

tração decidir, caso não haja outro prazo fixado em lei. Quanto a esse aspecto, três observações são necessárias.

A primeira é que a Lei nº 5.427/2009 fixa o prazo de 30 dias para a Administração proferir decisão em processo administrativo (art. 45).

Assim, é importante que a nova lei realize alterações para compatibilizar os dispositivos e evitar conflitos práticos quanto ao prazo de resposta, especialmente considerando que o caput menciona a existência de prazos em outras leis.

A segunda é que a lei, apesar de pré-fixar um prazo, estabelece, no parágrafo segundo, que o prazo deve atender as circunstâncias concretas. Ora, como atender às peculiaridades do caso concreto se há um prazo fixo? Parece que há incompatibilidade material entre os dispositivos. E é justamente isso que leva à terceira observação: talvez a melhor opção seja suprimir o prazo do caput e manter o que prevê o parágrafo segundo.

Não parece razoável que a lei engessa um prazo geral com o fim de atribuir efeitos à inércia do administrador, uma vez que o Estado desempenha atividades que possuem diversos graus de complexidade e que, portanto, demandam diferentes prazos de resposta. A Lei da Liberdade

Econômica (Lei nº. 13.874/2019) adota solução eventualmente mais interessante: não fixar a priori o prazo. O decreto regulamentador, por sua vez, especifica que "a autoridade máxima do órgão ou da entidade responsável pelo ato público de liberação fixará o prazo para resposta aos atos requeridos junto à unidade" (art. 10). E continua: "Decorrido o prazo previsto no caput, a ausência de manifestação conclusiva do órgão ou da entidade acerca do deferimento do ato público de liberação requerido implicará sua aprovação tácita" (art. 10, § 1º). Assim, o caminho para se atender da forma mais adequada as necessidades dos administrados e do poder público é a de delegar tal definição ao nível dos regulamentos, permitindo-se que o gestor, que melhor saberá o tempo necessário para desempenhar determinada atividade, fixe o prazo.

§3º - Quando a complexidade da questão envolvida não permitir o atendimento do prazo previsto neste artigo, a autoridade científicaará a interessado das providências até então tomadas, sem prejuízo dos efeitos estabelecidos para o silêncio.

§4º - O prazo estabelecido no caput deste artigo pode sofrer prorrogação por igual período, desde que expressamente motivada pelo agente e aprovada pelo titular do órgão ou entidade da Administração, sendo obrigatória a ciência do interessado.

A redação dos §§ 3º e 4º parecem conflitar. Enquanto o parágrafo 3º afirma que, a despeito da complexidade da questão e da impossibilidade de cumprimento do prazo, os efeitos estabelecidos para o silêncio serão válidos, o parágrafo 4º admite a prorrogação. Caso seja mantida a previsão de um prazo padrão, é recomendável que esses dispositivos sejam compatibilizados - de modo a permitir a prorrogação, quando necessária. Nesse caso, a lei pode, inclusive, determinar o procedimento para prorrogação do prazo, a fim de garantir a segurança jurídica.

§5º - Suspender-se-á o prazo sempre que o procedimento parar por motivo imputável ao interessado.

III - 3 Capítulo III: Do silêncio administrativo

O capítulo III introduz os efeitos do silêncio, inclusive com a opção de se atribuirem efeitos positivos à inércia do administrador.

De modo geral, acredito ser prudente a inserção de um dispositivo que condicione a atribuição de efeitos positivos ao silêncio à prévia comunicação à Administração. Assim, o efeito positivo existiria independentemente de manifestação da Administração (até porque decorre da inércia, do silêncio), mas dependendo da provocação do particular interessado. Ou seja, o particular possuiria o dever de informar do transcurso do prazo e os efeitos decorrentes disso. Seria uma espécie de afividade comunicada, espécie já reconhecida no ordenamento jurídico (v., e.g., art. 8º da Lei federal nº 9.074/1995). Isso facilitaria o controle e serviria como meio de prova da eficácia do ato.

Quanto aos dispositivos inseridos na lei, tenho as observações abaixo das respectivas transcrições:

Art. 5º Ultrapassado o prazo sem decisão, a aceitação do pedido, recurso será automática, não sendo necessário expedir pronunciamento ou documento algum

para que o interessado possa fazer efetivo seu direito, desde que obedecam as seguintes hipóteses:

I - procedimento no qual a transcendência da decisão final não repercuta diretamente em administrados distintos do requerente, mediante a limitação, prejuízo ou afetação a seus interesses ou direito legítimos;

II - pedido, solicitação, requerimento ou recurso que não exija uma valoração de distintos interesses concorrentes, sempre que o próprio órgão ou entidade não estabeleça de forma contrária;

III - pedido, solicitação, requerimento ou recurso cuja concessão habilita para o exercício de direitos preexistentes, ou para o desenvolvimento de atividades econômicas que requeiram autorização prévia do Estado, sempre, que não se encontrem contempladas nas hipóteses de silêncio negativo previstas nessa Lei;

IV - recursos destinados a questionar a negação de um pedido, solicitação, requerimento ou recurso ou ato administrativo anterior;

V - que se trate de um procedimento iniciado a instância de parte, salvo em alguns casos concretos que devem ser tratados pelas legislações específicas.

§ 1º - A aceitação por silêncio administrativo possuirá todos os efeitos como se ato administrativo finalizador do procedimento fosse e será válido perante a Administração ou qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada.

§2º - A existência dos atos administrativos produzidos por silêncio administrativo poderá ser acreditada por qualquer meio de prova admitido no Direito.

§3º - O pedido, solicitação, requerimento ou recurso deverá ser formulado ao órgão competente de forma delimitada, comprensiva, congruente e concreta, além de referir-se a algo possível e real e não a algo inexistente ou contrário ao ordenamento jurídico.

O §3º do art. 5º, apesar de trazer legítima preocupação em relação aos pedidos manifestamente improcedentes, seja porque incompreensíveis, irreais ou contrários ao ordenamento jurídico, seja porque formulados ao órgão incompetente, pode implicar problemas práticos relacionados à segurança jurídica: de um lado, o particular ante a inércia da Administração acreditará que seu pleito foi aceito tacitamente; de outro, o Poder Público queda-se inerte ante a precariedade do pedido. Decorrente disso, o dispositivo parece ser insuficiente para solucionar questão relacionada à prova do pedido mal formulado, bem como quanto a quem seria competente para decidir pela aplicabilidade do §3º.

Uma possível solução para amenizar essa questão seria suprimir o dispositivo, mas trazer, em compensação (para se evitar a aceitação tácita de pedidos desarrazoados), balizas mais firmes e objetivas para a aplicação dos efeitos positivos do silêncio. Além de se exigir a comunicação indicada acima, poderia ser interessante, por exemplo, limitar explicitamente a atribuição de efeitos positivos ao silêncio aos atos vinculados. Preenchidos os requisitos e apresentados os documentos necessários, o particular terá o direito ao deferimento daquilo que requereu, a despeito da eventual inércia. Tal consequência já decorreria da própria lógica dos atos vinculados, os quais correspondem a um direito subjetivo do particular, como ensinava Hely Lopes Meirelles. Apenas passa a ser dispensável uma manifestação judicial. Com a nova norma, os atos vinculados existiriam a partir do transcurso do prazo - e comunicação, caso seguida tal sugestão.

Já os atos que pressupõem alguma espécie de condicionamento por parte do Poder Público, mesmo que vinculados, não parecem se harmonizar com essa mesma eficácia. Muitas vezes, não se trata de dizer sim ou não, mas como. Em casos que tais, seria prudente pensar em soluções que possam ser, eventualmente, objeto de regulamentação. Daí que o ideal é que a lei deixa espaço para que essa regulamentação seja feita por decreto, que, por ser editado pelo próprio Poder Executivo, poderá atender melhor as especificidades da administração. Por exemplo: para preservar o determinado direito, co-

gitaria de regulamento que, embora mantenha a eficácia do ato, subordine o exercício da atividade privada aos requisitos legais mais rigorosos previstos em lei para a prática da atividade.

Os atos que envolvam discricionariedade administrativa merecem uma reflexão mais aprofundada. Talvez a regulamentação pudesse estabelecer que, para esses atos, o Poder Público tenha a obrigação de proceder a uma revisão a posteriori, o que lhe permitiria, até mesmo, revogar o ato tácito - ressalvado eventual direito ao recebimento de indenização, se o particular estiver de boa-fé. 13 A ideia de fixação de um recurso de ofício ao órgão superior pode, também, ser um caminho para isso. Assim, transcorrido o prazo sem resposta, ao mesmo tempo em que se considerará existir consentimento tácito, deverá haver a revisão automática pela instância superior.

Também acredito ser necessária ressalva quanto aos atos que dependem de algum nível de processualização. Na verdade, para tais casos, em princípio, não estarão preenchidos os requisitos.

Devem ser cumpridas etapas de um itinerário que não pode ser tacitamente alcançado. Daí não ser possível a incidência automática desse dispositivo - conquanto se possa cogitar de supressão de algum nível de processualização de menor complexidade e passível de demonstração a posteriori.

Por último, entendo que o dispositivo possa ser aplicado aos atos complexos e compostos. Todavia, será necessário especificar que todos os organismos administrativos indicados sejam regularmente provocados e o prazo transcorra in albis nas duas ou mais bandas envolvidas. Ou que apenas um se manifeste expressamente e o outro permaneça em silêncio. Se é necessária a manifestação de dois ou mais órgãos administrativos, a inércia de um, per se, não pode significar deferimento.

Art. 6º. Os administrados poderão entregar declaração juramentada perante o próprio ente, que confirme a formação do ato administrativo derivado do silêncio positivo, com a finalidade de fazer valer o direito perante terceiros, constituindo a recepção de dito pedido prova suficiente da aceitação fictícia do pedido, solicitação, requerimento ou recurso.

§1º - Caso a Administração negue-se a receber a declaração juramentada, poderá o administrado remetê-la por correio, via A.R., surtindo, assim, os mesmos efeitos.

§2º - Poderá a Administração competente emitir certidão confirmatória do silêncio ou dictar resolução expressa concessória do ato, que deverá ser emitida no prazo máximo de 15 (quinze) dias, contados da entrega da declaração juramentada.

Apenas uma nota: acredito ser pertinente a inclusão de um parágrafo explicitando que a administração pode exercer a autotutela para desfazer o ato e, até mesmo, para especificar que os requisitos do art. 5º não foram preenchidos. Na primeira hipótese, serão produzidos efeitos do transcurso do prazo até o desfazimento (expresso) pela Administração. Na segunda, o ato jamais terá produzido efeitos, porque não presentes os requisitos do art. 5º. Isso não afasta a possibilidade de modulação de efeitos, que pode ser acrescida na lei estadual à luz do art. 23 da LINDB.

Art. 7º. Excepcionalmente, por lei, a Administração Pública poderá negar pedido, solicitação,

requerimento ou recurso por silêncio administrativo desde que por razões de relevante e significativo interesse público, questões de ordem pública, proteção contra interesses contrários à liberdade e outros direitos constitucionais, bem como nos casos em que se verifique incidência sobre questões relacionadas à saúde pública, ao meio ambiente, aos recursos naturais, à defesa nacional, à imigração, à segurança cidadã, ao sistema financeiro, tributário e de seguros (exceto no campo da segurança social), ao mercado de valores, à defesa comercial, ao patrimônio histórico, artístico e cultural, ao patrimônio arquitetônico e paisagístico, aos procedimentos trilaterais e aos que gerem obrigações de dar ou fazer ao Estado, principalmente relacionadas ao Direito supranacional ou comunitário e aos tratados internacionais.

§ 1º - A negação por silêncio administrativo dar-se-á de forma automática e possuirá efeito apenas de permitir aos interessados o acesso à instância seguinte, seja para interpor recurso administrativo ou pretensão judicial que pretenda.

§2º - Todos os casos excepcionais previstos no caput deste artigo devem ser substancialmente fundamentados na exposição de motivos da lei que o excepcionar.

Esse dispositivo, a rigor, não traz efeitos práticos. Se a regra do art. 5º é a atribuição de efeitos positivos ao silêncio, a atribuição de efeitos negativos será exceção. A novidade seria se a atribuição de efeitos negativos, que depende da análise de cada caso concreto, pudesse ser

conferida por meio de regulamento. Ou seja, haveria uma autorização legal para o regulamento especificar as hipóteses do silêncio negativo.

Via de regra, como as hipóteses gerarão o indeferimento tácito, devem ser excepcionais e justificadas. Nesse caso, o gestor, ao estipular a exceção, terá um ônus argumentativo reforçado. Além disso, deve ser permitido o acesso à instância superior. Acredito que essa opção poderia mais bem se adequar às atividades do Estado.

Art. 8º. Os atos administrativos derivados do silêncio positivo não carecam de motivação.

Art. 9º Fica excepcionado o silêncio negativo da obrigação de motivação.

Ambos os dispositivos merecem ser analisados em conjunto. Sejam efeitos positivos ou negativos, se decorrentes do silêncio, via de regra, não serão motivados. Assim, acredito que essas previsões dos arts. 8º e 9º sejam dispensáveis. A motivação será indispensável para a revogação do ato por meio do exercício da autotutela. Por isso, é recomendável a inserção de um parágrafo único ao artigo 10 para reiterar a necessidade de motivação nesse caso. Ou, ao menos, que se façam adaptações às normas que tratam do dever de motivar na lei de processo administrativo estadual.

Art. 10. A Administração deve anular seus próprios atos, quando evidos de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Esse dispositivo, a rigor, já está consta da Lei estadual nº 5.427/2009 (o que reitera, mais uma vez, a conveniência de tratamento coordenado). Mantida a legislação do silêncio apartada, é interessante, conforme já apontado, a necessidade de inclusão de um parágrafo único que, além de especificar o dever de motivar, assegure a oportunidade de manifestação do beneficiário do ato que se pretende anular.

Também acredito ser pertinente a inclusão da possibilidade de convalidação dos vícios sanáveis, tal como previsto no art. 52, Lei nº 5.427/2009. Isso também vale para a convalidação por transcurso de prazo (sanatória involuntária, prevista no art. 53). O termo a quo, neste caso, será a data do final do prazo, como regra, salvo se a outorga pleiteada retroagir à data do pedido, segundo as normas eventualmente aplicáveis.

Observe-se que a convalidação por ato expresso não se confunde com a confirmação do ato a posteriori. A ideia é que o gestor público pode, passado o seu prazo, reconhecer que o direito era, de fato, passível de liberação, o que é até desejável do ponto de vista da segurança jurídica e da publicidade. Tal confirmação, porém, não se trata, propriamente, de convalidação. O consentimento tácito já era válido, dispensando sua ratificação. Assim, trata-se de mera declaração de que houve consentimento tácito de liberação.

III.4 Capítulo IV: Da responsabilidade dos agentes públicos e militares

Esse capítulo trata da responsabilidade dos agentes públicos e militares. É importante incluir que a responsabilização apenas ocorrerá em caso de dolo ou erro grosseiro, tal como previsto no art. 28 da LINDB.

Art. 11. Os agentes públicos ou militares que, injustificadamente, negarem o reconhecimento da eficácia do direito conferido ao interessado ao ter operado a seu favor o silêncio positivo incorrerão:

I - para fins dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, transgressões militares médias ou graves, segundo os critérios neles estabelecidos, desde que não tipificadas, em lei, como crime ou condenação penal; ou

II - para fins do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.

É preciso substituir a menção ao Estatuto dos Servidores Públicos federais (Lei nº 8.112/1990) pelo Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-lei nº 220/1975).

Além disso, carece-se de análise acerca da proporcionalidade das sanções impostas. Talvez

a correlação entre infração e sanção seja mais bem avaliada a partir do caso concreto. Assim, o ideal seria a legislação trazer uma moladura normativa que seja regulamentada pelo regulamento.

§1º - Deve-se obedecer o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal na apuração das condutas do caput deste artigo.

§2º - Pelas condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, sem prejuízo da responsabilidade civil e penal, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992.

Art. 12. O disposto no artigo 11 desta Lei, também, é aplicável aos agentes públicos de qualquer entidade da Administração ou militares que se neguem injustificadamente a receber ou cumprir o ato administrativo derivado da declaração juramentada a que faz referência esta Lei, dentro de um procedimento que se segue perante outra entidade da Administração.

Esse dispositivo, ao mencionar "agentes públicos de qualquer entidade da Administração",

parece extrapolar os limites do Estado do Rio de Janeiro. Em razão da autonomia federativa atribuída a cada ente da federação (art. 18 da CRFB) não pode o Estado do Rio de Janeiro impor sanções a agentes públicos de outros entes da federação. Assim, deve ser feita a especificação.

Art. 13. A todos aos quais esta Lei é aplicada respondem direta e objetivamente pelos danos causados em decorrência do silêncio administrativo, cabendo a apuração da responsabilidade funcional nos casos de dolo ou culpa, assegurado o respectivo direito de regresso.

Em razão do art. 28 da LINDB, que é diploma nacional e, portanto, aplicável ao Estado do Rio de Janeiro, a responsabilidade dos agentes públicos é subjetiva, dependendo de dolo ou erro grosseiro. Assim, é recomendável que a "culpa" seja substituída por "erro grosseiro".

o artigo, porém, se refere aqueles a que a lei é aplicada, portanto, à Administração direta e indireta, a responsabilidade objetiva decorre do art. 37, §6º da CRFB.¹⁷ No entanto, está incluído no capítulo referente à responsabilização dos agentes públicos e militares. Para evitar interpretações equivocadas, é interessante que a disposição esteja em capítulo autônomo.

III.5 Capítulo V: Reclamações e queixas

Art. 14. Os interessados podem apresentar reclamação ou queixa perante o órgão de controle

interno da entidade que se silenciou, sem prejuízo das ações civis e penais, nos casos em que os agentes públicos ou militares descumprem o estabelecido na presente Lei.