mas sim permitida e até mesmo estimulada, por expressa disposição legal. O que traz uma visão diferente sobre a omissão, destoante da ideia pejorativa tradicional, vista, nesse caso, como promotora dos interesses da Administração Pública – o que será melhor explorado a seguir.

Por isso, nessa primeira parte da dissertação, iremos analisar uma “espécie” de inação, que é o silêncio administrativo, que se caracteriza como uma omissão da Administração Pública frente a uma oportunidade de manifestação. Nosso enfoque é refletir como essa omissão pode ser uma ferramenta da Administração para atingir os seus anseios, para isso desenharemos os contornos do silêncio administrativo, com atenção, primordialmente, aos seus efeitos, já que esses carregam discursos – bandeiras - que demonstram uma clara mudança de concepção do que seja a atuação administrativa, como também atribui a omissão a função de servir como ferramenta de uma Administração Pública moderna, desmistificando a “lenda” de que toda omissão administrativa acarreta prejuízo ao administrado, o que nos faz refletir sobre o papel do silêncio administrativo na atual Administração Pública, dado que o silêncio administrativo se mostrou um instituto com maleabilidade para se adaptar ao tempo.

1. A omissão frente a um requerimento: o silêncio administrativo

⁷ Para Paulo Modesto, o silêncio administrativo é uma resposta jurídica preventiva do sistema jurídico à inatividade formal da Administração Pública, enquanto a resposta jurídica repressiva é a possibilidade de recorrer ao judiciário, para ver cessada a indefinição, bem como uma possível responsabilização. MODESTO, Paulo, <Silêncio administrativo positivo, negativo e translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise>, in *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 15, n 57, abr/jun 2017, Belo Horizonte, p. 48.

⁸ Esclarece melhor Pedro Costa Gonçalves “O tema da inação administrativa cruza-se, aqui, com o da tolerância administrativa – no presente contexto, a tolerância corresponde, em geral, a uma prática de renúncia ao exercício de um poder, que se consubstancia, por exemplo, em “fechar os olhos” a condutas dos particulares que preenchem certos tipos de ilícito administrativo. Em princípio, a tolerância não deve aceitar-se como uma causa legítima de inação. Mas compreende-se que a Administração programe ou, em qualquer caso, desenvolva a sua intervenção segundo um princípio de eficiência na alocação dos recursos disponíveis. Ora, isto pode justificar uma certa tolerância administrativa concretizada na decisão (em princípio, tácita) de não mobilizar meios ou recursos para a fiscalização de irregularidades menores, de bagatelas.” GONÇALVES, Pedro Costa, <Ensaio sobre a figura da inação administrativa oficiosa... p. 23.

Ab initio, revisitando a ação, na esfera da Administração Pública, não é exagero afirmar que, hodiernamente, existe um “senso comum” de que a Administração Pública deve fundamentar quando é instada a se manifestar, isso em nome da própria *raison d’être* de um Estado Administrativo de Direito ou do que se pensa ser um Estado Administrativo de Direito. Nesse prisma, ponderou Max Gounelle que a motivação é a relação existente entre o poder e o ato.⁹

Relação essa muito usada na Administração Pública que, desde a superação da ideia “*L’état c’est moi*”, preocupou-se com os contornos e a necessidade de fundamentar. Tal matéria ganhou novo fôlego a partir do segundo pós-guerra, pois, a partir daí, surgiu o questionamento sobre a fundamentação obrigatória dos atos administrativos. Nesse cenário, Vieira de Andrade aponta para uma plurifuncionalidade da obrigação de fundamentar: de um lado, para os que sugerem uma obrigação de fundamentar, mesmo quando não há previsão legal a justificativa está ligada aos direitos dos administrados, o que permitiria a compreensão e o exato alcance da decisão permitindo, assim, uma aceitação ou uma insurgência ao ato; lado outro, para os que não defendem a fundamentação obrigatória, quando não há permissivo legal, advogam pela inconveniência (por prejudicar a eficiência), pela inoperabilidade e pela inutilidade (pelo conteúdo já ser informativo e por haver outros meios de conhecer as razões).¹⁰

De qualquer modo, mesmo que seja um objeto antigo e constante de estudo, a fundamentação convive com um constante dilema, já que é vista como um encargo pesado ao administrador público. Isso se dá, entre outras razões, pelo fato de que a fundamentação é, a bem da verdade, uma manifestação de submissão.

Ocorre que, em termos práticos, não é sempre que a Administração Pública precisa explicar o agir administrativo. Sobre o tema, adverte Tiago Antunes que “a decisão tem vindo a perder terreno”¹¹, pois com a introdução de outros institutos como o silêncio administrativo, a mera comunicação prévia e comunicação prévia com prazo e outras figuras

⁹ Cf. GOUNELLE, Max, *La motivation des actes juridiques en droit international public – contribution a une theorie de l’acte juridique em droit international public*, Editions A. Pedone, Paris, 1979, p. 14.

¹⁰ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *O dever de fundamentação expressa e actos administrativos*, coleção teses, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 65-66 e 81-85.

¹¹ Vide, ANTUNES, Tiago, <A decisão no novo Código do Procedimento Administrativo>, in *Comentários ao novo Código de Procedimento Administrativo*, volume II, 3ª Edição, Coord. Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Editora AAFDL, Lisboa, 2016, p. 165.

que têm o escopo de promover o desempenho de atividades privadas, a necessidade de uma decisão como reposta ou término de uma relação procedimental está a diminuir.

Neste toar, mesmo que haja uma orientação geral para a Administração explicitar as razões de fato e de direito das suas decisões - o aclamado dever de fundamentar- não é sempre que a Administração se pronunciará e essa omissão não acarretará nenhum efeito imediato ou, até mesmo, sanção. Aqui, sob forte influência do professor Viera de Andrade, defendemos que existe um dever de fundamentação expressa dos atos administrativos, sendo esse dever “um imperativo geral, mas que não é global, nem total.”¹²

Explico melhor: mesmo nos atos administrativos não são todos que carregam a obrigação de fundamentação e, mesmo o ato que lhe seja imputado o dever de fundamentar, esse não precisa ser integral, mormente, quando se confronta outros valores ou princípios.

Nesse contexto, ao analisar a decisão administrativa e a relação com o dever ser, Tiago Antunes¹³ alerta que quando não há materialização desse dever, se faz necessário recorrer a instrumentos legais que possibilitem a correção ou a sanção, conforme delineado no artigo 129.º do CPA, através da busca de tutelas administrativa e jurisdicional adequadas. Esses meios de tutela alternativa são divididos em três grupos pelo autor: a) tutela jurisdicional, através da condenação à prática de ato administrativo legalmente devido; b) tutela administrativa, através da reclamação ou recurso, que são meios de solicitar ao órgão inadimplente uma manifestação e c) o deferimento tácito. Dessa classificação, impende advertir que a regra geral é a reação através da tutela jurisdicional e administrativa, enquanto o deferimento tácito apresenta-se como exceção.

Em relação à omissão, como já adiantado, o silêncio administrativo apresenta-se como opção frente a um requerimento do particular. Aqui, por expressa disposição legal, há a previsão de qual consequência prática essa não manifestação ocasionará. Neste sentido, não está em causa o ânimo do administrador ao não se manifestar, mas o efeito que a lei atribui à não manifestação expressa.

1.1. Caracterizando o silêncio administrativo

¹² Em VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, <O dever de fundamentação expressa e actos administrativos>... p. 173, explica melhor o professor que a ordem jurídica elencou grupos de risco e, por isso, há a necessidade de fundamentação, bem como, por intencionalidade a norma dispensou certas categorias de atos do dever de fundamentar.

¹³ Vide, *idem*, pp. 180 e ss.

Mesmo que nessa altura já haja uma ideia do que seja o silêncio administrativo, faz-se necessário trazer um conceito do instituto e, para tal desiderato, recorreremos a García de Enterría e Ramón Fernández: “*En ocasiones, ante la ausencia de una voluntad administrativa expresa, la Ley sustituye por sí misma esa voluntad inexistente presumiendo que, a ciertos efectos, dicha voluntad se há producido com un contenido*”¹⁴.

Pelo conceito, denota-se que é por determinação legal que se configura o instituto. Mesmo que a passividade seja fruto de negligência ou desleixo, independente da intenção de quem cabia se manifestar, só haverá silêncio administrativo quando a lei estipular um prazo final, no qual, após, surtirá um efeito.

Marcello Caetano¹⁵ ensina que para haver a configuração do silêncio são necessários alguns requisitos: “1º que o órgão administrativo seja solicitado a pronunciar-se, num caso concreto; 2º que a pretensão apresentada verse matéria da competência desse órgão; 3º que o órgão tenha o dever legal de resolver em certo prazo o caso apresentado, mediante a prática dum acto definitivo, o que quer dizer que o poder de decidir deve ser vinculado quanto à oportunidade do seu exercício, 4º que a lei atribua à abstenção de resolução dentro do prazo legal um significado determinado.”

O primeiro requisito é a provocação do administrado¹⁶, pois os efeitos do silêncio administrativo não se originam de uma atuação de ofício, já que, pela sua própria natureza, faz-se necessária uma pretensão, uma provocação de manifestação. Tal requisito não apresenta maiores problemas, salvo uma advertência feita por João Tiago Silveira¹⁷, qual seja: se a falta de documentação que deveria ser apresentada pelo requerente obstaculiza o deferimento tácito? A conclusão de tal questionamento é que, mesmo que a Administração Pública tenha a obrigação de sanar o procedimento e, com isso, requerer as peças que considerem importantes, o administrado é responsável pelos documentos que deveria apresentar para justificar o pleito e, por conseguinte, se a falta de documentação for

¹⁴ Vide, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de derecho administrativo I*, Décimonovena edición, Thompson Reuters, España, 2020, p. 643.

¹⁵ Consoante, CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, volume 1, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, p. 475-476. A explicação de cada requisito no âmbito do deferimento tácito encontra-se em SILVEIRA, João Tiago, *O deferimento tácito, esboço do regime jurídico do acto tácito positivo na sequência de pedido do particular*, Coimbra Editora, 2004, pp. 167-194. Ainda, encontra-se a definição de deferimento tácito no artigo 130 do Código do Procedimento Administrativo.

¹⁶ Há de se ressaltar que há situações em que a omissão tem como consequência o efeito positivo, mas que não decorre de uma pretensão do administrado, e sim decorre da solicitação de um órgão tutelado. De modo que, como no ultimo caso não está em jogo o interesse privado, somente o interesse público, não deteremos maiores considerações.

¹⁷ SILVEIRA, João Tiago, *O deferimento tácito, esboço do regime...* p. 167.

decorrente de inércia reiterada do particular, a Administração não terá condições de se manifestar, assim não haverá o efeito do silêncio administrativo.

Não distanciando da explicação anterior sobre a competência, o preceito básico é que se o órgão for incompetente, a esse não recai o dever de decidir. Sobre o ponto, o que importa é entender que a Administração tem que ter condições/poderes para se manifestar, pois a inércia só será relevante se o administrador podia agir.

Outro aspecto que ganha relevo é o temporal. Deve haver um prazo definido para manifestação, daí a importância de se entender que não é um prazo razoável¹⁸, mas sim um prazo legal determinado.

O primeiro, o prazo razoável, tem cariz constitucional (vide artigos 20.º e 52.º da CRP)¹⁹ e representa um dever de tramitar sem interrupções injustificadas, proferindo posicionamento no período mais curto de tempo que é adequado ao caso, sendo uma orientação geral. Sobre os dispositivos, urge advertir que os artigos 20.º e 52.º da CRP não são específicos para a seara administrativa, já que o primeiro refere-se ao processo judicial, e o segundo ao direito de petição/queixa, mas isso não impede que sejam aplicados ao procedimento administrativo, conforme já assentou o Tribunal Constitucional português.²⁰

De modo que, mesmo que a Constituição Portuguesa não disponha expressamente de um dever geral de atuar atempadamente nos processos administrativos, isso não impossibilita de usar tal conceito na seara administrativa. Ainda, sobre a razoabilidade ou desrazoabilidade do prazo, Canotilho e Vital Moreira ensinam que tal baliza não pode ser

¹⁸ Para uma didática diferenciação do prazo razoável e do prazo legal, vide HACHEM, Daniel Wunder, <Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais – dever de decidir em prazo razoável vs. Silêncio administrativo>, in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 3, n. 11, jan/mar 2003, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2003.

¹⁹ Sobre o prazo razoável, conferir a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no Caso Valada Matos das Neves c. Portugal, Queixa nº 73798/2013, Primeira seção, 29 de outubro de 2015. Além disso, conforme orientações de Rui Medeiros, foi a partir de 1997 que o artigo 20.º, nº 4 previu expressamente o direito a uma decisão em prazo razoável, contudo, mesmo antes da quarta revisão constitucional, a orientação estava implícita no direito ao acesso aos tribunais. A norma não indica os parâmetros de concretização do que seja uma razoável, devendo, assim, a casuística delimitar os limites temporal. MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2010, pp. 440 -441.

²⁰ Sobre a aplicação do dispositivo no procedimento administrativo, o Tribunal Constitucional delineou que: “Estas normas constitucionais contemplam, no seu dispositivo imediato, procedimentos judiciais e não procedimentos administrativos. Admite-se, todavia, que a protecção concedida por tais normas constitucionais se estenda aos procedimentos administrativos que, pela sua directa relação com os processos judiciais, possam comprometer o direito à decisão da causa em prazo razoável e o direito ao processo equitativo (n.º 4 do artigo 20.º da CRP) ou a efectividade da tutela judicial na defesa dos direitos liberdades e garantias pessoais (n.º 5 do artigo 20.º da CRP).” Portugal, Tribunal Constitucional, acórdão 618/2007, Diário da República n.º 28/2008, Série II de 2008-02-08, pp 5130 – 5133.

estipulada em abstrato, pois deve-se ponderar “a tópoi interpretativos”, como a complexidade, o comportamento, as consequências.²¹

Já o segundo, o prazo legal determinado é o prazo máximo estipulado pelo legislador para manifestação, tratando-se de uma situação específica. De modo que o prazo razoável é um plus que agrega um fator à ideia de prazo legal, pois pode ser que a manifestação deva ser anterior ao prazo legal, para que haja uma tutela efetiva (por exemplo, imagine um pedido urgente, que exija uma resposta rápida da administração, no qual, só é oportuno se houver pronunciamento antes do prazo legal).

Ainda, convém consignar que o prazo legal, por ser específico, na maioria dos ordenamentos não há previsão constitucional²², sendo regulado por leis administrativas ou por uma combinação de leis específicas, vez que o prazo legal está intrinsicamente relacionado à natureza do pedido. De modo que, mesmo que haja uma aplicação da ideia de prazo razoável, na seara administrativa ou o legislador fixa um prazo determinado para a situação desenhada ou se socorre do prazo geral do CPA.

Por fim, chegamos à última característica que é o efeito da inércia, que como já vimos pode ser o indeferimento ou o deferimento do pedido que, diante da importância, trataremos no tópico a seguir.

1.2. Efeitos do silêncio administrativo

Ab initio, convém rememorar que o silêncio administrativo é uma criação legal, já que é a lei que atribui uma consequência a omissão decorrente da ausência de manifestação, em um prazo determinado. De modo que, é por previsão legal que cessa a situação de imprevisão, ao estipular uma expectativa de efeito que pode ser negativo – indeferimento tácito –, positivo – deferimento tácito – ou translativo.

De forma que estudar cada efeito, a bem da verdade, representa analisar qual foi o *animus* da lei, ou seja, a finalidade de atribuir uma consequência para a inação administrativa perante a possibilidade de decidir. Explico melhor. Ao atribuir efeitos diversos, a lei refletiu escopos diferentes como o de privilegiar a Administração, ou privilegiar o administrado, ou

²¹ CANOTILHO, J. J., MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 418.

²² Segundo KOVAC, Polonca, TOLSMA, Hanna D., DRAGOS, Dacian C., <In search of an effective model: a comparative outlook on administrative silence in Europe, ... p. 6, os prazos administrativos gerais e disposições sobre a proteção de tomada de decisões intempestivas, geralmente, não estão previstos no texto constitucional, cabendo as leis gerais de direito administrativo trazer tais previsões.

buscar a eficiência/simplificar, ou mesmo possibilitar o acesso à via recursal, o que, alfin, representa abordagens novas ao clássico tema do silêncio, pois o discurso que embasa a atribuição de efeitos demonstra o que a Administração Pública pretendia tutelar.

Essa parte classificatória não exige muito esforço. Em síntese, entende-se por efeito negativo, também chamado de indeferimento tácito, quando a lei prevê que diante de uma omissão a consequência será o indeferimento do pedido. Esse efeito foi consagrado na *loi du 17 juillet 1900*²³, apresentando-se, à época, como uma forma de submissão da administração à lei, o que representou uma “*amélioration considérable*”²⁴.

A previsão de indeferimento também é vista como um espaço para o interessado buscar a via recursal, tanto que Garcia de Enterría e Ramón Fernandez reduzem o efeito negativo a uma simples ficção legal com efeitos processuais, pois limita-se a possibilitar a via recursal.²⁵. Ocorre que entendemos que mais do que possibilitar o direito ao recurso, o indeferimento tácito, se visto pelo enfoque da relação administrado e Administração, privilegia, de certo modo, o interesse da administração, privilegia o interesse público tradicional, mesmo que seja, indiretamente, uma via de cobrança para a administração.

Conforme as observações de Polonca Kovac, Dacian Dragos e Hanna Tolsma²⁶, o modelo negativo, em que pese nos últimos anos ter sido o modelo adotado em alguns países, sofreu uma reestruturação no que tange à menor rigidez na parte processual e à maior rigidez na responsabilização do agente, com a adoção de incremento de punições criminais e administrativas.

Lado outro, atualmente, temos o efeito positivo, deferimento tácito, que, também, teve suas raízes no direito francês²⁷, além da clara influência do direito espanhol, e apresenta-

²³ P. Kovac, *et al* noticiam que a França foi o primeiro país a introduzir o administrativo silêncio, o que foi feito pelo decreto de 1865, no qual foi adotado o efeito negativo. KOVAC, Polonca, TOLSMA, Hanna D., DRAGOS, Dacian C., <In search of na effective model: a comparative outlook on administrative silence in Europe>, in *The sound of silence in european administrative law*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020, p. 10.

²⁴ Jean Laveissière, em 1979, em sua tese de doutoramento, com maestria, obtemperou que o silêncio administrativo representa a supressão de um privilégio da Administração, representa a submissão ao Direito, pois expõe que a inércia da Administração perante uma obrigação de manifestação é considerada inadmissível, ou seja, a partir da lei de 17 de julho de 1900, de forma reflexa consagrou como inadmissível a omissão de decisão administrativa. LAVEISSIÈRE, Jean, *Le silence de l'administration, thèse pour le Doctorat em Droit*, Université de Bordeaux I, janvier 1979, p. 9.

²⁵ Nesse sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de derecho administrativo I ...* p. 644

²⁶ KOVAC, Polonca, TOLSMA, Hanna D., DRAGOS, Dacian C., <In search of na effective model: a comparative outlook on administrative silence in Europe ... p. 17.

²⁷ A sua primeira aplicação remete ao *décret du 26 mars 1852*, relativo ao sistema viário parisiense, conforme LAVEISSIÈRE, Jean, *Le silence de l'administration, thèse pour le Doctorat em Droit... p. 11.*

se como o efeito estimulado pela União Europeia e pela OCDE. Ademais, a Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006 trouxe, em seu artigo 13.º, a orientação para os Estados-membros adotarem o efeito positivo nos procedimentos de autorização, salvo em casos específicos, por razões de interesses gerais²⁸.

O efeito positivo é quando a inatividade administrativa acarreta o acolhimento da pretensão, consoante a máxima *qui tace consentire videtur*. Além de carregar consigo uma perspectiva menos autoritária da Administração Pública, o deferimento tem o escopo de agilizar e simplificar o procedimento administrativo, além de expor uma nova roupagem para o interesse público.

Diferenciando as duas clássicas consequências do silêncio, Carlos Alberto Cadilha sintetiza que o indeferimento tácito se destina a pôr termo a uma situação de indefinição, possibilitando o exercício do direito ao recurso, enquanto o deferimento tácito destina-se a evitar os prejuízos que resultariam na demora de manifestar. No mesmo sentido entende João Tiago Silveira, que adverte que no silêncio positivo “o legislador pretende evitar que a inércia paralise o processo”.²⁹

Paralelo aos efeitos clássicos do silêncio administrativo, Paulo Modesto defende a existência de um efeito translativo³⁰, que, em suas palavras, “é 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”³¹

Para o autor, citando como exemplo o licenciamento ambiental na legislação brasileira, há situações nas quais, em decorrência da complexidade, , não é conveniente o

²⁸ Em Portugal, o Decreto –lei 92/2010 de 26 de julho e o Decreto-lei 48/2011 de 1 de abril transpuseram a diretiva mencionada.

²⁹ Para mais, CADILHA, Carlos Alberto, <O silêncio administrativo>, *in* Cadernos de justiça administrativa, III Seminário de Justiça administrativa, nº 28. Julho/agosto de 2001, p. 22 e SILVEIRA, João Tiago, O deferimento tácito.... p.16.

³⁰ Sob influência do estudo de efeito translativo do silêncio de Paulo Modesto, foi proposto, no Brasil, em 2017, o projeto de lei n. 129, que visa alterar a lei nº 9784 de 1999 para estabelecer que em caso de silêncio administrativo, o requerimento do interessado será decidido pela autoridade competente superior. O projeto ainda se encontra em tramitação. Por oportuno, a redação do projeto inicial é a seguinte: art 49, § 1.º Nos processos iniciados mediante requerimento do interessado, o silêncio após o decurso do prazo previsto no caput transferirá a competência para a autoridade imediatamente superior, que decidirá o processo, sempre que a lei não prever efeitos diversos, sem prejuízo da responsabilidade por ter dado causa ao atraso.”

³¹ MODESTO, Paulo Modesto, <Silêncio administrativo positivo, negativo e translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise... p. 52.

deferimento ou indeferimento sem a análise de um órgão administrativo. Assim, no efeito translativo, o órgão que deixou transcorrer o prazo *in albis* perde o poder de se manifestar nesse momento, passando tal atribuição para outro órgão, mas continua apto a manifestar em outras ocasiões, medida essa que privilegia a segurança jurídica.

Traçado o contorno do silêncio administrativo, podemos adentrar nas peculiaridades dessa omissão em diferentes ordenamentos jurídicos, o que se fará a seguir.

2. O silêncio administrativo no Direito Português e suas diferentes narrativas

Cientes do conceito e dos efeitos do silêncio administrativo, passaremos a refletir sobre o silêncio administrativo no Direito Administrativo português, com o objetivo de entender como se deu a mudança de efeitos e, conseqüentemente, como essa omissão sofreu uma mudança de narrativa. Mas, antes disso, por questões didáticas, analisaremos o aspecto temporal, pois, para a configuração do silêncio administrativo, a Administração Pública deve deixar *in albis* o prazo para manifestação.

Nesse aspecto, a primeira indagação é acerca do prazo de resposta. Em Portugal, a nível constitucional não há a previsão, expressa, de um prazo geral de atuação no processo administrativo, entretanto há uma garantia constitucional de tutela jurisdicional efetiva, vide artigo 268.º, que, por via reflexa, não deixa desamparado o administrado de ter a sua cizânia analisada em tempo devido.

Diante da imprecisão constitucional, desde o primeiro Código de Procedimento Administrativo há a previsão de um prazo limite máximo de 90 dias, que, ainda hoje, não se alterou, mas foi-lhe acrescentado uma nova visão. Dado que desde o anterior CPA, de 1991, a previsão era um limite temporal geral de 90 dias para a Administração decidir. Ocorre que, após 2015, com o atual CPA, além do prazo máximo de 90 dias previsto no artigo 128.º, o novo diploma preocupou-se em trazer uma orientação qualitativa de boa administração e celeridade (artigos 5.º e 59.º, respectivamente).

No aspecto quantitativo, nos termos do artigo 128.º do CPA, os procedimentos de iniciativa do particular têm o prazo de 60 dias para serem decididos, podendo ampliar para 90 dias em situações excepcionais e justificadas. Ainda, no texto do CPA há prazos diferenciados, como o prazo de 10 dias para o interessado ser informado sobre o andamento do procedimento e resoluções definitivas que lhe digam respeito, consoante artigo 82.º; e o

prazo de 10 dias para os órgãos administrativos praticarem atos ou para os interessados requererem a prática de quaisquer atos, promoverem diligências, responderem sobre assuntos de sua competência, consoante o artigo 86.º.

Além disso, com o acréscimo de uma visão qualitativa ao prazo, acrescentou-se muito mais razão de ser aos prazos peculiares para as leis específicas, se o prazo geral não for adequado, tendo o prazo geral do CPA aplicação subsidiária nos procedimentos administrativos especiais.

Para finalizar o estudo do prazo, convém alertar sobre as observações de Miguel Assis Raimundo *et al* sobre a limitada relevância do conceito de prazo razoável no cenário das decisões administrativas portuguesas. Para os autores, apesar do conceito de prazo razoável ser muito importante para as ações administrativas, no cenário português não há tamanha relevância, uma vez que há uma regra geral prevendo um prazo limite, não necessitando, por vezes, do conceito de prazo razoável. Os próprios autores também advertem que essa posição não é uníssona na doutrina, bem como ponderam que a limitada relevância não significa que o não se pode extrair da ideia de prazo razoável algumas funções, como servir de *standard* para controle e comparação com a legislação estrangeira.”³²

Ultrapassada a questão do prazo, volvemos à análise do efeito do silêncio administrativo. No primeiro momento, influenciado pela experiência francesa, o indeferimento tácito era o efeito tradicional, conforme orientação dos artigos 108.º e 109.º do antigo CPA³³. Logo, no Direito Português, a tradição consiste no indeferimento tácito. Essa escolha tinha uma clara perspectiva processual, ao homenagear a possibilidade de recurso frente a omissão. De modo que, ao negar, o requerente poderia se insurgir contra a omissão. Mesmo que o propósito se mostre benéfico, o efeito negativo não escapou das

³² Vide, RAIMUNDO, Miguel Assis, SILVEIRA, João Tiago, FREITAS, Tiago Fidalgo de, FABIÃO, Gonçalo de Andrade, <Administrative silence in Portugal>, in *The sound of silence in European Administrative Law*, Edited by Dacian C. Dragos, Polonca Kovac, Hanna D. Tolsma, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020, pp. 288-289.

³³ Aqui, vale o seguinte esclarecimento “Da conjugação das presunções estabelecidas nos artigos 108.º e 109.º do Código e na solução interpretativa que preferimos para os n.ºs 1 e 3 daquele primeiro, temos, portanto, que – enquanto o **deferimento tácito** é a figura-regra em matéria de silêncio administrativo nos procedimentos públicos tendentes à aprovação ou autorização da prática de um acto administrativo e nos procedimentos particulares que têm como objeto o descondicionamento administrativo de um direito pré-existente – o **indeferimento tácito** é a regra geral em todos os outros casos de pretensão dirigidas aos órgãos administrativos para a prática de um qualquer acto de sua competência.” OLIVEIRA, Mário Esteves de, GONÇALVES, Pedro Costa, AMORIM, João Pacheco, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, p. 477 e pp. 489-499.

críticas doutrinária, sendo, por vezes, taxado de ineficiente, de fomentador da inércia administrativa.³⁴

Ao analisar o artigo mencionado, Margarida Cortez³⁵ obtempera que o silêncio negativo não tem relevância substantiva, não define a situação jurídica, não extingue o dever de decidir, o seu papel é habilitar o requerente a reagir contra a inércia, sendo um pressuposto processual de impugnação administrativa e judicial.

O indeferimento tácito reinou por muito tempo, contudo, segundo as observações de João Tiago Silveira³⁶, após a reforma do contencioso administrativo, a tendência é considerar revogadas todas as disposições legais que previam tal efeito, por incompatibilidade com o novo regime. Isso porque, antes da reforma, sob forte influência francesa, o contencioso administrativo tinha a ficção do indeferimento para fazer frente a casos de omissão administrativa no dever de fundamentar, o que mudou com a reforma e o surgimento da ação de condenação da Administração à prática de um ato administrativo devido, fatores esses que desidrataram o indeferimento tácito, a ponto de que não tem mais razão de ser a previsão do artigo 109.º, pois o administrado tem uma ação própria, o que, por consequente, derogou parte desse artigo.

Nesse cenário, Vasco Pereira da Silva e Tiago Macieirinha sustentam que antes da reforma do contencioso administrativo, como não existia a ação de condenação da Administração à prática de ato devido, o fundamento do indeferimento e do deferimento tácito era o princípio constitucional da tutela efetiva, já que o particular não tinha o meio necessário para reagir. Após a reforma do contencioso administrativo, os autores criticam a existência do indeferimento tácito e, até mesmo, a necessidade do deferimento tácito, uma vez que, para eles, o particular tem ao seu dispor uma ação especial de condenação à prática de ato devido e isso seria suficiente em caso de omissão do dever de decidir.³⁷

Além disso, complementam os autores que o deferimento tácito coloca em xeque valores constitucionais, como a imparcialidade, como o direito de audiência dos

³⁴ *Idem*, p. 289.

³⁵ Para mais, CORTEZ, Margarida, <A inactividade formal da administração como causa extintiva do procedimento e suas consequências>, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Boletim da faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 382.

³⁶ SILVEIRA, João Tiago, *O deferimento tácito*.... 95.

³⁷ Para mais, SILVA, Vasco Pereira da, MACIEIRINHA, Tiago, <Agir não agindo, da insustentabilidade do deferimento tácito>, in *Direito e justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Portugal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 604- 606.

interessados, como o dever de fundamentação, além do que esse efeito, ao proteger uma das partes, ignora a natureza multilateral das relações hodiernas.

Noutro prisma, Vieira de Andrade defende que não caberá ação condenatória à prática de ato devido caso a omissão tenha como consequência o deferimento tácito, mas sim outras ações, como a ação administrativa comum de reconhecimento (caso o interessado pretenda tomar certo o deferimento ou seus termos), de condenação em comportamento (para obter uma execução administrativa), ou de impugnação (para por em causa a validade).³⁸

Sob outro ponto de vista, comentando a ação de condenação à prática de ato administrativo legalmente devido, Luís Cabral Moncada afirma que essa ação, pelos efeitos executivos que possui, substitui todas as vantagens de um recurso “tradicional” frente ao indeferimento tácito. Por conseguinte, continua asseverando que o efeito negativo do silêncio deixou de ser ficção jurídica para acesso à via recursal e passou a ser um incumprimento do dever de decisão, concluindo que “o acto silente negativo passou a ser uma curiosidade que apenas pode interessar a colecionadores”.³⁹

Em terras lusitanas, apesar das críticas e a par da experiência europeia, o deferimento tácito, desde a sua primeira positivação no Direito urbanístico⁴⁰, antes estava

³⁸ Explica melhor, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *A justiça administrativa: Lições*, 11ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2011, p. 202.

³⁹ Nas suas palavras: “O silêncio da Administração deixou de configurar uma ficção jurídica de acto para efeitos de recurso contencioso ou de mero pressuposto do recurso contencioso, para quem assim quisesse, e passou a ser considerado como verdadeiro incumprimento do dever de decisão, contra o qual se reage através desse meio próprio que é a acção administrativa especial de condenação a pratica de acto administrativo legalmente devido. Deixou de haver ficção de acto tácito de indeferimento. O incumprimento do dever de decidir e mero facto do silêncio e da azo a um meio processual específico que se caracteriza pela sua efectividade.” MONCADA, Luís Solano, <As alterações ao código do procedimento administrativo por força do novo código do processo nos tribunais administrativos>, in *Revista de Estudos Jurídicos- políticos*, nºs 13/16, Repositório das Universidades Lusíadas, 2007, p. 200.

⁴⁰ Fernando Alves Correia esclarece que o deferimento tácito no Direito Urbanístico passou por diferentes estágios, sendo que um desses é após a vigência do Regime Jurídico de Urbanização e Edificação (RJUE), momento em que há uma diminuição no âmbito do deferimento tácito. Para mais, CORREIA, Fernando Alves, *Manual de direito do urbanismo*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 324 e ss. Ainda, Raquel Carvalho, ao escrever sobre o silêncio administrativo no Direito do ambiente e do urbanismo, sob a égide do anterior CPA, defendeu que tais ramos do Direito não podem ter o tratamento previsto no artigo 108 do Decreto-Lei n.º 442/91, sob o argumento de que nessas matérias as decisões administrativas implicam no uso do poder discricionário e na ponderação de interesses. Ponderação essa incompatível com o silêncio. “Por isso e em rigor, as situações apontadas e referidas na lei como deferimento tácito não o são, pelo menos na configuração tradicional.” CARVALHO, Raquel, <O deferimento tácito em Direito do urbanismo e ambiente: Breves reflexões>, in *Revista jurídica do urbanismo e do ambiente*, nº 31/34, Almedina, jan/dez 2009/2010, pp. 415-416. Particularmente, no estudo da licença ambiental, após analisar acórdãos do TJUE, Beatriz Rebelo Garcia questiona a existência de um princípio geral de proibição do deferimento tácito de licenças ambientais no Direito Europeu, que a seu ver decorre da observância do princípio da prevenção, para mais GARCIA, Beatriz Rebelo, <Da (in)existência de um princípio geral de proibição do deferimento tácito da licença ambiental na

previsto no artigo 108.º do antigo CPA⁴¹. Ao comentar tal artigo Mário Esteves de Oliveira *et al* obtemperam que, naquela altura, em que pese ser uma figura conhecida, o dispositivo ganhou interesse prático “desmesuradamente maior”.⁴²

Tal dispositivo encontrando-se, hoje, no artigo 130.º do atual CPA, porém com uma nova relevância, haja vista o espaço adquirido desse efeito decorrente da sua narrativa de simplificação. Tal mudança de efeito foi anunciada já na exposição de motivos do novo CPA, ao declarar que “elimina-se, neste domínio, a figura do indeferimento tácito, em sintonia com o que fica disposto no artigo 130.º, para o procedimento declarativo de primeiro grau”, que também deixou evidente que as alterações visavam implantar a simplificação dos procedimentos administrativos. Tal dispositivo, “não é fonte imediata da formação de qualquer deferimento tácito”⁴³, quando se discute a relação entre a Administração Pública e o administrado, cabendo somente quando a lei expressa que preveja tal efeito.

Para João Tiago Silveira⁴⁴, o fundamento jurídico do efeito positivo é triplo: a) garantir a celeridade procedimental, decorrente do artigo 267.º da CRP; b) proteger determinados direitos constitucionalmente consagrado que dependam de controle da Administração; c) proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva. Nesse ponto, sintetiza Margarida Cortez ao entender que o efeito positivo do silêncio administrativo “consegue satisfazer o interesse material do particular e, não menos importante, responsabilizar a Administração pela sua inactividade formal.”⁴⁵

Pelo exposto, em Portugal, houve uma mudança de narrativa, ao longos dos anos, no que tange ao silêncio administrativo, fruto principalmente de uma expansão de fontes e influências no Direito Administrativo. Já que, como vimos, em um primeiro momento o

jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia – um diálogo com o Direito Português>, in *Revista do Ministério Público*, ano 42, 166, abri/jun 2021, pp. 201-214.

⁴¹ Ao analisar o artigo 108, Margarida Cortez afirmou que o deferimento tácito é regra perante as relações inter-orgânicas, só necessitando de expressa disposição legal quando a relação for decorrente de requerimento do administrado, que tenha interesse pelo objeto da autorização. Nas suas palavras “por um lado, a necessidade de salvaguardar o efeito útil do n.º 1 do art. 108.º, que de outra forma perderia completamente a sua qualidade de cláusula geral, que o n.º 3 expressamente lhe retirou quanto às autorizações permissivas; por outro lado, a necessidade de dinamizar a actividade administrativa, designadamente a que está a cargo dos entes locais, libertando-a da apatia dos controles tutelares, o que só testemunha a confiança institucional de que estas administrações são merecedoras e – mais do que isso – credoras, num contexto de descentralização administrativa.” CORTEZ, Margarida, <A inactividade... pp. 391-392.

⁴² Vide OLIVEIRA, Mário Esteves de, GONÇALVES, Pedro Costa, AMORIM, João Pacheco, *Código do Procedimento Administrativo Comentado...*, p. 477.

⁴³ Consoante, QUADROS, Fausto et al, *Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 263.

⁴⁴ Conferir, SILVEIRA, João Tiago, *O deferimento tácito, esboço do regime jurídico...* pp. 105- 108.

⁴⁵ CORTEZ, Margarida, <A inactividade formal... p. 414.

indeferimento tácito, fruto de um processo de *cross-fertilisation*⁴⁶, aliado à uma nítida visão negativa da omissão, tinha como principal escopo proporcionar ao administrado a oportunidade de recorrer e, com isso, não o prejudicar com a não ação administrativa. Contudo, com a evolução do instituto do silêncio administrativo, o indeferimento tácito foi perdendo razão de ser e passou-se a estimular o deferimento tácito. Aqui, a influência principal decorreu das diretivas da União Europeia – europeização – e dos relatórios da OCDE ao atrelar o efeito positivo a uma narrativa de simplificação e, por conseguinte, atribuir a essa omissão um novo rótulo, qual seja, o de instrumento para se atingir aos fins públicos em um contexto econômico, o que se estudará na segunda parte desta dissertação.

3. As narrativas do silêncio administrativo no Direito Comparado

Segundo os ensinamentos de Sabino Cassese, não existe nenhum aspecto em âmbito nacional, que não seja reflexo da influência de outras nações, como o câmbio, a economia, a energia, entre outros exemplos.⁴⁷ Perante tal influxo, o silêncio administrativo não podia ser diferente, representando, como será verificado, uma internacionalização dos problemas nacionais ou uma nacionalização de instrumentos externos.

Dito isso, sobre o tema, conforme constatou P. Kovac et al⁴⁸, foi no século XX que o silêncio administrativo começou a ser regulado, em que pese alguns países, antes dessa data, terem bem desenvolvido, no âmbito administrativo, legislações sobre prazos e seus contornos.

Aliado a isso, não se pode desconsiderar que o Direito Administrativo português originou-se e aperfeiçoou-se mediante a influência de doutrina estrangeira – principalmente a francesa. De forma que esse assunto não poderia escapar a uma análise comparada.

Denota-se que a progressiva evolução do tema durante o século XX, mesmo que se reconheça uma certa confluência de narrativa atrelada aos efeitos do silêncio administrativo, ocorreu de forma diferente nos países que serão estudados.

⁴⁶ A *cross-fertilisation* acontece quando há empréstimos de soluções legislativas do direito estrangeiro, que pode ser em decorrência de leis de outros países, do funcionamento institucional ou da cultura jurídica. Com a grande influência dos sistemas jurídicos francês e alemão, ainda no século XIX, a *cross-fertilisation* não é um fenômeno novo. Para mais, TRIDIMAS, Takis, <The general principles of EU law and the Europeanisation of national laws>, in *Review of European Administrative Law*, Vol. 13, n 2, Paris Legal Publishers, 2020, p. 5-6.

⁴⁷ Cf. CASSESE, Sabino, *Las bases del derecho administrativo*, 1ª Edición, Ediciones Olejnik, Argentina, 2020, p. 255.

⁴⁸ Conforme, KOVAC, Polonca, TOLSMA, Hanna D., Dragos, Dacian C., <In search of an effective model...> p. 6.

Por essas razões, o tema em debate não pode ser analisado somente sob o enfoque nacionalista. Sob esses fundamentos, a seguir, estudaremos o atual efeito do silêncio administrativo e o discurso a ele atribuído, ou seja, analisaremos se a tendência é o silêncio positivo ou o negativo e qual a justificativa dessa escolha em França, Alemanha, Espanha e Brasil⁴⁹.

3.1. A experiência francesa

A França foi o local de nascimento do silêncio administrativo, tendo como nascedouro, apontado pela doutrina, a lei de 17 de julho de 1900⁵⁰, que no seu artigo 3º asseverava que transcorridos quatro meses sem manifestação da Administração, o pedido do administrado estaria rejeitado, ou seja, o silêncio acarretava o indeferimento. Nessa fase, o indeferimento era visto como o meio adequado para possibilitar o acesso ao contencioso, o que, por via indireta, submeteria o pleito a análise.

Em que pese a importância da lei de 1900, na França, mesmo antes da promulgação do referido diploma, já havia experiências de silêncio administrativo, como a decisão de 28 de janeiro de 1864, do Conselho de Estado, que assentou que quem apresentasse uma reclamação teria o direito à resposta, seja favorável, seja contra, logo o requerimento deveria ser analisado para que a situação de incerteza cessasse. No mesmo ano, o decreto de 2 de novembro de 1864 fez igual interpretação ao dispor sobre a necessidade de solução.⁵¹ Ainda, o Conselho Constitucional, em junho de 1969 assentou que, como princípio geral do Direito francês, o silêncio da administração equivale a uma decisão de indeferimento.⁵² Alerta também João Tiago Silveira que já havia uma previsão de deferimento tácito no *Côde*

⁴⁹ Em que pese o enfoque da análise comparada desta dissertação não abarcar a Itália, é oportuno trazer algumas sutilezas da matéria no Direito Administrativo italiano, o que será feita através de comentários de rodapé. Em ligeiras linhas convém registrar que no Direito italiano há diversas categorias de silêncio no *Codice del Processo Amministrativo*, a saber: *silenzio-rifiuto*, *silenzio-assenso*, *silenzio-diniego*, *silenzio-rigetto*, *silenzio procedimentale*, conforme explica CARINGELLA, Francesco, *Corso di diritto amministrativo, profili sostanziali e processuali*, Tomo I, VI Edizione, Giuffrè Editore, 2011, p. 1519 e ss. Para nós, impõe relatar que, consoante o artigo 20 da Lei 241/1990, que foi modificado pela lei 15/2005, a legislação prevê como regra geral o *silenzio-accoglimento* ou *silenzio-assenso*. Em que pese haver alguma previsão do *silenzio- diniego* tanto no plano processual, quanto no plano substantivo. Uma síntese do significado atribuído ao silêncio no Direito Administrativo italiano pode ser encontrado em CARETTI, Paolo, DE SIERVO, Ugo, *Diritto Costituzionale e pubblico*, quarta edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020, p. 354.

⁵⁰ cf., supra, ponto 1.2

⁵¹ Para mais, LAMY, Valentin, <Le silence de l'administration vaut acceptation: la simplification n'aura pas lieu>, in *Les Cahiers Portalis*, nº 2, 2015/1, p. 106-107. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-portalis-2015-1-page-103.htm>

⁵² Cf. França, Conseil constitutionnel, décision nº 69-55 L du 26 de juin 1969.

forestier de 1827 que “previa que perante um pedido de delimitação, e não havendo oposição dos vizinhos ou da Administração, entender-se-ia essa operação como definitiva.”⁵³

Em que pese essas experiências, não se pode negar que somente com a lei de 17 de julho de 1900 é que o tema foi, realmente, posto à lume, sendo, por tal razão, considerada o marco da solidificação da regra do indeferimento tácito, *décision implicit de rejet*, oriunda da própria lógica do contencioso ao permitir ao cidadão o direito à recurso, apesar da omissão da Administração, como bem explica Maryse Deguergue ao asseverar que a lógica do contencioso foi observada, pois não impediu o cabimento do recurso.⁵⁴

Esse cenário se postergou, tanto que, em 2000, a regra da recusa tácita convivia com a aprovação tácita, visto que a lei n° 2000-321, de 12 de abril de 2000, no artigo 21.º estipulava que se não houvesse resposta no prazo de dois meses o pedido seria considerado indeferido, salvo no caso do artigo 22.º que importava em deferimento. Tal cenário híbrido não se alterou nem com a implantação da Diretiva de Serviço⁵⁵.

Somente com a *Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013*, que modificou o artigo 21 da *loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, é que se reverteu a clássica tradição do *silence vaut rejet* para a atual *silence vaut acceptation*⁵⁶. Isso porque o artigo 21 – hoje revogado pelo artigo 6º da *ordonnance n° 2015-1341, de 23 de outubro de 2015* – previu que o silêncio mantido durante dois meses pela autoridade administrativa importaria em aceitação.

Por oportuno, algumas peculiaridades do dispositivo devem ser observadas, a saber: a) o próprio dispositivo prevê a elaboração de uma lista disponibilizada em um sítio da web⁵⁷ dos procedimentos que respeitam o princípio *silence vaut acceptation*, b) poderá o Conselho

⁵³ Para mais, SILVEIRA, João Tiago, *O deferimento tácito...* p. 56.

⁵⁴ Vide DEGUERGUE, Maryse, <Silence de l'Administration en Droit Administratif Français>, in *Le Cahiers de Droit*, vol. 56, Issues 3-4, September-December 2015, p. 395.

⁵⁵ Para mais, GRAAF, Kars J. de, HOOGSTRA, Nicole G., <Silence is golden? Tacit authorizations in the Netherlands, Germany and France>, in *Review of European Administrative Law*, vol. 6, n. 2, Paris Legal Publishers, 2013, p. 26.

⁵⁶ Emilie Chevalier entende que embora a norma de 2013 tenha inaugurado uma nova sistemática, ainda é difícil considerar que o modelo positivo será o prevalecente, diante do número de exceções. E alerta que, atualmente, há cerca de 2.400 exceções a regra do silêncio positivo fornecida por mais de 50 decretos ou legislações. CHEVALIER, Emilie, <Silence in the french administrative system: a failed révolution?... pp. 120/121.

⁵⁷ Sobre a lista a CAA de Marseille esclareu que a lista disponível no site é informativa e o fato do procedimento não estar elencado na referida não impede o silêncio positivo, segundo França, CAA de Marseille, 4ème chambre, 14/12/2021, 19MA04224. Vê-se críticas a lista referida em LAMY, Valetin, <Le silence de l'administration vaut acceptation ... p.111.

de Estado fixar exceções por decretos⁵⁸, c) a lei de 2013 teve duas datas de entrada em vigor, sendo aplicável ao Estado a partir de 12 de novembro de 2014, e em 12 de novembro de 2015 passou a ser aplicada para as autoridades locais.

Essa evolução nas consequências da inércia decorre de um novo posicionamento centrado no cidadão, aliado à ideia de simplificação e de segurança jurídica, que simboliza a transição da *logique contentieuses* para a *logique administrative*⁵⁹, sem esquecer do atual norte que é a boa administração, em um contexto de enxugamento da máquina pública.

A matéria ganhou novo fôlego com a *Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015*, relativa às disposições legislativas do *Code des relations entre le public et l'administration* (CRPA)⁶⁰, que no artigo L231-1 dispõe que o silêncio mantido por dois meses pela Administração Pública equivale a uma decisão de aceitação e, nos artigos L231-4 a L231-6 (nomeados pelo próprio Código como exceções) trazem os casos em que o silêncio possui efeito negativo. Aqui entendemos que não há uma inovação no sistema, mas uma reafirmação, sendo que a nova norma não aumentou o número de casos do silêncio positivo, mas sim reafirmou *principe silence vaut accord*⁶¹ e o papel crescente de proteção do administrado frente a omissão da Administração.

Da leitura do Código extrai-se que o efeito positivo não precisa ser provado, mas diante da possibilidade de refletir em Direitos do administrado requerente ou de terceiros, o particular pode solicitar uma certidão que ateste que implicitamente houve aceitação, sendo essa faculdade do administrado, logo a sua ausência não obstaculiza o gozo do deferimento.

Em vias de conclusão, denota-se que o silêncio negativo perdurou por décadas no sistema francês, mas após a reforma administrativa iniciada em 2013 a regra passou a ser o efeito positivo do silêncio, que coaduna com os desígnios modernos da Administração Pública. Para finalizar, vale a reflexão de Emilie Chevalier ao ponderar que a mudança de

⁵⁸ Oportuna a reflexão de Maryse Deguerque ao entender que a tradução do silêncio tenha se consolidado por ato do legislador em 1900, 2000 e 2003 e, que a cada momento, as exceções foram tratadas por regulamentos. DEGUERGUE, Maryse, < Silence de l'Administration en Droit Administratif Français ... p. 402

⁵⁹ *Idem*, p. 109.

⁶⁰ O artigo primeiro da *Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015* assim dispõe: *Les dispositions annexées à la présente ordonnance constituent les articles législatifs du code des relations entre le public et l'administration. Aux fins de la publication du présent code, l'annexe à la présente ordonnance sera fusionnée avec l'annexe au décret relatif aux dispositions réglementaires du même code.*

⁶¹ Em relação ao CRPA vale destacar alguns artigos: L112-2 a L 112-6, L114-2 a L 114-4, L231-1 a D231-3, L231-4 a L231-6, L232-1 a L232-3, L242-1 a L242-2.

sentido no silêncio administrativo é necessário para flexibilizar a atuação administrativa, mas tem que ser tratado com cautela para não dificultar essa percepção.⁶²

3.2. A experiência espanhola

Conforme já ventilado, o silêncio administrativo é de origem francesa⁶³, todavia, mesmo antes da sistemática francesa, a Espanha já possuía experiências normativas pontuais que proporcionariam, mais tarde, o nascimento do silêncio administrativo em terras espanholas, como a norma que previa o prazo máximo para resposta e a norma que estipulava uma prévia demanda administrativa, antes da demanda judicial, conforme ensinamentos de Marta García Pérez⁶⁴.

Nesse contexto, de fato, o tema nasceu com a aprovação do Estatuto Municipal de 8 de março de 1924, que expressamente inaugurou a expressão silêncio administrativo. Nesse momento estipulava-se o efeito negativo.

Sobre a estreia do silêncio negativo, García de Enterría e Ramón Fernández explicam que o silêncio administrativo foi inaugurado na Espanha pelos *Estatutos Locales de Calvo Sotelo de 1924 y 1925*, pela *Ley Municipal republicana de 1935* e pela *Ley de 18 de marzo de 1944*.⁶⁵

Posteriormente a essas experiências, a matéria foi ganhando importância, como se depreende da leitura da *Ley de procedimiento administrativo de 1958*⁶⁶ que trazia no artigo 94 o efeito negativo e no artigo 95 o efeito positivo do silêncio negativo e, para ambos, o prazo de 3 meses. Da leitura desses dispositivos, João Tiago Silveira resume que “uma vez

⁶² Conforme CHEVALIER, Emilie, <Silence in the french administrative system: a failed révolution?... p. 143.

⁶³ Alerta Camille Broyelle que no Direito Administrativo francês há dois tipos de silêncio administrativo, o silêncio verdadeiro e o falso silêncio. O silêncio verdadeiro é a total inércia da Administração Pública, enquanto o falso silêncio é enquadrado como uma expressão legislativa para combater a inércia, podendo ser uma decisão implícita de rejeição ou uma decisão implícita de deferimento. Para mais, BROUELLE, Camille, <Il silenzio della P. A. in Francia, in *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*, Vera Parisio, Giuffrè Editore, Milan, 2006, p. 12.

⁶⁴ A professora cita como exemplos: Real Decreto de 20 de setembro de 1851, Ordem Real de 30 de dezembro de 1838, Ordem Real de 9 de junho de 1847, Real Decreto de 20 de setembro de 1851, decreto de 9 de julho de 1869, Lei de 10 de janeiro de 1877, Real Decreto de 11 de janeiro de 1877, Real Decreto de 20 de setembro de 1851, Lei 13 de setembro de 1888. GARCÍA PÉREZ, Marta, <El silencio administrativo em España>, in *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n. 3, ano 2013, enero-diciembre- Bogotá-Colombia, p. 59-65.

⁶⁵ Conforme, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo I*, p. 643.

⁶⁶ Ao fazer uma análise histórica da codificação do procedimento administrativo, Marcos Vaquer Caballería pontua que a lei de 1958 foi protetora dos direitos processuais da parte, sem perder de vista ideia de eficácia da administração. Para mais, VAQUER CABALLERÍA, Marcos, <La codificación del procedimiento administrativo en España>, in *Revista General de Derecho Administrativo*, n 42, Madrid, 2016.

corrido o prazo de três meses sem que a Administração se pronunciasse, formava-se acto tácito que, em regra, seria de indeferimento, e, em situações excepcionais, de deferimento.”⁶⁷

Com o advento da Constituição Espanhola de 1978, ainda vigente, que de forma inovadora elevou a transparência e o acesso dos cidadãos a Administração Pública ao nível constitucional, inaugurou-se uma Administração submetida a lei e ao Direito e, com isso, segundo Javier Pérez Royo, floresceu no constitucionalismo espanhol a ideia de que a Administração Pública pode influenciar na vida, na sociedade, na liberdade e na propriedade.⁶⁸

Nesse toar, interpretando o artigo 24 da Constituição espanhola, que dispõe sobre o carácter revisor da jurisdição contenciosa-administrativa, Ernesto Garcia-Trevijano Garnica entende que o silêncio administrativo constitui um mal necessário, sendo mal por ser decorrente de um incumprimento e necessário, porque a sua inexistência levaria a situações inaceitáveis.⁶⁹

De forma que no Estado Democrático instaurado pela Constituição de 1978 o procedimento administrativo precisou se adaptar, o que culminou na elaboração da Lei 30/1992, de 26 de novembro, sobre o Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum que já na exposição de motivos⁷⁰ anuncia uma nova relação entre o cidadão e a Administração Pública, e, de fato, ocorreram grandes transformações.

Com a Lei 30 de 1992, o deferimento tácito passou ser a regra, consoante interpretação do artigo 43.2, ao passo que o indeferimento tácito entrou em regime excepcional. Sobre a nova regra, alerta Garcia –Trevijano Garnica que a potencialidade do silêncio positivo pode, na prática, ser mitigada frente a possibilidade de cada norma de procedimento estipular os seus efeitos. Mas o ponto alto da norma é o artigo 44 que dispõe sobre a “*certificación de actos presuntos*”, que segundo o mesmo autor tem a finalidade de proporcionar segurança jurídica.⁷¹

⁶⁷ SILVEIRA, João Tiago, *O deferimento tácito...* p. 36.

⁶⁸ PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 5ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 622.

⁶⁹ Segundo GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo em la nueva ley de regimen jurídico de las administraciones publicas y del procedimiento administrativo comum*, Editorial Civitas, Madrid, 1994, p. 20.

⁷⁰ Ao comentar a exposição de motivos da Lei 30 de 1992, Ernesto Garcia-Trevijano Garnica entende que a exposição deixou claro que o objetivo é que o cidadão obtenha uma resposta da Administração Pública, além de evitar distorções na utilização do silêncio administrativo, consoante GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo em la nueva ley de regimen ...* p. 21.

⁷¹ *Idem*, pp. 32-33 e 83-84.

Posteriormente, a *Ley 29/1998*, de 13 de julho, que regula a jurisdição contenciosa-administrativa, criou um recurso contra a inatividade administrativa “ *El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo*”⁷². Posteriormente, a *Ley 4/1999* de 13 de janeiro, modificou “aspectos problemáticos” da lei 30/1992, entre esses suprimiu a certificação do *acto presunto*, além de classificar o silêncio positivo como um verdadeiro ato administrativo eficaz e o silêncio negativo como ficção legal que visa permitir a tutela recursal.⁷³

Com o advento da Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, o silêncio positivo, além de ser a regra geral, também foi visto como um meio de favorecer o livre mercado e a competitividade, ao assegurar maior segurança jurídica nos requerimentos feitos à Administração Pública. Tal normativa foi transposta para o Direito espanhol pela Lei nº 17/2009, de 23 de novembro, conhecida como *Ley Ómnibus*, que versa sobre o livre acesso a atividades e serviços de caráter básico que, por sua vez, foi mote para a aprovação da *Ley 25 de 2009*. Para Marta GARCÍA PÉREZ a principal reforma foi a modificação do artigo 43 da *Ley 30/1992*, ao incorporar às razões imperiosas de interesse geral para determinar os casos de silêncio negativo, observando a exigência da Lei 17/2009.⁷⁴

Com o advento das Leis nº 17/2009 e 25/2009, as legislações tiveram que se adaptar para retirar o requisito da autorização administrativa para o acesso a algumas atividades, de modo que essas autorizações passaram a ser enquadradas como declarações responsáveis ou comunicação prévia.

A lei 39/2015, de 1 de outubro, *Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* que em sintonia com a Constituição e as orientações internacionais⁷⁵, trouxe o artigo 21, denominado obrigação de resolver, que assenta que a Administração Pública tem a obrigação de publicar na internet informações sobre os

⁷² Exposições de motivos da lei *Ley 29/1998*.

⁷³ Exposições de motivos da lei da *Ley 4/1999*.

⁷⁴ Extraído de GARCÍA PÉREZ, Marta, <El silencio administrativo em España ... p. 79.

⁷⁵ Na esteira do artigo 103 da Constituição da Espanha, a Lei 39/2015 estabeleceu o princípio da responsabilidade do processo, além da dispor sobre a urgência, transparência e processo eletrônico. Para mais, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, SISTERO RÓDENAS, Sara, <The sound of silence in Spain>, in *The sound of silence in European Administrative Law*, Edited by Dacian C. Dragos, Polonca Kovac, Hanna D. Tolsma, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020, p. 243.

procedimentos de sua competência, indicando prazos de duração e o efeito produzido pelo silêncio.

Ademais, traz no artigo 24, entre as várias disposições que “*Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general*”, além de sinalizar que o ato administrativo produzido pelo silêncio produz efeito desde o vencimento do prazo, afastando a ideia de certificação como condição para produzir efeitos.

Em síntese, hoje o deferimento tácito é a regra, porquanto é enquadrado como um meio para se alcançar a boa administração.

3.3. A experiência alemã

Taxada como relutante⁷⁶ aos efeitos do silêncio administrativo, a Alemanha não possui uma tradição no estudo dessa omissão, se comparada à França e à Espanha. Por tal razão, no Direito Administrativo alemão não há um conceito legal de silêncio, bem como não há nenhum princípio específico sobre o tema. Para Bettina Engewald, a realidade é que há pouco ou nenhum interesse nesse tema, por isso os estudiosos pouco discutem, os dados são inexistentes e a discussão é ignorada.⁷⁷

Para o sistema germânico, a proteção decorrente do silêncio é obtida com uma ação (meio processual) decorrente de uma omissão administrativa, um verdadeiro processo por inação, tanto que não se faz necessária qualquer rejeição fictícia para que o administrado possa ter o seu pedido reanalisado. Assim, é do juiz administrativo a incumbência de solucionar a não decisão administrativa. “Prefere-se, no Direito Alemão abrir as portas do Judiciário a criar uma ficção jurídica ou um ato administrativo.”⁷⁸ O tema silêncio, logo, é analisado com a ótica do contencioso, na utilização de uma ação como reação à omissão, daí o resultado esperado decorrer da condenação à prática do ato ou não.

⁷⁶ GRAAF, Kars J. de, HOOGSTRA, Nicole G., <Silence is golden? ... p. 20.

⁷⁷ ENGEWALD, Bettina, <Administrative silence in Germany>, in *The sound of silence in European administrative law*, Edited by Dacian C. Dragos, Polonca Kovac, Hanna D. Tolsma, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020, p. 102.

⁷⁸ SADDY, Andre, *Silêncio administrativo no direito brasileiro*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2013.

Ocorre que sob a influência⁷⁹ da Diretiva 2006/123/CE e, por consectário, da ideia de simplificação, houve a elaboração da quarta norma que alterou a lei (4ª VwVfÄndG), de 11 de dezembro de 2008⁸⁰, que introduziu na seção 42 a denominada aprovação fictícia, atribuindo um valor positivo ao silêncio caso a administração não manifeste no prazo de 3 meses, em regra, quando a lei assim determine e o requerimento seja preciso.⁸¹ Daí a importância de se ponderar a influência da Diretiva na propagação da necessidade de se adotar a aprovação ficta, consoante previsão do artigo 13 da Diretiva de Serviços, ocorre que mesmo com todo esse esforço e não ignorando a importância da Diretiva na Alemanha a aprovação fictícia, ainda, circunscreve-se a atos específicos⁸².

Para Thiago Marrara o § 42 da VwVfG exige três requisitos para a aplicação da autorização fictícia, são eles: a) existência de um processo administrativo em sentido amplo, em que a decisão final seja uma autorização, b) apresentação pelo particular de uma solicitação determinada e c) decurso de prazo, previamente, fixado para manifestação da Administração Pública. Ainda, sobre o assunto, o autor adverte que esses requisitos, em que pese parecerem simples, apresentam divergências interpretativas consideráveis.⁸³

Sobre o dispositivo, Bettina Engewald entende que o artigo não foi o primeiro a implementar um regime de silêncio positivo no procedimento administrativo e também não é o único na legislação alemã.⁸⁴

⁷⁹ Em que pese a resistência de alguns doutrinadores, desde 1980, a União Europeia e o Direito Internacional foram os principais propulsores para a transformação do Direito Administrativo alemão. Segundo, VOßKUHLE, Andreas, WISCHMEYER, Thomas, < The 'Neue Verwaltungsrechtswissenschaft' against the backdrop of traditional administrative law scholarship in Germany>, in: *Comparative Administrative Law*, Second Edition, Edited by Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth, Blake Emerson, Edward Elgar Publishing Inc., Massachusetts, 2019, pp. 88 e 90.

⁸⁰ Como razões da 4ª lei que altera os regulamentos de procedimento administrativo está a implementação de disposições processuais administrativas da Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Sobre a implementação não trouxe um debate sobre o silêncio administrativo, em si. ENGEWALD, Bettina, <Administrative Silence in Germany, ... p. 85.

⁸¹ Em comentários ao artigo, "A 'autorização ficcionada ou fictícia' surge no contexto dos chamados atos administrativos por ficção legal. Trata-se de um ato tácito, que é produto de uma operação de ficção pela lei. A lei atribui valor positivo ao silêncio que a Administração mantém no prazo de que dispõe para apreciar e tomar uma decisão sobre um requerimento que lhe é apresentado." CORREIA, Jorge Alves, ISENBERG, Andreas, *Lei alemã do procedimento administrativo: Guia de leitura e anotações*, Editora Almedina, Coimbra, 2016, p. 62.

⁸² Consoante, JANSEN, Oswald, <Silence of the administration, ... p.13/14

⁸³ Cf. MARRARA, Thiago < A autorização fictícia no direito administrativo>, in *Revista de Direito Administrativo*, volume 251, Editora FGV, Rio de Janeiro, 2009, pp. 206-208.

⁸⁴ ENGEWALD, Bettina, <Administrative silence in germany, p. 86. Alerta Thiago Marrara que a autorização fictícia como regra no processo administrativo é recente, mas o instituto não é novo, pois antes da quarta modificação da VwVfG a autorização já estava presente no Código de Construções (Baugesetzbuch), na Lei de Proteção de Animais (Tierschutzgesetz), entre outros dispositivos. "As bases de discussão do instituto da autorização fictícia já estavam, portanto, há muito tempo lançadas. O que mudou há pouco foi o

Para Graaf e Hoogstra⁸⁵ a grande relevância da Diretiva de Serviço foi ter sido a razão para se incluir na Lei administrativa geral disposições específicas sobre o deferimento tácito, que, antes, só estava previsto de forma espaçada em atos legislativos, estaduais e federais, que tutelavam temas específicos. Ainda, os autores explicam que a inclusão da Diretiva no Direito alemão foi complicada, por dois motivos: a) por não adotar a implementação *one-to-one*, a Diretiva foi implantada em uma escala muito abrangente, sob uma ideia ampliada de modernização e simplificação dos procedimentos administrativo, b) por questões de competência, pois questões procedimentais incumbem aos Estados, ocorre que a implantação da Diretiva foi coordenada ao nível federal.

Ademais, após a inclusão da Diretiva, outras discussões surgiram na doutrina alemã como: o próprio conceito de ato administrativo, como elemento volitivo, § 35 VwVfG, e a associação de decisão administrativa com a vontade humana.

Discussões essas que serviram de base para, mais recentemente, em 2016, introduzir o ato administrativo totalmente automatizado na lei de Processo Administrativo Geral, segundo Elena Buoso para explicar a ruptura entre o conceito de ato administrativo e o elemento volitivo, a doutrina usa o § 42a VwVfG e a ideia do consentimento tácito como um precedente.⁸⁶

Todavia, mesmo com a inclusão da Diretiva e o reconhecimento do deferimento tácito como fator de simplificação, o meio mais aclamado ainda é a ação por omissão de ação, que pode ser extraída da Seção 75 do *Verwaltungsgerichtsordnung* (Lei de Processo Administrativo alemã), que prevê a possibilidade de recurso caso um pedido não seja atendido em prazo razoável. Assim, a decisão sobre eventual deferimento ou indeferimento transferiu-se da Administração para o juiz administrativo, o que pode representar uma análise mais casuística e apurada da insurgência e não um efeito automático e genérico.

Ponderando sobre esse cenário, João Tiago Silveira⁸⁷ esclarece que a ausência de uma norma geral sobre o silêncio e o uso de uma ação para atribuir efeito a omissão não significa que o Direito Administrativo alemão desconheça a existência de efeitos positivos, uma vez que esse pode ser reconhecido em casos esporádicos.

reconhecimento desse instituto como regra geral”. MARRARA, Thiago <A autorização fictícia no direito administrativo>... p. 203.

⁸⁵ GRAAF, Kars J. de, HOOGSTRA, Nicole G., <Silence is golden?... pp. 20/21.

⁸⁶ Ver, BUOSO, Elena, <Fully automated administrative acts in the german legal system>, in *European Review of Digital Administration & Law*, ERDAL, vol. 1. Issue 1-2, June-December, 2020, p. 116.

⁸⁷ Conforme SILVEIRA, João Tiago, *O deferimento tácito...* p. 74.

Pelo pouco que se escreveu, denota-se que no Direito Alemão o silêncio não está envolto na discussão do efeito positivo ou negativo da omissão. A matéria é analisada, primordialmente, pelo juiz administrativo, mas isso não impediu mudanças legislativas que aderiram à ideia de que o deferimento tácito pode ser um meio de se atingir a simplificação.

3.4. A experiência brasileira

No Brasil, diferente do que acontece em outros países latino-americanos, o silêncio administrativo não é bem explorado. Um dos primeiros a tratar do tema foi o jurista Themistocles Brandão Cavalcanti, que, em 1938, após analisar a legislação estrangeira, concluiu que o Brasil não tinha leis e nem discussão sólida sobre a matéria, e que a falta de interesse decorria da falta de um sistema de contencioso administrativo, que, em suas palavras, “supõe maior rigidez das formulas processuaes, e respeito a prazos e outras exigencias, muito aproximadas daquellas de natureza judicial.”⁸⁸

A ausência normativa detectada em 1938 até hoje não foi totalmente superada, cabendo à doutrina e, principalmente, à jurisprudência, delimitarem os contornos do silêncio administrativo, que, ainda, analisam o tema apenas sob o enfoque da responsabilidade e da natureza jurídica.⁸⁹ Dessa visão, diferente dos outros ordenamentos aqui estudados, a omissão de uma manifestação da Administração Pública, no Direito brasileiro, é vista como um abuso de direito, ou um ato ilícito, por isso é apta a gerar um dever de indenização administrativo e civil e, dependendo de tipificação legal, até uma responsabilização penal.⁹⁰

Tal falta de interesse pode ser justificada pelo fato de que o silêncio administrativo carrega, em terras brasileiras, o rótulo de desídia ou má prestação do serviço público, afrontando, assim, os anseios constitucionais. Segundo Vladimir da Rocha França “se fosse

⁸⁸ Nos seus dizeres “Não temos, em nosso direito, como dissemos, nenhuma disposição legal que regule definitivamente o assumpto, embora certos regulamentos, como o do imposto de renda, prescrevam um prazo dentro do qual devem ser proferidas as decisões administrativas, sem comtudo impor qualquer sancção.” CAVALCANTI, Themistocles Brandão, <A theoria do silencio no Direito Administrativo>, in: *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 34, n. 2, 1938, p 127.

⁸⁹ Essa é a opinião de Andre Saddy em SADDY, Andre, <Efeitos jurídicos do silêncio positivo no Direito Administrativo brasileiro>, in *Revista de Direito Público e regulação*, CEDIPRE, novembro de 2009.

⁹⁰ Sobre o assunto, SADDY, André, TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, <Responsabilidade por inatividade da Administração Pública: um estudo específico do silêncio administrativo>, in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 3, n. 1, Fórum, Belo Horizonte, jan/mar 2003, pp. 109-133. Vladimir da Rocha França entende que a omissão na emissão de uma decisão expressa pode ser considerada ato ilícito, consoante os artigos 319 do Decreto-lei nº 2.848/40, artigo 116 da Lei Federal nº 8.112/90, artigo 189 do Código Civil, artigo 48 da Lei Federal nº 9.788/99. FRANÇA, Vladimir da Rocha, <Liberdade econômica em face do silêncio administrativo no Direito Brasileiro>, in *Lei de liberdade econômica e os seus impactos no Direito Administrativo*, coord. Georges Louis Hage, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2020, p. 87.

reconhecida competência discricionária para a Administração Pública responder ou não os pedidos ou impugnações dos administrados, de nada serviria a garantia fundamental do direito de petição.”⁹¹

Sendo assim, Felipe Estrela de los Santos entende que o texto constitucional, mesmo que não traga nenhuma disposição expressa sobre o silêncio administrativo, afasta a inércia da Administração, ao disciplinar o dever de motivação (artigo 5º, XXXIII e XXXIV), e ao afastar a sua inobservância, devendo a ausência de motivação ser caracterizada como prática abusiva. E, ainda, assevera que “é, absolutamente inaceitável que a Administração Pública, especialmente, sob o pretexto do exercício da competência discricionária, permaneça silente quando incitada para que se manifeste, colocando em vulnerabilidade o direito do administrado”⁹², além de enquadrar como forte ofensa à segurança jurídica.

Diante da ausência de uma norma geral a nível federal, André Saddy⁹³ alerta que cabem as Constituições Estaduais disciplinarem a matéria, o que ocorre de forma não uniforme, visto que algumas Constituições Estaduais orientam a Administração Pública a fornecer certidão de atos, contratos, decisões ou parecer sob pena de responsabilidade; outras Constituições, além de estipularem a obrigação, preveem a sanção de destituição de mandato administrativo se injustificadamente ocorrer a ausência de motivação. Há, ainda, Constituições estaduais que só estipulam penalidade se a omissão inviabilizar o exercício de um direito constitucional e, ainda, há Constituição estadual que limita a garantir o conhecimento ao andamento do processo.

No campo infraconstitucional, constata-se a ausência de previsão geral sobre o tema na lei de processo administrativo federal (Lei nº 9784/99). De modo que, em âmbito federal o tema só é tratado em leis esparsas, por exemplo a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 - que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano- em seu artigo 16 (incluído pela Lei nº 9785 de 1999) traz o efeito negativo do silêncio se não houver manifestação atempada sobre o projeto de parcelamento; outro exemplo é a lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 - que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo – no artigo 26 traz o efeito positivo do silêncio caso a Agência Nacional do Petróleo não se

⁹¹ *Idem*, p. 86.

⁹² SANTOS, Felipe Estrela de los, <O valor do silêncio da Administração Pública na hipótese de ausência de pronúncia em face do reclamo do administrado>, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, RPGE, v. 33, n. 69, 2012, Porto Alegre, pp. 115/116.

⁹³ SADDY, Andre, <Efeitos jurídicos do silêncio positivo no Direito Administrativo brasileiro... pp. 94/95.

manifeste em cento e oitenta dias sobre a aprovação do plano e projeto de exploração de petróleo⁹⁴.

Todavia, com o advento da Lei n. 13.874, em 20 de setembro de 2019, que institui a declaração de direitos de liberdade econômica, parece que, no campo normativo, o repúdio ao silêncio administrativo foi mitigado no âmbito federal⁹⁵. A referida lei, ao declarar os direitos essenciais para o desenvolvimento econômico, dispõe que uma das garantias é obter uma resposta da Administração e, caso essa não se pronuncie atempadamente, importará em aprovação tácita, o que se extrai do artigo 3º, IX, da lei.

Posteriormente, o Decreto 10.178 de 18 de dezembro de 2019 regulamentou a aprovação tácita. Oportunidade em que, de maneira interessante, previu sobre a possibilidade de renúncia ao direito de aprovação tácita. Só por essa previsão, entendemos que ainda no Brasil há uma certa dificuldade em reconhecer o efeito positivo do silêncio como uma garantia ao administrado⁹⁶.

Pelo histórico e pelo contexto das novas alterações, conclui-se que o tema ainda é incipiente e carrega uma visão pejorativa da omissão, de modo que o não decidir administrativo é visto como um ato repudiado, em que pese a lei de liberdade econômica tentar associar o deferimento tácito com a ideia de simplificação, mesmo que de forma tímida.

⁹⁴ O artigo 26 foi objeto de questionamento na Ação Direta de inconstitucionalidade nº 3273, o relator, que foi voto vencido, defendeu a inconstitucionalidade do §3º do artigo 26 por entender que “a função da ANP como órgão regulador não se exerce pelo silêncio e, sim, pela fala expressa, com aquela motivação que é obrigatória de todo ato administrativo, principalmente num ato administrativo dessa magnitude.” A posição prevalecente foi do Ministro Eros Grau que apenas assentou que “A lei dá regulação, neste ponto, ao chamado silêncio da Administração. Aqui se trata de matéria de lei, ordenação no plano da infraconstitucionalidade, sem ofensa à Constituição.” STF, ADI nº 3.273-9/DF, Relator originário Min. Carlos Britto, Relator para acórdão Min. Eros Grau, Julgamento 16/03/2005, Publicação 02/03/2007.

⁹⁵ É importante asseverar que a Lei 13874/19 atribuiu eficácia territorial ao efeito positivo do silêncio, ao afirmar, no artigo 1.º, que a norma restringe ao âmbito federal, não aplicado aos Estados, Municípios e DF, salvo exceções disciplinada na lei. Para mais, MARTINS, Pedro Henrique Incerpi Paiva, MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva, <Desburocratização e silêncio administrativo na liberação de atividade econômica>, in *Revista Digital de Direito Administrativo*, Universidade de São Paulo, vol. 8, n. 2, 2021, pp. 225-250.

⁹⁶ No campo doutrinário essa dificuldade é evidente, vide comentários de Vladimir da Rocha França “Embora seja um modelo jurídico destinado à proteção do administrado contra a ineficiência administrativa, não se pode descuidar do risco da prática de desvio de poder ou de ato de improbidade administrativa na omissão da Administração Pública. Para tanto, impõe-se o exame da validade do ato jurídico administrativo praticado com amparo no art. 3º, IX, da Lei Federal nº 13.847/2019, o que pressupõe o exame de seus elementos e pressupostos.” Vide, FRANÇA, Vladimir da Rocha, <Liberdade econômica em face do silêncio administrativo no direito brasileiro... p. 92.

Parte II. A compreensão atual do efeito positivo do silêncio administrativo e o contexto da simplificação.

O primeiro capítulo teve o fito de trazer um panorama sobre o silêncio administrativo e, principalmente, de demonstrar que, hodiernamente, tem-se estimulado o deferimento tácito em detrimento do indeferimento, sendo que o motivo dessa escolha é decorrente da associação do efeito positivo com a ideia de simplificação administrativa. Denotou-se, também, que, nos países eleitos para estudo por questões econômico-sociais, surgiram- com diferentes intensidades - um novo sentido ao antigo tema da omissão administrativa, o que demonstra, como já se defendeu, que o instituto se adaptou no tempo e apresenta-se hoje como uma ferramenta para os anseios atuais da Administração Pública.

De forma que, por essa releitura do silêncio administrativo, discordamos de João Tiago Silveira quando afirmou que o “deferimento tácito pode ser encarado como um instituto de cariz transitório” e que “deve ser encarado como um remédio para uma situação não definitiva, dadas as expectativas de, num futuro ainda que longínquo, com um acréscimo de eficiência administrativa, deixar de ser necessário.”⁹⁷

Para nós, o deferimento tácito tem vida longa na seara administrativa, pois se mostrou adaptável, acompanhando as mudanças de narrativa: da supremacia da administração para uma administração democrática, da estrita legalidade para a juridicidade, do autoritarismo para a administração participativa, do interesse público como interesse da Administração Pública para o interesse público fora da Administração. De tal maneira, o silêncio pode ser visto como uma ferramenta que, *per si*, promove a eficiência e que pode se adaptar às necessidades futuras.

Sem desconsiderar que a escolha do efeito positivo do silêncio proporciona um questionamento da atual onipresença e onisciência da Administração Pública ao homenagear o interesse privado (que não é necessariamente contrário ao interesse público) e, ao mesmo tempo, mitigar a ideia de interesse público, isso porque, mesmo que não seja situações de sinais contrário, a priorização do interesse particular, pode representar um sacrifício ao interesse público.⁹⁸

⁹⁷ SILVEIRA, João Tiago, *O deferimento tácito...* p. 271

⁹⁸ Ao discorrer sobre a regra do silêncio positivo no direito italiano, Anna Simonati expõe esse aparente caráter paradoxal do efeito adotado e acrescenta que se for permitido uma ação da administração para que haja o deferimento e essa ação não se efetivar de maneira adequada, mesmo que o fim seja o deferimento, esse perderá sua importância. SIMONATI, Anna, <Administrative silence in Italy, between (desired) simplification na

E é essa nova narrativa que passaremos a estudar no presente capítulo. Primeiramente, apresentando a simplificação administrativa e a distinguindo de outros conceitos similares como a racionalização, desburocratização e modernização. Para depois demonstrarmos como essa é fruto de um esforço externo de direcionar a atuação da Administração Pública para o desenvolvimento econômico, homenageando um Direito Administrativo com preocupações econômicas.

Para tal desiderato, iremos tratar dos efeitos da simbiose silêncio e simplificação e como tal associação decorre da influência de organismos internacionais e do próprio anseio da Administração Pública, além de demonstrar preocupação com as repercussões práticas econômicas decorrente da atividade administrativa, mormente sob os enfoques do interesse público, da eficiência e da boa administração.

1. Diferenciação terminológica da simplificação administrativa

Para fins didáticos, faz-se necessário em um primeiro momento buscar um conceito de simplificação e, diante da sua aplicabilidade, diferenciá-la de conceitos paralelos. Assim sendo, simplificar, sem o rigor jurídico, pode ser entendido como uma reorganização de forma racional para retirar excessos e dificuldades. Na seara administrativa, Sebastián Martín – Retortillo Baquer traz uma visão clássica da simplificação administrativa, no qual significa fazer de modo menos complicado e mais reduzido.⁹⁹

À primeira vista, pode parecer que os dois enfoques são parecidos, mas a simplificação no âmbito administrativo requer um esforço conceitual mais crítico, diante do efeito prático que o “discurso da simplificação” pode ocasionar na teoria do Direito Administrativo, bem como no cotidiano da atividade administrativa.

De modo que, em que pese os conceitos já expostos, o termo simplificação é polissêmico. Por tal razão é, por vezes, tratado como sinônimo de racionalização, de desburocratização ou de modernização, o que aqui cabe diferenciar.

Para nós, simplificar não é sinônimo de racionalizar, visto que coadunamos com a distinção adotada pelo professor Eduardo Gameiro Casado ao explicar que simplificação é um conceito mais restrito e consiste na busca por uma atividade administrativa enxuta ao

(practical) complication>, in *The sound of silence in European administrative law*, Edited by Dacian C. Dragos, Polonca Kovac, Hanna D. Tolsma, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020, p. 221.

⁹⁹ Para mais, MARTÍN –RETORTILLO BAQUER, Sebastián, <De la simplificación de la administración pública>, in *Revista de Administración Pública*, n. 147, Septiembre-diciembre 1998, p. 7.

eliminar documentos e procedimentos desnecessários. Já a racionalização é um conceito mais amplo de reorganização, nesse caso o enfoque principal é a busca de uma boa atividade administrativa para chegar ao fim desejado.¹⁰⁰ Assim, a rigor, essas terminologias não são sinônimos, pois simplificar é uma “espécie” do “gênero” racionalização.

Prosseguindo na diferenciação conceitual, simplificação não é sinônimo de modernização, vez que o conceito de modernização é mais amplo do que a ideia de simplificar, sendo esta uma “espécie do “gênero” modernização. Dessa forma, para Tornos Mas, a simplificação é uma das formas de se concretizar a modernização, que é um conceito mais amplo.¹⁰¹

Paralelamente, entendemos que simplificar também não é sinônimo de desburocratizar, uma vez que a ideia de simplificação não pode ser restrita à atividade burocrática – formal – podendo ir além, ou seja, simplificar também é possibilitar a atuação ativa do cidadão nos assuntos públicos. Pensando diferente, a doutrina brasileira entende, de forma majoritária, a desburocratização como termo equivalente à simplificação, isso porque, tradicionalmente, o termo burocratização, em terras brasileiras, foi adotado pela acepção popular e não científica¹⁰², sob o fundamento de que o objetivo de uma política de desburocratização/simplificação fosse compreendido “pelos destinatários do programa”, de modo que se preferiu uma acepção mais popular e menos técnica. E tal escolha tem reflexos até nas mais recentes legislações, assim tais expressões foram utilizadas como sinônimo no programa nacional de desburocratização, em julho de 1979 e também na lei de desburocratização de outubro de 2018 (Lei nº 13.726/2018).

¹⁰⁰ Para complementar, Eduardo Gamero, em síntese, entende que simplificar é reduzir documentos e procedimentos, já racionalizar é ordenar o procedimento adotando um critério razoável. CASADO, Eduardo Gamero, <La simplificación del procedimiento administrativo: better regulation, better administration,>, in: *Revista española de derecho administrativo*, n. 160 n. 160, Thomson Reuters, 2013, p. 83. Já Roberto Dromi entende a racionalização no âmbito administrativo como uma opção entre o “bien-estar general” e o “mal-estar común”, em DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, 9ª Edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 50.

¹⁰¹ Cf. TORNOS MAS, Joaquín, <La simplificación procedimental en el ordenamiento español>, in *Revista de Administración Pública*, n. 151, Enero – abril 2000, p. 42.

¹⁰² Explica a opção terminológica brasileira Hélio Beltrão, ministro extraordinário para a desburocratização, ao assentar que “Sendo nosso propósito promover uma transformação fundamental no comportamento da Administração Pública e no tratamento dispensado a seus usuários, pareceu-nos indispensável usar uma linguagem que fosse entendida pelos destinatários do Programa. E estou certo de que os senhores concordarão comigo em que a imensa maioria dos servidores públicos e, certamente, 99% dos usuários jamais ouviram sequer falar de Max Weber. Para o homem comum - e é a ele que se destina primordialmente o Programa - 'burocracia' é sinônimo de demora, complicação, papelada, exigências excessivas ou inúteis, filas intermináveis e torturantes encaminhamentos 'à consideração superior'.” BELTRÃO, Hélio, <Programa nacional de desburocratização>, in *Revista de Administração Pública*, v. 15, n. 3, Rio de Janeiro, 1981, p. 92.

Feitas essas distinções terminológicas, impende reafirmar que simplificação é um conceito “multiuso”¹⁰³, de modo que o termo não pode ser visto sob um olhar reduzido, pois seu conceito abrange uma racional atividade regulatória, uma sistematização do ordenamento jurídico, um organograma administrativo lógico, uma diminuição de prazo, uma diminuição de custo, uma supressão de trâmites desnecessários, uma articulação e finalidade prática dos trâmites, uma flexibilização das normas, além de representar os anseios de nova Administração Pública. A tal ponto que simplificar não se confunde, mas traduz uma parte da ideia de modernização, de gestão participativa, de racionalização e de desburocratização.

Em que pese a importância teórica da diferenciação acima, compete alertar que, no aspecto prático, a diferenciação tem diminuta importância. Diante da pluralidade de significados e da existência de termos similares¹⁰⁴, o apego exacerbado a termos técnicos pode prejudicar a compreensão ou não ser impactante no aspecto político e social, logo não é de se estranhar que as legislações, por vezes, tratem simplificação como sinônimo de desburocratização ou racionalização, e isso não foi empecilho para que a noção de simplificação administrativa fosse aplicada.

Diante da abrangência do conceito, para nós, a ideia de simplificação de Cass R. Sunstein abarca todo os anseios, vejamos: “*it is about how governments can be much better, and do much better, if they make people’s lives easier and get rid of unnecessary complexity.*”¹⁰⁵ Logo, é ser e fazer melhor. É atingir os fins desejados gastando menos recursos, o que, até certo ponto, confunde com a razão de ser da administração, a saber, “gestão de recursos escassos”¹⁰⁶.

¹⁰³ Entendendo que a simplificação administrativa se refere a uma atuação necessária para adequar a Administração Pública aos novos anseios, o termo é visto como um conceito multiuso em TORNOS MAS, Joaquín, <La simplificación procedimental en el ordenamiento español, ... pp. 41-42.

¹⁰⁴ Por exemplo, no que tange ao licenciamento, simplificar não significa necessariamente desregulamentação, podendo, também, significar uma mudança de controle para um meio menos exigente, ou uma diminuição de documentos exigidos, diminuição de tempo de avaliação. Segundo observa MARQUES, Maria Manuel Leitão, <Simplificação dos regimes de licenciamento>, in *Direito regional e local*, nº 14, abri/junho 2011, Centro de estudos jurídicos do Minho, Braga, p. 59.

¹⁰⁵ SUNSTEIN, Cass R., *Simpler: the future of government*, Simon and Schusters Paperbacks, 2013, p.1.

¹⁰⁶ Para Vieira de Andrade “No seu sentido comum, administração significa uma gestão de recursos escassos, através do funcionamento de uma organização, para obtenção de utilidades (que podem ser permanentes, periódicas ou fortuitas), segundo opções racionais (finalidades e prioridades) que foram pré-definidas (em regra, por outrem)”. Para mais, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Lições de Direito Administrativo...* p. 13.

2. Natureza jurídica da simplificação

Ainda com o objetivo de traçar os contornos iniciais do que seja a simplificação administrativa, cabe refletir sobre a natureza jurídica da simplificação no Direito Administrativo.

Adotando a posição de que a simplificação é um mandamento de otimização, em Portugal, a Constituição no seu artigo 267.º, n.ºs 1 e 2 traz o princípio da simplificação ou desburocratização da atividade administrativa ao delinear que a Administração Pública será estruturada para evitar a burocracia, para aproximar os serviços das populações e para assegurar a participação dos interessados.

Em comentários ao tema, Paulo Otero adverte que o princípio da desburocratização, além de incentivar a simplificação, a eficiência e a racionalidade, também comporta um elemento político, ao delinear que as decisões devem partir de uma estrutura com legitimidade democrática, e não somente de uma estrutura técnica e burocrática. Em suas palavras “desburocratizar será agora fazer prevalecer a força das estruturas organizativas e funcionais de uma Administração Pública politicamente legitimada, relegando para um plano secundário e subalterno todo o aparelho burocrático”.¹⁰⁷

Fora do âmbito constitucional, o regime jurídico a que está sujeita a gestão de resíduos das explorações de depósitos minerais e de massas minerais, decreto-lei nº 10/2010, traz, em seu artigo 7º, a simplificação, também, como princípio. De igual maneira, o Decreto-lei nº 137/2014, que rege o modelo de governação dos fundos europeus estruturais e de investimento para 2014-2020, anuncia, de forma expressa, o princípio da simplificação como um dos princípios gerais e o define como aquele “que determina a ponderação permanente da justificação efetiva dos requisitos processuais adotados” e, por conseguinte “a correção de eventuais complexidades desnecessárias, privilegiando-se a utilização de informação existente nos órgãos de governação e na Administração Pública”.¹⁰⁸

Já a Espanha trata a simplificação como princípio geral no artigo 72.1 da LPAC – Lei nº 39/2015 – além de considerar “*la simplificación de los procedimientos administrativos y su integración como especialidades en el procedimiento administrativo*

¹⁰⁷ OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2013, p. 366.

¹⁰⁸ Vide artigo 3.º, g, do Decreto-lei nº 137/2014. Ao explicar esse dispositivo, Ricardo Pedro assevera que o princípio é muito popular nas recentes reformas do Direito Administrativo, citando exemplo dele decorrente a obrigação de não solicitar informações que a Administração tenha acesso, consoante PEDRO, Ricardo, *Do Portugal 2020 ao Portugal 2030: breves notas sobre o atual e o futuro modelo de governação*, Maio, 2019, disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3388122>

común, contribuyendo así a aumentar la seguridad jurídica”¹⁰⁹. A ode à simplificação foi tamanha que a norma previu um capítulo próprio para tratar da simplificação no procedimento administrativo, inaugurado pelo artigo 96 . Dessas previsões, há uma dupla finalidade: a primeira afeta o modo que devem conformar as normas jurídicas, tendo, assim, uma função orientadora; e a segunda orienta a tramitação procedimental, a fim de buscar uma melhor maneira possível e global de suas funções, visto no aspecto material.¹¹⁰

No Brasil, Rafael Lima Daudt d’Oliveira¹¹¹ defende que, segundo a tradição jurídica brasileira, a simplificação administrativa deve ser enquadrada como princípio, por ser alicerçada em diversos princípios constitucionais, como a eficiência, a celeridade, a proporcionalidade.

Malgrado os exemplos acima, o mesmo autor, ao refletir sobre o tema expõe que não há consenso se a simplificação administrativa é instituto –norma que disciplina uma entidade autônoma – ou um princípio – mandamento de otimização ¹¹².

Para nós, após considerar que os países eleitos para estudos têm uma forte inclinação em enquadrar a simplificação como um princípio do Direito Administrativo, entendemos que a simplificação, vista como norma jurídica que possui intencionalidade normativa menos determinista, ao não delinear um efeito determinado e maleabilidade suficiente para orientar diversas condutas da Administração Pública, pode sim ser taxada como princípio do Direito Administrativo.¹¹³

3. Âmbito de aplicação da simplificação administrativa

¹⁰⁹ Exposição de motivos da lei nº 39/2015.

¹¹⁰ Essa dupla finalidade é extraída de CASADO, Eduardo Gamero, RAMOS, Severiano Fernandez, Ruiz Manuela Mora, *Derecho administrativo para estudios no jurídicos*, Editora Tecnos, Madrid, 2018.

¹¹¹ Vide, D’OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt, *A simplificação no Direito Administrativo e ambiental*, 2ª tiragem, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2020, p. 7.

¹¹² *Idem*

¹¹³ Convém ressaltar que o estudo dos princípios no Direito Administrativo é matéria árdua e longe de consensos, sendo temerário discuti-la em poucos parágrafos, mas como o enfoque do trabalho não permite maiores divagações, impende assinalar a influência de Pedro Costa Gonçalves ao ensinar que os princípios não podem ser enquadrados como cânones pré-normativos, que visam implantar valores, mas “direta definição de padrões ou critérios de conduta da ação administrativa”. E ainda alerta sobre a existência de “falso princípio jurídico” que é “um preceito sem juridicidade, isto é, que se limita a ‘sugerir’ uma conduta, não é um princípio normativo, mas, talvez, uma regra de boa administração, um valor, ou uma mera proclamação, que assinala linhas programáticas, define metas ou resultados desejáveis, ou que se limita a estimular ou sugerir a adoção de certas condutas.” Para mais, GONÇALVES, Pedro Costa, *Manual de Direito Administrativo*, v. 1, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 364-374.

Feitos os apontamentos sobre a natureza jurídica, cabe a nós refletir sobre o slogan da simplificação, já que, em que pese a parte conceitual exaltar “as qualidades” da simplificação e a sua própria concepção carregar consigo um discurso otimista, a simplificação não está imune a críticas entre os administrativistas, sob o argumento de que os seus efeitos são demasiados abstratos e geram flexibilização, dificuldade no controle ou um esforço surreal para transpor a teoria para o cotidiano da administração.

Nesse contexto, não se pode desconsiderar que um processo de reorganização na esfera pública demanda mais cautela do que na esfera privada, pois na esfera pública a interferência econômica gera imensuráveis efeitos sociais, enquanto na privada os efeitos, geralmente, ficam restritos aos envolvidos. Assim, há de se ponderar que na esfera pública, diante da sua abrangência de efeitos, o aspecto econômico não é o único e nem pode ser eleito o mais importante para se adotar ou não uma política de simplificação.

Por esse e por outros motivos, a simplificação não pode ser enxergada só no aspecto técnico, sendo importante considerar o campo político, pois, também, apresenta-se como uma agenda partidária, que será necessária, principalmente, em períodos de dificuldades econômicas, em períodos em que a escassez é evidente¹¹⁴. Período esses que emergem vozes a favor do livre mercado e da maior interferência do setor privado em detrimento de uma redução do controle administrativo.¹¹⁵

Como principal incentivadora do discurso da simplificação, a OCDE, com o fito de explicar a importância da simplificação administrativa¹¹⁶, deixa pista sobre quais são as suas vantagens, a saber: encorajar a inovação para processos mais eficientes; incentivar o empreendedorismo, melhorar a governabilidade pública graças à adoção de ações mais eficientes; diminuir os custos administrativos; melhorar o clima de investimento diante da previsibilidade, o que gera mais desenvolvimento econômico; além de ser um discurso político atrativo ao promover a transparência e ao favorecer a iniciativa dos cidadãos.

Desta feita, diante das variadas expectativas, o processo de simplificação apresenta, no mínimo, três protagonistas, são eles: as empresas, o administrador público e os cidadãos. Não se restringindo somente ao aspecto governamental, sendo um meio democrático de

¹¹⁴ SUNSTEIN, Cass R., *Simpler...* p. 14

¹¹⁵ *Idem*, p. 11

¹¹⁶ OCDE, *Surmonter les obstacles à la mise en oeuvre des stratégies de simplification administrative: orientations destinées aux décideurs*, Paris, 2009, p. 7. Disponível em <https://doi.org/10.1787/9789264060630-fr>

participação do cidadão, bem como um meio para a iniciativa privada encontrar segurança jurídica, além de ser considerado um estímulo para investir.

Pelo já delineado, seja a plurissignificação, seja na parte teórica – conceito e natureza jurídica-, seja na parte prática – âmbito de aplicação - a simplificação administrativa é uma matéria que pode ser explorada em múltiplos enfoques, atendendo a múltiplos discursos e com isso pode ser instrumento para fazer frente aos múltiplos anseios da Administração Pública e do administrado.

4. A distinção entre simplificação administrativa e simplificação procedimental.

Ultrapassadas as nuances conceituais, é necessário alertar que nem toda simplificação administrativa restringe-se ao aspecto procedimental, em que pese esse aspecto ser o mais corriqueiro, isso se dá porque os objetivos da simplificação administrativa são atrativos para o administrador e, por isso, podem ser aplicados em diversas perspectivas da atuação administrativa.

Vê-se que pelas diferentes funcionalidades da simplificação, podem surgir diferentes classificações, mas, aqui, recorreremos à classificação feita por Sebastián Martín-Retortillo Baquer¹¹⁷ que possui três perspectivas, a saber: simplificação normativa; a simplificação organizativa e a simplificação procedimental.

A simplificação normativa impõe-se em virtude da complexidade, da falta de uniformidade e da mutabilidade do ordenamento jurídico, ainda mais em um contexto de renovação das fontes do Direito Administrativo e do atual pluralismo normativo, que, se não bem administrados, podem acarretar antinomias ou interpretação paradoxal¹¹⁸. Para mitigar a complexidade inevitável do sistema normativo, a simplificação apresenta-se como um remédio viável, o qual exige, segundo Martín-Retortillo Baquer, uma elaboração precisa e uma manutenção devida¹¹⁹. Seja no processo de elaboração, seja no processo de

¹¹⁷ MARTÍN –RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *De la simplificación de la administración pública...* pp. 7-8.

¹¹⁸ Roberto Dromi defende que a regulação anarquista deve ser substituída por um normativismo simples e eficaz, pois a primeira causa uma “angustia dogmática” na sociedade. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo...* p. 76.

¹¹⁹ Extraído de MARTÍN –RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *De la simplificación de la administración pública...* p. 17. Ainda, sobre a simplificação normativa, com o objetivo de tornar a economia europeia mais competitiva e inovadora uma das diretrizes apontadas foi a elaboração de políticas que busquem um enquadramento regulamentar simples e favorável aos empresários, alertando que “Tal não significa uma desregulamentação ou nivelamento por baixo, mas, sim, uma regulamentação inteligente”. De forma que no

reorganização, seja no processo de revogação das norma, o fim é o mesmo: retirar a complexidade normativa desnecessária – redundante ou contraditória- para um melhor entendimento das fontes do Direito Administrativo.

Frisa-se que a simplificação nesse aspecto não se reduz só em supressão normativa, uma vez que uma reorganização ou o acréscimo de norma pode facilitar a interpretação e a aplicação, tornando o sistema normativo mais eficaz.

A segunda, a simplificação do aparato organizativo, consiste em reconhecer a inevitável complexidade da estrutura administrativa e, ao mesmo tempo, evitar o que Baquer chama de “peregrinação tediosa e enervante” entre as estruturas da Administração.¹²⁰ O que implica buscar a melhor base organizativa da Administração Pública de forma a promover a boa atuação das funções administrativas tanto no sentido orgânico como no sentido funcional.

A última classificação é a que mais nos interessa. A simplificação procedimental é espécie de simplificação administrativa, em que pese ser muitas das vezes tratadas como sinônimas. O equívoco se justifica pela própria atuação administrativa que tem como sua primordial forma de atuação a manifestação no bojo de um procedimento, como bem alertou Eduardo Gamero Casado¹²¹.

Em linhas gerais, essa forma de simplificação pretende alcançar a celeridade¹²², sendo uma ferramenta para a Administração adotar o meio mais rápido, barato e com maior participação nas suas manifestações através de um procedimento que pode ser efetivado pela supressão de trâmites, de prazos ou através de diferentes resoluções administrativas, o que pode acarretar até uma modificação do próprio ato administrativo.¹²³

Para nós, essa diferenciação se mostra fulcral, pois no âmbito do silêncio administrativo estudaremos os reflexos da omissão e sua influência na promoção de uma simplificação no campo procedimental.

âmbito do programa europeu Legislar melhor a “Comissão está a tornar as operações das empresas mais fáceis e menos onerosas mediante a simplificação das disposições legislativas e regulamentares a nível da EU”. Para mais, vide Comissão Europeia, Livro branco da comissão europeia sobre o futuro da Europa e documentos de reflexão sobre a UE27 em 2025, Bruxelas, 2017, p. 90.

¹²⁰ MARTÍN –RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *De la simplificación de la administración pública ...* p. 23.

¹²¹ Para mais, CASADO, Eduardo Gameiro, < *La simplificación...* pp. 82-84.

¹²² Conferir, MARTÍN –RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *De la simplificación de la administración pública ...* p. 27.

¹²³ A adoção da simplificação pode levar a um novo modelo de ato administrativo, segundo TORNOS MAS, Joaquín, <La simplificación procedimental em el ordenamento español... p. 43.

5. Incentivos ao discurso da simplificação

Partindo do pressuposto de que a Administração Pública sofreu alterações para cima (internacionalização e europeização) e para o lado (sociedade)¹²⁴, passaremos a analisar como essas alterações influenciaram na construção da teoria da simplificação administrativa, tendo como fator decisivo para a adoção desse discurso a ocorrência de intempéries econômicas e a necessidade, constante, de crescimento.

De modo que, tanto a nível de União Europeia, como no âmbito nacional, a simplificação quando aplicada aos procedimentos administrativos foi promovida à mecanismo de crescimento económico (por eliminar constrangimentos, por facilitar a liberação de recursos e por estimular a competitividade)¹²⁵.

Paralelamente, foi promovida à mecanismo de proteção de Direito dos cidadãos, pois a simplificação busca atender o particular de forma mais eficiente e com menor custo possível. Por tais razões, surgiram recomendações externas, normas internas e anseios populares para a promoção de uma Administração simplificada.

Além disso, outra organização intergovernamental, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico, também exerceu grande influência na promoção e disseminação do discurso da simplificação, elegendo o instituto como uma ferramenta para se atingir o desenvolvimento económico.

Diante da imensurável influência - direta (nos países membros) e indireta (como o caso do Brasil) - da União Europeia e da OCDE, para a adoção de um discursos de simplificação no Direito Administrativo, a seguir passaremos a analisar como se deu a divulgação dessa narrativa.

5.1. O contributo europeu

Em que pese o Direito Administrativo ser produto de um Estado, não há como estudar essa matéria sem se ater à dimensão transnacional, principalmente no âmbito de

¹²⁴ Simbologia extraída de MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A recusa de aplicação de regulamentos pela administração com fundamento em invalidade: contributos para a teoria dos regulamentos*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 26.

¹²⁵ Ao tratar da “*semplificazione amministrativa*” em Itália, as autoras defendem esta dupla finalidade, in, FESTA, Angela, LONGO, Marika, <Administrative Simplification in Italia>, in *Sapienza Legal Papers*, vol. 2, n. 2, 2013-2014, pp. 123-124. E, ainda, vide: Tribunal de Justiça, Terceira Secção, Processo C-230-00, Comissão das comunidades europeias contra Reino da Bélgica, acórdão de 14 de junho de 2001, tal acórdão discute a condenação do Reino da Bélgica por não transposição de diretiva da União Europeia.

países membros da União Europeia. Sobre o tema, ensina Takis Tridimas que a europeização é mais visível em certos ramos do Direito, em outros, é pouco visível, mas dificilmente será inexistente. Em termos de grande visibilidade, cita o autor que o Direito Administrativo da regulação ganhou relevante notoriedade perante a crise econômica, ao tentar remediar a situação usando de ferramentas oriundas da influência europeia¹²⁶

Logo, em face da europeização do Direito Administrativo há um perceptível alinhamento de normas, mormente quando há a elaboração de uma diretiva, pois essa exige uma confluência de decisões que acaba por se internalizar na legislação nacional, como ocorreu com o princípio da boa administração e com a transparência.

Esse cenário é também evidente quando o objeto de análise é a simplificação administrativa como instrumento de política econômica-administrativa, por tal razão não é de se estranhar que os primeiros esforços de consolidar o instituto saíram de diretrizes europeias. Nesse assunto há inúmeras iniciativas do bloco, mas para fins didáticos elegemos alguns documentos em que a simplificação administrativa foi exaltada.

Na década de 90, o Conselho da Europa, ao elaborar o handbook *The administration and you* trouxe as diretrizes de primeira ordem para o Direito Administrativo, momento em que se reconheceu os diversos poderes e funções que o Estado atual esperava de um Estado Administrativo, que foram reduzidos a três: a) observância aos valores democráticos, b) utilização de recursos técnicos, econômicos e humanos e c) eficiência do aparelho estatal.¹²⁷

E, com esse mesmo espírito, o manual elencou princípios do Direito Administrativo positivo e do Direito processual, já, nesse momento, denota-se um incentivo à ideia expandida de simplificação, que se encontra no texto atrelada ao acesso à justiça (mormente o anexo que reproduz a Recomendação nº R (81) 7).¹²⁸

Como breves são os anos, o bloco europeu, antes de entrar no século XXI, diante da preocupação com o desenvolvimento econômico e com o crescimento do desemprego,

¹²⁶ TRIDIMAS, Takis, <The general principles of EU law and the Europeanisation of national law,... p. 7.

¹²⁷ Conselho da Europa, *L'administration et les personnes privées: Principes de droit administratif concernant les relations entre les autorités administratives et les personnes privées*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997, p. 7.

¹²⁸ Vide anexo da recomendação “*Les Etats membres devraient prendre toutes les mesures nécessaires pour informer le public sur les moyens qu'une personne peut utiliser pour faire valoir ses droits en justice et pour rendre simples, rapides et peu coûteuses les procédures en matière civile, commerciale, administrative, sociale ou fiscale.*” Conselho da Europa, *The administration and you – A handbook: Principles of administrative law concerning relations between individuals and public authorities*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2018.

atendendo aos anseios dos Estados-membros de se adotar um Direito Administrativo que fizesse frente as crises econômicas, de forma prioritária, promoveu a simplificação administrativa como ferramenta de desenvolvimento econômico, social, laboral e fiscal¹²⁹, e, a partir dessa intenção, elaborou o livro branco para os desafios e pistas no século XXI¹³⁰, no qual reconheceu que a simplificação seria uma aliada aos desafios desse novo período que se aproximava.

Por certo, o principal desafio econômico do século XXI gira em torno do objetivo de tornar a economia sã e competitiva. Para atingir tal façanha, a simplificação foi defendida em diferentes momentos, ao sugerir mudanças nos encargos administrativos, através de um serviço único para todas as contribuições fiscais e sociais; mudanças nos regulamentos, com a otimização e enxugamento das normas; com políticas públicas para acesso de empresas pequenas em um mercado competitivo; com a facilitação ao acesso à informação e, principalmente, com a simplificação dos procedimentos.

Assim, mesmo que não existam remédios milagrosos, pela leitura do livro branco, é intuitivo concluir que, atento às manifestações de alguns países membros que enalteciam o discurso da simplificação, o bloco europeu aderiu ao discurso como uma “panaceia” na seara administrativa, para se atingir uma gestão econômica crescente e competitiva¹³¹.

É certo que a busca pela simplificação não é pontual, deve ser adotada de maneira ampla e reforçada constantemente, como foi feito na União Europeia, sendo, hoje, um instrumento europeu para participar e compreender melhor a estrutura administrativa, reafirmando, assim, a europeização do Direito Administrativo.

5.2.O contributo da OCDE

¹²⁹ “Certos Estados-Membros acentuam a simplificação administrativa, incluindo em matéria de regras sociais, laborais ou fiscais, bem como as modalidades que favorecem a criação de postos de trabalho por parte das empresas, incluindo através de uma melhor tomada em consideração dos custos salariais, directos e indirectos.” Comissão europeia, *Crescimento, competitividade, emprego: os desafios e as pistas para entrar no século XXI*, Serviço das Publicações oficiais das comunidades europeias, Luxemburgo, 1994, p. 92. No mesmo sentido Council of Europe, RegWatchEurope, *A smart agenda for the new european comission*, 2014, p. 2.

¹³⁰ Comissão europeia, *Crescimento, competitividade, emprego: os desafios e as pistas para entrar no século XXI...* pp.14/94/164.

¹³¹ A comissão europeia possui uma plataforma denominada Rumo ao futuro que se alimenta de sugestões, com o objetivo de ajudar a comissão a elaborar ações para simplificar a legislação, reduzir a carga regulamentar e assegurar que a legislação esteja adaptada ao futuro. Plataforma disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say-simplify_pt

No dia 14 de dezembro de 1960¹³², em Paris, foi assinada a convenção sobre a organização para a cooperação e o desenvolvimento econômicos, doravante OCDE, criada com os seguintes objetivos principais: a) crescimento econômico sustentável, emprego e um padrão de vida crescente nos países membros; b) sólida expansão econômica nos países membros; c) expansão do comércio mundial numa base multilateral e não discriminatória.

Para alcançar tais objetivos, a organização orienta a adoção de um padrão ou de uma política de desenvolvimento, ao traçar algumas estratégias e recomendações. Dentre essas recomendações está a simplificação administrativa, que é apresentada como uma política que visa melhorar o desempenho e aumentar a produtividade.

Essa ideia é tão divulgada, a ponto de a OCDE, hoje, ser considerada uma das maiores entusiasta da política de simplificação administrativa, de modo que, segundo estudos da própria organização, nos países-membros a simplificação é parte da agenda política e cada vez mais ganha mais notoriedade¹³³.

Para explicitar como se originou esse incentivo, temos que voltar um pouco no tempo, em especial ao ano de 1995, quando foi elaborada a Recomendação do Conselho sobre a Melhoria da Qualidade do Regulamento Governamental, de 9 de março de 1995, considerada a primeira declaração comum aos Estados-membros de princípios regulatórios. Nessa ocasião restou assentada a necessidade de mudança na política regulatória, que passava pelo processo de simplificação.

Em 2003, a OCDE divulgou um estudo sobre o *e-government*¹³⁴, no qual incentivou o uso da tecnologia de informação na Administração Pública como política de gestão para contribuir no desenvolvimento econômico, na qualidade do serviço público e na participação dos cidadãos. Além disso, nesse trabalho, apresentou o *e-government* como uma estratégia que, se associada ao processo de simplificação, chegaria a um governo eficiente. Oportunidade em que a simplificação foi apontada como técnica que promove a modernização e a divulgação de informações. Desse modo, a adoção de tecnologia

¹³² A convenção, que transformou a Organização Europeia de Cooperação Económica (OECE) em Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económicos (OCDE), foi assinada em dezembro de 1960, mas só entrou em vigor em setembro de 1961.

¹³³ OCDE, *Eliminer la paperasserie: des stratégies nationales pour simplifier les formalités administratives*, Éditions OCDE, 2006, p. 23. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/eliminer-la-paperasserie_9789264029811-fi#page25

¹³⁴ A OCDE define e-government como o uso de tecnologia de informação e comunicação para alcançar melhor resultado no âmbito governamental. vide OCDE, *The e-government imperative*, Paris, 2003, disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264101197-en>

possibilitaria a simplificação, contribuindo para uma política econômica mais eficiente e possibilitando reformas mais ágeis, desde que usada não só no aspecto prático, mas também qualitativo, de mensuração dos desafios.¹³⁵

Ainda, no mesmo ano, com o fim de transformar o *red tape*¹³⁶ em *smart tape*, a OCDE expôs eventuais falhas que podem ocorrer em uma política de simplificação, ao reconhecer que, apesar da simplificação estar na agenda dos países membros da OCDE, essa política não tem a extensão ou o entendimento necessário, por ausência de informação adequada ou pelo “*information vacuum*”. Na ocasião, a própria OCDE alegou ter ciência de que a simplificação pode adotar um discurso demasiado pragmático, que poderia ser um risco a um programa regulatório de qualidade.

O que não impediu ou arrefeceu o incentivo da simplificação, tanto que em 2005¹³⁷, o guia dos princípios diretores da organização incentivou os Estados-membros a adotarem uma política de simplificação e promoverem uma regulamentação que eliminasse encargos inúteis que dificultem o desenvolvimento econômico.

Embora reconhecendo que os estudos anteriores trouxeram importantes ferramentas, a rápida mudança da esfera administrativa fez com que as sugestões até então apresentadas devessem ser aprimoradas, com o intuito de, progressivamente, *eliminar la paperasserie*¹³⁸. A organização, observando as recentes experiências, concluiu que, na adoção da política de simplificação, o aspecto quantitativo sobressaía em relação ao qualitativo, dificultando uma avaliação objetiva da eficácia do programa.

Por isso, ressaltou a importância da divulgação da informação, o que é facilitado pela adoção de uma política eletrônica, de modo que ferramentas tradicionais não conseguiram atender aos anseios de uma administração do futuro, logo as ferramentas têm que considerar uma administração eletrônica e uma administração de múltiplos canais de acesso.

¹³⁵ A título de exemplo, em França a *Commission pour les simplifications administratives* (COSA) ajuda, desde 1998, no desenvolvimento de serviços públicos online e auxilia os administrados no uso dos serviços. Para mais, *Circulaire du 6 mars 2000 relative à la simplification des formalités et des procédures administratives*, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/jorfi/id/JORFTEXT000000216110>

¹³⁶ Para a OCDE *red tape* é a prática irrelevante e complicada que gera encargos desnecessários. Conferir, OCDE, *From red tape to smart tape, administrative simplification in OECD countries*, Paris, 2003, p. 8, disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264100688-pt>

¹³⁷ Ver OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation*, Paris, 2005, disponível em: www.oecd.org/regreform/principles

¹³⁸ OCDE, *Éliminer la paperasserie: des stratégies nationale pour simplifier les formalités administratives*, Paris, 2006.

Ainda, ressaltou a importância de uma coordenação multinível em termos estruturais, com a criação de agências ou comissões de estudo, reconhecendo que a estrutura administrativa varia muito entre os membros da organização, por refletir, em parte, a estrutura administrativa do Estado, o que pode dificultar o processo uniforme de simplificação.

A OCDE, em 2008, em parceria com a União Europeia - atentas à necessidade da simplificação a nível normativo - divulgou o projeto legislar melhor. No ano seguinte, em 2009¹³⁹, com o propósito de superar os obstáculos que dificultam a implantação de uma política de simplificação, a OCDE esclareceu que uma estratégia seria adotar etapas sucessivas, que consistem em: planificação, consulta, concepção, implementação e avaliação. Ainda, na mesma ocasião, foram levantados obstáculos para a implementação dessas políticas, que podem ser divididos em dois grupos: os estratégicos (falta de apoio político, resistência a mudanças, falta de coordenação, falta de estratégia institucional e recursos limitados) e os técnicos (a inobservância aos regulamentos, a falta de conhecimento das competências humanas, uma incompreensão sobre a estratégia, falta de informação, falta de padronização dos procedimentos, falta de mecanismo de avaliação).

Com o mesmo propósito, em 2010, a OCDE perguntou e respondeu “Por que a simplificação administrativa é tão complicada?”¹⁴⁰. Nessa ocasião, após análise dos incentivos anteriores e das experiências nos Estados membros, o organismo concluiu que a percepção sobre os benefícios da política de desburocratização pode demandar tempo e não ser perceptível aos cidadãos, o que acarreta uma visão pessimista, que, por consequência, pode influenciar no próprio ânimo do gestor em aplicá-la. Por isso, a organização alerta que o planejamento de políticas deve observar aos anseios dos cidadãos e não só das empresas, a fim de obter o melhor “*value for Money*”. Nesse sentido, incentivou-se que os países – membros desenvolvessem políticas que observassem os interesses das empresas e, ao mesmo tempo, dos cidadãos.”¹⁴¹

Em 2012, a recomendação do conselho da OCDE sobre política regulatória e governança reconheceu que, para uma política regulatória sã, a avaliação de impacto e a

¹³⁹ OCDE, *Surmonter les obstacles à la mise en oeuvre des stratégies de simplification administrative: orientations destinées aux décideurs*, Paris, 2009, pp. 31-35. Disponível em <https://doi.org/10.1787/9789264060630-fr>

¹⁴⁰ OCDE, *Cutting Red Tape: Why is administrative simplification so complicated? Looking beyond 2010*, Paris, 2010, disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264089754-en>

¹⁴¹ *Idem*, p. 82.

simplificação devem estar presentes, contudo não são, *per si*, suficientes, visto que não substituem um programa abrangente. Oportunidade em que ressaltou a importância do programa de simplificação conter análise qualitativa e quantitativa, dado que “mais importante que a quantificação da redução de encargos administrativos, a avaliação deve centrar-se essencialmente sobre os resultados e efeitos gerados a favor da sociedade.”¹⁴²

E com o mesmo intuito de informar e promover a política de simplificação, a OCDE anualmente publicava diretrizes ou estudos dos países-membros sobre a matéria. Recentemente, em 2020¹⁴³, ciente do impacto da covid-19 na economia e na política de governo, bem como das dificuldades decorrente do processo de digitalização da economia, a OCDE reafirmou que uma solução para o alcance das metas seria a simplificação, na verdade, o ideal seriam vários processos de simplificação aplicados simultaneamente.

Pelo exposto, a OCDE dedicou-se constantemente em promover a simplificação como política e como ferramenta para se atingir um desenvolvimento econômico saudável, não se esquecendo de analisar os impactos de uma política de simplificação para o administrado. Para a organização, deve-se analisar os aspectos qualitativos e quantitativos de uma política de simplificação, elevando a narrativa da simplificação para além do aspecto econômico.

Por fim, importante ponderar que a influência da OCDE é mais abrangente do que a da União Europeia e, além disso, não se circunscreve aos estados-membros da OCDE, diante da existência de uma economia globalizada. Não sendo exagero afirmar que o organismo é uma das principais fontes mundiais para se entender e promover a simplificação administrativa.

6. O casamento entre silêncio positivo e simplificação: a influência externa da Diretiva 2006/123/CE e os incentivos da OCDE

Em um contexto já delineado de influência externa, a associação da simplificação ao silêncio positivo foi adotada, mormente, como uma política de desenvolvimento econômico.

¹⁴² OCDE, *Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança*, Paris, 2012, p. 13.

¹⁴³ Vide OCDE, < Simplification options>, in *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, Paris, 2020, p. 5, disponível em: <https://doi.org/10.1787/f28cc514-en>.

No tocante a União Europeia, desde a sua criação fomentou-se uma cultura administrativa de transparência, de participação e de prazos fixos ou apertados para o acesso a documentos ou informações. Isso não significa que, desde os primórdios, já havia um incentivo a simplificação e ao deferimento tácito, mas demonstra, desde o início, uma busca por métodos racionais e eficientes de Administração Pública.

Veja-se que, em uma visão *pro-business*, o princípio da boa administração (taxado como princípio geral do Direito da UE) previsto no artigo 41 da Carta fundamental da União Europeia, apresenta-se como um estímulo para a simplificação, ao promover a eficiência e a proteção dos direitos dos administrados.

Desta feita, reconhece Emilie Chevalier que a boa administração – principalmente, na sua dimensão de promoção da eficiência - é um fundamento para a adoção do efeito positivo do silêncio¹⁴⁴, pois além de possuir uma visão ética e de bom funcionamento, o princípio em comento pode ser enquadrado, de forma reflexa, como uma ferramenta para promover a economia e, com isso, ser substrato para a simplificação e para o deferimento tácito, em que pese o efeito positivo não ser expresso nem na Carta fundamental da União Europeia e nem no Código de boa conduta da União Europeia, que são bases normativas do princípio da boa administração.

Outro marco é a Estratégia de Lisboa, que foi delineada em março de 2000, para fazer frente a mundialização da economia, tendo como norte a inovação e o conhecimento. Ainda delineou-se nessa cimeira que para tornar a zona econômica do euro mais competitiva, uma alternativa seria a redução das despesas ligadas a burocracia e a implantação da simplificação administrativa.

Tendo como inspiração a Estratégia de Lisboa de 2000, em 12 de Dezembro de 2006, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, com o fim de atingir o progresso econômico e social, elaboraram a Diretiva n.º 2006/123/CE, considerada um marco jurídico para a solidificação da narrativa da simplificação administrativa. Dentre as inúmeras considerações da normativa, interessa-nos, em especial, a consideração 43, que expõe a problemática das PME (pequenas e médias empresas) de terem acessos a serviços, por complexidade e por morosidade dos procedimentos administrativos, apontando como solução a adoção do princípio da simplificação administrativa “nomeadamente através da

¹⁴⁴Conforme CHEVALIER, Emilie, <Silence in the french administrative system: a failed révolution? ... p. 123.

limitação da obrigação de autorização prévia aos casos em que esta seja indispensável e da introdução do princípio da autorização tácita das autoridades competentes após a expiração de um determinado prazo.”

Ainda, sem rodeios, a consideração 63 traz como regra o efeito positivo, ao dispor que “Salvo outras disposições, na falta de resposta dentro de um prazo determinado, a autorização deverá presumir-se concedida”, ao mesmo tempo em que prevê exceções, mormente em casos de razões imperiosas de interesse geral. Sobre o texto da diretiva, o artigo 13 reforça a consideração anterior, ao dispor que diante da omissão de resposta decorrido um prazo específico a autorização presume-se concedida.

Com efeito, a adoção do silêncio positivo, segundo a Diretiva de Serviços, promoveria a transparência e a atualização de informação que, por sua vez, evitaria atrasos, custos desnecessários, falhas procedimentais, burocracia e arbitrariedade do administrador, além de reposicionar o tradicional controle *ex ante* do poder administrativo, para um controle *ex post*¹⁴⁵, sendo assim, “*a new product established by EU law*”¹⁴⁶.

Por tal narrativa, os países participantes da comunidade, com o objetivo de integração e desenvolvimento econômico, foram orientados, conforme disposição do artigo 44.^{o147}, a aderir a ideia de simplificação¹⁴⁸ administrativa e assim o fizeram nos anos

¹⁴⁵ Ver SIMONATI, Anna, <Administrative silence in Italy, between (desired) simplification and (practical) complication...p. 225.

¹⁴⁶ Ao tratar do silêncio no Direito Administrativo alemão, Bettina Engewald, diante a escassez de tratamento dada a matéria, entende que o silêncio positivo, para o Direito Administrativo germânico pode ser visto com um produto da União Europeia. ENGEWALD, Bettina, <Administrative silence in Germany... p. 101.

¹⁴⁷ *In verbis*: “1.º Os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento ao disposto na presente directiva antes de 28 de Dezembro de 2009.” Sobre a transposição interessante analisar o caso da Espanha, pois, segundo cálculos, a transposição da Diretiva de Serviço na Espanha significaria a revisão de uma centena de leis e mais de 370 decretos reais, a nível estatual, e 6.500 regulamentos, a nível local, segundo, SÁNCHEZ, Isabel, <La transposición de la directiva de servicios en España>, in *Seminario de Derecho y Economía de la Competencia*, 2009, pp. 25-41.

¹⁴⁸ A guinada para a adoção do deferimento tácito na legislação dos estados-membros foi a Diretiva de Serviços de 2006, segundo KOVAC, Polanca, TOLSMA, Hanna D., DRAGOS, Dacian C., <In search of an effective model... pp. 14/15. A título de exemplo, na Bélgica, país em que a técnica do silêncio positivo não é muito aplicada, restringindo a algumas áreas específicas, a diretiva foi transformada em legislação belga em 28 de 2009, acarretando mudanças em todos os níveis (federal, regional, comunitário e local), para mais, VERBEECK, Bengt *et al*, <Legal instruments to confront administrative inaction in Belgium: a gift for the citizen but a curse for the government?>, in *The sound of silence in European Administrative law*, Edited by Dacian Dragos, Polanca Kovac, Hanna Tolsma, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020, p. 160. Na Holanda, mesmo já aplicando o regime de autorização tácita, em dezembro de 2009, quando a diretiva foi implementada, a nova normativa ocasionou mudanças relevantes nas leis holandesas, pois ocasionou mudanças na *General Administrative Law Act* introduzindo a seção 4.1.3.3 e na lei de serviços holandesa, artigo 28. J. de GRAAF, Kars, HOOGSTRA, Nicole G., MARSEILLE, Albert T. <Remedies against administrative silence in the Netherlands>, in *The sound of silence in European Administrative Law... pp. 186-188. Na Espanha a Diretiva de Serviços foi transpostas pelas leis 17/2009 e 25/2009, que geraram grandes modificações na legislação, principalmente, quanto ao pre-requisito de autorização administrativa para o acesso as atividades.*

seguintes, a exemplo de Portugal que pelos Decreto-lei n.º 92/2010 de 26 de julho e pelo Decreto-lei n.º 48/2011 de 1 de abril transpôs a diretiva 2006/123/CE.

No DL n.º 92/2010, de 26 de julho (que estabelece os princípios e as regras necessárias para simplificar o livre acesso e exercício das actividades de serviços e transpõe a Directiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro) com o propósito de promover a simplificação administrativa ao tratar da permissão administrativa para o acesso ou o exercício de uma atividade de serviços menciona expressamente o ato positivo tácito como consequência do silêncio – artigo 9.º, n.º 2, alínea b¹⁴⁹ – que só não será aplicado por razões imperiosa de interesse público¹⁵⁰.

Com o mesmo fim, o Decreto-lei n.º 48/2011, de 1 de abril, que simplifica o regime de acesso e de exercício de diversas atividades econômicas no âmbito da iniciativa «Licenciamento zero», traz a regra do deferimento tácito no artigo 15º ao dispor que a Câmara Municipal possui o prazo de 20 dias para manifestar nos pedidos de autorização, no que tange a ocupação de espaços públicos. Caso não se pronuncie, o pedido será considerado tacitamente deferido.

Na Alemanha, Bettina Engewald afirma que a implantação do silêncio positivo se deu com a implementação da Diretiva 2006/123/CE, pois sob sua influência implementou-se mudanças legislativas e propagou-se a ideia de uma ficção de autorização.¹⁵¹ No mesmo toar, Emilie Chevalier, ao refletir sobre a influência da Diretiva na adoção da simplificação e do silêncio positivo na França, defende que os Estados-membros têm sido incentivados a adotarem políticas de simplificação, bem como um regime de deferimento implícito, para

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, SISTERO RÓDENAS, Sara, <The sound of silence in Spain... p. 261

¹⁴⁹ “2 - Quando, nos termos do número anterior, possa ser adoptado um regime jurídico que estabeleça uma permissão administrativa para o acesso e o exercício de uma actividade de serviços, devem ser observadas as seguintes regras: b) Deve adoptar-se a regra do deferimento tácito previsto no artigo 108.º do CPA ou atribuir-se efeitos positivos ao silêncio da autoridade administrativa competente quando essa autoridade administrativa não se pronuncie no prazo legal, excepto se o contrário for justificado por uma imperiosa razão de interesse público, na acepção do n.º 1 do artigo 30.º, incluindo os interesses legítimos de terceiros.”

¹⁵⁰ Essa imperiosa razão de interesse público é explicada no artigo 30 como “uma circunstância excepcional que, fundada designadamente em motivos de ordem pública, segurança pública, protecção civil, segurança das pessoas, saúde pública, preservação do equilíbrio financeiro do regime de segurança social, defesa dos consumidores, dos destinatários dos serviços e dos trabalhadores, lealdade das transacções comerciais, combate à fraude, protecção do ambiente e do ambiente urbano, saúde animal, propriedade intelectual e industrial, conservação do património histórico e artístico nacional, objectivos de política social ou cultural, justifique de forma proporcionada e não discriminatória, a adopção de um regime jurídico diferente do previsto no presente decreto-lei quanto a algum dos seguintes aspectos (...) c) O afastamento da regra do deferimento tácito previsto no artigo 108.º do CPA ou a atribuição dos efeitos positivos ao silêncio, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º”

¹⁵¹ ENGEWALD, Bettina, <Administrative silence in Germany... p. 85.

facilitar a liberdade dos operadores econômicos¹⁵². Ao estudar o silêncio na Espanha, Valcárcel Fernández *et al*, também reconhece a ligação entre simplificação e silêncio positivo incentivadas pela Diretiva de Serviços, concluindo que a diretiva reduziu a necessidade de intervenções administrativas prévias, em alguns casos, ao determinar uma mudança de direção para o silêncio positivo.¹⁵³

Paralelamente, em 2003, a OCDE¹⁵⁴ ao tratar da simplificação, chamou atenção ao fato de que os custos operacionais devem ser quantificados, não só no aspecto de prestação do serviço, mas também do encargo decorrente da não prestação do serviço. Assim, para a implantação de uma política de simplificação deve-se contabilizar o custo do prazo e da incerteza.

E, nesse ponto, tanto o “*silence is consente*” como o “*silence is denial*” contribuem para uma estabilidade, que influencia na estimativa do encargo da atividade administrativa, pois, independentemente dos efeitos, se positivos ou negativos, haverá uma garantia de que os requerentes obterão uma resposta em tempo, reduzindo, assim, o elemento incerteza.

Como já adiantado, é de experiências internacionais e incentivos supranacionais, ou seja, globalização e europeização, que originou-se uma narrativa em prol do deferimento tácito, visto como uma nova narrativa para a omissão administrativa.

6.1. O casamento entre silêncio positivo e simplificação: reflexos no âmbito interno

Ab initio, antes de estudarmos propriamente os reflexos da relação entre simplificação e deferimento tácito no sistema interno português, convém algumas considerações sobre como as mudanças no Direito Administrativo levaram a essa narrativa.

A Constituição portuguesa de 1976, a par das mudanças estruturais de organização administrativa, trouxe uma novidade vital para o Direito Administrativo ao elencar alguns mandamentos de otimização como “princípios gerais”, a exemplo: o princípio da desburocratização, da participação dos interessados, da descentralização e da

¹⁵² CHEVALIER, Emilie, <Silence in the French Administrative System... pp. 123/124.

¹⁵³ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, et al, <The sound of silence in Spain... p. 275.

¹⁵⁴ Para mais, OCDE, *From de red tape to smart tape...* p. 11.

desconcentração. Ao assim fazer, o texto constitucional foi além do caráter programático, transformando-se em uma exigência para o legislador e para o administrador.¹⁵⁵

Nesse toar, João Tiago Silveira entende que “não se pode dizer que resulta da Constituição uma obrigação de adoptar uma regra de deferimento tácito em nome da garantia de celeridade e eficácia no procedimento administrativo. O que existe é uma directriz constitucional quanto à simplificação do procedimento tendo em conta esses valores.”¹⁵⁶ Para Vasco Pereira da Silva e Tiago Macieirinha “A figura do deferimento tácito apenas poderia encontrar fundamento constitucional – ainda que remoto e muito discutível – no princípio da simplificação ou desburocratização da atividade administrativa (art. 267.º, n.os 1 e 2)¹⁵⁷.”

Em que pese essa tendência constitucional, foi com a influência externa que Portugal adotou uma administração simplificada, o que se tornou evidente com o surgimento do programa político Simplex¹⁵⁸, em 2006, que visava a simplificação, a modernização e a inovação, além de facilitar o ambiente econômico e social, ao facilitar o acesso aos serviços públicos, facilitar a comunicação entre Administração e cidadão, ao reduzir encargos administrativos, além de instituir a celeridade nos processos de requerimento.

O programa foi tão bem reconhecido que a OCDE, em 2008¹⁵⁹, apresentou relatório sobre os efeitos dessa política e como essa “tornou a vida mais fácil para os cidadãos e para as empresas”, oportunidade em que foi enaltecida a atuação portuguesa, considerada única no conjunto dos países da OCDE, e para aprimoramento a organização, ainda, sugeriu mais propostas de ação.

Outras iniciativas também com o intuito de simplificar, como o simplex autárquico, cartão cidadão, empresa na hora, sistema de informação simplificada, portal da empresa,

¹⁵⁵ Em que pese, a boa intenção dos dispositivos constitucionais, Freitas do Amaral reconhece que “manda a verdade que se diga que muito pouco tem sido feito para dar plena execução aos princípios teóricos proclamados desde 1976 em nosso texto constitucional: a desburocratização, ensaiada desde há anos, com êxito, aqui no Brasil, ainda não deu entre nós os primeiros passos; a aproximação dos serviços às populações tem sido praticamente letra morta; a participação dos interessados na gestão da Administração Pública não passa de um ideal distante;” FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Conferência sobre "A Evolução do Direito Administrativo em Portugal nos últimos dez anos"*, proferida aos 21 de agosto de 1985, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 80, 1985, p. 240. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67052>.

¹⁵⁶ SILVEIRA, João Tiago, p. 106

¹⁵⁷ Para mais, SILVA, Vasco Pereira da, MACIEIRINHA, Tiago, <Agir não agindo, ... p. 604.

¹⁵⁸ Para aprofundar, vide o site governamental: simplex.gov.pt

¹⁵⁹ OCDE, *Tornar a vida mais fácil para cidadãos empresas em Portugal, administração eletrónica e simplificação*, 2008.

nascer cidadão, segurança social directa, NetEmprego, eAgenda, casa pronta, licenciamento zero (Decreto-lei nº 48/2011) e a própria edição do novo CPA¹⁶⁰, levaram a redução do tempo de resposta (por exemplo, com a implantação do programa Empresa na Hora o tempo necessário para criar uma empresa reduziu de 50 dias para uma hora).¹⁶¹

Tantas inovações simbolizam, segundo a própria OCDE, uma mudança de cultura administrativa, pois existe uma consciência da necessidade de se buscar uma atuação rápida e eficaz para os cidadãos e para as empresas.

Diante da exaltação do discurso da simplificação, percebe-se que o Decreto-lei 92/2010, que internalizou a Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro, que objetivou simplificar, desburocratizar e favorecer o administrado andou bem ao prever, expressamente, a adoção do deferimento tácito, no seu artigo 9º, ao dispor que no caso de permissão “Deve adoptar-se a regra do deferimento tácito previsto no artigo 108.º do CPA ou atribuir-se efeitos positivos ao silêncio da autoridade administrativa competente quando essa autoridade administrativa não se pronuncie no prazo legal, excepto se o contrário for justificado por uma imperiosa razão de interesse público, na acepção do n.º 1 do artigo 30.º, incluindo os interesses legítimos de terceiros.” Assim, o deferimento tácito passou a ser a regra, tendo como substrato a busca pela simplificação.

Ainda, com o mesmo fim de simplificar e sob expressa influência da Diretiva de Serviço, o licenciamento zero, instituído pelo Decreto-lei nº 48/2011, traz o claro propósito “de desmaterializar procedimentos administrativos e modernizar a forma de relacionamento da Administração com os cidadãos e empresas, concretizando desse modo as obrigações decorrentes da Diretiva n.º 2006/123/CE,” dentre as medidas está a substituição das licenças administrativas por comunicações prévias para a instalação e modificação de um estabelecimento. Nesse contexto, a comunicação é uma permissão que depende de uma declaração administrativa se a autoridade deferir ou quando esta não se pronunciar em até 20 dias, consoante disposição do artigo 5.º.

Pelo exposto, a influência da ordem jurídica comunitária na normativa interna sobre o tema é inegável, em um cenário em que a Constituição, em que pese não ter expressamente positivado a simplificação, parece não ter esquecido a sua necessidade ao trazer as bases

¹⁶⁰ Para ilustrar, vide a previsão do artigo 62.º ao disciplinar o balcão único eletrônico.

¹⁶¹ Melhor explica sobre a necessidade de um atendimento digital assistido e os programas do Simplex 2016: OLIVEIRA, Paula, MACHADO, Carla, *Folhas leva-as o vento: por uma administração sem papel, in Uma Administração Pública moderna e mais próxima do cidadão?*, Almedina, 2018, pp. 84-87.

para uma mudança cultural administrativa portuguesa, feito esse alcançado a partir dos estímulos da Diretiva de Serviço e dos estudos da OCDE internalizados por leis esparsas.

6.2. Outro reflexo interno da simplificação: mera comunicação prévia e a comunicação prévia com prazo

Aqui, importante fazer um adendo para apresentar a mera comunicação prévia e a comunicação prévia com prazo, pois tratam-se de regimes oriundos do ideal de simplificação do Decreto-Lei n.º 92/2010 (que transpôs a Diretiva 2006/123/CE) e, hoje, estão previstas no artigo 134.º do CPA¹⁶².

Pelo dispositivo, comunicação prévia com prazo consiste em uma declaração efetuada pelo prestador de serviços para iniciar a atividade, quando o órgão competente não se pronunciar em sentido contrário, de modo que, para obstar a admissão, a Administração Pública tem que rejeitar (vetar); já a mera comunicação prévia é uma declaração por parte do interessado que permite o gozo da atividade independente de qualquer reação da Administração Pública¹⁶³.

Ao comentar o artigo 134.º do CPA, Fausto de Quadros *et al* obtemperam que o artigo não é imediatamente aplicado, sendo uma declaração de possível previsão legal, quando a lei opte por substituir o tradicional controle prévio por uma medida concentrada no controle *a posteriori*¹⁶⁴. De modo que a atuação administrativa se dará através da fiscalização tardia.

Tanto a mera comunicação prévia como a comunicação prévia com prazo representam, na linha de estratégias *downsizing* do Estado, a substituição do princípio da

¹⁶² Encontam-se os conceitos no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 92/2010, no artigo 134.º do CPA. Tais dispositivos não são imediatamente aplicados, necessitando de previsão legal. Como alerta. QUADRO, Fausto de, *et al* <Comentários à revisão do Código de Procedimento Administrativo>... p. 266.

¹⁶³ Ao apontar as diferenças das duas figuras, Fernanda Paula Oliveira esclarece que “A comunicação prévia com prazo depende de uma certificação ou de um ato da Administração, o qual tem, na verdade, a natureza de uma permissão administrativa, menos exigente do que uma licença ou uma autorização, mas mais exigente do que um mero registro, por exemplo, quanto ao prazo de resposta da Administração, à possibilidade de recusa ou ao número e diversidade de documentos instrutórios exigidos”, enquanto a mera comunicação prévia “não tem a natureza de uma permissão administrativa: trata-se do cumprimento de um dever, por parte do interessado, de informar a Administração do exercício da sua atividade, por exemplo, para efeitos de pagamento de taxas devidas, de eventual fiscalização ulterior, do cumprimento de requisitos ou outros efeitos semelhantes.” Segundo, OLIVEIRA, Fernanda Paula, <A nova configuração das comunicações prévias introduzida pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro>, in *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Coordenação Cláudio Monteiro, Jaime Valle e João Miranda, Coimbra, Almedina, maio de 2015, pp. 63 -64.

¹⁶⁴ QUADROS, Fausto de, *et al*, <Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo>... pp. 266-267.

autoridade pública pelo princípio da autorresponsabilização dos particulares, já que homenageiam “formas de controle prévio da responsabilidade dos próprios interessados em desenvolver a atividade”¹⁶⁵.

Feita a apresentação dos sistemas, importante ponderar que são frutos, também, do ideal de simplificação administrativa estampado na Diretiva 2006/123/CE. A bem da verdade, representam uma maior simplificação do que o próprio deferimento tácito, sendo por vezes preferíveis, como se observa nos artigos 8.º e 9.º do DL nº 92/2010, por serem considerados meios administrativos menos restritivos, ao possibilitarem o pronto acesso à pretensão do administrado. Assim, o deferimento tácito só é admissível quando não seja adequado um procedimento de comunicação prévia.

Feito esses esclarecimentos, impende alertar que a admissão da comunicação prévia aproxima-se, e não se confunde ou substitui, da figura do deferimento tácito, segundo os ensinamentos de Pedro Costa Gonçalves. Isso porque, na primeira, a omissão da decisão é uma situação típica e normal prevista legalmente, não configura inércia ou incumprimento da autoridade, ao passo que no deferimento tácito apresenta-se como uma solução para a inércia administrativa, quando a lei exige um controle prévio e uma decisão expressa.¹⁶⁶

Além disso, o próprio artigo 134.º, nº 3, do CPA diferencia a ausência de pronúncia na comunicação prévia com prazo com o deferimento tácito, uma vez que o primeiro não cria um ato administrativo ficto, mas somente autoriza o exercício da pretensão, sendo que o relevante na comunicação prévia é a iniciativa do administrado, pois é daí que decorrem os efeitos da pretensão.

Para finalizar, mesmo que os regimes de comunicação prévia representem uma maior simplificação, como faz crer o DL nº 92/2010 e, conseqüentemente, retirem espaço do deferimento tácito, com ele não se confundem e nem tiram-lhe a importância, pois

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Fernanda Paula, <A nova configuração das comunicações prévias... p.66.

¹⁶⁶ Nas suas palavras: “no procedimento de admissão da comunicação prévia, a ausência de decisão formal da Administração surge como a situação típica configurada pelo legislador: a falta de decisão dentro do prazo disponível para o efeito não traduz qualquer inércia, nem uma situação de incumprimento (de dever ou obrigação de decidir) da autoridade competente; pelo contrário, e como se disse, a lei define a falta de decisão como a situação típica e normal de produção de efeito permissivo; ao contrário, o deferimento tácito surge como remédio para uma “apatia da Administração”, numa situação em que a lei não só exige a realização de um controlo prévio como ainda reclama a tomada de uma decisão expressa. A falta de decisão consubstancia, neste caso, o incumprimento de um dever legal de decidir.” GONÇALVES, Pedro Costa, < Simplificação procedimental e controlo prévio das operações urbanísticas>, in *I Jornadas Luso-Espanholas de Urbanismo (Actas)*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 98.

tratam de sistemas que possuem enfoques em objetos distintos, já que o deferimento tácito tem como principal enfoque a omissão da Administração Pública.

Parte III – A associação entre deferimento tácito e simplificação como ferramenta interdisciplinar no Direito Administrativo contemporâneo

1. A busca por uma narrativa que satisfaça os interesses da administração e do administrador

Após estudar a simplificação e associá-la ao deferimento tácito, restou evidente que esse casamento possui um slogan positivo, de uma administração moderna e democrática. Teoricamente, o discurso de transformar uma inação-desídia, um rótulo negativo para o administrador, em uma inação-produtiva, é desejável, e demonstra, claramente, que o silêncio administrativo sofreu uma readequação de discurso.

Como já temos conceitos suficientes para compreender os meandros do tema, passaremos a analisar o contexto econômico-social que proporcionou essa mudança de paradigma – que vai muito além do deferimento e do indeferimento -, para isso importante ponderar sobre a pós-modernidade e os seus questionamentos e, com isso, entender os anseios hodiernos da Administração Pública, para depois ponderar sobre o atual papel do administrador.

Por oportuno, cabe ventilar que não se desconhece as críticas e as variações do que se entende por pós-modernidade, mas, para nós, essa estrutura sócio-cultural é importante, pois a analisaremos sob a perspectiva do papel da narrativa, ou melhor, sob a perspectiva de como a superação das metanarrativas possibilita uma visão crítica acerca da narrativa da simplificação. Tal visão é fundamental para perceber como o casamento entre deferimento tácito e simplificação é consequência das mudanças inauguradas por esse período, fruto de uma perspectiva interdisciplinar econômico-comportamental. Visões, essas, que ao encontro de uma visão pós-moderna da realidade, leva-nos a analisar institutos jurídicos como consequências de mudanças sócio-culturais, pois “O Mundo mudou e muda em ritmo de vertigem.”¹⁶⁷

1.1. O papel da narrativa no atual Estado administrativo

Para perceber a origem e a força do discurso que associa o deferimento tácito à simplificação devemos entender o contexto e os anseios do atual Direito Administrativo,

¹⁶⁷SANTOS, Almeida, <Crise de Valores; Crise do Direito>, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 72, 1996, p. 153.

para isso recorreremos aos ensinamentos lyotardianos¹⁶⁸ e ao seu estudo sobre pós-modernidade¹⁶⁹, que caracterizou o período como uma fase de crise das metanarrativas, representando uma ruptura nos conceitos de verdade e de certeza, por promover questionamentos nos campos político, jurídico, social, científico, ético e estético. De tal maneira, a sua grande virtude foi agregar interesses heterogêneos a diferentes “narrativas” da realidade, uma vez que “considera-se ‘pós-moderna’ a incredulidade em relação aos metarrelatos”.¹⁷⁰

Dentre as consequências da incredulidade nas grandes narrativas, destacaremos mudanças no campo social que representaram uma ruptura de vínculo, a ponto de que as figuras das coletividades sociais perderam enfoque para a atomização social e, por conseguinte, a figura do indivíduo ganha força em detrimento do todo.

A pós-modernidade não é fruto de nenhum processo revolucionário pontual, não é uma teoria filosófica desenhada, não é algo identificado com facilidade, não é a eliminação abrupta com os padrões culturais e sociais anteriores, em que pese ser perceptível no Ocidente, não tem território definido.¹⁷¹ Trata-se de um período de incerteza, de modificação e de questionamento, no qual origina pluralidades e fragmentações do pensamento, a ponto de parecer sacrificar qualquer pensamento universal.¹⁷²

¹⁶⁸ Um dos primeiros filósofos a usar a expressão pós-modernidade foi Jean-François Lyotard, na sua obra *A condição pós-moderna*.

¹⁶⁹ Cabe aqui observar que há diferentes denominações e propostas para retratar o período aqui denominado pós-modernidade, para ilustrar, também temos modernidade líquida, modernidade radicalizada, segunda modernidade e, ainda, há mais. Em apertada síntese, o termo modernidade líquida foi desenvolvido por Zigmunt Bauman, o qual usou a liquidez, estado físico caracterizado pela ausência de forma definida, como metáfora para alcançar a natureza do presente período da modernidade, in BAUMAN, Zigmunt, *Modernidade líquida*, Tradução Plínio Bentzien, Editora Zahar, Rio de Janeiro, 2001. Já, o termo modernidade radicalizada foi desenvolvido por Anthony Giddens ao tentar interpretar a pós-modernidade, propõe uma alternativa que denominou de modernidade radicalizada, diante das consequências mais radicalizadas e universalizadas desse período, in GIDDENS, Anthony, *As consequências da modernidade*, tradução de Raul Fiker, 5ª reimpressão, Editora Unesp, São Paulo, 1991. Por fim, o termo segunda modernidade foi desenvolvido por Ulrich Beck ao criticar o conceito de pós-modernidade, por entender que tal conceito é enganador por, dentre outras falhas, não abranger a atual sociedade de risco e por transmitir uma ideia de que a modernidade acabou e por não apresentar novos caminhos. Assim, desenvolve o conceito de modernidade reflexiva “é este o significado da expressão <modernização reflexiva>: não vivemos num mundo pós-moderno, mas vivemos em um mundo mais-moderno”, segundo BECK, Ulrich, *Sociedade de risco mundial, em busca da segurança perdida*, tradução Marian Toldy e Teresa Toldy, 1ª Edição, Edição 70, Lisboa, 2016, p. 111.

¹⁷⁰ LYOTARD, Jean François, *A condição pós-moderna*, Editora José Olympio, 2000, p. XVI.

¹⁷¹ Para Jacques Chevallier o conceito de pós-modernidade só é aceito se considerar que não é uma fase bem determinada, não substituiu a modernidade (repudiando uma ideia evolucionista do termo) e não é uniforme em todos os Estados, sendo mais observados nas sociedades ocidentais. CHEVALLIER, Jacques, *O Estado pós-moderno*, Tradução de Marçal Justen Filho, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009, pp. 18-22.

¹⁷² Nesse ponto, interessante lembrar os ensinamentos de Castanheira Neves (em sua obra *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia- tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*) quando afirmou que o direito é “gravemente problemático”, vez que além de tutelar problemas e,

Com efeito, alinhando as ideias de Lyotard ao campo jurídico, temos que a atomização social trouxe como consequência o enaltecimento dos direitos do homem, de modo que o homem passou a ser protagonista da política e do Direito. Daí o período ser, no ocidente, uma oportunidade para solidificação da democratização e da constitucionalização do Direito. Não por acaso há um paralelo entre o Direito Constitucional pós-moderno, que tem como características a efetividade normativa e o aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade, com o Direito Administrativo pós-moderno, o qual está em processo de abertura para estabelecer outros parâmetros jurídicos em prol da racionalidade.¹⁷³

Ainda sobre o vínculo social, Lyotard adverte sobre um “redesdobramento” econômico do capitalismo ao associá-lo à tecnologia e a outros interesses, o que acarreta uma mudança de função do Estado, retirando parcela do poder estatal e transferindo para os agentes econômicos.¹⁷⁴ Daí decorre o discurso para a adoção, a nível global, da simplificação administrativa, pois representa um incentivo mercadológico de diminuição da carga burocrática e, conseqüentemente, os custos que ela gera. Em um movimento de aproximação da economia pública com a economia do privado.

Nessa lógica, com a nova ordem, há o surgimento de novas concepções, logo passam a ser consideradas bases do Direito pós-moderno: os direitos fundamentais, a estruturação do Estado e o conceito ecumênico de sistema econômico.¹⁷⁵

Tais mudanças alteraram o campo jurídico de tal forma que o Direito Administrativo não saiu ileso, que passou da modernidade (que se refere a um período que emergiu na Europa do século XVII, no qual o Estado tinha como fundamento do ato administrativo a existência, a validade e a eficácia), para a pós-modernidade um período

em si, problemático. Sendo um desses problemas a interpretação e a crise global da filosofia. Nesse contexto, nos interessa, a crise dos pressupostos, fruto da fragmentariedade pós-moderna, que acarreta um pluralismo radical e a falta de uma unidade redutiva e integrante. Nas suas palavras, “se nos voltarmos para a crítica radical provinda do horizonte pós-moderno, o que vemos é a convocação de pluralidades, de fragmentações, de diferenças incomensuráveis e irredutíveis que parecem sacrificar de todo a possibilidade de um pensamento da unidade universalmente integrante e o próprio sentido de universalidade em que se sustentasse a ratio do pensável.” CASTANHEIRAS NEVES, A., <A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia- tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação>, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, 2003, pp. 17-19.

¹⁷³ O que é melhor esclarecido em MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, <Novos horizontes para o Direito Administrativo: pelo controle das políticas públicas. A próxima missão>, in *Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Org. Augusto de Athayde, João Caupers, Maria da Glória F. P. D. Garcia, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 281-290.

¹⁷⁴ LYOTARD, Jean François, A condição pós-moderna,... pp. 27 e ss.

¹⁷⁵ Tais características são consideradas como tripé para a constitucionalização pós-moderna, segundo MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade-finalidade-eficiência – resultados*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2008.

em que o ato administrativo deve observar novos paradigmas, atento aos direitos fundamentais e a democracia, como a legitimidade, a finalidade, a eficiência e o resultado.¹⁷⁶

Discorrendo acerca dos paradigmas atuais, Jacques Chevallier¹⁷⁷ entende que o mito do interesse geral é que garante a legitimidade da Administração, contudo esse mito perdeu terreno e, atualmente, o Estado Administrativo pós-moderno é um Estado que se legitima através de resultados. Desse modo, ao não entregar, o Estado perde a sua legitimidade. Já para Espindola, as marcas características do Estado Administrativo na pós-modernidade são: globalização, boa administração e supranacionalidade.¹⁷⁸

É nesse contexto¹⁷⁹ que enxergamos o porquê da valorização do deferimento tácito, pois, ao menos teoricamente, entendemos que o deferimento tácito atrelado à narrativa da simplificação, na verdade, é uma visão pós-moderna ao velho instituto do silêncio administrativo, o qual tenta valorizar a democratização do direito, a globalização, a expansão das fontes do Direito Administrativo e a boa administração.

Com o fim último de atender uma lógica econômico-social, e para atingir tal desiderato econômico deve haver uma comunicação entre os anseios internacionais e a previsão nacional¹⁸⁰, visto que a construção de uma política econômica forma-se a partir de influências externas, conforme um movimento mercadológico internacional, e pela adequação a essa realidade econômica feita em âmbito interno com mecanismos clássicos do Direito Administrativo, daí a importância de remodelação para que tradicionais instrumentos se adequem a discursos contemporâneos.

¹⁷⁶ *Idem*. Tão grande é a necessidade de adaptação e as modificações dela decorrente que Marçal Justen Filho refletindo sobre esse estado de coisas vigente desenhou a existência de um Direito Administrativo do Espetáculo que “Indica a proliferação de institutos e interpretações descolados da realidade, vinculados à produção de um cenário imaginário e destinado a produzir o entretenimento dos indivíduos antes do que a efetiva implantação de valores fundamentais.” Para mais, JUSTEN FILHO, Marçal, <O Direito Administrativo de espetáculo>, in *Fórum Administrativo – Direito Público –FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, 2009.

¹⁷⁷ CHEVALLIER, Jacques, *O Estado pós-moderno*, ... p. 84.

¹⁷⁸ CAMPANELLI ESPINDOLA, Maria Jose, <El Derecho Administrativo Tradicional en el Estado Pos moderno: Globalizacion, Buena Administracion y Supranacionalidad (El caso OCDE Colombia)>, in: *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 21, 2018, p. 203.

¹⁷⁹ Não se desconhece que os contornos e a própria existência da pós-modernidade não são objetos de consenso. Por isso, levantam vezes que afirma que a pós-modernidade já é um conceito ultrapassado e que o mais adequado seria defender uma hipermodernidade, ao defender que “As actuais sociedades não são já as sociedades da massificação, do tecnicismo ou do consumismo; são as sociedades da hipermassificação, do hipertecnicismo e do hiperconsumismo.” HALFIN, David Ruah, <Reflexões sobre a liberdade social a partir do pensamento de Rogério Ehrhardt Soares>, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 90, no. 2, 2014, p. 801.

¹⁸⁰ Alerta sobre esse paradoxo, MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *Os Direitos Fundamentais e sua circunstância – Crise e vinculação axiológica entre o Estado, a sociedade e a comunidade global*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 29.

Por todo o exposto, e pelo já alertado fato de que o efeito positivo do silêncio administrativo adquiriu uma roupagem moderna para fazer frente aos anseios do atual Estado Administrativo, denota-se que a matéria pode servir de ponto de partida para análise de algumas nuances da atual administração, como fizemos anteriormente ao ponderar sobre a influência da OCDE e da União Europeia no sistema atual de fontes, e como estamos a fazer, nesse momento, refletindo se a associação do deferimento tácito com a simplificação é decorrência dos anseios de uma sociedade pós-moderna.

1.2. O atual papel interno da Administração Pública

Ao estudar as transformações do silêncio administrativo, percebe-se que o Direito Administrativo se adaptou às mudanças sociais, ao deixar a visão tradicional de Administração domesticada pelo Direito e passar a ter um papel ativo na concretização do próprio direito, transformando se em uma Administração Pública de Direito com direitos, que possui protagonismo no campo social, cultural e econômico.

Com isso, influenciada por um contexto de economia global, coexiste uma Administração Pública que tem a função de regular a economia, sem esquecer da lógica da solidariedade e da proteção dos direitos do administrado. Decorrente desse status de concretizador de direitos e diante do enaltecimento de novas teorias para a melhoria de atuação da Administração Pública, surgiram novos parâmetros e conceitos como: o profissionalismo de serviço público, a inteligência do agir administrativo, o autocontrole da juridicidade da atuação¹⁸¹, a transparência, a boa-administração e a, não menos importante, simplificação administrativa.

Com o protagonismo do administrador público, surgiram novas obrigações, fazendo aflorar, tanto no gestor como no administrado, uma cultura administrativa que reconhece a necessidade de boa gestão pública, de tal forma que sustentabilidade, probidade, eficiência e eficácia passaram a ser características estruturais da atuação administrativa, tanto a nível internacional como a nível nacional.

Como outrora já tratamos da influência das organizações internacionais, cabe, agora, fazer uma referência ao âmbito nacional, Nesse panorama, a responsabilização e o controle do gestor público não se circunscrevem apenas a atos que desrespeitam a legalidade,

¹⁸¹ Exemplos citados no capítulo “O decisor pensante, a autonomia de decisão e a intervenção da ética na ação administrativa”, MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A recusa da aplicação de regulamentos ...* pp. 600- 603

indo além, já que o gestor da era do “*administrative constitutionalism*” deve respeitar a juridicidade, buscando uma gestão eficiente e inclusiva.

Além disso, o *administrative constitutionalism*¹⁸², mais do que um adjetivo, trata-se da consagração do princípio da constitucionalidade na Administração, no qual a Administração Pública possui acesso direto à Constituição, seja na aplicabilidade, seja na interpretação, seja na intenção. De modo que, encontra-se ativamente como tutora, dentro da sua discricionariedade, da implementação constitucional.

Nesse cenário, não é exagero ponderar que a narrativa do atual deferimento tácito demonstra também uma mudança, a nível nacional, de protagonismo do próprio administrador, uma vez que, ao transformar a omissão decorrente do silêncio administrativo em uma ferramenta administrativa, demonstra uma racionalização da atuação administrativa, além de atribuir à falta de ação um meio de implementar desejos constitucionais de boa atuação, dando o administrado a possibilidade de exercer sua pretensão, mesmo que a Administração Pública não tenha se pronunciado em momento oportuno.

2. Da necessidade de readequação

Como se depreendeu anteriormente, nem o silêncio, nem a ideia de simplificação, nem a junção do deferimento tácito com o discurso da simplificação são temas novos para o Direito Administrativo, basta observar que a Diretiva de Serviço já passa dos 15 anos de elaboração. Contudo, em que pese o tempo, o assunto não perdeu a sua atualidade, principalmente em um contexto de crise econômica. Isso porque, como alerta Ricardo Rivero Ortega, é a crise econômica que obriga a Administração Pública transformar a necessidade em uma virtude.¹⁸³

E tem mais razão essa afirmação no atual estado administrativo pós-moderno¹⁸⁴, caracterizado pela incerteza e pela crise constante o que, por conseguinte, evidencia “a

¹⁸² Para mais, ROSS, Bertrall L., <Embracing Administrative Constitutionalism>, Boston University Law Review, vol. 95, no. 2, 2015, pp. 519-586. Por oportuno, sobre o *administrative constitutionalism* na União Europeia vide HARTMANN, M., <Administrative Constitutionalism and the Political Union>, German Law Journal, 14(5), 2013, pp. 695-715, que, em síntese, entende que o *administrative constitutionalism* na União Europeia é diferente se comparado ao âmbito nacional, pois o primeiro desconstruiu a dimensão territorial, indo além da soberania.

¹⁸³ Conforme, RIVERO ORTEGA, Ricardo, <Simplificació administrativa i administració electrònica: objectius pendents en la transposició de la directiva de serveis>, in *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011.

¹⁸⁴ Para Bittar: “a primeira percepção do advento da pós-modernidade e de sua projeção no âmbito jurídico é a de crise.” BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, <O direito na pós-modernidade>, in *Revista Sequência*, no 57, dez. 2008, p. 142.

permeabilidade do direito à influência da análise econômica, pondo em evidência as dificuldades decisórias em situações de ausência de informação perfeita e perante a escassez de recursos”¹⁸⁵

Conforme já ventilado, vivemos uma sociedade de risco¹⁸⁶, principalmente risco econômico, que inevitavelmente interfere na interpretação e elaboração do campo jurídico, que, para sobreviver em um contexto de globalização, acaba rendido às necessidades e diretrizes internacionais - sendo ou não participante de organismos internacionais - em busca de vantagem econômica a nível local. Comungando, assim, interesses locais a deliberações internacionais.

Nesse contexto, Giulio Napolitano¹⁸⁷ adverte que os Estados perderam poder e influência diante dos problemas atuais (crise financeira, ambiental e migratória; terrorismo), e o resultado dessa perda foi uma estratégia, principalmente no cenário Europeu, aparentemente incoerente de *more and less government at the same time* (menos e mais governo, ao mesmo tempo), já que ao mesmo tempo em que a Comissão Europeia estimula a adoção de políticas homogênea para o enfrentamento da crise, os Estados-membros tentam se recolocar como “players” ativos na política econômica.

Como resultado, surge uma nova ordem normativa econômica¹⁸⁸ que simultaneamente atende ao interesse público doméstico e à lógica de mercado. E na busca da satisfação dessa dualidade é que ganha robustez a defesa do deferimento tácito como instrumento da simplificação e racionalização, pois essa narrativa, fruto de um contexto social dinâmico, busca conjugar interesses.

¹⁸⁵ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, <Os Direitos Fundamentais e sua circunstância... p. 18.

¹⁸⁶ Sobre o tema, importante lembrar as lições de Vieira de Andrade “Desenvolvem-se hoje ideias associadas ao “Direito Administrativo do risco”, que, para além das exigências de uma procedimentalização adequada, põem em causa as regras tradicionais relativas à estabilidade do acto administrativo em diversas áreas, seja em virtude da evolução rápida dos conhecimentos científicos, seja em virtude da europeização do nível de decisão normativa.” VIEIRA DE ANDRADE, *Lições...* p. 204.

¹⁸⁷ NAPOLITANO, Giulio, <Looking for a smarter government (and administrative law) in the age of uncertainty>, in: *Comparative Administrative Law*, Second Edition, Edited by Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth, Blake Emerson, Edward Elgar Publishing Inc., Massachusetts, 2019, pp. 354-356.

¹⁸⁸ Nesse sentido, “Desenvolve-se, portanto, uma nova ordem normativa econômica com a intersecção de normas e interesses de ordem pública e particular, aliada à utilização crescente de instrumentos normativos gerais e voluntários, tais como tratados, convenções e declarações de intenções ou atos unilaterais, ao lado de tentativas de criação de um sistema internacional de responsabilização que envolvem desde pressões políticas como econômicas e manifestações da opinião pública mundial a sanções propriamente ditas de acordo pluralismo jurídico intenso, plástico e capaz de congrega responsabilidades no plano mundial.” CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio, <Crise econômica e possíveis perspectivas jurídico-sociais>, in: *Revista Direito GV*, n 5 (2), São Paulo, jul-dez- 2009, p. 348.

Nesse contexto, passadas algumas crises econômicas mundiais¹⁸⁹, a exemplo a crise de 1929, a crise de 2008, e vivenciando outras crises, crise do Coronavírus e crises militares atuais¹⁹⁰, o Direito precisa se adaptar para conseguir ser responsivo em momentos de incertezas. Por isso, nesse momento, longe de querer entabular uma nova adjetivação ao Direito Administrativo, dedicaremos a estudar a necessidade de um Direito Administrativo com vieses econômico e comportamental, e como isso foi fundamental para dar novo fôlego ao silêncio administrativo.

2.1. A interdisciplinariedade e a adequação de discursos do Direito Administrativo

A interdisciplinaridade não é novidade para o Direito Administrativo, entretanto tornou-se aparente quando esse ramo jurídico precisou se adequar aos “novos problemas colocados pela gestão nacional de interesses públicos globais”¹⁹¹, de modo que a decisão administrativa, mormente nessas áreas de interesse expandido, repercute fora do âmbito da própria administração, o que exige, ao menos teoricamente, uma atividade administrativa eficiente, reflexiva e sustentável.

Daí o surgimento de novas roupagens, como o novo Direito Administrativo (NDA), que, segundo José Carlos Vieira de Andrade¹⁹², é autocaracterizado segundo algumas linhas de força, a saber: a) privatização e o conseqüente uso misto do direito público e do direito privado, b) europeização e internacionalização do Direito Administrativo, c) economicização do Direito Administrativo, d) cooperação coordenada, e) desmaterialização ou digitalização administrativa e f) deslegalização e rarefação jurídica dos padrões normativos.

O NDA - ao lado do “clássico Direito Administrativo” que possui como características o vínculo com o Estado, a supremacia do interesse público, a subordinação

¹⁸⁹ Para Bittar, “Não se trata de uma mera crise econômica por desestabilidade monetária ou especulativa, mas sim de algo estrutural para a sociedade, capaz de afetar as economias mais estáveis do planeta”, segundo BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, *O direito na pós-modernidade*, ... p. 143.

¹⁹⁰ “Mas a verdade é que, mesmo a nível global, começa a competição econômica a substituir a competição militar, com as sanções econômicas a tomar o lugar da punição pelas armas.” SANTOS, Almeida, <Crise de Valores; Crise do Direito>, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 72, 1996, p. 156.

¹⁹¹ Exemplificando o que considera interesses públicos globais, Suzana Tavares da Silva cita o ambiente, a energia, os direitos humanos, os investimentos, a gestão de capitais. Pela atualidade, acrescentamos como exemplo a saúde e o saneamento. SILVA, Suzana Tavares, *Um novo Direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, p.11.

¹⁹² Tal divisão didática encontra-se em: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Lições de Direito Administrativo*,... p. 30.

legal extrema¹⁹³ - para se realizar comunicou-se com outras disciplinas jurídicas, a saber, o Direito Constitucional, o Direito Europeu, o Direito Internacional e com áreas não jurídicas como a sociologia (sociedade de risco), com a ciência política (governança), com a economia (eficiência) e com a tecnologia.

Tamanha comunicação gerou outros tipos de interesses e na sua constante transformação o Direito Administrativo passou a conviver com outras Ciências, e, mais, passou a procurar um conhecimento técnico-científico para fundamentar os seus institutos¹⁹⁴, daí a conjuntura fática atual abrir espaço para a implantação e a comunicação. Evidenciando, com isso, a necessidade de um conhecimento interdisciplinar.

Além disso, conjugando o período atual a essa abordagem multilateral, pode-se afirmar que a atual era demanda uma abordagem multifatorial tanto no aspecto social, como no político e econômico, de modo que o Direito Administrativo para se remodelar teve que refutar análises reducionistas e abraçar a comunicação.

Nesse contexto, o que é relevante, para nós, é que o fruto dessa conjugação de conhecimento, apesar de não ser unânime¹⁹⁵, reflete uma mudança do paradigma no estudo do Direito Administrativo, que se abriu a novos horizontes, para se adequar ao tempo,

¹⁹³ Conforme Sabino Cassese, as transformações no Direito Administrativo possuem duas características, que são: a velocidade e a continuidade. A primeira expõe como as mudanças nesse ramo jurídico são rápidas, diferentes de outros ramos do Direito, como o Direito Civil, no qual as mudanças consomem séculos. A segunda expõe que o Direito Administrativo se modifica continuamente, buscando a modernização e a reforma. Diante dessas características, as mudanças geram contradições, pois tendem a ser setoriais e não uniformes, o que acarreta o convívio do novo e do velho Direito Administrativo. CASSESE, Sabino, <As transformações do Direito Administrativo do século XIX ao XXI>, in *Revista Interesse Público*, ano 6, n. 24, Belo Horizonte, mar/abril 2004.

¹⁹⁴ Aqui, importante fazer um adendo sobre a negação da autonomia do direito, encabeçado por Richard Posner. Ao explicar essa teoria, Castanheira Neves ensina que “Para compreender o direito (law) teríamos de procurar auxílio em disciplinas diferentes do próprio direito, pois havendo de reconhecê-lo como um “deliberado instrumento do controle social” teríamos de ir para além dele na procura do conhecimento dos seus factores determinantes na sociedade, já que só assim ficaríamos aptos a compreendê-lo, a criticá-lo e a criá-lo. Daí também que a Teoria do Direito houvesse igualmente de ser um estudo dele “from the outside””. CASTANHEIRA NEVES, António, <O Direito Interrogado Pelo Tempo Presente na Perspectiva do Futuro>, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 83, 2007, p. 21.

¹⁹⁵ Nesse tópico, necessário refletir sobre as colocações de ao questionar a escolha de uma ciência auxiliar em detrimento de outra, “Porquê recorrer decisivamente à economia, e não, por exemplo, à sociologia ou à psicologia. Sem prejuízo do seu grande relevo (porventura mesmo muitas vezes decisivo), julgamos que não bastaria para tanto a remissão para um entendimento amplo da economia como ciência da racionalidade estratégica, atinente à relação entre fins e meios, que descreve e recomenda o comportamento humano em condições de escassez de meios. Pois sempre haveria que explicar porque se reduz o elemento decisivo a essa relação”. PINTO, Paulo Mota, <Sobre a alegada ‘superação’ do Direito pela análise económica (ilustrada como a análise das medidas da indemnização contratual)>, in *Católica law review*, VOLUME I, n.º 2, maio 2017, p. 66.

deixando, paulatinamente, de representar uma ideia de matéria nacionalista e regionalista, para uma ideia de Administração Pública global e multifatorial.

2.2. Da necessidade de uma análise econômica no Direito Administrativo

Em uma época em que o Direito Administrativo sofre uma intensa adjetivação, cabe a nós refletir se isso, *per si*, não traduz uma necessidade de adaptação da disciplina, ou seja, uma ressignificação. Isso porque o Direito Administrativo tradicional, centralizado na atividade administrativa, não responde satisfatoriamente aos anseios de uma sociedade em movimento constante. Conforme já ventilado, “A pós-modernidade desafia os atores jurídicos a uma efetiva discussão acerca do papel desempenhado pelo Direito Administrativo”¹⁹⁶, visto que o período atual é marcado pela fluidez, pela superação de metanarrativas e pelas incertezas institucionalizadas, por conseguinte emerge a necessidade de um Direito Administrativo que vai além da gestão da atividade pública, que seja mundividente, na busca de um estado essencial, ou seja, um estado que não seja mínimo, mas também não seja máximo, que seja casuístico e preciso nas suas necessidades.

Tal situação é notória, mormente quando se analisa o aspecto econômico¹⁹⁷ e o ambiente de crise constante¹⁹⁸, daí é que surge a necessidade de se estudar o Direito Administrativo, não só no aspecto da espera/regulamentação e sim em um Direito Administrativo que promove, com protagonismo, o desenvolvimento econômico. Aqui não estamos aludindo à polêmica dicotomia Administração Pública *versus* lucro, mas sim de uma Administração Pública com função econômica não só na gestão pública, mas também

¹⁹⁶ Segundo reflexão de NICKNICK, Mônica, <O Direito Administrativo na pós-modernidade e a necessária satisfação dos direitos fundamentais>, in *Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos*, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. p. 43 Para a autora, a pós-modernidade provoca um questionamento nas reflexões tradicionais do Direito Administrativo, tal como o nacionalismo, a extrema legalidade, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, entre outros. Para Lyotard, “O “redesdobramento” econômico na fase atual do capitalismo, auxiliado pela mutação das técnicas e das tecnologias segue em paralelo, já se disse, com uma mudança de função dos Estados: a partir desta síndrome forma-se uma imagem da sociedade que obriga a revisar seriamente os enfoques apresentados como alternativa.” LYOTARD, Jean François, *A condição pós-moderna*,... p. 27.

¹⁹⁷ Ao analisar o paradoxo entre o Estado essencial e o Estado de bem estar, Egon Bockmann Moreira obtém que a situação “(...) se agrava devido ao constante fenômeno da desenfreada (e irregular) participação do Estado na economia. Assim, acaba se tornando um Estado que se reputa Mínimo (ou Essencial) apenas porque procedeu à privatização de boa parte das empresas estatais e operou a concessão de parcela significativa dos serviços públicos. Nunca esteve tão presente a dissociação entre a “Constituição Econômica formal” e a “Constituição Econômica real” MOREIRA, Egon Bockmann, *O Direito Administrativo Contemporâneo e suas relações com a Economia*, Editora Vitual Gratuita – EVG-, Curitiba, 2016, p. 21.

¹⁹⁸ A verdade que se impõe é que, segundo Giorgio del Vecchio, o Direito e a vida humana estão em crise perpétua, não sendo próprio de uma única ou específico período. DEL VECCHIO, Giorgio, < A Crise a Ciência do Direito>, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 18, 1942, pp. 151-174.

na gestão privada. “A ideia é que a economia possa colaborar com o direito, especialmente, por meio da elaboração de modelos de comportamento que ajudem na previsibilidade e controle das ações humana”¹⁹⁹, já que é através do Direito que as decisões políticas e econômica são legitimadas.

Em abono da verdade, diante do ambiente de escassez das duas ciências, o Direito Administrativo sempre teve um elo com a econômica, para rememorar, basta lembrar que a era da industrialização demandou uma era de melhoramentos materiais²⁰⁰, e que cabia à Administração Pública proporcionar a infraestrutura necessária para o desenvolvimento industrial, o que exigiu a construção de grandes obras públicas de água, iluminação, transporte. Momento em que se reconhece um vínculo da Administração com o mercado, mas, ainda, era com caráter absenteísta, que não se preocupava com o aspecto social da economia capitalista.

Como breve são os anos, após as guerras mundiais do século XX, o modelo abstencionista não mais se sustentou, perante as crises econômicas e militares, o que fez emergir um “Estado social de serviço público”, ao intervir na gestão de bens e meios de produção (administração empresarial), ao prestar serviços públicos essenciais, ao autorizar atividades privadas, ao abrir-se a participação dos interessados (administração participativa) e ao autorregular interesses profissionais e econômicos.²⁰¹

Tal cenário não mais existe²⁰², a novidade/atualidade é que essa relação nunca foi tão evidente e necessária, a economia é norte para a política, para a gestão, para a criação ou mutação de institutos do Direito Administrativo. Nesse sentido, Sérgio Guerra bem sintetiza que “as formas de intervenção estatal sobre a ordem econômica e social sofreram — e vêm sofrendo — forte mutação, carecendo de novas categorias, fórmulas e institutos para compreensão e acoplamento do ‘novo’ Direito Administrativo, agora de viés econômico.”²⁰³

¹⁹⁹ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de, PAYÃO, Jordana Viana, <Direitos fundamentais na pós-modernidade sob a perspectiva da análise econômica do direito>, in: *Revista da Faculdade mineira de Direito*, v. 21, n.º. 41, Minas Gerais, 2018, p. 207.

²⁰⁰ Para mais, vide MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *Traços da Evolução do Direito Administrativo*, ... p. 277.

²⁰¹ Sobre a construção de um Estado Social de Serviço Público, a partir das guerras do século XX, vide VIEIRA DE ANDRADE, *Lições*,... pp. 24-26.

²⁰² Hoje, discute-se a quarta revolução industrial. Essa iniciada no começo desse século, sendo caracterizada, principalmente, pela tecnologia e pelas interações entre os domínios físicos, digitais e biológicos. Para mais, SCHWAB, Klaus, *A quarta revolução industrial*, Tradução Daniel Moreira Miranda, Edipro, São Paulo, 2019.

²⁰³ GUERRA, Sérgio, <Regulação e maleabilidade normativa à luz do Direito Administrativo econômico>, in *Direito Administrativo e democracia econômica*, Coord. Daniela Bandeira de Freitas, Vanice Regina Lírio do Valle, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2012. p. 228.

Nesta perspectiva, ensina Posner²⁰⁴ que até 1960 a análise econômica da lei preocupava-se com a economia antitruste - uma atividade econômica explícita - o que só veio a mudar com as contribuições de Guido Calabresi e Ronald Coase que evidenciaram a necessidade de se estudar e implantar uma percepção de economia abrangente, que seja não mercantil. Urge, assim, uma análise econômica do Direito, que nada mais é do que aplicar a teoria à prática.

Sendo fruto de um estudo interdisciplinar, a partir da década de 60, a análise econômica do Direito²⁰⁵ (*law and economics*) ofereceu instrumentos para explicar fatos sociais, ao encerrar o indivíduo como um ser racional, que faz escolhas racionais (ou assim se espera) baseado, no campo econômico, por duas diretrizes, quais sejam, o custo e o benefício²⁰⁶, nesse contexto sobressai a ideia defendida por Posner de relacionar a análise econômica do Direito aos conceitos de eficiência, de maximização de riqueza e de economia comportamental.

Há de se considerar, nesse contexto, que o Direito como a Economia são estudos do comportamento humano. Esta analisa os mecanismos indutores do comportamento, aquele se preocupa com a regulação do comportamento. De forma que mesclar esses conhecimentos significa proporcionar aperfeiçoamento e efetivação da norma jurídica.²⁰⁷

Nesse contexto, a forte influência da doutrina norte-americana²⁰⁸, a promessa de racionalidade da *law and economics*, além do contexto de crise constante, de necessidade de adequação e satisfação culminaram no estreitamento da relação Administração e iniciativa privada, ao promover duas bandeiras: a eficiência e a racionalidade. Sob essa concepção, as regras legais para satisfazer os interesses patentes devem dispor de maleabilidade para se

²⁰⁴ Para mais, POSNER, Richard A, *Economic analysis of law*, 9ª Edition, Aspen Publishing, USA, 2014 e POSNER, Richard A., *The economics of justice*, Harvard University Press, 1983.

²⁰⁵ Convém ressaltar que *Law and Economics* é composta, principalmente, por três correntes doutrinária: a Escola de Chicago, a Escola de Yale e a Nova Economia Institucional. Aqui, só citaremos a Escola de Chigaco e seu representante Posner por, nessa altura, interessarmos com a ideia de eficiência relacionada a aplicação da economia no Direito.

²⁰⁶ Convém ponderar que a análise econômica do Direito é muito mais complexa e possui meandros que aqui não analisamos, o objetivo, nesta dissertação, é pontuar a existência dessa teoria e como ela influenciou no Direito Administrativo.

²⁰⁷ Para mais, “A necessidade de comunicação entre direito e demais ciências, de modo a garantir a racionalidade, efetividade e otimização do ordenamento jurídico é potencializada quando se fala em economia.” OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de, PAYÃO, Jordana Viana, <Direitos fundamentais na pós-modernidade sob a perspectiva da análise econômica do direito... p. 205.

²⁰⁸ Para Paulo Mota Pinto “a law & economics constitui hoje ainda o movimento teórico de abordagem do Direito mais poderoso na doutrina norte-americana.” PINTO, Paulo Mota, <Sobre a alegada ‘superação’ do Direito pela análise econômica>, ... p. 60.

adequarem à realidade econômica, sendo por isso menos imperativas do que as escolhas clássicas.²⁰⁹

Ocorre que, a bem da verdade, mesmo com a influência da análise econômica do Direito – essa foi tamanha que até Sustain pontua que a última década ocorreu uma “enxurrada” de estudos sobre direito e economia comportamental ²¹⁰ –, essa é objeto de muitas críticas,²¹¹ mormente no que tange a busca pela maximização da riqueza, a contrariedade ao interesse público, a perda de autonomia do Direito, a ausência de justiça, a fragmentação de interesses. De modo que não se pode negar a influência atual da Economia e a lógica do mercado no Direito Administrativo, que vai muito além da regulação. Assim, não é de se estranhar que no contexto de repulsa às metanarrativas, a ideia de um Direito Administrativo econômico não seja o discurso único e verdadeiro da Administração Pública, mas, pode sim, ser uma narrativa para a implementação de pontuais estratégias administrativas. Estratégias essas que não visam, somente, o lucro e sim o lucro mais os anseios da Administração Pública, dando um novo sentido para o interesse público e para a atuação administrativa.

2.2.1.O deferimento tácito na esteira de um Direito Administrativo com viés econômico

Para Rolf Stober, a relação entre Direito privado e economia se circunscreve no contrato, enquanto para o Direito Administrativo econômico a forma típica se circunscreve

²⁰⁹ Alerta que as verdades incontestáveis vêm engessando o Direito Administrativo, o que vai de encontro com o ideal de boa administração, que exige inteligência e maleabilidade para fazer frente às necessidades sociais do nosso tempo. “Na sociedade de riscos que é característica do mundo contemporâneo, ganha importância a previsão e o monitoramento do inesperado, com a necessidade de empregar técnicas prospectivas.” E finaliza “A Administração Pública necessita cada vez mais agir diante do inesperado, do diferente, do imprevisível. E, para lograr eficiência nessa empreitada, é preciso modular quando necessário.” REIS, José Carlos Vasconcellos dos. <As modulações no Direito Administrativo>, in *Direito Administrativo e democracia econômica*, Coord. Daniela Bandeira de Freitas, Vanice Regina Lírio do Valle, Editora Forum, Belo Horizonte, 2012, pp. 282-283.

²¹⁰ Ver, SUNSTEIN, Cass R, < Behavioral Law and Economics: A Progress Report>, in *American Law and Economics Review*, vol. 1, no. Issues 1 & 2, Fall 1999, p. 115.

²¹¹ Ronald Dworkin repete as teses defendidas por Posner em dois interessantes artigos, quais sejam, “*Is Wealth a Value?*” e *Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner*”, em apertada síntese, para nós, interessa alguns questionamentos feitos por Dworkin, o primeiro sobre o alcance do conceito de eficiência defendida por Posner ao defender que um economista ao analisar a eficiência de uma regra de Direito analisa sobre a ótica da regra de Pareto e não pela ótica da maximização da riqueza. O segundo, sobre o real valor de uma sociedade que prega a maximização de riqueza, pois entende que só quem personifica uma sociedade pode afirmar que uma sociedade com mais riqueza é melhor do que uma com menos riqueza. Trechos extraídos de DWORKIN, Ronald M, <Is Wealth a Value?>, in *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives, The University of Chicago Press, Mar., 1980, pp. 191-226.

no ato administrativo, que, nesse campo, possui três diretrizes: a fiscalização; a direção e o fomento; e, por fim, a promessa. Nesse contexto, destacamos a promessa, que consiste em uma auto-obrigação da autoridade a uma posterior ação ou omissão²¹², pois, ao mesmo tempo, proporciona uma margem discricionária para a Administração e no ponto de vista econômico “situa-se na antecâmara das decisões financeiras sob a forma de investimentos”. Além disso, a promessa também repercute no aspecto temporal, ao considerar que o tempo de emissão das decisões serve como parâmetro de fator de produção, sendo uma forma de aceleração e previsibilidade. De modo que a promessa em um contexto de Direito Administrativo econômico possui interesse jurídico tanto econômico, quanto temporal.

Fato é que, seja no aspecto da promessa, seja no aspecto do ato *per si*, o silêncio administrativo apresenta-se como uma ferramenta da Administração Pública a serviço da economia, isso porque, como bem pontua Ricardo Rivero Ortega²¹³, o Direito Administrativo tem suas bases na ideia de que é a partir de uma manifestação da Administração que surge a oportunidade do agente privado de responder e procurar os seus anseios, de modo que o silêncio, se enquadrado como uma resposta à passividade, proporciona um elo de proteção não só pela celeridade, mas também pela flexibilidade, pela cooperação e, principalmente, pela reação. De modo que o silêncio administrativo traz uma promessa ao delimitar o tempo de espera por uma resposta e ao proporcionar uma futura “estabilidade”, tão desejada no campo dos investimentos.

Para ilustrar, imagine um grande investidor que fará um aporte em uma atividade privada e que essa precise de uma manifestação da Administração Pública. Ocorre que essa manifestação até o momento não ocorreu, prejudicando, com isso, o investimento. Não precisa ser nenhum perito em econômica para perceber que a omissão *ad eternum* ofende a lógica do mercado e a máxima tempo e dinheiro. O que pode ser revertido caso a omissão gere um efeito ou, melhor, gere um efeito positivo para o requerente. Daí o silêncio positivo

²¹² Nas suas palavras, “A promessa é definida como auto-obrigação de autoridade com uma vontade de vinculação a uma posterior acção ou omissão. Isto significa que a promessa não tem de se orientar necessariamente a posterior emissão de um acto administrativo (...) pelo que também podem ser objeto de promessa uma mera actuação da Administração ou a posterior celebração de um contrato de direito público.” STOBER, Rolf, *Direito Administrativo Económico Geral: Fundamentos e principios*, 15ª Edição, Tradução António Francisco de Sousa, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2008, pp. 332-333.

²¹³ Para Rivero Ortega uma administração econômica deve empregar o diálogo (acordo, pactos e convênios) e para favorecer essa comunicação deve flexibilizar a atuação administrativa, posicionando a serviço da economia e do empresário, sem esquecer do interesse público e dos terceiros interessados. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Introducción al derecho administrativo Económico*, Tercera Edición, Ratio Legis, Salamanca, 2005, pp. 113-116.

ser uma promessa atrativa tanto para o administrado e para o terceiro interessado, ao proporcionar previsibilidade, como para a Administração, ao proporcionar discricionariedade e eficiência.

Isso porque, ao substituir o imprevisto pela expectativa, o deferimento tácito espelha uma Administração Pública em que é possível estimar o custo–benefício ao adaptar a duração de um procedimento a uma expectativa, podendo ser considerada a estabilidade necessária em um ambiente econômico para o interessado e para terceiros. Saí, com isso, de um ambiente de rigidez e imposição, para um ambiente de diálogo e eficácia. Isso porque “No âmbito das preocupações ditadas pela economia capitalista, a eficiência refere-se essencialmente à exigência de otimizar a relação custo/benefício, pela decisiva incidência desta sobre a rentabilidade ou a taxa de lucro dos negócios”.²¹⁴

Ademais, considerando as exigências sociais heterogêneas e a instabilidade constante, a atuação administrativa deve apresentar respostas rápidas e eficientes, incompatível com as grandes narrativas – ou verdades prontas – podendo fazer temperamentos e adaptações em temas típicos do Direito Administrativo. Neste diapasão, a busca pela eficiência se reflete em uma Administração Pública de resultados que, para atingir o seu fim, deve sacrificar a autoridade e buscar o consentimento.²¹⁵ E é nesse cenário que encontramos mais um fundamento para o ode ao deferimento tácito, pois esse representa uma readequação de discurso para alcançar a eficiência.

Com muito mais razão esse novo figurino se justifica, quando associamos a simplificação ao deferimento tácito. Veja que em tempos instáveis, no qual o cenário global²¹⁶ desenha a economia (desterritorialização da economia), quando as organizações internacionais defendem que a simplificação está relacionada com a eficiência e que o

²¹⁴ Para complementar, o mesmo autor assevera que a eficiência conclama a racionalidade, ao buscar atender as necessidades e as aspirações humanas, “estimulando a simbiose com o ambiente natural, por meio de um vínculo integrador e de modelos de desenvolvimento sustentável. Ela demanda outros estímulos para a ação antrópica, individual e coletiva, bem como um novo conjunto de indicadores para a avaliação e o direcionamento da atividade humana.” GAIGER, Luiz Inácio, <Eficiência>, in *Dicionário Internacional da Outra Economia*, Série Políticas sociais, Coord. A. D. Cattani, J. L. Lavelle, L. I. Gaiger, P. Hespanha, Almedina, 2009, pp. 169-173.

²¹⁵ Sobre a necessidade de adaptações para lograr resultado no cenário atual, conferir REIS, José Carlos Vasconcellos dos, <As modulações no Direito Administrativo>... 281.

²¹⁶ Bem resume Patrícia Baptista: “Explica-se: se antes eram os Governos estatais que guiavam e condicionavam a economia, hoje, aos Estados contemporâneos, muitas vezes, nada resta que não atuem reativamente ou adaptem-se aos efeitos dos movimentos econômicos globais, estes em larga medida supraestatais.” BAPTISTA, Patrícia, *A evolução do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização*, Fórum, Belo Horizonte, ano 15, n.175, set. 2015, p. 62.

deferimento tácito (fruto da simplificação) traz uma resposta hábil frente a inação, essa narrativa, ao mesmo tempo que influência na lógica mercadológica, representa a abdicação da onisciência e da onipresença administrativa, influenciando, assim, na própria delimitação do interesse público (ao atender, ao mesmo tempo, interesses internos e externos). Desenhasse assim um novo parâmetro para a Administração Pública.

Tais parâmetros trazem, ao mesmo tempo, uma possibilidade de desenvolvimento econômico e uma remodelação interna. Sob o primeiro enfoque, a adoção da simplificação, legislativa e administrativa, é vista com bons olhos pelo mercado ao funcionar como indicador para classificar os países como ambientes propícios para investimentos, ao favorecer a competitividade diante da redução de custo das atividades e ao estimular uma gestão de eficiência. Já no segundo enfoque, trazendo à tona os parâmetros internos que orientam a ideia de simplificação, Maria Manuel Leitão Marques²¹⁷ elenca alguns “princípios norteadores”, a saber: a) proporcionalidade ao risco, que significa que em alguns casos de menor risco o controle pode ser aleatório e posterior; b) pedir apenas informações indispensáveis, além de reutilizá-las e partilhá-las; c) normalização, que é a preparação de instrumentos complementares, d) previsibilidade, e) transparência, f) agilização, g) instituição de balcão único multicanal e gestão de processos e h) monitoração, avaliação e correção.

Em síntese, a narrativa que aqui defendemos de deferimento tácito como instrumento de simplificação da atuação administrativa tem origem no atual, para alguns pós-moderno, Direito Administrativo que se preocupa com o aspecto econômico tanto a nível nacional, como global. Servindo, assim, de narrativa, e não um consenso universal para uma atuação administrativa –econômica. De modo que, não é só uma Administração Pública a serviço da economia, mas uma Administração Pública que também está a serviço da economia. Busca-se, com a simplificação e o deferimento, os mesmos ideais: previsibilidade, celeridade, eficiência. Enfim, no que se entende como boa-administração.

2.3. Da necessidade de um Direito Administrativo comportamental

Após analisar, *en passant*, a importância de adaptação do Direito Administrativo à lógica de mercado e, com isso, defender a interdisciplinaridade entre Direito Administrativo

²¹⁷ Ver, MARQUES, Maria Manuel Leitão, <Gracioso e também simples>, in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, org. Augusto de Athayde, João Caupers, Maria da Glória F. P. D. Garcia, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 754-760.

e Economia, volvemos para outro ponto correlacionado, qual seja, a análise comportamental, pois, segundo alertou Posner, a incerteza e a capacidade cognitiva são características relevantes da vida humana e, por isso, não podem ser ignoradas. O fato é que a ideia da Análise econômica do Direito²¹⁸ e a complexidade atual geraram questionamentos que não poderiam ser solucionados em um único enfoque, o que levou a uma roupagem comportamental tanto para a economia, como para o Direito.

No que tange à análise comportamental, a racionalidade e os seus reflexos ganham notoriedade. Nesse ponto, importante obter que o ideal de racionalidade estampado pelo *Homo Economicus* - que é visto por alguns economistas como a figura do homem como um decisor assertivo- é uma falácia²¹⁹ logo, em que pese possuímos racionalidade, nem sempre nossas escolhas são ajustadas.

Ocorre que, mesmo que se reconheça a existência de irracionalidades pontuais, isso não retira a importância de traçar um parâmetro mínimo de previsão, ou seja, não invalida uma teoria racional da escolha²²⁰ ou estímulos que sejam embasados na racionalidade.

E com o aporte desses diversos ramos (economia, Direito e comportamento) surgiu a benquista noção de *nudge*. Como um instrumento de racionalidade, o *nudge* é uma forma de dirigir uma conduta, sendo um estímulo, diante de uma situação de liberdade, que altera o comportamento humano através da arquitetura de escolhas²²¹.

O empurrão, ao influenciar um comportamento do administrado e do administrador, possibilita o atingimento das metas e programas “com menos custos e menos

²¹⁸ Como uma das vertentes da Análise Econômica do Direito, a Teoria da *Public Choice* defende que, tanto na economia, quanto na política, os indivíduos se comportam da mesma maneira, movidos pelas mesmas motivações que são os interesses próprios. Para essa teoria o crescimento dos gastos públicos é devido ao autointeresse de eleitores, políticos e burocratas, assim, a ineficiência da administração “não é acidental, mas inerente a gestão pública”. Consoante CHEVALLIER, Jacques, *O serviço público*, tradução de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2017, p. 55. Para mais, DIAS, Marco Antonio, <James Buchanan e a “política” na escolha pública>, in *Revista ponto-e- virgula*, n. 6, 2009, pp. 201-217. A economia comportamental tem muita relevância para o Direito, pois o sistema jurídico é construído em um contexto de escolha, segundo SUNSTEIN, Cass R., < Behavioral Law and Economics: A Progress Report>, ...p. 118.

²¹⁹ “olhando para os manuais de economia, vemos que o economicus tem capacidade para pensar como Albert Einstein e armazenar tanta informação como o computador Big Blue da IBM e a mesma força de vontade que o Mahatma Gandhi. THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R., *Nudge, Um pequeno empurrão*, Editora Lua de papel, Portugal, 2018, p. 20. Também, entende que não há racionalidade absoluta do homo economicus, PONCE SOLÉ, Juli, <Derecho administrativo, ciencias conductuales y nudging em la gestión pública>, in *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Núm. 15, 2018, pp. 8-27.

²²⁰ Para ilustrar, recordemos um exemplo interessante comentado por Posner, no qual constatou que os comerciantes preferem precificar no valor de \$7,99 do que o valor \$8,00, isso porque o cérebro humano fixa mais o primeiro dígito, tornando-o mais significativo. POSNER, Richard A, *Economic analysis of law...*

²²¹ Para os principais propagadores dessa teoria Sustain e Thaler entendem que “Um arquiteto de escolha é alguém que tem a responsabilidade de definir um contexto que permita às pessoas fazer escolhas.”

efeitos colaterais”²²², além de produzir resultados imediatos e eficazes. Torna-se uma boa alternativa para substituição das práticas coercitivas, como o famoso poder de polícia.

Nesse toar, Thaler e Sunstein resumem o “nudge” em duas idéias principais, quais sejam: a) características que aparentam de baixa relevância podem ter efeitos em massa no comportamento, de modo que a arquitetura de escolhas é inevitável e afeta as decisões; b) os arquitetos de escolhas podem preservar nossa liberdade, ao mesmo tempo que influenciam.²²³

O reconhecimento dos benefícios é tamanho que a OCDE²²⁴ estimula o uso dos *nudges* como forma de melhorar a efetividade das políticas públicas estimulando o seu uso como ferramenta para combater a corrupção, para regular a comunicação, para resolver problemas ambientais, para tomar decisões rápidas (durante a crise da covid -19), para a prestação de serviços públicos, para a proteção do consumidor, para promover cultura e segurança, entre outros.²²⁵

Enaltecendo a importância dos empurrões, em 2016, a Comissão Europeia elaborou o relatório sobre os *Behavioural Insights* ²²⁶ aplicados à política, oportunidade que, após analisar iniciativas de 32 países europeus, chegou à conclusão de que há vontade de aplicá-los, mas, ainda, há a necessidade de realizar mais pesquisas sobre o tema. Além disso, distinguiu *behavioural economics* de *nudges*²²⁷, mesmo que por vezes tratados como sinônimos, a economia comportamental usa de estudos multidisciplinares para entender o comportamento humano e como esse afeta as escolhas, já o nudge é um aspecto da arquitetura de escolha que altera o comportamento das pessoas de forma previsível. Além de desmistificar as ideias de que: a) não há nada de novo no *behavioural insights*; b) *behavioural insights* são próximos da intuição e c) esse tipo de intervenção é cara.

²²² OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt, *A simplificação no Direito Administrativo e ambiental*,... p. 99.

²²³ THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R., *Nudge*... p. 327.

²²⁴ Em 2014, a OCDE fez o primeiro mapeamento sobre a influência da *behavioural insights* nos países participante da organização. Nesse estudo, constatou que a adoção de nudges é mais evidente nos EUA e no Reino Unido, nos outros países constatou que a técnica é cada vez mais comum. Para mais, OCDE, *Regulatory Policy and Behavioural Economics*, OECD Publishing, Paris, 2014.

²²⁵ Para mais, OCDE, *Behavioural Insights and Regulatory Governance: Opportunities AND Challenges*, James Drummond, Daniel Shephard, Daniel Trnka, OECD Publishing, Paris, 2021; OCDE, *Behavioural insights for public integrity: harnessing the human factor to counter corruption*, OECD Public Governance reviews, OECD Publishing, Paris, 2018. OCDE, *Behavioural insights and public policy: lessons from around the world*, OECD Publishing, Paris, 2017.

²²⁶ COMISSÃO EUROPEIA, *Behavioural Insights Applied to policy*, European Report, 2016.

²²⁷ Em que pese tal diferença, o próprio relatório reconhece que após a publicação do livro *Nudge*, em 2008, os termos são tratados como sinônimos. *Idem*, p. 10.

De mais a mais, no estudo, restou patente a posição da Comissão ao entender que a eficácia das políticas públicas dependem de como o administrado reage as escolhas e de como o comportamento é considerado na hora de idealizar as políticas, por exemplo: a simplificação dos procedimentos administrativos fiscais pode recrudescer a conformidade fiscal, pois quanto menor a sobrecarga de informação, menor o esforço do cidadão para cumprir o encargo.”²²⁸.

Pelas iniciativas até agora expostas, denota-se que a OCDE e a Comissão Europeia, com a análise econômica do Direito, estimulam a aplicação de uma economia comportamental.²²⁹ Para Sustain e Thaler esse estímulo - e não ordem- decorre da arquitetura de escolha que pode direcionar o comportamento para um cenário possível, sem proibir a possibilidade de escolha e sem alterar, significativamente, os seus incentivos econômicos. Tal estímulo não elimina totalmente o elemento surpresa, mas redireciona para um determinado caminho, “Um econo não precisa de ter uma capacidade de antevisão perfeita (isso exigiria omnisciência), mas tem que ter capacidade de fazer previsões que não sejam tendenciosas.”²³⁰

De modo que, bem sintetiza Juli Ponce Solé, o *nudge* é atividade de fomento científica e sofisticada²³¹, tal fomento não se circunscreve a um incentivo econômico, indo além, ao usar de informações e previsões de ações, o nudge visa atingir o bem-estar comum direcionando para uma atitude ou para uma omissão, que consiga adequar o interesse particular ao interesse geral. E é nessa ideia de bem-estar que o empurrão visa evitar erros e garantir atitudes assertivas, o que é crucial no contexto de boa administração.

Para ilustrar formas de incentivos lembremos dos programas governamentais para inibir o fumo, das faixas urbanas que não podem transitar veículos, da construção de ciclovias nas grandes cidades.

Essa análise comportamental é de imprescindível interesse para o sistema jurídico, que está imerso no contexto de procedimentos e escolhas, por isso uma das vertentes da

²²⁸ *Idem*, p. 11.

²²⁹ Diante de tais estudos e considerando o *Consumer Policy Toolkit da OCDE*, em 2010, e o relatório *Green Behavior* da Comissão Europeia, em 2012, Sustain sustenta que a economia comportamental chama a atenção da Europa de forma ampla. Cf. SUNSTEIN, Cass R., <Nudges.gov: behavioral economics and regulation>, in *Oxford handbook of behavioral economics and the law*, ZAMIR, Eyal, TEICHMAN, Doron (Ed.), Oxford University Press, New York, 2013, p. 2. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220022

²³⁰ THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R., *Nudge...* p. 21.

²³¹ Consoante, PONCE SOLÉ, Juli, <Derecho administrativo, ciencias conductuales y nudging em la gestión pública... pp. 15 e ss.

Behavioral law economics é a construção de comportamento, pois a escolha - e os reflexos dela decorrente - pode ser produto de um procedimento ou informação, de modo que, ao induzir um comportamento²³², por consequência, estará a induzir decisões do administrador e do administrado.

Sustein ensina que grande parte da economia comportamental pode ser analisada pelo tripé: justiça, miopia e racionalidade limitada²³³. Aqui, a análise de justiça é interessante pois pode representar o sacrifício de um interesse pessoal, pelo ideal de justiça. Isso porque, em nome de um bem maior que é a justiça, o indivíduo pode sacrificar o interesse privado. Já a miopia relaciona-se com as atitudes impulsivas, que se preocupam com o hoje e com o agora (esquecendo que haverá um amanhã). E, por fim, a racionalidade - objeto de muitas variáveis - corresponde aos erros interpretativos que podem gerar outros erros, como o erro de julgamento e de percepção.

Sobre a racionalidade, nesse mesmo trabalho, Sustein apresenta a racionalidade limitada, afastando o ideal de onisciência do *homo economicus*²³⁴, e entre as características dessa limitação está a aversão à perda e à preconceitos que podem levar a falsa percepção dos fatos, e com isso a não observância da lei, ou não adoção de uma política pública. Além de trazer desvios quando se analisa a probabilidade de uma determinada atitude. Em que pese o cenário de instabilidade, ao reconhecer que a racionalidade não é absoluta, mesmo sendo essa um alicerce para a teoria, ao encarar que o administrado ou o administrador possuem lapsos de racionalidade, além de humanizar, traz uma visão mais realista e adaptada: apta a encorajar o comportamento que se entende bom, e desencorajar os atos não quistos.

Na prática, impende alertar que, sobre a possibilidade da racionalidade econômica ser aplicada no Direito Administrativo, paira muita desconfiança, porque é notório que a racionalidade econômica tem tendência egoísta, reflete o individualismo, enquanto a lógica do Direito Administrativo direciona-se para uma sistemática pública, em que os interesses

²³² Não se pode desconsiderar as inversões de preferências que consistem em uma mudança de escolha, “*which occur when people change their choices with different descriptions of options that, on conventional grounds, should be regarded as identical*”. SUNSTEIN, Cass R, <Behavioral Law and Economics: A Progress Report>, in *American Law and Economics Review*, vol. 1, no. Issues 1 & 2, Fall 1999, p. 119.

²³³ *Idem*, p. 121-124.

²³⁴ A construção de uma teoria do direito e da economia com fundamento em um ator racional pode gerar previsões não confiáveis e políticas não satisfatórias, segundo PRENTICE, Robert A., Chicago Man, <K-T Man, and the Future of Behavioral Law and Economics>, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 56, no. 6, November 2003, p. 1766.

individuais podem ser sacrificados. Além do que não se pode desconsiderar que a pesquisa psicológica empírica é complexa²³⁵, e transportá-la para a ciência jurídica pode causar problemas de interpretação.

Pelo exposto, é evidente que a racionalidade, não romantizada, pode ser usada como ferramenta, ao lado da economia, para se adequar aos ideais da Administração Pública em um contexto pós-moderno. E mais, pode ser usada para influenciar e elaborar programas e procedimento administrativo de forma mais racional e, com isso, corroborar com o discurso da interdisciplinaridade, da modernidade e do, sempre, almejado interesse público.

2.3.1. O deferimento tácito na esteira de um Direito Administrativo com viés comportamental

Como se depreendeu, o estímulo é uma forma de alterar o comportamento humano. Logo, aliado à racionalidade, mesmo que o ser humano possa variar entre a racionalidade e a irracionalidade, pode ser relevante para a Administração Pública. Defendemos que a Administração Pública pode usar o empurrão tanto para exemplos clássicos - como inibir o fumo ou incentivar uma boa alimentação-, como para adotar uma direção mais moderna e, com isso, incentivar e aplicar a simplificação.

Pensemos no paralelo de um programa que inibe o fumo e um programa intergovernamental que estimula a simplificação. Há de se observar que os dois programas têm algo em comum, que é o estímulo a uma determinada atitude, que, por óbvio, é considerada positiva. No primeiro, é diminuir o consumo de cigarros e com isso diminuir o problema de saúde associado ao tabaco e, por conseguinte, diminuir o gasto com a saúde pública e com a previdência; o segundo reside no fato de buscar uma Administração Pública que seja atraente para o mercado e para o administrado, incentivando uma Administração Pública proativa e que se adequa os anseios atuais.

O que já foi defendido por Ponce²³⁶ no que tange à simplificação dos encargos administrativos, ao sugerir a eliminação dos encargos que não atendam ao interesse geral ou dos encargos que possuem custos superiores aos benefícios. Logo, deve-se pautar em uma atuação administrativa desenhada a partir de uma lógica de custo-benefício.

²³⁵ *Idem*, p. 1718.

²³⁶ Conforme PONCE SOLÉ, Juli, <Derecho administrativo, ciencias conductuales y nudging em la gestión pública>... p. 19.

Saindo das hipóteses e voltando à realidade, a União Europeia e a OCDE, ao adotarem uma política de divulgação da simplificação, demonstram que pretendem direcionar as Administrações Públicas para uma determinada direção, sem usar a coerção (pelo menos aparente). Logo, ao elaborarem normas - Diretiva de serviço, estudos e relatórios- sobre o tema, os organismos referidos estimularam a adoção dessa narrativa: nada mais fizeram do que induziram um comportamento de simplificação, sem tirar a sensação de liberdade, sendo assim um nudge.

Além disso, a própria transposição de uma Diretiva pode ser enquadrada como um empurrão, pois a internalização nos Estados-membros é impulsionada por uma política de adesão, no qual não se elimina totalmente a liberdade interna, cabendo no contexto interno, seguir uma lógica de conveniência e custo-benefício²³⁷.

Para entender o alcance desse estímulo, basta ponderar que há países que não participam da União Europeia, como o Brasil, e, mesmo assim, aderiram ao discurso e adotaram a simplificação nos moldes e com os fundamentos da Diretiva, logo, como tratado alhures, o Brasil em que pese não fazer parte da OCDE e nem do continente europeu foi influenciado por tais diretrizes.²³⁸ Daí denota-se a abrangência e a importância desses estímulos.

Pelo pouco que se expôs, o estímulo a simplificação é fruto de um conhecimento em Direito Administrativo comportamental, de modo que aliar a ideia de deferimento tácito com o discurso da simplificação, a bem da verdade, trouxe um empurrão para que as Administrações adotem esse efeito²³⁹, sem coerção, pois ao propagar informação fazendo essa associação e possível perceber que o objetivo é direcionar para uma determinada

²³⁷ Cf. FRANCO, Raquel, LOPES, Pedro Moniz, SAMPAIO, Jorge Silva, <Nudging as a tool: the case of the transposition of eu directives>, in *Revista Eletrônica de Direito Público*, vol. 8, nº 2, setembro de 2021, Fundação para a Ciência e a Tecnologia, Lisboa.

²³⁸ Por oportuno, confira a exposição de motivos da Medida provisória nº 881, de 30 de abril de 2019: “Inciso IX - A razoabilidade dos prazos para processamento de liberações para a atividade econômica é uma prática mundial. Quando a Administração silencia ao longo e ao fim do prazo por ela mesmo estipulado, deve-se assumir a aprovação tácita, exceto nos casos considerados de alto risco. Cabe a presunção da boa-fé do particular. Não se trata de estabelecer prazos gerais para os processos, mas, sim, a observância dos prazos que o próprio órgão dará no caso concreto individualizado para o solicitante. Uma bandeira histórica de diversos setores produtivos, mundialmente praticada, inclusive recomendada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); a aprovação tácita trará benefícios para a economia e, garantirá que o Estado foque sua atenção de análise e fiscalização nas situações que - de fato - importem risco sério à sociedade.” Cabe explicar que a referida medida provisória foi convertida na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

²³⁹ SUNSTEIN, Cass R, <The Ethics of Nudging>, in *Yale Journal on Regulation*, vol. 32, n. 2, Summer 2015, pp. 413-450.

política. De maneira que a correlação entre simplificação e deferimento tácito trouxe um novo incentivo para a adoção desse efeito em caso de omissão.

O que não ocorreu com o indeferimento tácito, pois esse ficou atrelado somente a fundamentos recursais, enquanto o efeito positivo, diante dos empurrões dos organismos internacionais, transformou-se em um ideal administrativo que ao mesmo tempo atende diversos interessados.

Mesmo que a simplificação exija uma atenção maior inicial, não se pode negar que a simplificação virou um mantra da racionalidade, pois para ter adesão, o procedimento tem que ser simples.²⁴⁰ Como bem alertou Sustain, a procrastinação pode ter efeitos adversos significativos, mas também há que se ponderar como a informação é recebida e como ela influenciará, isso porque um discurso adequado enaltecendo a simplificação deve demonstrar como a complexidade pode criar problemas, e como a simplificação pode eliminá-los.²⁴¹

Nesse contexto, o deferimento tácito busca a racionalidade e a simplificação, sendo, per si, um empurrão para o desenvolvimento econômico.

3. O deferimento tácito como uma nova narrativa em busca do fim público

Após defendermos que o deferimento tácito como uma forma de simplificação da Administração Pública estampa os interesses econômicos e os estudos comportamentais para propagar o que se entende por boa administração, é preciso ressaltar que esse discurso, em que pese ser atraente, não é uníssono. E nem poderia sê-lo, visto que é construído sob uma perspectiva atual, que refuta as metanarrativas, símbolo de racionalidade na modernidade. “Eis o que desafia o direito, bem como a ciência do direito, de um modo geral, a repensar seus próprios conceitos, práticas, valores e paradigmas.”²⁴²

De modo que explicações universalizantes – discursos generalistas – não satisfazem as ambições da Administração contemporânea. Já que “A ingenuidade das idéias que constituem o cerne das propostas da modernidade é ter acreditado que se tratava de respostas

²⁴⁰ SIBONY, Anne-Lise, ALEMANNI, Alberto, <The emergence of behavioural policy-making: a european perspective>, in *Nudge and the law, a European Perspective*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2015, p. 16.

²⁴¹ SUSTEIN, Cass R., <*Nudges.gov: Behavioral Economics and Regulation*, ... p. 9.

²⁴² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, *O direito na pós-modernidade*,... pp. 131-152.

definitivas para os problemas humanos e que o modelo da ciência cartesiana era suficiente para explicar e devassar a verdade de todas as coisas.”²⁴³

Longe das ingenuidades, em que pese o discurso do deferimento tácito ser bastante estimulado, ele não é a panacéia de todos os males da administração, e só “entrega o que promete” quando se observa que o fim público tutelado foi atingido, por exemplo: quando se pretende tutelar, primordialmente, o viés econômico da manifestação administrativa; quando a falta de manifestação afeta a lógica de mercado e traz mais malefícios do que proteção social, quando se elimina etapas desnecessárias que prejudiquem todos os interessados, entre outros exemplos.

Logo, essa narrativa deve ser orientada sob a perspectiva do interesse público, e não só o interesse econômico, em que pese ter origem em uma demanda essencialmente econômica. De maneira que as preocupações, em 1960, de José Fernando Nunes Barata²⁴⁴ ao questionar se e como o progresso econômico refletiria em uma promoção humana, ainda, subsistem. Isso porque o progresso humano não pode ser quantificado (como a economia), mas sim qualificado.

No âmbito da Administração Pública, o progresso humano é analisado, principalmente, pela ótica do social. De modo que essa perspectiva não pode ser ignorada quando se está a aplicar a narrativa do deferimento-simplificação, que, por isso, deve ser analisada para além do aspecto econômico.

Assim, essa narrativa, para ser aplicada, deve observância a três variáveis, que se comunicam: o econômico, o social e o individual. Sendo que o aspecto econômico (em que pese ser o mote maior para essa associação) não se pode sobrepor ao outro, uma vez que “A técnica e a riqueza, como já acentuamos, valem na medida em que servem os homens.”²⁴⁵

Também, deve-se observar sob a ótica da Administração Pública e seus próprios desígnos, que, hoje, propõe-se a ser aberta, consensual, democrática, proativa e pensante²⁴⁶.

²⁴³ *Idem*, pp. 131-152

²⁴⁴ BARATA, José Fernando Nunes, *As responsabilidades do dirigente económico no progresso humano*, Coimbra, 1960, p. 7.

²⁴⁵ *Idem*, e, ainda, sobre o tema conferir: SUNSTEIN, Cass R, *Behavioral Law and Economics: A Progress Report...* p. 14.

²⁴⁶ Giulio Napolitano, após uma análise comparativa, concluiu que a crise econômica impulsionou países a adotarem um governo inteligente, que consegue fazer mais, com menos. De modo que países como Alemanha, França Portugal e Espanha reinventaram suas legislações administrativas, a exemplo o CPA de 2015, inaugurando, assim, uma nova era de reforma administrativa em busca de um *smart government*. NAPOLITANO, Giulio, <Looking for a smarter government (and administrative law) in the age... pp. 336-367.

De modo que a narrativa, para ser aplicada, deve observância ao que se entende por boa administração, satisfazendo a legalidade e a formalidade, ainda indispensável para a seara administrativa, ao mesmo tempo que a projeta para uma modificação de paradigmas.

Ou seja, associar o efeito positivo do silêncio à simplificação e à racionalização não tem a pretensão, ou pelo menos não deveria ter, de abarcar todas as situações de omissão de manifestação da Administração Pública. Logo, não pode o administrado, nem o administrador, e muito menos o legislador, realizarem uma ode indiscriminada a essa narrativa sem a observância do interesse público.

3.1. O outro lado da narrativa: refletindo sobre o fim público perseguido

Em que pese a dissertação caminhar para um discurso argumentativo de que o deferimento tácito é uma ferramenta que busca o desenvolvimento econômico e a adequação de discursos frente às demandas recentes da Administração Pública, é impossível não alertar que nem tudo são flores e que, como toda narrativa, há diferentes percepções. Aqui, relembro Canotilho “Não basta, a nosso ver, falar da mudança da ‘administração burocrática’ de tipo weberiano, para a ‘administração pós-moderna’.”²⁴⁷

Saindo das suposições e voltando para a atuação administrativa cotidiana, essas reflexões são importantes se olharmos atentamente os contornos práticos do efeito positivo do silêncio administrativo, para ilustrar: um órgão de polícia migratória não se manifestou no prazo devido em um pedido de proteção internacional, sendo que a lei que rege a matéria dispõe que a falta de decisão dentro do prazo previsto implicará na admissão do pedido. Ocorre que, após o deferimento tácito, o órgão posiciona-se contra o deferimento, por ausência dos requisitos da proteção internacional ou por outra situação de segurança.²⁴⁸ Dito isso, cabe questionarmos se o deferimento tácito, nesse caso, proporcionou segurança jurídica, simplificação e eficiência administrativa.

Outro exemplo que merece a reflexão é quando o presidente da Câmara Municipal não se manifesta atempadamente no pedido de uma autorização municipal de infraestrutura de suporte de estações de telecomunicações, sendo que a lei que rege a matéria prevê que,

²⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, <O Direito Constitucional passa; o Direito Administrativo passa também>, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

²⁴⁸ Caso similar: Portugal, Tribunal Central Administrativo Sul, processo 1512/20.5BELSB, Relatora Sofia David, data do acórdão 21 de janeiro de 2021.

no caso de ausência de manifestação, operar-se-á o deferimento tácito, o que, de fato, ocorreu e, por conseguinte, a infraestrutura foi instalada sem a devida autorização, entretanto, mais tarde, a Administração Pública contesta a instalação.²⁴⁹ Dito isso, cabe questionarmos se o deferimento tácito proporcionou a confiabilidade que o mercado necessita.

Sem respostas prontas. Essas duas situações foram propositalmente levantadas por não serem estranhas à rotina da Administração Pública e, principalmente, por inevitavelmente instigarem a uma reflexão sobre o discurso atribuído ao silêncio positivo e o seu alcance prático.

No primeiro caso, que está em tela o pedido de proteção internacional, se a administração, posteriormente, quando da análise do pedido, entender que a hipótese é de indeferimento, gerar-se-á uma quebra de expectativa mais grave do que se o pedido fosse indeferido de plano, tanto para a Administração, quanto para o administrado. Assim, em que pese a norma ter o rótulo de proteção e de, certo modo, de participação do cidadão, nesse caso acarretou muito mais prejuízos.

No segundo caso, tratando-se de serviço essencial de comunicação, tanto que é tutelado e fiscalizado pelo Estado, é evidente que a não manifestação coloca em xeque a segurança jurídica e a boa-fé²⁵⁰, tanto de quem instalou a infraestrutura, quanto de terceiros que contavam com essa melhoria. Assim, uma manifestação tardia negativa acarreta mais prejuízos do que um indeferimento de plano. Aqui, o deferimento tácito foi contra a lógica do mercado.

Também há uma certa divergência no campo ambiental, que requer que o deferimento tácito seja analisado com cautela, já que, diante de um contexto de sobrevivência e de responsabilidade, a tutela no Direito ambiental deve privilegiar mais a preservação do que a simplificação. As técnicas de simplificação só têm razão de ser se forem meios de promoção de uma política de preservação, como bem alertou Carla Amado

²⁴⁹ Caso similar: Portugal, Supremo Tribunal Administrativo, 1 Seção, processo 0657/12.0BELLE, Relator José Veloso, data do acórdão 09 de junho de 2021.

²⁵⁰ Ainda, Vasco Pereira da Silva e Tiago Macierinha, ao analisarem o procedimento administrativo de concentração de empresas na área de comunicação social entendem que o deferimento tácito pode implicar uma homenagem a celeridade em detrimento dos Direitos fundamentais plasmados nos artigos 37.º, 38.º e 39.º da Constituição Portuguesa. SILVA, Vasco Pereira da, MACIEIRINHA, Tiago, <Agir não agindo: da insustentabilidade... pp. 604 e ss.

Gomes: “A técnica da valoração positiva do silêncio serve um objetivo de simplificação – mas não pode fazê-lo a qualquer preço.”²⁵¹

Recentemente, Ricardo Manuel Travado Reis²⁵², ao analisar em sua dissertação o deferimento tácito em alguns instrumentos preventivos ambientais - a saber, o Regime de licença ambiental (RLA), o Regime do exercício da atividade pecuária (REAP), o Regime da utilização de recursos hídricos (RURH), o Regime de avaliação de impacto ambiental (RAIA) e o Regime de prevenção de acidentes graves (RPAG) – concluiu que a adoção da técnica do silêncio positivo nesses instrumentos não encontrou o equilíbrio entre a celeridade e a proteção ao bem jurídico protegido, entendendo que, na prática, ocorreu um comprometimento à boa tutela do meio ambiente, seja por gerar incerteza ao particular, seja por comprometer a proteção, principalmente no regime RAIA e RPAG, que objetivam avaliar a dimensão do risco que o projeto pode ocasionar ao meio ambiente.

Em relação à Avaliação de Impacte Ambiental (AIA), José Eduardo Figueiredo Dias sustenta que, mesmo com a orientação da Diretiva de Serviços ou com as vertentes nacionais “não se pode afirmar que o proponente tenha qualquer direito pré-existente à emissão da DIA”, diante do regime denso e das repercussões severas, “não é defensável considerar-se estarmos perante actividades sujeitas a uma mera autorização permissiva, pois é o próprio direito (e não o seu exercício) que está condicionado”.²⁵³

Ademais, vê-se que a simplificação e a própria Diretiva 2006/123/CE são apontadas como “indutoras do retrocesso”, isso porque, segundo Alexandra Aragão²⁵⁴, os ímpetus simplificadores, justificados por um mecanismo de resposta à crise econômica, podem gerar um retrocesso ambiental, pois, desde a sua transposição pelo Decreto-Lei nº 92/2010, aliviou-se o controle prévio em alguns serviços como a exploração de aterros para deposição de resíduos, a observação de cetáceos, a pesquisa de águas subterrâneas, o que comporta riscos irreversíveis ao meio ambiente.

²⁵¹ GOMES, Carla Amado, *Risco e modificação do aco autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente*, Coimbra Editora, 2007, p. 608

²⁵² Para mais, REIS, Ricardo Manuel Travado Reis, *O deferimento tácito à prova: uma análise ao regime previsto em instrumentos preventivos ambientais*, Dissertação de mestrado em Direito Administrativo, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de direito – Escola de Lisboa, Lisboa, maio de 2021.

²⁵³ DIAS, José Eduardo Figueiredo, <O deferimento tácito da DIA: mais um repto à alteração do regime vigente>, in *Revista do CEDOUA*, Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do urbanismo e do ambiente, A. 4, nº 8, 2001, Coimbra, p. 75. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/6200>

²⁵⁴ Consoante, ARAGÃO, Alexandra, <Desenvolvimento sustentável em tempo de crise e em maré de simplificação. Fundamento e limites da proibição de retrocesso ambiental>, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

À vista disso, somos chamados a refletir sobre qual é o limite entre a promoção do desenvolvimento econômico e a preservação ambiental e, principalmente, se esse discurso de simplificação e celeridade é adaptável a qualquer bem jurídico.

Para além do campo ambiental, na própria rotina administrativa essa narrativa não é unânime, com exemplo citamos Ricardo Rivero Ortega²⁵⁵ que asseverou que é evidente o fracasso da regulamentação do silêncio positivo no Procedimento Administrativo Comum espanhol, pois entende que a transposição da Diretiva de serviço trouxe regras ambíguas, além de proporcionar uma falsa tutela ao administrado.

Ainda, cabe refletir se a adesão incondicionada a uma econômica global – e às suas narrativas - retira a autonomia estatal e a autoridade política, dado que a busca por percepções globais que gerem normas e padrões de condutas também globais, em nome da economicidade e de “novos figurinos modernizadores da administração”²⁵⁶, pode ser satisfatória para situações pontuais, e não técnica onisciente de gestão administrativa. Nesse toar, vale a reflexão de Canotilho: “Reconhece-se que é uma velha obsessão do pensamento político, sobretudo europeu-continental, ser forte nas palavras e fraco nos actos. Preocupa-se com os conceitos e não com as soluções.”

Por oportuno, como a associação silêncio e simplificação é fruto de incentivo transnacional, há de se ponderar também que as organizações transnacionais, por serem distantes da realidade local, mesmo que bem intencionadas, nem sempre terão suas intenções emolduradas perfeitamente ao contexto nacional e nem sempre atingem os seus objetivos de justiça e de eficiência²⁵⁷. O que justifica uma adoção com parcimônia, fruto de uma análise casuística nacional: sopesando qual é o fim público para cada caso de deferimento tácito.

Por esse prisma, entendemos que o deferimento tácito como promovedor da simplificação deve ser aplicado com cautela, sendo válido quando se está enaltecendo um contexto, acima de tudo, econômico de atuação administrativa, nesse caso os empurrões para

²⁵⁵ Além da crítica ao silêncio positivo Rivero Ortega também alerta sobre a dificuldade de se implanta de uma política de simplificação, como a resistência para a redução dos prazos processuais e a dificuldade de se concretizar o princípio da celeridade, ou a administração eletrônica que ainda é insuficiente, e, ainda, pontua a dificuldade de adequar as melhorias regulatórias. Para mais, RIVERO ORTEGA, Ricardo, <La transposición de la Directiva de Servicios en las entidades locales>, in *Anuario de Derecho* 2009, nº 3, Madrid, 2010, pp. 47-70.

²⁵⁶ Expressão usada por Canotilho ao referir-se a mudança do paradigma da administração burocrática para o paradigma administrativo- empresarial. Para mais, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, <O Direito Constitucional passa; o Direito Administrativo passa também>... p. 708.

²⁵⁷ Compartilha esse entendimento, RAMRAJ, Victor V., <Transnational non-state regulation and domestic administrative law>, in: *Comparative Administrative Law*, Second Edition, Edited by Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth, Blake Emerson, Edward Elgar Publishing Inc., Massachussets, 2019, p. 596.

a sua adoção são intrínsecos à necessidade de desenvolvimento econômico. Contudo, como é uma narrativa e não uma metanarrativa, para outras áreas, quando se está em risco outras searas - como o ambiental, telecomunicações, proteção individual - tem que se ponderar sobre a real necessidade de se adotar o deferimento tácito, embasado no discurso de simplificação.

Como o Direito Administrativo moderno é interdisciplinar e, por isso, apresenta-se com diferentes vieses - não sendo somente um Direito Administrativo com viés econômico, mas também um Direito Administrativo com viés ambiental, com viés militar, com viés humano, entre tantos outros - o prudente é contrabalançar o desejo de simplificação e a tutela do fim público almejado, ou seja, tem que se analisar se o estímulo pode ser prejudicial ao que se pretende tutelar.

Em arremate, vale a reflexão de Rogério Soares sobre o Direito Administrativo “É que neste ramo do direito, talvez mais do que em qualquer outro, é fundamental o trabalho paciente do jurista, que sobre as leis, e para além delas, vai descobrindo quadros jurídicos fundamentais que procura ordenar numa construção sistemática, a que sempre terá de recorrer-se para garantir uma aplicação não arbitrária do direito positivo e na qual mesmo o legislador vai achar fontes de inspiração.”²⁵⁸

²⁵⁸ Por oportuno, SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, <Administração Pública, Direito Administrativo e Sujeito Privado> in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 37, 1961, pp. 117-137.

Conclusões

Como bem refletiu Lavoisier “nada se cria, nada se perde, tudo se transforma”. Transpondo esse ensinamento empírico para o Direito Administrativo, nesta dissertação estudamos um “fenômeno” de transformação associado ao silêncio administrativo, ao analisar como e por que esse instituto se “adequou” ao tempo. Essa releitura se mostra importante, porquanto reflete a metamorfose em que o Direito Administrativo e a sociedade passou (e passa), como deveria ser, ao longo dos tempos.

Aqui, destacamos um aspecto dessa mudança que é o silêncio administrativo e a sua posterior correlação com a simplificação. Para entender essa nova significação, em um primeiro momento, encaramos a omissão em uma perspectiva proativa, na qual ela é elevada à ferramenta de promoção dos fins estatais e não como simples desídia do administrador.

Para isso, em um primeiro momento, demonstramos que o silêncio administrativo não precisa ser de lado oposto à boa atuação administrativa, o que, por conseguinte, arrefece qualquer discurso maniqueísta entre fundamentação e silêncio, pois ambos podem ser formas de atuação que observam os anseios administrativos.

Ultrapassada a visão negativa da omissão, o silêncio administrativo (como uma forma de omissão) também sofreu essa mudança de olhar, principalmente, quando se está a analisar o seu efeito, negativo e positivo.

Em relação aos efeitos, denota-se uma certa “tendência” de argumentação, isso porque na origem da matéria estimulava-se o efeito negativo, visto que, naquela altura, por clara influência francesa, o bem maior a ser tutelado era a possibilidade recursal. Com o passar dos anos e a mudança social decorrente, o efeito negativo foi “substituído”, gradualmente, pelo efeito positivo, ou seja, pelo deferimento tácito.

Essa mudança de discurso de possibilidade recursal para simplificação administrativa se deu porque o Direito precisa se adaptar para reger o contexto social, precisando constantemente de um “arejamento periódico”. Ainda mais em um contexto volátil, típico da pós-modernidade, que enaltece a interdisciplinaridade e a globalização .

E, para atender essa necessidade de arejamento, mormente em uma perspectiva de economia global, o incentivo ao deferimento tácito se deu, principalmente, por sua associação com a simplificação, pois a adesão a essa narrativa foi fruto das promessas de vantagens internas e externas, uma vez que os fundamentos para a adoção desse efeito visavam atender objetivos econômicos e favorecer o administrado, ao prometer a segurança

jurídica e a confiabilidade que o mercado precisa e adequar-se a uma Administração Pública democrática, diligente e eficaz.

Mas, de fato, o que consolidou essa mudança foi o incentivo de organismos internacionais (como a OCDE e a Comissão Europeia) à adoção do deferimento tácito. Tal mudança de paradigma foi alicercada pela globalização, pela europeização e pela análise econômica do Direito. A influência foi tamanha que até países que não fazem parte desses organismos (como o Brasil) mudaram ou elaboraram normas adotando essa concepção.

Dentre os países estudados na primeira parte, não se pode desconsiderar o fato de que França, Espanha, Portugal e Alemanha sofreram influência direta do entendimento defendido pela União Europeia e pela OCDE, tanto é que, após a transposição da Diretiva de Serviços para a legislação nacional, esses países, claramente, demonstraram entusiasmo e adesão a essa narrativa. Como também não se ignora o fato de que o Brasil, em que pese caminhar para tal narrativa, ainda encontra certa resistência interna em consolidar esse entendimento, o que, para nós, decorre da falta de influência direta das normativas das organizações transnacionais, como a União Europeia e a OCDE, que, hodiernamente, são as maiores incentivadoras e reguladoras da simplificação e da implantação de um Direito Administrativo econômico. Ocorre que, mesmo que haja uma resistência, não se pode negar a influência desse incentivo, mesmo que indireta, na atual legislação brasileira, mormente após a lei de liberdade econômica de 2019.

Essa mudança de narrativa, em que pese a polêmica, é decorrente da pós-modernidade, período no qual se refuta as metanarrativas e se enaltece a interdisciplinaridade, ou seja, rejeita as verdades absolutas para se adequar a uma sociedade fluida, em movimento, em que não há separação rígida entre os saberes, entre os territórios, entre as pessoas. E é nesse contexto que surgiu e se propagou a associação entre simplificação e deferimento tácito, visando representar o Direito Administrativo atual que usa da interdisciplinariedade para justificar e promover os seus anseios.

E, diante da interdisciplinaridade, a economia e a análise comportamental deram o substrato necessário para o sucesso dessa associação. Quando se analisa o contexto atual - em que o Direito Administrativo relaciona-se de maneira ativa com a Economia, para além da função de regulação e ao mesmo tempo que a Administração Pública conhece o seu poder de influência para incentivar comportamentos - o deferimento tácito associado à

simplificação ganha, ainda, muito mais razão de ser, pois mostra uma narrativa que atende perfeitamente essas duas áreas: a econômica e a comportamental.

E é assim que defendemos a aplicação dessa associação, em um contexto econômico-comportamental, pois não se trata de uma metanarrativa e sim de uma adequação de discurso. De modo que, se a narrativa de que o deferimento tácito é um promotor da simplificação é interessante dentro de um contexto econômico e comportamental, para outras searas administrativa (tutela da liberdade individual, tutela do meio ambiente e outros) vale a ponderação se essa narrativa é salutar ou não para alcançar o fim público desejado.

Por todo o exposto, entendemos que tal narrativa é verdadeira, com v minúsculo, devendo ser sopesada casuísticamente, mesmo que essa narrativa seja uma metamorfose para se adequar aos novos parâmetros da Administração Pública, quais sejam, globalização, europeização, pós-modernidade e economização.

Eis o som do silêncio administrativo, para além do ritmo da economia.

Bibliografia

AGUIRRE, Mario Quesada, <La omisión o inactividad de la administración pública como critério de anormalidad y de responsabilidad>, in *Revista el Foro*, Colegio de Abogados, nº 12, Costa Rica, 2012.

ANTUNES, Tiago, <A decisão no novo Código do Procedimento Administrativo>, in: *Comentários ao novo Código de Procedimento Administrativo*, volume II, 3ª Edição, Coord. Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, Editora AAFDL, Lisboa, 2016.

ARAGÃO, Alexandra, <Desenvolvimento sustentável em tempo de crise e em maré de simplificação. Fundamento e limites da proibição de retrocesso ambiental>, in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

BAPTISTA, Patrícia, <A evolução do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização>, in: *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 15, n.175, set. 2015, pp. 59-65.

BARATA, José Fernando Nunes, *As responsabilidades do dirigente económico no progresso humano*, Coimbra, 1960.

BAUMAN, Zigmunt, *Modernidade líquida*, Tradução Plínio Bentzien, Editora Zahar, Rio de Janeiro, 2001.

BECK, Ulrich, *Sociedade de risco mundial, em busca da segurança perdida*, tradução Marian Toldy e Teresa Toldy, 1ª Edição, Edição 70, Lisboa, 2016.

BELTRÃO, Hélio, <Programa nacional de desburocratização>, in: *Revista de Administração Pública*, v. 15, n. 3, Rio de Janeiro, 1981, pp. 92 a 119.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, <O direito na pós-modernidade>, in: *Revista Seqüência*, n. 57, dez. 2008, pp. 131-152.

BROYELLE, Camille, <Il silenzio della P. A. in Francia>, in *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*, Vera Parisio, Giuffrè Editore, Milan, 2006.

BUOSO, Elena, <Fully automated administrative acts in the german legal system>, in: *European Review of Digital Administration & Law*, ERDAL, vol. 1. Issue 1-2, June-December, 2020, pp. 113-122.

CADILHA, Carlos Alberto, <O silêncio administrativo>, *in: Cadernos de justiça administrativa*, III Seminário de Justiça administrativa, nº 28. Julho/agosto de 2001.

CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, volume 1, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2008.

CAMPANELLI ESPINDOLA, Maria Jose, <El Derecho Administrativo Tradicional en el Estado Pos moderno: Globalizacion, Buena Administracion y Supranacionalidad (El caso OCDE Colombia)>, *in: Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 21, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, <O Direito Constitucional passa; o Direito Administrativo passa também>, *in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007.

CARETTI, Paolo, DE SIERVO, Ugo, *Diritto Costituzionale e pubblico*, quarta edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2020.

CARINGELLA, Francesco, *Corso di diritto amministrativo, profili sostanziali e processuali*, Tomo I, VI Edizione, Giuffré Editore, 2011.

CARVALHO, Raquel, <O deferimento tácito em Direito do urbanismo e ambiente: Breves reflexões>, *in: Revista jurídica do urbanismo e do ambiente*, nº 31/34, Almedina, jan/dez 2009/2010.

CASADO, Eduardo Gamero, <La simplificación del procedimiento administrativo: “better regulation”, “better administration”, *in: Revista española de derecho administrativo*, n. 160, Thomson Reuters, octubre-diciembre 2013 pp. 79-125.

CASADO, Eduardo Gamero, RAMOS, Severiano Fernandez, RUIZ, Manuela Mora, *Derecho administrativo para estudios no jurídicos*, Editora Tecnos, Madrid, 2018.

CASSESE, Sabino, <As transformações do Direito Administrativo do século XIX ao XXI>, *in: Revista Interesse Público*, ano 6, n. 24, Belo Horizonte, mar/abril 2004.

- *Las bases del derecho administrativo*, 1ª Edición, Ediciones Olejnik, Argentina, 2020.

CASTANHEIRA NEVES, António, <O Direito Interrogado Pelo Tempo Presente na Perspectiva do Futuro>, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 83, 2007, pp. 1-74.

- <A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia-tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação>, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra editora, 2003.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão, <A theoria do silencio no Direito Administrativo>, in: *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 34, n. 2, 1938.

CHEVALIER, Emilie, <Silence in the french administrative system: a failed révolution?>, in: *The sound of silence in european administrative law*, Edited by Dacian C. Dragos, Polonca Kovac, Hanna D. Tolsma, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020.

CHEVALLIER, Jacques, *O Estado pós-moderno*, Tradução de Marçal Justen Filho, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009.

- *O serviço público*, tradução de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2017.

COMISSÃO EUROPEIA, *Behavioural Insights Applied to policy*, European Report, 2016.

- *Crescimento, competitividade, emprego: os desafios e as pistas para entrar no século XXI*, Livro Branco, Serviço das Publicações oficiais das comunidades europeias, Luxemburgo, 1994.

- *Livro branco da comissão europeia sobre o futuro da Europa e documentos de reflexão sobre a UE27 em 2025*, Bruxelas, 2017.

CONSELHO DA EUROPA, *L'administration et les personnes privées: Principes de droit administratif concernant les relations entre les autorités administratives et les personnes privées*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997.

- *RegWatchEurope, A smart agenda for the new european comission*, 2014.

- *The administration and you – A handbook: Principles of administrative law concerning relations between individuals and public authorities*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2018.

CORREIA, Fernando Alves, *Manual de direito do urbanismo*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2010.

CORREIA, Jorge Alves, ISENBERG, Andréas, *Lei alemã do procedimento administrativo: Guia de leitura e anotações*, Editora Almedina, Coimbra, 2016.

CORTEZ, Margarida, <A inactividade formal da administração como causa extintiva do procedimento e suas consequências>, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Boletim da faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio, <Crise econômica e possíveis perspectivas jurídico-sociais>, in: *Revista Direito GV*, n 5 (2), São Paulo, jul-dez- 2009, pp. 343- 358.

D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt, *A simplificação no Direito Administrativo e ambiental*, 2ª tiragem, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2020.

DEGUERGUE, Maryse, <Silence de l'Administration en Droit Administratif Francais>, in: *Le Cahiers de Droit*, vol. 56, Issues 3-4, September-December 2015, pp. 389-410.

DEL VECCHIO, Giorgio, <A Crise a Ciência do Direito>, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 18, 1942.

DIAS, José Eduardo Figueiredo, <O deferimento tácito da DIA: mais um repto à alteração do regime vigente>, in: *Revista do CEDOUA*, Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do urbanismo e do ambiente, A. 4, n° 8, 2001, Coimbra. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/6200>

DIAS, Marco Antonio, <James Buchanan e a “política” na escolha pública>, in: *Revista ponto-e- virgula*, n. 6, 2009, pp. 201-217.

DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, 9ª Edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.

DWORKIN, Ronald M, <Is Wealth a Value?>, in: *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, n. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives, The University of Chicago Press, Mar., 1980, pp. 191-226.

ENGEWALD, Bettina, <Administrative silence in Germany>, in: *The sound of silence in European administrative law*, Edited by Dacian C. Dragos, Polonca Kovac, Hanna D. Tolsma, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020.

FESTA, Angela, LONGO, Marika, <Administrative Simplification in Italia>, in: *Sapienza Legal Papers*, vol. 2, n. 2, 2013-2014, pp. 123-124.

FRANÇA, Vladimir da Rocha, <Liberdade econômica em face do silêncio administrativo no Direito Brasileiro>, in: *Lei de liberdade econômica e os seus impactos no Direito Administrativo*, coord. Georges Louis Hage, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2020.

FRANCO, Raquel, LOPES, Pedro Moniz, SAMPAIO, Jorge Silva, <Nudging as a tool: the case of the transposition of eu directives>, in: *Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 8, nº 2, setembro de 2021, Fundação para a Ciência e a Tecnologia, Lisboa.

FREITAS DO AMARAL, Diogo, <Conferência sobre A Evolução do Direito Administrativo em Portugal nos últimos dez anos, proferida aos 21 de agosto de 1985, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo>, in: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 80, 1985, pp. 237-249. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67052>.

GAIGER, Luiz Inácio, <Eficiência>, in: *Dicionário Internacional da Outra Economia*, Série Políticas sociais, Coord. A. D. Cattani, J. L. Laville, L. I. Gaiger, P. Hespanha, Almedina, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de derecho administrativo I*, Décimonovena edición, Thompson Reuters, España, 2020.

GARCÍA PÉREZ, Marta, <El silencio administrativo em España>, in: *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n. 3, ano 2013, enero-diciembre- Bogotá-Colombia, pp. 57-83.

GARCIA, Beatriz Rebelo, <Da (in)existência de um princípio geral de proibição do deferimento tácito da licença ambiental na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia – um diálogo com o Direito Português>, in: *Revista do Ministério Público*, ano 42, 166, abri/jun 2021.

GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo em la nueva ley de regimen jurídico de las administraciones publicas y del procedimiento administrativo comum*, Editorial Civitas, Madrid, 1994.

GIDDENS, Anthony, *As consequências da modernidade*, tradução de Raul Fiker, 5ª reimpressão, Editora Unesp, São Paulo, 1991.

GOMES, Carla Amado, *Risco e modificação do aco autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, <Responsabilidad por inactividad de la Administración>, in: *Documentación Administrativa*, n. 237-238, 1994. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5352>.

GONÇALVES, Pedro Costa, <Ensaio sobre a figura da inação administrativa oficiosa>, in: *Revista Brasileira de Direito Público*, RBDP, ano 15, n. 57, abr/jun 2017, Belo Horizonte, pp. 9-45.

- <Manual de Direito Administrativo>, v. 1, Almedina, Coimbra, 2019.

- <Simplificação procedimental e controlo prévio das operações urbanísticas>, in *I Jornadas Luso-Espanholas de Urbanismo (Actas)*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 79-103.

GOUNELLE, Max, *La motivation des actes juridiques en droit international public – contribution a une theorie de l’acte juridique em droit international public*, Editions A. Pedone, Paris, 1979.

GRAAF, Kars J. de, HOOGSTRA, Nicole G., <Silence is golden? Tacit authorizations in the Netherlands, Germany and France>, in: *Review of European Administrative Law*, vol. 6, n. 2, Paris Legal Publishers, 2013, pp. 7-34.

GUERRA, Sérgio, <Regulação e maleabilidade normativa à luz do Direito Administrativo econômico>, in: *Direito Administrativo e democracia econômica*, Coord. FREITAS, Daniela Bandeira de, VALLE, Vanice Regina Lírio do, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2012. pp. 223-244.

HACHEM, Daniel Wunder, <Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais – dever de decidir em prazo razoável vs. Silêncio administrativo>, in: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 3, n. 11, jan/mar 2003, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2003.

HALFIN, David Ruah, <Reflexões sobre a liberdade social a partir do pensamento de Rogério Ehrhardt Soares>, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 90, no. 2, 2014, pp. 759-830.

HARTMANN, M., <Administrative Constitutionalism and the Political Union>, in: *German Law Journal*, 14(5), 2013, pp. 695-715.

JANSEN, Oswald, <Silence of the administration>, in: *Maastricht working papers faculty of law*, Maastricht, july 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal, <O Direito Administrativo de espetáculo>, in: *Fórum Administrativo – Direito Público –FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, 2009.

KOVAC, Polonca, TOLSMA, Hanna D., DRAGOS, Dacian C., <In search of an effective model: a comparative outlook on administrative silence in Europe>, in *The sound of silence in european administrative law*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020.

LAMY, Valentin, <Le silence de l'administration vaut acceptation: la simplification n'aura pas lieu>, in: *Les Cahiers Portalis*, nº. 2, 2015/1, pp. 103-112. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-portalis-2015-1-page-103.htm>

LAVEISSIÈRE, Jean, *Le silence de l'administration, thèse pour le Doctorat en Droit*, Université de Bordeaux I, janvier 1979.

LYOTARD, Jean François, *A condição pós-moderna*, Editora José Olympio, 2000.

MARQUES, Maria Manuel Leitão, <Gracioso e também simples>, in: *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Org. Augusto de Athayde, João Caupers, Maria da Glória F. P. D. Garcia, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 754-760.

- <Simplificação dos regimes de licenciamento>, in: *Direito regional e local*, nº 14, abril/junho 2011, Centro de estudos jurídicos do Minho, Braga, pp. 57-62.

MARRARA, Thiago <A autorização fictícia no direito administrativo>, in *Revista de Direito Administrativo*, volume 251, Editora FGV, Rio de Janeiro, 2009, pp. 201-211.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, <De la simplificación de la administración pública>, in: *Revista de Administración Pública*, n. 147, Septiembre-diciembre 1998.

MARTINS, Pedro Henrique Incerpi Paiva, MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva, <Desburocratização e silêncio administrativo na liberação de atividade econômica>, in: *Revista Digital de Direito Administrativo*, Universidade de São Paulo, vol. 8, n. 2. 2021, pp. 225-250.

MEIRELHES, Hely Lopes, *Direito Administrativo brasileiro*, 23 Edição, Malheiros, São Paulo, 1998.

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2010.

MODESTO, Paulo Modesto, <Silêncio administrativo positivo, negativo e translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise>, in: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, ano 15, n 57, abr/jun 2017, Belo Horizonte, pp. 47-58.

MONCADA, Luís Solano, <As alterações ao código do procedimento administrativo por força do novo código do processo nos tribunais administrativos>, in:

Polis: Revista de Estudos Jurídicos- políticos, nºs 13/16, Repositório das Universidades Lusíadas, 2007.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, *A recusa de aplicação de regulamentos pela administração com fundamento em invalidade: contributos para a teoria dos regulamentos*, Almedina, Coimbra, 2012.

- *Os Direitos Fundamentais e sua circunstância – Crise e vinculação axiológica entre o Estado, a sociedade e a comunidade global*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

- <Traços da Evolução do Direito Administrativo Português>, *in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 87, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, <Novos horizontes para o Direito Administrativo: pelo controle das políticas públicas. A próxima missão>, *in: Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Org. Augusto de Athayde, João Caupers, Maria da Glória F. P. D. Garcia, Almedina, Coimbra, 2010.

- *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade-finalidade-eficiência – resultados*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann, *O Direito Administrativo Contemporâneo e suas relações com a Economia*, Editora Vitual Gratuita – EVG-, Curitiba, 2016.

NAPOLITANO, Giulio, <Looking for a smarter government (and administrative law) in the age of uncertainty>, *in: Comparative Administrative Law*, Second Edition, Edited by Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth, Blake Emerson, Edward Elgar Publishing Inc., Massachussets, 2019.

NICKNICK, Mônica, <O Direito Administrativo na pós-modernidade e a necessária satisfação dos direitos fundamentais>, *in Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos*, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

OCDE, *Behavioural insights and public policy: lessons from around the world*, OECD Publising, Paris, 2017.

- *Behavioural Insights and Regulatory Governance: Opportunities and Challenges*, James Drummond, Daniel Shephard, Daniel Trnka, OECD Publishing, Paris, 2021.

- *Behavioural Insights for Public Integrity. Harnessing the Human Factor to Counter Corruption*, 2018, disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264297067-6-en>

- *Cutting Red Tape: Why is administrative simplification so complicated? Looking beyond 2010*, Paris, 2010, disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264089754-en>

- *Éliminer la paperasserie: des stratégies nationales pour simplifier les formalités administratives*, Éditions OCDE, 2006, Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/eliminer-la-paperasserie_9789264029811-fr#page25

- *From red tape to smart tape, administrative simplification in OECD countries*, Paris, 2003, disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264100688-pt>

- *Les principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation*, Paris, 2005, disponível em: www.oecd.org/regreform/principles

- *Public Governance reviews*, OECD Publishing, Paris, 2018.

- *Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança*, Paris, 2012.

- *Regulatory Policy and Behavioural Economics*, OECD Publishing, Paris, 2014.

- Simplification options, in *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*, OECD Publishing, Paris, 2020, p. 5, disponível em: <https://doi.org/10.1787/f28cc514-en>

- *Surmonter les obstacles à la mise en oeuvre des stratégies de simplification administrative: orientations destinées aux décideurs*, Paris, 2009, p. 7. Disponível em <https://doi.org/10.1787/9789264060630-fr>

- *The e-government imperative*, Paris, 2003, disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264101197-en>

- *Tornar a vida mais fácil para cidadãos e empresas em Portugal, administração eletrónica e simplificação*, 2008.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de, PAYÃO, Jordana Viana, <Direitos fundamentais na pós-modernidade sob a perspectiva da análise econômica do direito>, in: *Revista da Faculdade mineira de Direito*, v. 21, n.º. 41, Minas Gerais, 2018.

OLIVEIRA, Fernanda Paula, <A nova configuração das comunicações prévias introduzida pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro>, in: *A Revisão do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação*, Coordenação Cláudio Monteiro, Jaime Valle e João Miranda, Coimbra, Almedina, maio de 2015, pp. 63 a 79.

OLIVEIRA, Mário Esteves de, GONÇALVES, Pedro Costa, AMORIM, João Pacheco, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1997.

OLIVEIRA, Paula, MACHADO, Carla, <Folhas leva-as o vento: por uma administração sem papel>, in: *Uma Administração Pública moderna e mais próxima do cidadão?*, Almedina, 2018.

OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2013.

PEDRO, Ricardo, *Do Portugal 2020 ao Portugal 2030: breves notas sobre o atual e o futuro modelo de governação*, Maio, 2019, disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3388122>

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 5ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 1998.

PINTO, Paulo Mota, <Sobre a alegada ‘superação’ do Direito pela análise económica (ilustrada como a análise das medidas da indemnização contratual)>, in: *Católica law review*, Volume I, n.º 2, maio 2017.

PONCE SOLÉ, Juli, <Derecho administrativo, ciências conductuales y nudging em la gestión pública>, in: *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Núm. 15, 2018, pp. 8-27.

POSNER, Richard A, *Economic analysis of law*, 9ª Edition, Aspen Publishing, USA, 2014.

- *The economics of justice*, Harvard University Press, 1983.

PRENTICE, Robert A., <Chicago Man, K-T Man, and the Future of Behavioral Law and Economics>, in: *Vanderbilt Law Review*, vol. 56, no. 6, November 2003, pp. 1663-1780.

QUADROS, Fausto *et al*, <Comentários à revisão do Código do Procedimento Administrativo>, Almedina, Coimbra, 2016.

RAIMUNDO, Miguel Assis, SILVEIRA, João Tiago, FREITAS, Tiago Fidalgo de, FABIÃO, Gonçalo de Andrade, <Administrative silence in Portugal>, in *The sound of silence in European Administrative Law*, Edited by Dacian C. Dragos, Polonca Kovac, Hanna D. Tolsma, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020.

RAMRAJ, Victor V., <Transnational non-state regulation and domestic administrative law>, in: *Comparative Administrative Law*, Second Edition, Edited by Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth, Blake Emerson, Edward Elgar Publishing Inc., Massachusetts, 2019, p. 596.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos, <As modulações no Direito Administrativo>, *in: Direito Administrativo e democracia econômica*, Coord. Daniela Bandeira de Freitas; Vanice Regina Lírio do Valle, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2012, pp. 267-291.

REIS, Ricardo Manuel Travado Reis, *O deferimento tácito à prova: uma análise ao regime previsto em instrumentos preventivos ambientais*, Dissertação de mestrado em Direito Administrativo, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de direito – Escola de Lisboa, Lisboa, maio de 2021.

RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Introducción al derecho administrativo Económico*, Tercera Edición, Ratio Legis, Salamanca, 2005.

- <La transposición de la Directiva de Servicios en las entidades locales>, *in: Anuario de Derecho* 2009, nº 3, Madrid, 2010, pp. 47-70.

- <Simplificació administrativa i administració electrònica: objectius pendents en la transposició de la directiva de serveis>, *in: Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011.

ROSS, Bertrall L., <Embracing Administrative Constitutionalism>, *Boston University Law Review*, vol. 95, nº. 2, 2015.

SADDY, André, <Efeitos jurídicos do silêncio positivo no Direito Administrativo brasileiro>, *in: Revista de Direito Público e regulação*, CEDIPRE, Coimbra, novembro de 2009.

- *Silêncio administrativo no direito brasileiro*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2013.

SADDY, André, TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski, <Responsabilidade por inatividade da Administração Pública: um estudo específico do silêncio administrativo>, *in: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 3, n. 1, Fórum, Belo Horizonte, jan/mar 2003, pp. 109-133.

SÁNCHEZ, Isabel, <La transposición de la directiva de servicios en España>, *in: Seminario de Derecho y Economía de la Competencia*, 2009, pp. 25-41.

SANTOS, Almeida, <Crise de Valores; Crise do Direito>, *in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 72, 1996, pp. 151-166.

SANTOS, Felipe Estrela de los, <O valor do silêncio da Administração Pública na hipótese de ausência de pronúncia em face do reclamo do administrado>, *in: RPGE*, v. 33, n. 69, 2012, Porto Alegre, pp. 89-124.

SCHWAB, Klaus, *A quarta revolução industrial*, Tradução Daniel Moreira Miranda, Edipro, São Paulo, 2019.

SIBONY, Anne-Lise, ALEMANNI, Alberto, *The emergence of behavioural policy-making: a european perspective*, in *Nudge and the law, a European Perspective*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2015.

SILVA, Suzana Tavares, *Um novo Direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.

SILVA, Vasco Pereira da, MACIEIRINHA, Tiago, <Agir não agindo, da insustentabilidade do deferimento tácito>, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Portugal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 597-621.

SILVEIRA, João Tiago, *O deferimento tácito, esboço do regime jurídico do acto tácito positivo na sequência de pedido do particular*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

SIMONATI, Anna, <Administrative silence in Italy, between (desired) simplification na (practical) complication>, in: *The sound of silence in European administrative law*, Edited by Dacian C. Dragos, Polonca Kovac, Hanna D. Tolsma, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, <Administração Pública, Direito Administrativo e Sujeito Privado>, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 37, 1961, pp. 117-137.

STOBER, Rolf, *Direito Administrativo Económico Geral: Fundamentos e princípios*, 15ª Edição, Tradução António Francisco de Sousa, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2008.

SUNSTEIN, Cass R, <Behavioral Law and Economics: A Progress Report>, in: *American Law and Economics Review*, vol. 1, no. Issues 1 & 2, Fall 1999, pp. 115-157.

- <Nudges.gov: behavioral economics and regulation>, in: *Oxford handbook of behavioral economics and the law*, ZAMIR, Eyal, TEICHMAN, Doron (Ed.), Oxford University Press, New York, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220022

- *Simpler: the future of government*, Simon and Schusters Paperbacks, 2013.

- <The Ethics of Nudging>, in: *Yale Journal on Regulation*, vol. 32, n. 2, 2015, pp. 413-450.

THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R., Nudge, um pequeno empurrão, Editora Lua de papel, Portugal, 2018.

TORNOS MAS, Joaquín, <La simplificación procedimental en el ordenamiento español>, in: *Revista de Administração Pública*, n. 151, Enero – abril 2000, pp. 39-76.

TRIDIMAS, Takis, <The general principles of EU law and the Europeanisation of national laws>, in: *Review of European Administrative Law*, Vol. 13, n 2, Paris Legal Publishers, 2020.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, SISTERO RÓDENAS, Sara, <The sound os silence in Spain>, in: *The sound of silence in European Administrative Law*, Edited by Dacian C. Dragos, Polonca Kovac, Hanna D. Tolsma, Palgrave Macmilan, Switzerland, 2020.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos, <La codificación del procedimiento administrativo en España>, in: *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 42, Madrid, 2016.

VERBEECK, Bengt, CARLENS, Ivo, NEUTS, Jurgen, VENY, Ludo M., <Legal instruments to confront administrative inaction in Belgium: a gift for the citizen but a curse for the government?>, in: *The sound of silence in European Administrative law*, Edited by Dacian Dragos, Polonca Kovac, Hanna Tolsma, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2020.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *A justiça administrativa: Lições*, 11º Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2011.

- *Lições de Direito Administrativo*, 5ª Edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra.

- <O dever de fundamentação expressa e actos administrativos>, coleção teses, Almedina, Coimbra, 2003.

VOßKUHLE, Andreas, WISCHMEYER, Thomas, < The ‘Neue Verwaltungsrechtswissenschaft’ against the backdrop of traditional administrative law scholarship in Germany>, in: *Comparative Administrative Law*, Second Edition, Edited by Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth, Blake Emerson, Edward Elgar Publishing Inc., Massachussets, 2019.

ROSS, Bertrall L., <Embracing Administrative Constitutionalism>, Boston University Law Review, vol. 95, no. 2, 2015, pp. 519-586.

Jurisprudência

Brasil, Supremo Tribunal Federal, ADI nº 3.273-9/DF, Relator originário Min. Carlos Britto, Relator para acórdão Min. Eros Grau, Julgamento 16/03/2005, Publicação 02/03/2007.

França, *Conseil constitutionnel, décision n° 69-55 L du 26 de juin 1969.*

França, *CAA de Marseille, 4ème chambre*, 14/12/2021, 19MA04224.

Portugal, Supremo Tribunal Administrativo, 1 Seção, processo 0657/12.0BELLE, Relator José Veloso, data do acórdão 09 de junho de 2021.

Portugal, Tribunal Central Administrativo Sul, processo 1512/20.5BELSB, Relatora Sofia David, data do acórdão 21 de janeiro de 2021.

Portugal, Tribunal Constitucional, acórdão 618/2007, Diário da República n.º 28/2008, Série II de 2008-02-08, pp. 5130 – 5133.

União Europeia, Tribunal de Justiça, Terceira Seção, Processo C-230-00, Comissão das comunidades europeias contra Reino da Bélgica, acórdão de 14 de junho de 2001.

União Europeia, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Caso Valada Matos das Neves c. Portugal, Queixa nº 73798/2013, Primeira seção, 29 de outubro de 2015.