

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO – PPGD**

KÉZIA SAYONARA FRANCO RODRIGUES MEDEIROS

**SILÊNCIO NO PODER NORMATIVO: REFLEXÕES SOBRE OS
EFEITOS DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE NAS OMISSÕES DE
NORMATIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**MACEIÓ
2023**

KÉZIA SAYONARA FRANCO RODRIGUES MEDEIROS

**SILÊNCIO NO PODER NORMATIVO: REFLEXÕES SOBRE OS
EFEITOS DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE NAS OMISSÕES DE
NORMATIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Lins de Lessa Carvalho

MACEIÓ
2023

**Catalogação na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico**

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

M488s	Medeiros, Kézia Sayonara Franco Rodrigues. Silêncio no poder normativo : reflexões sobre os efeitos da presunção de legitimidade nas omissões de normatização pela administração pública / Kézia Sayonara Franco Rodrigues Medeiros. – 2023. 159 f. : il.
	Orientador: Fábio Lins de Lessa Carvalho. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2023.
	Bibliografia: f. 148-159.
	1. Poder normativo. 2. Omissão. 3. Legitimidade. 4. Legalidade. 5. Juridicidade. 6. Boa-fé. I. Título.

CDU: 35

KÉZIA SAYONARA FRANCO RODRIGUES MEDEIROS

“SILÊNCIO NO PODER NORMATIVO: Reflexões sobre os efeitos da presunção de legitimidade nas omissões de normatização pela Administração Pública”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Lins de Lessa Carvalho

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell (UFAL)

Julgamento: Aprovada (nota: 8,50) _____ Assinatura:

 Documento assinado digitalmente
ANDREAS JOACHIM KRELL

Data: 26/10/2023 00:40:07-0300

Verifique em <https://validar.itd.gov.br>

Prof. Dr. Filipe Lobo Gomes (UFAL)

Julgamento: Aprovada (nota: 8,50) _____ Assinatura:

 Documento assinado digitalmente
FILIPE LOBO GOMES

Data: 27/10/2023 10:46:12-0300

Verifique em <https://validar.itd.gov.br>

Prof. Dr. Valter Shuenquener de Araújo (UERJ)

Julgamento: Aprovada (nota: 8,50) _____ Assinatura:

 Documento assinado digitalmente
VALTER SHUENQUENER DE ARAUJO

Data: 27/10/2023 12:20:13-0300

Verifique em <https://validar.itd.gov.br>

Maceió-AL, 25 de outubro de 2023.

AGRADECIMENTOS

A primeira expressão de gratidão dedico ao meu orientador, o admirável e caríssimo Professor Fábio Lins, que no alto da sua nobre, valiosa e recíproca amizade, deixou sempre se sobrepor o seu profissionalismo e guiou com afinco, serenidade, firmeza, capacidade e coerência técnicas este trabalho acadêmico e outros importantes percalços da minha jornada, no PPGD-UFAL, desde a adaptação do título do trabalho acadêmico, às mais cuidadosas, variadas e inovadoras recomendações de alteração, aprofundamento e aperfeiçoamento de conteúdo.

Aos respeitáveis e queridos Professores Andreas Krell e Filipe Lôbo, que, no intuito de formar valiosos mestres, dedicam esforços em ler detidamente o material pesquisado e assim suscitam dúvidas, apontam alternativa de leituras, formulação de pensamentos, revisitação de conteúdo e comigo não foi diferente na fase de qualificação. E, francamente, para além do impacto de realidade momentâneo, foi especial e determinante para que eu pudesse ao menos vislumbrar a elevação do nível da pesquisa. Aos senhores, os meus sinceros agradecimentos e minha admiração.

Agradeço imensamente aos meus queridos amigos Hugo Leonardo, Raquel Firmino e Priscila Falcão, por terem sido incentivo, apoio e inspiração nesta complexa caminhada e à preciosa amiga Nadja Lucena, pela ternura e pelo apoio profissional imensurável na revisão ortográfica e de ABNT.

À Turma, a minha turma, colegas queridos, pela troca de conhecimento, pela chance de conhecer e de me aproximar de brilhantes profissionais, pela rede de apoio e força, especialmente as minhas queridas “Luluzinhas”, cujas emoções compartilhadas deixaram tudo mais leve e plausível, agradeço imensamente.

Ao Conselheiro Otávio Lessa, por tamanhas empatia e sensatez nos meus dias sombrios, pela compreensão nas adaptações de agenda, e seguramente por isto que eu chamo de amizade, que é dom Deus! Muito obrigada!

A minha família (de sangue e do coração), extensão do amor divino por mim aqui na terra, especialmente aos meus pais, Bartolomeu e Dione, meus sustentáculos de fé e esperança que só não se acostumaram com a minha ausência devido a um amor infinito que nos une e aos recursos tecnológicos que nos aproximam e agradeço aos meus sogros, Antônio e Selma, pela paciência nas distâncias, e sobretudo pela amável acolhida em momentos tão necessários. Minha gratidão!

Ao amor da minha vida, alma da minha alma, coração que pulsa em sintonia, Gláucio Medeiros, que, além de ser meu referencial de inteligência, persistência, equilíbrio e inquietação científica, é razão, emoção, paixão, aconchego, dengo e cumplicidade; tudo isto na medida certa, e não raras vezes em dosagens estratégicas, servindo de combustível para cada etapa rumo a este momento. Obrigada por sonhar comigo este sonho, meu amor!

A Deus, por Jesus, por Nossa Senhora e por ser efetivamente o início e o fim de tudo, em mim. Eu Te adoro, meu Senhor, porque Te sinto e estás comigo! Graças, Pai! Salve Maria!

Para agir bem, é necessário que não só a razão esteja bem disposta pelo hábito da virtude intelectual, mas que a potência apetitiva também o esteja pelo hábito da virtude moral. Tal como o apetite se distingue da razão, assim também a virtude moral se distingue da intelectual. E como o apetite é princípio dos atos humanos enquanto participa, de algum modo, da razão, assim o hábito moral tem a razão de virtude humana, na medida em que se conforma com a razão. (Aquino, Tomás de. Suma Teológica. I^a II^ae, V.IV, Q. 58, a. 2. São Paulo: Loyola, 2004).

RESUMO

A pesquisa surgiu da necessidade de debate acadêmico e jurídico específicos e até indicação de solução para os elementos de má-fé que decorrem da omissão no exercício do poder normativo da Administração Pública, - desta tanto no ofício do Poder Executivo, bem como das funções administrativas inerentes aos Poderes Legislativo e Judiciário. Este é um convite acadêmico-científico para se visualizar um possível cenário de aplicação da teoria do silêncio administrativo a partir da omissão no exercício do poder normativo e os detalhamentos de sua análise se debruçam em aspectos sociais, políticos, filosóficos e históricos que contribuíram para a consolidação de três importantes instrumentos que permeiam a atuação da Administração Pública, a saber, o poder normativo, o atributo da presunção de legitimidade e o princípio da legalidade ou juridicidade, bem como os reflexos temerários do desvirtuamento destes, máxime quando interligados por relações jurídicas específicas. A investigação lança luzes para o que se passou chamar de silêncio administrativo normativo, fundamentado na tríade: negatória (de direito ou pedido), invocação (da legalidade, por ausência de norma), blindagem (na presunção de legitimidade). Na estruturação de desse possível instituto, discute-se a relação do poder normativo com o atributo da presunção de legitimidade e com o princípio da legalidade e sua consequente configuração nos campos da boa-fé e da confiança legítima, sugerindo-se, oportunamente que se estabeleçam condicionantes no sistema jurídico, uma espécie de vedação à conduta contraditória, suscitando-se oportunamente deveres inerentes ao sinalagma, isto com a finalidade de, a um só tempo: a) recobrar do administrador o seu ofício, a título de instrumento de otimização de direitos e b) oferecer aos destinatários da norma não editada a possibilidade de prosseguir na busca do bem da vida até então sob empecilhos gerados pela Administração Pública.

Palavras-chave: poder normativo; omissão; presunção de legitimidade; legalidade; Juridicidade; boa-fé.

ABSTRACT

The research arose from the need for specific academic and legal debate and even indication of a solution for the elements of bad faith that arise from the omission in the exercise of the normative power of the Public Administration, - both in the role of the Executive Branch, as well as in administrative functions. inherent to the Legislative and Judiciary Powers. This is an academic-scientific invitation to visualize a possible scenario of application of the theory of administrative silence based on the omission in the exercise of normative power and the details of its analysis focus on social, political, philosophical and historical aspects that contributed to the consolidation of three important instruments that permeate the performance of Public Administration, namely, normative power, the attribute of the presumption of legitimacy and the principle of legality or legality, as well as the reckless consequences of their distortion, maximum when interconnected by specific legal relationships . The investigation sheds light on what has come to be called normative administrative silence, based on the triad: negation (of right or request), invocation (of legality, due to the absence of a norm), shielding (in the presumption of legitimacy). In structuring this possible institute, the relationship between normative power and the attribute of the presumption of legitimacy and the principle of legality and its consequent configuration in the fields of good faith and legitimate trust are discussed, suggesting, in due course, that establish conditions in the legal system, a kind of prohibition against contradictory conduct, opportunely raising duties inherent to the signage, this with the purpose of, at the same time: a) recovering from the administrator his office, as an instrument for optimizing rights and b) offer the recipients of the unedited rule the possibility of continuing in the search for the good of life until then under obstacles generated by the Public Administration.

Keywords: normative power; omission; presumption of legitimacy; legality; good faith.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ARSER	Agência Municipal de Regulação de Serviços Delegados
BIRD	Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
DAG	Direito Administrativo Global
CN	Congresso Nacional
CF	Constituição Federal
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
FMI	Fundo Monetário Internacional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
PNAE	Programa Nacional de Alimentação Escolar
PRR	Programa de Regularização Tributária Rural
REsp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
STF	Supremo Tribunal de Justiça
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TJ/AL	Tribunal de Justiça de Alagoas
TC/AL	Tribunal de Contas de Alagoas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E A QUESTÃO DO SILÊNCIO.....	22
2.1 O poder normativo no Direito Administrativo Brasileiro	24
2.1.1 Poder regulamentar.....	26
2.1.2 Poder normativo e princípio da legalidade.....	31
2.1.3 Legalidade formal e material.....	35
2.1.4 Deslegalização.....	39
2.1.5 Regulação e regulamentação.....	41
2.2 Visualizando a boa-fé e identificando a fórmula <i>tu quoque</i>.....	41
2.2.1 Casuística.....	48
2.2.2 Possível ferramenta de favorecimento ou prejuízos.....	55
3 O SILÊNCIO NO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	62
3.1 A teoria do silêncio administrativo.....	62
3.2 Natureza jurídica efeitos.....	65
3.3 Abordagem no sistema brasileiro.....	68
3.4 Algumas experiências estrangeiras.....	70
3.5 Da omissão legislativa.....	71
3.6 Controle.....	74
3.6.1 Discricionariedade e espaço de normatização.....	78
3.6.2 Separação dos poderes.....	81
3.6.3 Legalidade.....	86
3.6.4 Indisponibilidade.....	88
3.6.5 Moralidade.....	89
3.6.6 Para além da judicialização: o ativismo judicial.....	89
4 CENÁRIO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO E AS SOLUÇÕES JURÍDICAS PARA O SILÊNCIO NORMATIVO	97
4.1 Impacto nas relações administrativas.....	100
4.1.1 Relação de prestação social	105
4.1.2 Relações de sujeição especial.....	108
4.1.3 Relações de regulação	110
4.2 Ingerências da LINDB.....	112
4.3 Violation do sinalagma	117
4.4 Reflexões sobre a presunção de legitimidade	123

4.5 Recursos tecnológicos.....	127
4.6 Propostas de solução	131
4.6.1 Contexto e propostas de solução.....	133
4.6.2 Silêncio administrativo decisor.....	135
4.6.3 Silêncio administrativo normativo.....	139
4.6.4 Mecanismos de solução.....	140
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	142
REFERÊNCIAS.....	147

1 INTRODUÇÃO

A omissão no poder normativo da Administração Pública proporciona um estado permanente de negação de direitos, ante os imperativos do princípio da legalidade e do atributo da presunção de legitimidade do agir administrativo.

O objetivo deste trabalho, realizado mediante pesquisa bibliográfica pelo método predominantemente dedutivo, é promover uma análise de conformidade jurídico-sistemática das circunstâncias que envolvem a atuação contraditória da Administração Pública, nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em meio às funções típica e atípicas, respectivamente, baseada na omissão no exercício do poder normativo. Os encaminhamentos da pesquisa consistem na identificação da fórmula *tuo quoque* decorrente do que se passa atribuir como *silêncio normativo*, cujas consequências institucionais se caracterizam ilegítimas e como tal afetam a aplicação do atributo da presunção de legitimidade.

Tendo em vista fatores da natureza do objeto pesquisado, dos recursos materiais disponíveis, do nível de abrangência do estudo e sobretudo da inspiração filosófica¹, foram utilizados tanto o método dedutivo como o indutivo, atrelando-se ao primeiro a técnica de comparação dos elementos do estado da arte inerentes ao que passou a ser denominado – a bem da melhor compreensão - de “silêncio administrativo decisor”, para diferenciá-lo do aqui atribuído como “silêncio administrativo normativo” e consequentemente distingui-lo quanto aos seus elementos; além disso e remetendo-se ao segundo método, foram explorados casos concretos, também a título de comparação – de ambas as formas de silêncio praticados pela Administração Pública, partindo-se de situações particulares rumo à generalização - sugestão de uma ampliação teórica e inspiração de produção legislativa - como produto posterior do trabalho .

No tocante à influência filosófica, há menções tanto a elementos da teoria crítica como do pragmatismo, e inobstante sejam correntes antagônicas na sua essência, quando são referenciadas no contexto da pesquisa servem tão somente para justificar determinados institutos ou fatores jurídicos ou até textos legais e indicar as suas origens, sem que isto comprometa a linha de coerência do intento do trabalho acadêmico; isso ocorreu, respectivamente no item 3.6.1.3, nas tratativas acerca de reconhecimento da legitimidade e no item 4.1, ao se reportar ao pragmatismo jurídico como inspiração para as mudanças da Lei de

¹ GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6^a ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 9.

Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB, introduzidas pela Lei nº 13.655/2018.

As fontes bibliográficas foram a doutrina, a jurisprudência a legislação, bem como livros, artigos científicos os quais enfrentam ou, de alguma maneira, se aproximem do tema. Apesar de ter uma conotação “pura”, buscando o progresso da ciência e procurando desenvolver os conhecimentos científicos, objetivando a generalização, com o objetivo de colaborar com a construção de teorias e leis, a pesquisa detém finalidade, também, aplicada, demonstrando preocupação direta com suas aplicações e consequências práticas², sobretudo ao debater o teor de alguns julgados dos tribunais e procedeu-se de forma exploratória, na medida em que desenvolveu um cenário propício a uma inovação legislativa.

O protótipo do raciocínio segue a seguinte construção lógica: (1) inexiste exploração literária suficiente sobre o comportamento contraditório da Administração Pública decorrente da omissão no exercício do poder normativo; (2) há diversas constatações dessa natureza, abordadas na jurisprudência e nas rotinas da Administração e (3) logo, é provável que se estabeleça um parâmetro de vedação a esse tipo de conduta, seja mediante o reconhecimento acadêmico dessa falha no sistema ou impulsionando uma ficção legal. A abrangência do assunto detém uma importância de cunho moral e social, pois enseja o entendimento sobre uma falha no desempenho de um dos poderes da Administração Pública.

E para fins de clareza técnica essencial à compreensão da pesquisa, convém diferenciar os conceitos de governo e de Administração (com a inicial maiúscula), concebendo-se esta enquanto instrumento do Estado para colocar em prática as opções políticas do governo³, correspondente à face do Estado (Estado-Administração) que atua no desempenho da função administrativa, buscando atender concretamente os interesses coletivos⁴ e a administração (com a inicial minúscula) como função administrativa inerente aos três poderes da República e a título de uniformização conceitual, será adotada nesta pesquisa a palavra grafada com a inicial maiúscula pelo fato de ambas - Administração e administração – incorrerem no ofício objeto da investigação a primeira expressão conter a segunda.

Com efeito, a criatividade da dissertação consubstancia-se no fato de não se tratar de uma apreciação (isolada) da inação no poder normativo, tampouco do controle judicial dos atos administrativos, nem de ativismo judicial, embora tais fatores sirvam eventualmente

² GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6^a ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 24.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 18 ed., p. 61.

⁴ DANTAS, Bruno; BUENO, Cássio Scarpinella; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz; NOLASCO, Rita Dias. **Questões Relevantes sobre Recursos, Ações de Impugnação e Mecanismos de Uniformização da Jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

como elementos de identificação, consequências ou até meio mais adequado de solução. Antes disto, consiste em, uma vez evidenciada a necessidade de adequação de conduta do administrador público a parâmetros normativos e funcionais do aparelho burocrático e essenciais ao exercício de direitos, promover, impulsionar ou suscitar uma resposta eficaz no ordenamento jurídico.

A propósito, o caminho traçado nesta pesquisa indicou a inexistência, na legislação e na literatura brasileiras, de abordagem, enfrentamento ou solução para a omissão no exercício do poder normativo da Administração Pública qualificado por desvirtuar a boa-fé (*o tu quoque*); há, portanto, na jurisprudência, o enfoque contingencial sem se mencionar a possibilidade de se conceber como consequência desse modo de proceder do gestor a marca da ilegitimidade ou até de uma ficção jurídica capaz de impactar positivamente nas esferas dos interessados.

A influência teórica da investigação é o chamado *silêncio administrativo*, o qual se refere ao campo decisório, trata da omissão administrativa que produz efeitos jurídicos e pretende encontrar soluções para essa inércia estatal quanto ao dever de decidir, estabelecendo consequências a esse silêncio após o decurso do prazo previsto para resposta e está elencado nos artigos 49-H⁵ e 49-I⁶, do Projeto de Lei nº 2481/2022 (Reforma da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo), atualmente em trâmite no Senado Federal, desta feita visando à configuração jurídica, mediante previsão legislativa, do silêncio administrativo normativo, no âmbito da Administração Pública brasileira⁷.

A figura do silêncio administrativo (decisor) foi criada como uma resposta ao fato de o particular não poder ficar indefinidamente em um limbo jurídico, causado pela inércia estatal, não sendo uma omissão em si, mas a omissão qualificada pela produção de um efeito jurídico⁸. Na prática, não consiste em deferimento ou indeferimento tácito, mas na substituição da autoridade ou o órgão competente para decidir por outro⁹.

⁵**Art. 49-H.** A omissão ou recusa da autoridade em decidir após o decurso do prazo previsto no caput do art. 49 transferirá, pelo mesmo prazo, a competência decisória para a autoridade superior, sempre que a lei não dispor de forma diversa, sem prejuízo da responsabilidade de quem deu causa ao atraso.

⁶**Art. 49-I.** Na hipótese de omissão reiterada da Administração em decidir no prazo estabelecido, qualquer interessado pode requerer à autoridade superior que, no prazo improrrogável de sessenta dias, apresente plano de ação para viabilizar que os pedidos sejam decididos no prazo previsto no art. 49.

⁷Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154735>. Acesso em 5, ago, 2023.

⁸MODESTO, Paulo. Silêncio Administrativo Positivo, Negativo e Translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/paulo-modesto/silencio-administrativo-positivo-negativo-e-translativo--a-omissao-estatal-formal-em-tempos-de-crise-> Acesso em: 03 de jun. 2023.

⁹*Id. Ibid..*

A pesquisa se propõe a externar peculiaridades do atributo da presunção de legitimidade, especialmente as fragilidades de cada uma de suas facetas. Esses aspectos de vulnerabilidade permitem o desenvolvimento de objeções que são apresentadas, a partir de elementos do sistema jurídico - tais como princípios, cláusulas gerais, valores e métodos -, a exemplo da teoria da hermenêutica, o direito fundamental à boa administração à luz dos princípios constitucionais, a confiança legítima, a vedação ao comportamento contraditório, a segurança jurídica e, para além da maior abertura ao controle jurisdicional do ofício administrativo, conferir uma voz, isto é, validar, no ordenamento jurídico, uma resposta ao silêncio normativo.

A título de contribuição deste estudo para o campo social e melhoramentos do sistema vigente tem-se o Parecer na Indicação nº 037/2023¹⁰, emitido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, com a matéria: “*Estudo sobre o impacto do projeto de lei nº 2481, de 2022, que visa reformar a Lei Federal 9.784/99, acerca do instituto do silêncio administrativo*”, da relatoria desta mestranda, na condição de membro da Comissão de Direito Administrativo daquela instituição e encaminhado para o Senado Federal.

E sob uma visão histórica, a análise dos possíveis excessos praticados pelos representantes do povo, há muito discutem-se os aspectos relacionados às circunstâncias legitimadoras da atuação destes, bem como as suas possíveis omissões, que configurariam eventuais condutas arbitrárias, e considerando a permanência de tais fatores atualmente, convém que sejam apreciados à luz do direito administrativo contemporâneo, observando-se os seus efeitos práticos.

Ultrapassadas as fases históricas relacionadas ao império da força, adveio o processo civilizatório, guiado por regras de conduta que reprimiam os instintos, a barbárie e disciplinavam as relações interpessoais e proteção da propriedade. Nessa esteira, emergiram os fatores atinentes ao constitucionalismo, como limitação do poder – respeito aos direitos fundamentais – e supremacia da lei, cuja ideia é herdeira das revoluções iluministas, vitoriosa do século XVIII, a partir de onde se desenvolve o pensamento liberal; ao passo que se constitui como um instrumento para fixação da forma de Estado, a organização e a estrutura da sociedade política e revela uma filosofia de poder intimamente vinculada às concepções ideológicas que o nortearam e, consequentemente, exprime um conceito de legitimidade.

Desde o seu nascedouro, com a declaração de independência e a ruptura com o modelo colonial, o direito administrativo brasileiro, embasado na fonte primária por excelência, a

¹⁰Disponível em: https://iabnacional.org.br/-internas/pautas/55/Parecer%20na%20Indicacao%200372023%20-%20Relatora%20Dra%20Kezia%20Rodrigues_Comissao%20Administrativo.pdf. Acesso em 10 de ago. 2023.

saber, o modelo francês, perpassou por importantes etapas até a sua consolidação; a contar pela fase de influência do Direito norte-americano, com a Constituição de 1891, e em meio às significativas transformações oriundas da Revolução de 1930 e, em âmbito mundial, a quebra da bolsa de Nova Iorque, momento em que o Estado passou a desempenhar novas funções, gerando a necessidade de criar institutos jurídicos e de cargos públicos, até que houve a sua retomada.

Com a Constituição de 1988, consagrou-se a redemocratização e o direito administrativo passa a se preocupar com os direitos fundamentais e assim se lograra a força do neoconstitucionalismo, tendo a Constituição como eficácia direta, centralidade desses direitos fundamentais, os quais se fizeram deveras importantes para o desenvolvimento do Direito Administrativo.

A análise do silêncio normativo remonta à tradução original do Estado de Direito, de modo peculiar ao postulado da generalização do princípio da legalidade, como forma de proteção dos cidadãos em relação aos abusos de poder do estado patrimonialista absolutista.

O fato é que o atual comportamento do administrador público, especificamente escorado no atributo da presunção de legitimidade, tem se demonstrado com pouco zelo pela coisa pública e esta forma de proceder se encaminha para um retrocesso institucional, na medida em que viola as bases constitucionais da atuação do Estado Administrador, sobretudo nas relações de direitos individuais e no respeito ao interesse público, inobstante todo o caminho percorrido no histórico do direito administrativo brasileiro.

Do ponto de vista da Teoria Geral do Direito, o fenômeno detém expressiva relevância em razão do potencial de quebra de uma fonte sistêmica do Direito, tanto de cunho material, como orgânico-formal e procedural, impedindo, consequentemente, a otimização de direitos fundamentais. Daí porque a pesquisa leva em consideração, de maneira esparsa e em cada um dos tópicos, a ideia de conformidade constitucional, destacando-se os imperativos dos princípios da legalidade, moralidade, imparcialidade, eficiência, segurança jurídica, inafastabilidade da jurisdição, separação de poderes, indisponibilidade do interesse público e boa-fé.

Nesse intento, o princípio da legalidade é visto enquanto ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais¹¹, que se consubstancia em todo o arcabouço normativo e não somente na lei, posição esta deveras relevante no ordenamento jurídico nacional, no entanto, que se desnaturaliza quando a

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 37.

Administração Pública deixa de exercer o seu poder normativo e se agrava quando invoca a legalidade como empecilho à apreciação de pedidos.

Outro ponto de vista lançado no teor da dissertação é o devido processo democrático – este que se consagra como consectário do constitucionalismo –, cuja aplicação ao mesmo tempo em que rechaça as convicções do julgador como única fundamentação, concebe a ideia de que a legitimidade do direito e da decisão estariam voltadas para a aceitação dos destinatários das normas e das decisões, como se tal circunstância ocorresse no âmbito do entendimento individual destes¹².

Nesse particular, tem-se o caráter legítimo do mister público, compreendendo que a doutrina brasileira contemporânea elenca três características/atributos do ato administrativo, dentre as quais está a chamada presunção de legitimidade, juntamente à imperatividade e à autoexecutoriedade. Eis que o primeiro representa conformidade da atuação do administrador público com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, devidamente elencados no artigo 37 da Constituição Federal, e sua quebra tende a gerar uma desarmonia no sistema jurídico.

No ofício de atendimento ao interesse público, o administrador dispõe de instrumentos que são poderes-deveres, os quais restaram consagrados no ordenamento jurídico brasileiro como: disciplinar, de polícia, regulamentar, hierárquico, vinculado e discricionário; sendo estes últimos objetos de dissidência doutrinária quanto a sua alocação, como é sabido. Nessa perspectiva, inobstante a máxima de que o conceito de interesse público não é de fácil solução, tanto devido à variedade de facetas mediante as quais se possa ser visualizado, como também pelo caráter indeterminado dado o seu sentido eminentemente linguístico¹³.

No entanto, quando estes poderes são exercidos de forma contrária aos preceitos que o regem ou não cumpridos em meio ao comando legal, geram importantes reflexos na vida dos destinatários dos respectivos serviços públicos, que ora sofrem a violação ou até retirada de determinados direitos, ora se encontram sem meios jurídicos para debatê-los, isto seja no âmbito da própria Administração Pública, seja em meio a eventuais e inevitáveis judicializações. De igual modo, tal prática tende a gerar ineficiência e instabilidade da Administração Pública, na medida em que afeta setores estratégicos – a exemplo das procuradorias e assessorias jurídicas – que se veem sem parâmetros normativos defensáveis de matérias a si submetidas.

¹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1 e 2, p. 34.

¹³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito Administrativo Contemporâneo**: temas fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2016, p.78.

E tudo isso em razão de condutas institucionais, estratégicas ou não, as quais tendem a desacreditar elementos basilares, frutos de conquistas de décadas do direito administrativo, como o atributo da presunção de legitimidade, o princípio da legalidade e o poder regulamentar ou normativo, cujas nuances de aplicabilidade estariam acobertadas pelo princípio da segurança jurídica, que tem como corolário o princípio da confiança legítima do administrado.

Tanto o arcabouço da gestão pública, como esfera jurídica do particular se encontram desprotegidos ante a arbitrariedade do Estado, em meio à expectativa de boa-fé na conduta do agente público, cláusula geral que, sobrevindo o desenvolvimento do regime jurídico de Direito Administrativo, após o Estado de Direito, passou a integrar o cotidiano estatal, tanto como derivação do princípio da moralidade, nos termos do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, como, especialmente no âmbito processual, textualmente previsto no artigo 2º, parágrafo único, IV da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo no âmbito da administração pública federal, simetricamente reproduzido pelas unidades federativas.

Em outras palavras e à luz do nascedouro das primeiras fontes do direito -o antigo Direito Romano – esse abruto rompimento da confiança, na relação jurídica entre administrador e administrado, o qual tende a gerar prejuízo para este, assemelha-se ao denominado *tu quoque*, fenômeno oriundo do Direito Civil, tornando-se, pois, uma circunstância qualificadora do (não) ofício administrativo. Denomina-se *tu quoque* a hipótese da relação contratual, em que um dos contratantes adota um comportamento jurídico impróprio exige da outra parte uma posição de coerência, no tocante ao objeto do contrato, configurando assim uma contradição. Gonçalves apresenta como exemplo desse fenômeno o condômino que viola regra do condomínio e deposita móveis em área de uso comum, ou a destina para uso próprio, não pode exigir do outro comportamento obediente ao preceito.¹⁴

Eis que a Administração Pública atua de maneira imprópria quando silencia normativamente e se utiliza desta circunstância ou até permite que esta cause danos aos destinatários da norma. Na prática, forma-se uma tríade quando o gestor, ao deixar de normatizar sobre determinada matéria que é de sua inescusável competência: (1) nega o referido pleito quando tal omissão é suscitada como causa de pedir de um direito, (2) invocando inexistência de previsão legal (sentido amplo) e se (3) blinda, ou até mesmo invoca, por estar a seu favor, a presunção de legitimidade para justificar essa atuação. Tal conduta não raras vezes decorre de artifícios em atribuir e/ou se esquivar, práticas

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 2012, p. 62

equivocadamente adotadas por órgãos da Administração Pública nas três esferas: municipal, estadual e federal, bem como da administração indireta.

À luz dos preceitos que regem o direito administrativo brasileiro, essa indevida praxe tende a retirar as máximas consagradas pela teoria do órgão, na medida em que admite, por exemplo, concepções, metodologias e omissões de cada órgão de maneira particular, e assim se abandonando a ideia de que a cada uma dessas unidades compõem o ordenamento estatal, uno e indivisível. Diante de uma triangularização processual perante o Judiciário, o administrado é a parte oposta à Administração Pública, independentemente de qual de suas unidades lhe negou ou violou um direito, e isto há de ser considerado no tocante à eventual responsabilização do representante desta.

Notadamente, como dito, o ofício do administrador resta, a princípio, indiscutível, pois coberto pela presunção de legitimidade, de modo que determinadas práticas uma vez não observadas detidamente sob a ótica da moralidade e da boa-fé, tendem a se firmarem no âmbito da normalidade e da aceitação social, ante um automatismo quase que imperceptível.

O tríplice comportamento amparado na não normatização: (1) invocação do princípio da legalidade, (2) negação do direito e (3) atestado de conformidade com o atributo da presunção de legitimidade – perpassa as diversas searas do direito administrativo, e está presente (ou propenso a acontecer) em todas as atividades no exercício das funções administrativas: serviço público, poder de polícia, intervenção, regulação e fomento e envolve uma avaliação crítica de uma cultura organizacional, por isto ao longo da dissertação, são apresentados exemplos, a fim de se identificarem os reais efeitos da invocação do princípio da legalidade nas omissões do poder normativo, que vão desde ao desequilíbrio institucional como impeditivo de resultados da atividade administrativa à infundada elevação dos gastos públicos.

Por oportuno, registre-se a ausência de uma teoria no ordenamento brasileiro sobre essa pecha na conjuntura gerencial da Administração Pública ou legislação específica visando a coibir tais práticas, razão pela qual não se afiguraria viável restringir a temática desta pesquisa a um determinado fato, já que são inúmeros, e efetivamente trata-se de um modo de proceder avesso aos ditames constitucionais, mas, cumpre necessariamente analisar as diversas nuances que o envolvem, ao passo que este trabalho sugere soluções de caráter literário com possíveis reflexos legislativos.

Considerando-se que a burocracia weberiana adveio da necessidade de controlar os reflexos do patrimonialismo, este que fora marcado por corrupção, improviso, ausência de planejamento e de métodos de trabalho, outrossim, tendo em vista a tônica da eficácia e da

efetividade implementada pelo modelo gerencial, o fato é que aceitar esse método de atuação da Administração Pública, eivado de pechas em três elementos fundamentais do seu ofício, como a presunção de legitimidade, o princípio da legalidade e o poder normativo, corresponde a chancelar o recrudescimento de vícios que outrora já se teriam sido suplantados ao longo da história.

Ainda que sob a ótica da eficiência, como um parâmetro de conquista do gerencialismo – este que se deu por evidentes inoperância e impossibilidade de obter resultados com os recursos disponíveis”¹⁵— a Administração Pública não mais se limitaria a desenvolver suas atividades conforme normas e procedimentos, mas, convém proporcionar a seus usuários a satisfação em razão de seus serviços prestados. De modo singular, esse princípio recebeu uma proposta de expansão mundial, pela Organização das Nações Unidas, no teor da ODS 16 que compõe a agenda 2030 da ONU, com o propósito de construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis¹⁶.

O cenário ora delineado está longe de alcançar almejada satisfatoriedade, tampouco eficiência, haja vista tanto o aumento dos gastos públicos seja em razão da morosidade na oferta dos serviços, seja em razão das brechas para judicialização, a somar com a fixação de práticas que paralisam os particulares enquanto sujeitos de direitos e os deixam inaptos, desprovidos de instrumentos sequer para mover a máquina administrativa a quem delegou poderes gerais de atuação, no seio da coletividade.

Sob uma o prisma deontológico, esse comportamento do agente público desvirtua a boa governança pública, a qual se firma em três bases: a estratégica, a ética e a legal, enfatizando-se, pois, a moralidade enquanto ação dirigida em pleno respeito ao dever e à legalidade como o cumprimento na mera conformidade ao dever¹⁷.

No olhar da ciência jurídica, esse tríplice modo de proceder da Administração Pública, cuja última etapa se consolida mediante uma certa blindagem no atributo da presunção de legitimidade, coaduna-se com a evidenciada “crise do direito administrativo”, que tem levado a questionamentos de parcela da doutrina sobre os fundamentos tradicionais deste ramo do direito (supremacia do interesse público sobre o privado, indisponibilidade do interesse público), especialmente com a utilização do discurso da eficiência e o objetivo (mais ou menos revelado) de supressão de mecanismos de controle¹⁸.

¹⁵ NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier latin, 2011, p. 32.

¹⁶ Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/embaixadores-da-juventude/conheca-mais/a-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel.html>. Acesso em 15 de ago. 2023.

¹⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Coimbra: Atlântida, 1960, p. 65.

¹⁸ CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Reflexões Sobre a Proteção do Interesse Público e Demais Princípios do Direito Administrativo a Partir da Atuação de Graciliano Ramos na Administração Pública**. **Revista**

Especificamente a omissão, que mais à frente – quando da tentativa de subsunção – se escura numa camuflagem procedural, com esteio no princípio da legalidade, acaba por resvalar numa cultura de abstração, outrossim, de distanciamento normativo do contexto real, isto é, sem qualquer comprometimento com as necessidades humanas e sociais, cujos efeitos econômicos nefastos são previsíveis. Essa conjugação de nefastos fatores no exercício da atividade administrativa só evidencia a despreocupação desta com a produção de resultados, no exercício do seu mister e total desconexão com a realidade social.

E a situação de desarmonia no sistema jurídico se agrava na medida em que essa omissão é invocada pela Administração Pública para negar o direito afetado pela norma que deixou de editar e protege a sua conduta com o escudo da presunção de legitimidade. A problemática da pesquisa é a seguinte: Presume-se legítima e passível de invocação do princípio da legalidade ou juridicidade a conduta da Administração Pública em situações nas quais deixa de exercer o poder normativo? E, como consectário desta indagação, a pesquisa também é um convite a refletir se é dado à Administração Pública negar direito suscitando como empecilho norma que a própria deixou de produzir.

Diante desta indagação, a pesquisa se desdobrou nos seguintes questionamentos:

- 1 Como se estruturou o poder normativo da Administração Pública brasileira? Em quais circunstâncias se operacionaliza?
- 2 O que é o silêncio administrativo e quais seus pontos de contato com o problema desta pesquisa?
- 3 Qual a correlação do silêncio normativo com o atributo da presunção de legitimidade dos atos administrativos, do princípio da legalidade e do poder normativo na Administração Pública brasileira? E qual a sua ingerência, em termos de avanços ou retrocessos?
- 4 Como identificar o fenômeno *tu quoque* em situações de omissão no poder normativo? Há espaço para favoritismos ou prejuízos institucionais em decorrência desse tipo de conduta?
- 5 Há possibilidade de vedação de negatória de direitos ou pedidos que tenha sido baseada em norma não editada?
- 6 À luz da teoria do órgão, como analisar a omissão no poder normativo de determinado órgão, cuja conduta reflete na atuação de outro órgão da Administração Pública?

Internacional Consinter de Direito, v. VI, p. 255-276, 2018. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-iv-numero-vi/direito-publico/reflexoes-sobre-a-protectao-do-interesse-publico-e-demais-principios-do-direito-administrativo-a-partir-da-atuacao-de-graciliano-ramos-na-administracao-publica/>. Acesso em: 10 de mai. 2021.

7 Pode-se dizer que a Administração Pública se beneficia da própria torpeza ao invocar o princípio da legalidade a fim de negar direito que ela mesma deixou de normatizar, por dever?

8 Estaria a Administração Pública a criar um sistema próprio de legalidade ou juridicidade?

9 Quais as principais consequências da omissão do poder normativo para a Administração Pública? Há o costume de não atuar? Existe um abandono de uma função administrativa?

10 Como configurar a prova em contrário em oposição à presunção relativa de legitimidade cujo ato administrativo se embasa numa omissão do poder normativo?

11 O Poder Judiciário poderia apreciar o mérito administrativo baseado em *tu quoque* na omissão do poder normativo?

Para o alcance dos objetivos delimitados na pesquisa, partiu-se da historicidade circunstanciada de alguns princípios, regras, valores e rotinas aplicáveis à Administração Pública para adentrar no estudo aprofundado da temática. Os níveis de descrição se estruturaram em três eixos, conforme a seguir delineado.

No segundo capítulo, abordou-se um sucinto histórico do poder normativo da Administração Pública brasileira, tecendo-se sistemáticas afinidades e diferenciações estruturais, bem como reflexos institucionais com relação ao poder normativo, o princípio da legalidade, a regulação, a regulamentação; na sequência, demonstrando os fatores que envolvem a boa-fé e, consequentemente, identificando a fórmula *tu quoque*; após, é analisada a casuística, e, por fim, observa-se o *tu quoque enquanto possível ferramenta* de favoritismos ou prejuízos para os destinatários da norma administrativa.

No terceiro capítulo, foi analisada a teoria do silêncio administrativo, explicando-se a sua natureza jurídica, a abordagem no sistema brasileiro, comentando-se sobre algumas experiências estrangeiras e a partir da conceituação e do estudo dessa teoria que é possível se visualizarem, por exclusão de elementos, as especificidades inerentes ao objeto da pesquisa e, ao mesmo tempo, os pontos de conexão com aquela; seguidamente, observa-se a omissão legislativa como um parâmetro comparativo em relação ao silêncio normativo. Após, tem-se elucidação sobre o controle do silêncio administrativo, logo depois, há uma apreciação sobre a discricionariedade em meio aos espaços de normatização, no subtópico seguinte, o princípio da separação de poderes é tido como um fator substancial na compreensão do exercício da função normativa; após, é realizada uma espécie de filtro constitucional à luz dos princípios

da legalidade, indisponibilidade e moralidade e, por fim, trata-se da judicialização decorrente do ativismo judicial.

Já no quarto capítulo analisou-se a aplicação da teoria do silêncio administrativo, aqui denominado *silêncio normativo*, ante as semelhanças conceituais e eficaciais, guardadas as particularidades deste estudo, devidamente elucidadas mediante os paradigmas consagrados no sistema jurídico, tais como: a essencialidade do exercício do poder normativo, o princípio da legalidade e o atributo da presunção de legitimidade enquanto elementos do silêncio normativo e as ingerências da lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução do Direito Brasileiro- LINDB. Nos subtópicos, procederam-se às apreciações, desta feita, à luz de um possível silêncio normativo, sob os seguintes aspectos: a) impacto nos variados tipos de relações administrativas, b) as ingerências da LINDB, c) violação do sinalagma, d) reflexões sobre a presunção de legitimidade e qual a relação com os recursos tecnológicos e, ao final, apresentou-se um cenário de possíveis soluções jurídicas.

2 PODER NORMATIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Suplantada a fase do poder absoluto, surgiram mecanismos para permitir que o poder se tornasse mais efetivo, contornando os limites pela adstrição do poder à lei (emanada do Parlamento) e sua submissão ao controle pela jurisdição¹⁹.

Tal linha de entendimento é comumente adotada pela doutrina para explicar o surgimento do direito administrativo e a corrente majoritária remete-o ao momento em que o poder passa a se submeter ao direito (momento de afirmação da ideia de legalidade administrativa) e com a tripartição de Poderes. Seu estabelecimento como ramo autônomo estaria, então, relacionado com o desenvolvimento do Estado de Direito, no qual passaram a estar sujeitos à lei e aos mecanismos de controle, não só o súditos, mas, os detentores do poder estatal²⁰.

O Estado de Direito – com a subordinação do poder expansivo à norma obrigatória e sancionada externamente ao Executivo (legalidade) – é fator propício, verdadeiro requisito, para existir um direito administrativo tal como é concebido hoje. Nessa linha, o princípio da legalidade administrativa traduzia-se em submissão à lei, de maneira que, no conjunto dos poderes do Estado, representava a relação entre poder legislativo e poder executivo, com a supremacia do primeiro; no âmbito das atuações exprimia a relação entre lei e ato administrativo, com a supremacia da primeira²¹.

E talvez um aspecto peculiar na história do direito administrativo é que embora vinculado à legalidade, a sua estruturação não ocorreu sob um texto legal ou conjunto normativo, constituiu-se especialmente em torno de uma determinada relação jurídica: a relação entre o indivíduo e o Estado. Além disso, há quem diga se tratar de um ramo de positivação tardia²².

Por outro lado, há a linha doutrinária que defende que a origem do direito administrativo não decorre de um processo de submissão do poder ao direito (e, portanto, não é um veículo asseguratório da liberdade), mas, sim de um movimento de reposicionamento do poder, tendo em vista a permanência e a reprodução do seu viés autoritário de modo que a associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações²³.

¹⁹MEIRELLES. Direito administrativo brasileiro, 18. ed., p. 61.

²⁰MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Concessões**, 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 112.

²¹MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. P 75.

²²MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Concessões**, 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.p. 32

²³BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11.

Já no segundo momento, do Estado de Direito Social, fixado no Brasil mediante a Constituição de 1934 e reafirmado na Constituição de 1946, o princípio da legalidade passou a ser visto como vinculação positiva à lei, de tal modo que a administração pública só pode agir com a expressa permissão legal. No mais, a legalidade ampliou-se com a outorga de função normativa ao Poder Executivo, a submissão da Administração passou a se dar não só em relação à lei, como ato do Poder Legislativo, mas também aos atos normativos do Poder Executivo com força de lei, como os regulamentos autônomos, os decretos-leis, as medidas provisórias. É o chamado “bloco de legalidade” e que, na realidade, está contido na exigência de que a Administração se submeta à lei e ao Direito²⁴.

No decorrer dos anos, a literatura passou a identificar uma contradição na estruturação tradicional do direito administrativo, marcada pela bipolaridade: consagração de direitos fundamentais em permanente contraposição à limitação e ao condicionamento de outras tantas direitos não menos relevantes. Todavia, sobrevieram, com as mudanças sociais, diversas dicotomias, para além da autoridade-liberdade; público-privado; indivíduo-coletividade; estrutura da administração-função pública; concentração-limitação do poder; legalidade-discretionalidade. Em resumo, o direito administrativo tem se equilibrado entre várias bipolaridades, apoiando-se em inúmeras contradições²⁵.

Decerto, tais concepções advêm da noção da ampliação das funções estatais, notadamente porque as ideias liberais da atualidade não devem retornar ao formato do Estado Liberal do século XVII, já que o Estado já não se atém à garantia de direitos, mas também incumbe-se do desenvolvimento social e econômico, desta feita utilizando-se de estruturas de fora de sua formação direta (órgãos e empresas).

Em linha diversa do ambiente jurídico-privado, no qual prevalece o princípio da autonomia da vontade - é dado aos particulares agirem em tudo o que não há vedação legal, para a administração pública, a validade de suas ações deve encontrar fundamento no sistema jurídico a Constituição, as leis ou atos normativos, numa dinâmica de “reserva legal”, atualmente compreendida como juridicidade.

Equivalentemente a afirmar a proibição de o Estado agir sem sustentação no Direito e, sobretudo, na Constituição. E a prudência técnica impulsiona a declarar máxima da reserva legal de que não limita o agir administrativo à existência de uma norma escrita e específica de cunho autorizativo. Essa concepção passa, pois, pelo crivo das competências específicas e estreitas, de modo que o princípio da legalidade administrativa não configura engessamento da

²⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 42.

²⁵MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Concessões**, 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.34

máquina. Em outras palavras, a necessidade de lei formal para a atuação administrativa restringe-se aos casos previstos na Constituição ou àqueles em que haja restrição significativa dos direitos fundamentais do particular pelo Estado²⁶.

Tal dinâmica se cumpre ante a impossibilidade tanto da administração – nas suas funções típica e atípica -, como o Legislativo de produzir todas as normas atinentes às atividades estatais, em meio complexidades das variadas situações, as quais se tornam naturalmente imprevisíveis.

2.1 O poder normativo no Direito Administrativo Brasileiro

Apesar das investidas de alteração conceitual pela literatura contemporânea, poder normativo e poder regulamentar eram considerados sinônimos até a Emenda Constitucional - EC nº 32, de 11 de setembro de 2001, que acrescentou o inciso VI²⁷ ao artigo 84 da Lei Maior, a partir de quando se passou a ser nominada de poder regulamentar a atuação exclusiva do chefe do Poder Executivo (art. 84, IV da Constituição Federal - CF), enquanto a atuação de qualquer outra autoridade pública como poder normativo; em outras palavras, poder normativo é gênero que tem dentre as espécies o poder regulamentar, do qual o decreto autônomo é subespécie (art. 84, VI).

Numa definição literária, a diferença entre poder normativo e poder regulamentar está no fato de que o primeiro comprehende a produção de normas em sentido estrito (materiais e autônomas), enquanto que o regulamento se destina a estabelecer condutas abertas e ordenadoras da ação administrativa, de maneira a explicitar a aplicação e execução de leis destinadas à Administração Pública. O poder regulamentar configura um dos modos de exercício do poder normativo no âmbito do Poder Executivo. Além do poder regulamentar, a Administração detém a faculdade de emitir normas para disciplinar matérias não privativas de lei. Tais normas podem ter repercussão mais imediata sobre pessoas físicas, jurídicas, grupos, a população em geral ou mais imediata sobre a própria Administração, podendo ter ou não reflexos externos²⁸.

²⁶SCHIRATO, Vitor Rhein. **Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública.** Interesse Público, n. 47, 2008. Edição da biblioteca digital da Editora Fórum. Disponível em <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDILogin.aspx>>

²⁷VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; [...].

²⁸MEDAUAR Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 3^a ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 129-130.

A separação de poderes presente no regime democrático enaltece as funções de cada um destes e, uma vez se tratando de uma atribuição do Legislativo a elaboração da lei, conforme a doutrina de Montesquieu, deve se submeter àquela o ato normativo secundário, obra do Executivo, sob três aspectos: 1) deve ser editado sob as formas previstas pela lei; 2) não pode abranger senão matérias não legislativas, isto é, que não foram reservadas à lei, tomadas pelo legislador; 3) o regulamento não pode contradizer a lei²⁹.

A tendência da doutrina clássica é afirmar a subordinação do poder regulamentar à lei, no entanto o faz numa visão mais ampla, pois o poder regulamentar não se limita à reprodução analítica da lei, mas, amplia-a e completa-a, conforme o seu intento e as suas prescrições mormente nos fatores que a própria lei, de forma expressa ou implícita, delega à área regulamentar³⁰.

Explicação importante sobre as diferentes facetas do poder normativo foi lançada na ADI 4874³¹, do STF, já citando precedentes, por meio da qual restou delineado que ao instituir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, a Lei nº 9.782/1999 estabelece-se o regime jurídico e dimensiona as competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, autarquia especial. E que a função normativa das agências reguladoras não se confunde com a função regulamentadora da Administração (art. 84, IV, da Lei Maior), tampouco com a figura do regulamento autônomo (arts. 84, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF).

Segundo o STF, a competência para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades reguladas insere-se no poder geral de polícia da Administração sanitária. Qualifica-se, a competência normativa da ANVISA, pela edição, no exercício da regulação setorial sanitária, de atos: (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico, (iii) necessários à implementação da política nacional de vigilância sanitária e (iv) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial

²⁹ Cours de droit const., Paris, 1958/1959, p. 973; ap. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. **A autonomia do poder regulamentar na Constituição francesa de 1958**, RDA, 84/24.

³⁰TÁCITO, Caio. **As delegações legislativas e o poder regulamentar**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1953, ne 34. p. 473.

³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=artigo%2084%20VI%20poder%20regulamentar%20&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em 22 de ago. 2023.

2.1.1 Poder regulamentar

No conceito doutrinário tradicional, os regulamentos são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público³² ou, em sentido amplo, podem ser definidos como quaisquer atos normativos (gerais e abstratos) emanado dos órgãos da Administração Pública e em sentido estrito (que importa para o direito constitucional), regulamento será o ato normativo editado, privativamente, pelo Chefe do Poder Executivo³³. Ao passo que o poder regulamentar é uma das ferramentas de expressão da função normativa do Poder Executivo, a qual não consiste em legislar, isto é, não lhe sendo permitido inovar a ordem jurídica, cabendo somente editar normas complementares à lei e sua fiel execução.

Sob essa visão, se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhas à lei, ou faz reviverem direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou execuções que a lei apagou, é inconstitucional. Tampouco pode ele limitar, modificar, ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções. Nem mesmo por “lei delegada” seria possível ao Executivo regular direitos individuais, ante a vedação explícita do art. 68, III³⁴, o qual embarga que tal matéria seja objeto da referida espécie legislativa³⁵.

Num pensamento mais amplo, Egon Bockmann Moreira argumenta que o debate sobre o uso dos regulamentos administrativos no Direito Administrativo brasileiro há muito ultrapassa a noção de “autônomo vs. Executórios”, categorização que serviu às finalidades datadas, em meados do século XX, superada no atual cenário constitucional. Por regulamentos entenda-se a aplicação, em termos gerais e abstratos, do princípio da juridicidade, com conteúdo expandido em fontes infralegais. Os regulamentos podem ter conteúdo declaratório, constitutivo e prospectivo. Isso orientado pela premissa de que

³² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Forense, 2^a ed., 1/342.

³³ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.,p. 277.

³⁴ Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Poder” regulamentar ante o Princípio da Legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, ano 8, n. 64, p. 145-152, jan./mar. 2016. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1169, 2a ed. revista, t. III/316, Ed. RT, 1970,

Administração Pública contemporânea tem como critério máximo a “atuação conforme a lei e o Direito” (Lei nº 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, inc. I)³⁶.

Os primeiros escritos do poder regulamentar no ordenamento jurídico brasileiro são visualizados no teor do artigo 18³⁷, da Emenda Constitucional nº 4, de 02.06.1961, atribuindo-lhe ao Presidente do Conselho de Ministros. Nas constituições posteriores, tal função passou a ser do Chefe de Estado. A Constituição de 1824 fazia referência a regulamentos “adequados à boa execução das leis”. As Constituições de 1891 e 1934 referiam-se a regulamentos para “fiel execução das leis”. A de 1937, dava competência ao Chefe do Poder Executivo para “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para sua execução”. Finalmente, as Constituições de 1946, 1967, 1969 e a atual, de 1988, retornaram à anterior fórmula, referindo-se a regulamentos para “fiel execução das leis”³⁸.

Como dito, atualmente o poder regulamentar é atribuído³⁹ exclusivamente ao chefe do Poder Executivo (Presidente da República e simetricamente aos Governadores e Prefeitos), nos termos do artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, que dispõe: “*Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV – Sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”. Tal ferramenta constante no inciso IV é denominada de regulamento executivo, cujo limite é não inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medida punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme art. 5º, II da Constituição⁴⁰.

Por outro lado, há o chamado regulamento autônomo, disposto no inciso VI do art. 84⁴¹, da CF, desta feita com o permissivo de inovação na ordem jurídica pelo fato de fixar

³⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. **Art. 30 da LINDB O dever público de incrementar a segurança jurídica.** Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/77657/74320/162001>. Acesso 25, jun, 2023.

³⁷ Art. 18. Ao Presidente do Conselho de Ministros compete ainda:

I - ter iniciativa dos projetos de lei do governo;

II - manter relações com Estados estrangeiros e orientar a política externa;

III - exercer o poder regulamentar;

IV - decretar o estado de sítio nos termos da Constituição;

V - decretar e executar a intervenção federal, na forma da Constituição;

VI - enviar à Câmara dos Deputados a proposta de orçamento;

VII - prestar anualmente ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior.

Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-4-2-setembro-1961-349692-publicacaooriginal-1-pl.html>

³⁸ CARVALHO, Marcelo. **O decreto regulamentar como atividade legislativa do Poder Executivo.** Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/358_arquivo.pdf. Acesso em 22, set, 2023.

³⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 6.ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p.112.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**.19 ed. São Paulo:Atlas,2006, p. 102.

⁴¹ Art. 84 [...]

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

normas sobre matérias não disciplinadas em lei; na prática, não completa nem desenvolve nenhuma lei prévia⁴².

Na conjuntura do sistema, o regulamento é classificado como norma jurídica secundária, por não ser originária do Poder Legislativo, é considerada, pois, como ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei, cuja aplicação demande atuação da Administração Pública⁴³.

No entanto, o produto dessa atividade normativa secundária incumbida ao Poder Executivo, embora não elencado no artigo 59 da Constituição Federal, equipara-se à lei no seu sentido material, é dotado de generalidade e abstração e não se restringe a regulamentos, mas, abrange uma série de outros atos normativos, como as instruções, as circulares, os regimentos, as ordens de serviço e os estatutos⁴⁴.

Quanto à natureza jurídica no âmbito do próprio Executivo é tido como de atribuição regulamentar originária. Com efeito, para expedir os atos que visam executar as leis, o Executivo não necessita de qualquer autorização legal específica ou constitucional genérica. O regulamento é o primeiro passo para a execução da lei, essa execução é atribuição do Executivo. Por esse motivo, mesmo que silentes a lei e a Constituição, no que se refere ao Poder competente para regulamentar, essa atribuição é do Executivo, porque fluente de sua própria função⁴⁵.

Grande parte da doutrina defende que a edição de decretos regulamentares autônomos no domínio da administração de prestações não implica a subversão das fontes no direito administrativo. Primeiro, porque o regulamento conserva o seu grau hierárquico inferior. Segundo, porque não pode ele contrariar os princípios gerais de direito administrativo⁴⁶.

A condição de supremacia da lei em relação aos regulamentos administrativos é visível no art. 170⁴⁷, da Constituição Federal. Entremos, segundo a doutrina tradicional, a

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; [...].

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo.** 19ª ed. São Paulo:Atlas, p. 101, 2006. p.103.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 25ª edição, Malheiros Editores, 2008, pág. 337.

⁴⁴ CLEVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 152.

⁴⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 72

⁴⁶ BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. **A competência regulamentar e a reserva de lei: revisão do enquadramento constitucional do espaço de concretização dos direitos sociais pela Administração Pública.** Revista dos Tribunais, ano 100, v. 912, p. 83-84 e 86, out. 2011.

⁴⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

preferência ou primazia da lei sobre o regulamento tomar-se-ia um princípio meramente formal se em matérias importantes ainda não reguladas por lei o regulamento pudesse adiantar-se na respectiva disciplina⁴⁸.

Segundo a melhor técnica, as leis devem ser redigidas em termos gerais, não só para abranger a totalidade das relações que nelas incidem, senão, também, para poderem ser aplicadas, com flexibilidade correspondente, às mutações de fato das quais estas mesmas relações resultam. Assim, não devem detalhar seu conteúdo, mas, conter, apenas, regras gerais⁴⁹.

Para Hauriou, o regulamento distingue-se da lei pelo seu conteúdo, vale dizer, há uma matéria própria da lei e uma matéria específica do regulamento. Por sua vez, Victor Nunes leal discorda dessa orientação, ao afirmar que os critérios de Hauriou não são precisos e que sua argumentação visa sobretudo à demonstração de que o regulamento é ato administrativo e não ato legislativo, tendo em vista principalmente que, na França, os órgãos judicantes não podem declarar a constitucionalidade das leis, mas podem deixar de aplicar os regulamentos eivados de excesso de poder ou de ilegalidade⁵⁰.

Os regulamentos são classificados em: a) de execução, tendo por finalidade a aplicação das leis; b) autônomos, subdivididos em: b.1) externos, contendo normas direcionadas aos cidadãos de modo geral; b.2) internos, que tratam da organização, competência e funcionamento da Administração Pública. Essa classificação foi adotada pelo direito italiano (Lei de 31.01.26), que acrescentou os regulamentos delegados⁵¹.

Numa modificação conceitual pouco expressiva da doutrina clássica, tem-se: a) regulamentos executivos, ou de execução; b) autorizados ou delegados; c) independentes ou autônomos. Sendo os primeiros voltados para desenvolverem os textos legais, constituindo os seus preceitos como regras técnicas de boa execução da lei, para sua melhor aplicação. Já os independentes ou autônomos, como dotados de força de lei, como uma função legislativa para determinados assuntos conferida por alguns sistemas constitucionais, correspondendo, também, a faculdade de regulamentar *praeter legem* e até *contra legem* para regular qualquer matéria constitucionalmente não reservada aos órgãos legislativos⁵².

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Grifo nosso)

⁴⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional**, Livraria Almedina, Coimbra, 1986, p. 672.

⁴⁹ RÁO, Vicente, **O Direito e a vida dos direitos**, Ed. Res. Universitária, São Paulo, 1976, p.266

⁵⁰ VELLOSO, C. M. da S. (2017). **Do Poder regulamentar**. *Revista Do Serviço Público*, 39(2), 29-40. <https://doi.org/10.21874/rsp.v39i2.2250>. M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1914, p. 54. (Lei e Regulamento, RDA, 1 / 37 1; in Problemas de dir. público, Forense, 1960, p. 57)

⁵¹ CAVALCANTI, Themístocles B. Trat. dir. adm. I/308.

⁵² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**, Forense, 2a ed., 1/342.

Andreas Krell explica que, ao lado dos fundamentos do poder regulamentar do Poder Executivo, que são de ordem prática, histórica e jurídica, é comum a classificação dos regulamentos em internos, cujos efeitos jurídicos estão restritos à esfera administrativa do ente estatal de que emanam, e externos, que produzem efeitos em relação a outras pessoas políticas ou em relação a particulares. Os regulamentos externos mais comuns são, sem dúvida, os de execução (ou complementares), que têm a função de pormenorizar, detalhar e complementar o conteúdo das respectivas leis, instrumentalizando a sua execução, explicitando seus comandos e interpretando os seus conceitos⁵³.

Situação diversa da referente à complementação do texto legal, sem se promover inovação, é aquela em que o legislador, mesmo impondo dever de conformidade legal, habilita o Executivo a regulamentar o texto de lei fixando-se as diretrizes, como ocorre no artigo 6º parágrafo único da Constituição Federal⁵⁴.

Algumas metodologias decorrentes ora do gerencialismo ora constitucionalismo têm deslocado a legiferação para o âmbito do Poder Executivo e quanto à delegação legislativa, a Constituição prevê formas variadas, seja com a participação do Executivo no processo legislativo, a saber : mediante iniciativa geral das leis (arts. 51⁵⁵), pela iniciativa reservada

⁵³KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p 80

⁵⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária.

⁵⁵ Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;

III - elaborar seu regimento interno;

IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

V - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

(arts. 57⁵⁶, 65⁵⁷ e 66⁵⁸) e pela iniciativa vinculada (arts. 66, 81⁵⁹), pela possibilidade de serem fixados prazos para o Legislativo apreciar os projetos de lei encaminhados pelo Presidente da República, sob pena de o serem considerados aprovados por decurso do prazo (art. 51), seja devido à competência conferida ao Presidente da República para a edição de decretos-leis a respeito de determinadas matérias e desde que ocorrentes certas circunstâncias, exigida a aprovação do Congresso (art. 55), seja em razão da delegação propriamente dita, - possibilidade de o Presidente da República editar leis delegadas, observadas certas restrições (artigos 52 a 54)⁶⁰.

2.1.2 Poder normativo e princípio da legalidade

A Administração já não se apresenta nos termos originários da divisão de poderes, como uma simples instância de execução de normas heterônomas, mas é, ao invés, em maior ou menor medida, fonte de normas autônomas, no sentido de que tem origem nela mesma⁶¹. O momento presente é de crise do Legislativo, da lei formal como requisito para a garantia de direitos. Há uma crescente valorização da figura do Chefe do Executivo em decorrência da

⁵⁶ Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro.

§ 1º As reuniões marcadas para essas datas serão transferidas para o primeiro dia útil subsequente, quando recaírem em sábados, domingos ou feriados.

§ 2º A sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias.

§ 3º Além de outros casos previstos nesta Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em sessão conjunta para:

I - inaugurar a sessão legislativa;

II - elaborar o regimento comum e regular a criação de serviços comuns às duas Casas;

III - receber o compromisso do Presidente e do Vice-Presidente da República;

IV - conhecer do voto e sobre ele deliberar.

⁵⁷Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

⁵⁸ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do voto.

§ 2º O voto parcial somente abrange o texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 4º O voto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

§ 5º Se o voto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

⁵⁹ Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

⁶⁰ VELLOSO, C. M. da S. (2017). **Do Poder regulamentar.** *Revista Do Serviço Público*, 39(2), 29-40. <https://doi.org/10.21874/rsp.v39i2.2250>.

⁶¹ ENTERRÍA, García de. **Curso de Derecho Administrativo.** op.cit., vol. I, p. 428.

necessária intervenção do Estado na seara econômica, o que demanda agilidade e capacidade normativa de cunho técnico⁶².

Canotilho⁶³ assevera que o princípio da legalidade se desdobra em subprincípios (não no sentido de hierarquia, mas apenas sistemático): da premência da lei e da precedência da lei (reserva de lei), vistos em conjunto com o princípio da complementaridade do regulamento. A reserva de lei permite delimitar o conjunto de temas e matérias a serem regulados expressa e concretamente por lei. O autor explica a reserva de lei com base nos seguintes critérios: a) leis formais específicas disciplinam todas as matérias que não devem provir ou ser reguladas por outras fontes de direito (ex: regulamentos); e b) o poder executivo usualmente carece de um fundamento legal para realizar suas atividades funcionais do Estado.

Segundo a pesquisa realizada por Charles Eisenmann, a legalidade é descrita como o conjunto: a) das leis constitucionais; b) das leis ordinárias; e) dos regulamentos; d) dos tratados internacionais; e) dos usos e costumes; f) das normas jurisprudenciais, entre as quais, em primeiro lugar, os princípios gerais do direito - ou seja, quatro elementos de caráter 'escrito', dos quais os dois primeiros formam o “bloco legal” (Hauriou), os três primeiros o “bloco legal das leis e regulamentos”, e dois elementos de caráter não escrito⁶⁴.

A literatura tradicional indica que se entende por legalidade a conformidade com a lei e, sucessivamente, com as subsequentes normas as quais, com base naquela, a administração expeça para regular mais estritamente sua própria discrição, adquirindo então um sentido mais extenso. Ao passo que se tem por legítima a conduta do administrador quando não se decide em abstrato, mas observa o caso concreto, posto que não se trata de aferir a legitimidade da regra de direito, mas de uma atuação que se contém na intersecção da regra de direito com o evento real, perante cuja ocorrência a norma postula suprimento da finalidade que veio proteger⁶⁵.

Apenas a título de fortalecimento da investigação acadêmica, sem aprofundamentos de comparação de sistemas jurídicos, convém atentar para a escrita do autor português Paulo Otero sobre legalidade e administração pública, especificamente quanto à afirmação sobre insuficiência, obscuridade e ineficácia das normas jurídicas para atender às novas necessidades coletivas e o seu conteúdo, afirmando também a perda de precisão, de determinação e de congruência dessas, bem como que legalidade se encontra envada de interesses contraditórios e

⁶² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2006. p. 124

⁶³ Canotilho, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Editora Almedina; 3 a edição, Coimbra, Portugal, 1999, p. 775/783.

⁶⁴ GARCIA, Emerson. Rev. Minist. Públ., Rio de Janeiro, RJ, (25), 2007.p. 72

⁶⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, **Curso de Direito Administrativo**, Malheiros Editores, 20ª ed., 2003, p. 39-40.

povoada de uma intrínseca conflitualidade normativa. E destaca o autor que a vinculação legal da Administração Pública não se limita à produção normativa externa ao seu sistema, mas comporta uma considerável normatividade elaborada pelos órgãos administrativos⁶⁶.

Pois bem, retomando os impactos da EC nº 32/2001 no poder normativo, a redação anterior do art. 84, VI era a seguinte: “*dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei*⁶⁷.”; portanto a regulamentação da organização do funcionamento só era possível nos termos da lei. Já o novo texto prevê a possibilidade de essa atividade proceder por decreto do chefe do Executivo, desde que não ocasione aumento de despesa ou criação de órgãos públicos. Este é o decreto autônomo, conforme alguns doutrinadores, o qual se trata de uma espécie do poder normativo⁶⁸.

Após a especificação regulamentar lançada EC nº 32, de 2001 (inciso VI⁶⁹), a expressão “poder normativo” consagrou-se referindo-se ao ofício extensivo às autoridades dos três poderes, de modo a doutrinadores afirmarem que, após essa alteração do dispositivo constitucional, foi restabelecido, de forma muito limitada, o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea a⁷⁰. Tal mudança constitucional gerou relevantes debates, sobretudo por prever a criação de cargo público por norma infralegal, tornando-se “um decreto que legisla”, ante a possibilidade de inovar no ordenamento.

A matéria foi apreciada na ADI no 2564-3/DF, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal, sem adentrar nas questões gerais, mas atendendo aos exatos termos do inciso IV do mencionado artigo 84, reafirmou a possibilidade jurídica de o Presidente da República dispor, por decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos públicos. A ementa do julgado restou assim redigida:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO No 4.010,
DE 12 DE NOVEMBRO DE 2001. PAGAMENTO DE SERVIDORES
PÚBLICOS DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. LIBERAÇÃO DE
RECURSOS. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO
PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Os artigos 76 e 84, I, II e VI, a, todos da
Constituição Federal, atribuem ao Presidente da República a posição de

⁶⁶OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Editora Almedina, 2003. p. 67

⁶⁷BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3530747&ts=1630418271761&disposition=inline>

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. Op cit p. 103.

⁶⁹VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; [...].

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 91.

Chefe supremo da administração pública federal, ao qual estão subordinados os Ministros de Estado. Ausência de ofensa ao princípio da reserva legal, diante da nova redação atribuída ao inciso VI do art. 84 pela Emenda Constitucional no 32/01, que permite expressamente ao Presidente da República dispor, por decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos públicos, exceções que não se aplicam ao Decreto atacado. Ação direta de constitucionalidade cujo pedido se julga improcedente". (Grifo nosso).

Sendo gênero, o poder normativo- assim como ocorre em relação ao poder regulamentar -, não pode servir para legislar, somente explicar, detalhar, determinar, i.e., para fazer funcionar uma lei, porque esta demanda uma normatização (resolução, norma técnica, portaria, etc.); um de seus exemplos mais emblemáticos são as resoluções do Tribunal de Contas da União – TCU, esmiuçando dispositivos da lei de licitações. Seu objetivo é dar fiel execução à lei.

A sua fundamentação, para além do artigo 84, incisos IV⁷¹ e VI⁷², está no artigo 174 da CF⁷³, por meio do qual se atesta a competência normativa do Estado ao denominá-lo de “agente normativo” da atividade econômica e a sua afirmação no ordenamento jurídico advém da redução da legalidade, antes colocada sob o manto da imutabilidade e pouco a pouco foi-se concebendo a atuação do administrador em produzir normas, notadamente compatíveis com a ordem jurídica, com os intuitos de instrução, execução e otimização do seu ofício. Para a doutrina constitucionalista, o alicerce do Estado de Direito é a legalidade, mas, a extensão normativa vem ocorrendo devido a vertentes ontológicas:

- a) o princípio filosófico de que a atuação estatal está pautada em leis, com o resultado de um procedimento previsto e aceito pela sociedade civil organizada;
- b) a razão política da luta pela lei é fruto do conflito social de interesses, que se harmonizam através da aplicação da Justiça (aqui entendida como função do poder político); e
- c) a razão pragmática, na medida em que a inflação legislativa acaba desvalorizando a própria lei⁷⁴.

⁷¹Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...] IV – Sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, **bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.**

⁷²VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; [...].

⁷³Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

⁷⁴Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *op. cit.* p. 16/19.

O debate teórico remete, pois, ao fato de que o poder normativo representa a manifestação da máquina pública para justificar e sustentar a escolha e a confiança da sociedade, como um todo, e de cada cidadão, singular ou coletivamente, em um regime estabelecido com vistas a melhorar suas vidas, incessantemente. Pode ser compreendido, também, como o núcleo da expressão estatal viabilizadora dos valores concebidos no art. 3º da Constituição. Nesse viés, apresenta-se, ainda, como promotor fundamental dos objetivos da República, consubstanciados na ideia de desenvolvimento e de bem comum⁷⁵.

Quanto mais essencial um assunto para o cidadão ou para a coletividade, maiores serão as exigências para o legislador, havendo que se estruturar uma graduação que vai desde as questões absolutamente essenciais, a requerer uma disciplina exclusiva pelo legislador parlamentar, até outras, de menor essencialidade, as quais podem ser normatizadas pela via regulamentar, observando os parâmetros fixados pela lei⁷⁶.

2.1.3 Legalidade formal e material

Já os conceitos “formal e material” conferidos ao princípio da legalidade, sofreram alterações à luz da evolução da literatura, notadamente para não se admitir, apenas, a mera legalidade formal; a simples submissão do ato praticado à hipótese contida no mandamento legal. Atualmente, a exigência é mais abrangente: é preciso verificar a legitimidade do ato praticado, sua pertinência, sua conformidade com a finalidade legalmente prevista como justificadora da prática do ato em exame⁷⁷. Em caso de se atribuir um sentido estritamente formal a esse princípio, fica vedado ao poder público exigir dos administrados determinados comportamentos que não estejam expostos em lei em sentido estrito.

Tem sido repetitivo se afirmar, na literatura, que o Brasil é o país dos regulamentos. E inobstante a construção de toda uma doutrina de resistência à atividade normativa da Administração Pública pautada na “*sacralização da lei*”, o poder normativo detido pelo Poder Público sempre foi devidamente abrangente, fundamental ao cenário antidemocrático que marcou a recente história política nacional, determinando a primazia do Executivo frente aos demais Poderes; e sendo o Brasil marcado por longos períodos de ditadura, o regulamento assu-

⁷⁵França. Philip Gil, Controle do ato administrativo. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/13/edicao-2/controle-do-ato-administrativo>. Acesso em 08, ago, 2023.

⁷⁶ CAVALCANTI, Francisco Queiroz. **A Reserva de Densificação Normativa da Lei para Preservação do Princípio da Legalidade. Princípio da Legalidade – da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito.** BRANDÃO, Cláudio (org.). LTR, 2013. p. 24

⁷⁷DALLARI, Adilson de Abreu e Ferraz, Sérgio. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 80.

miraria papel de destaque na disciplina jurídica ao mesmo tempo em que seria oportuna a inexistência de processo para elaboração de atos normativos em um conjuntura política de exceção⁷⁸.

Eis que a via legislativa formal realmente tornou-se insuficiente e inadequada para o atendimento das necessidades normativas da Administração contemporânea⁷⁹. E a aplicação do princípio da legalidade passou a se efetivar de três maneiras: 1) o bloco normativo; 2) as condutas do Poder Público e 3) a relação entre essas condutas e o bloco normativo vigente, relação essa que é pautada pela reserva da lei e pela supremacia da lei em sentido amplo⁸⁰.

A leitura da legalidade do artigo. 5º, II, da Constituição Federal há de considerar as atribuições, explícita ou implícita, conferidas ao Executivo, para, no exercício de poder normativo, definir obrigação de fazer ou de não fazer que se imponha aos particulares e os vincule. Embora haja a previsão constitucional, no artigo 48, *caput*, sobre a competência do Congresso Nacional - CN para tratar das matérias afetas à União, é permitido dispor, mediante lei, sobre o poder normativo do Executivo que, na própria Constituição, é mais extenso, competindo ao próprio Congresso sustar os atos normativos que configurem excesso no exercício desse poder (art. 49, V).

O artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal preceitua que: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei*”. É na Constituição que muitos autores buscam sustentar seus pontos de vista, especialmente articulando os seguintes dispositivos: art. 5º, II; art. 48, *caput*; art. 49, V; art. 84, IV; art. 87, parágrafo único; art. 174, *caput*, todos da Constituição Federal; e art. 25, inc. I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁸¹.

As novas leituras do princípio da legalidade defendem a impossibilidade de se restringir, nos tempos atuais, à concepção tradicional de estrita vinculação da administração à lei, de modo a mantê-la como simples executora de comandos legais preexistentes; isto considerando a velocidade das inovações sociais requisitadas à administração pública, bem como o clamor por rápidos resultados dos serviços desta⁸².

⁷⁸PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública [recurso eletrônico]**: estudo do processo administrativo normativo / Juliana Bonacorsi de Palma.

⁷⁹BAPTISTA, Patrícia. Op. cit.

⁸⁰MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto. v. 1, n. 1, p. 23-51. 2014. p. 27.

⁸¹MONTEIRO, Vera. **Princípio da legalidade e os poderes normativos e regulamentar da Administração Pública**. RDPE, n. 20, 2007. Edição da biblioteca digital da Editora Fórum. Disponível em <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDILogin.aspx>>

⁸²MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 62.

Na literatura contemporânea muito se fala em dupla vinculação da administração pública à lei e ao direito, sendo a legalidade uma das formas de juridicidade. O próprio parlamento vem atribuindo uma esfera maior de competência ao Executivo, num fenômeno denominado por Paulo Otero de "fuga para os princípios"⁸³.

Nessa tônica, o direito administrativo, antes visto como necessário à contenção do poder estatal e à proteção da esfera dos direitos dos indivíduos, na atuação contemporânea, se dedica tanto à estruturação da Administração como à promoção do interesse da coletividade; transformou-se em mecanismo de viabilização da autoridade, o direito de efetivação dos poderes da administração⁸⁴.

Embora leis modernas adotem técnicas de empoderamento das autoridades decisórias (normas-quadro, conceitos indeterminados etc.), o fato é que não foi somente por isso – e talvez nem especialmente por isso – que se chegou até aqui. Leis ajudam ou atrapalham, mas o que se tem é uma cultura de empoderamento simbólico de tecnoburocracias, em especial aquelas ligadas ao mundo do direito. Não é só porque a constituição fala em “melhor interesse da criança” que se criou um Ministério Público paternalista. É, antes disso, porque o promotor se percebe como alguém melhor do que o legislador, o administrador, os pais da criança. E culturas não se mudam apenas por meio de leis⁸⁵.

Na prática, o administrador público se torna um aplicador direto da Constituição e não apenas da lei, como tradicionalmente concebido. Assim, em caso de decisão discricionária, deverá ter preferência a alternativa que melhor atenda aos princípios da moralidade ou da eficiência⁸⁶. O legislador, nesse contexto, deve regular com um grande nível de abstração e deve preferentemente fixar a finalidade as prioridades da segurança técnica. Recai sobre o Executivo, por conseguinte, a tarefa de lidar com a incerteza no direito: ao Executivo se transfere a concretização normativa das diretrizes jurídicas e a análise e a valoração dos riscos no caso concreto⁸⁷.

Por sua vez, a “função administrativa” corresponde à satisfação dos interesses da coletividade, ao ponto de as prerrogativas dessa função somente se legitimarem se, quando e na

⁸³ Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Revista de Direito Público da Economia - RDPEBelo Horizonte, ano 5, n. 20, out. / dez. 2007Biblioteca Digital Fórum de Direito Público Cória da versão digital Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 38.

⁸⁴ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Concessões**, 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p 339.

⁸⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do direito administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18009/Transform%C3%A7%C3%B5es%20do%20Direito%20Administrativo.pdf>. Acesso em: 13, fev. 2022.

⁸⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 137.

⁸⁷ TORRES, Silvia Faber. **A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado**, op. cit., p. 157-160.

medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos, porquanto nos regimes democráticos o poder emana do povo e em seu proveito deverá ser exercido. Tendo em vista este caráter de sujeição do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”⁸⁸.

E quando o assunto é otimização do interesse público, surge a importância de se conceituar o ato administrativo, integrando-o e entendendo-o no quadro mais amplo de figuras como a relação jurídica administrativa ou o procedimento, sob pena de não conseguir explicar a integralidade dos vínculos jurídicos que atualmente se estabelecem entre os indivíduos e as autoridades administrativas”⁸⁹.

Pela ótica dos usuários do serviço público, os obstáculos gerados pela legalidade formal à concreção dos direitos podem ser tão ou mais prejudiciais do que o controle judicial posterior dos atos administrativos. E para se obter um ponto de equilíbrio, convém se estabelecer como plausível o sentido ampliativo do conceito de legalidade, para, pouco a pouco se formularem mecanismos mais aprimorados para o exercício e controle da inescusável competência normativa administrativa.

Assim, é plausível afirmar que o princípio da legalidade não perdeu sua função original. Mas a ele se somam novas demandas, como a de permitir que o Estado atue rápido e de forma eficaz. O desafio que se põe neste contexto é a elaboração de uma interpretação flexível do princípio sem, contudo, permitir que ele perca sua função garantidora⁹⁰.

Em linhas gerais, inexiste atuação administrativa sem norma anterior que a defina e que todas as atribuições administrativas são definidas quando de sua formação, já que inexiste indeterminação nas atribuições. Como o ato de expressar uma dessas atribuições é previamente especificado pelo ordenamento, pode concluir-se facilmente que não há ato sem norma específica que o autorize e o preveja⁹¹.

⁸⁸DALLARI, Adilson Abreu. **Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/451/r141-06.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 20, go, 2023.

⁸⁹FRANÇA, Phillip Gil. Controle do ato administrativo. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/13/edicao-2/controle-do-ato-administrativo>. Acesso em 02 de ago. 2023.

⁹⁰MONTEIRO, Vera. **Princípio da legalidade e os poderes normativos e regulamentar da Administração Pública**. RDPE, n. 20, 2007. Edição da biblioteca digital da Editora Fórum. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDILogin.aspx>.

⁹¹França. Phillip Gil, Controle do ato administrativo. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/13/edicao-2/controle-do-ato-administrativo>. Acesso em 08, ago, 2023.

2.1.4 Deslegalização

E eis que surge no Brasil um movimento chamado deslegalização, cuja ideia básica foi desenvolvida na Itália e consiste na possibilidade de o Parlamento estabelecer princípios gerais e diretrizes sobre determinada matéria que não fosse reserva absoluta de lei, porém já disposta em lei formal; e, nessa mesma lei deslegalizadora (superveniente), atribuir competência delimitada ao governo para editar decretos regulamentares, o qual acabaria por abrogar a lei formal que estava vigente⁹².

Segundo essa corrente de pensamento, a deslegalização não consiste em uma delegação de poderes e nem confere poder aos regulamentos para revogar leis⁹³, mas numa dinâmica por meio da qual o legislador, utilizando-se de sua liberdade para dispor sobre determinada matéria, atribui um largo campo de atuação normativa à administração, que permanece, em todo caso, subordinada às leis formais.

Diferentemente do Brasil, onde há reserva constitucional à legalidade formal, nos ordenamentos jurídicos francês e espanhol, a deslegalização é ferramenta pela qual uma lei meramente deslegalizadora (que não aborde regulação material) repassa ao regulamento o poder de disciplinar determinada matéria, incluindo revogação de lei anterior sobre o mesmo assunto.

J. J. Gomes Canotilho argumenta que esse fenômeno jurídico ocorre quando uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamento⁹⁴.

Garcia de Enterria⁹⁵ defende a noção de deslegalização (deslegalización), segundo a qual o ordenamento admitiria que o próprio legislador retirasse certas matérias do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento. Todavia, no ordenamento jurídico brasileiro, via de regra, esse repasse de competência legislativa viola o princípio da separação dos poderes, somente sendo admitida em casos excepcionalíssimos previstos na própria Constituição Federal, no seu art. 68, o qual prevê a faculdade de o Congresso Nacional, por meio de resolução, a delegação ao Presidente da República de poderes legislativos de forma limitada e em relação a matérias específica.

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 165

⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 37, n. 148, outubro/dezembro, 2000. Disponível na Internet: www.senado.org.br/web/cegraf. Acesso em: 10 de fevereiro de 2022.

⁹⁴ Apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁹⁵ ENTERRIA, Eduardo Garcia. **Legislación delegada potestad reglamentaria y control judicial**. 3^a ed. Madrid: Editorial civitas. 1998, p. 176.

Apontando a viabilidade da aplicação da teoria da deslegalização no sistema brasileiro, especificamente às agências reguladoras, Alexandre Aragão sustenta que inexiste qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. A deslegalização estaria implícita no amplo poder normativo (esteado em standards gerais) conferido pelas leis instituidoras às agências reguladoras para exercer as suas competências regulando determinado setor da economia, principalmente em seus aspectos técnicos, observada a política pública fixada pela Lei e pela Administração central⁹⁶.

Pensamentos contrários também se formularam ao longo do tempo, sob o fundamento de existir, no Brasil, somente uma via para definição de competência legislativa delegada ao Executivo. Trata-se da lei delegada. Mais ainda, seria inquestionavelmente inconstitucional que o CN resolvesse atribuir ao Executivo o poder de, mediante decretos, revogar leis e editar a disciplina sobre certas matérias. Numa hipótese distante, ainda se conceberia que determinada lei decretasse revogadas todas as leis anteriores incompatíveis com certos princípios e remetesse ao Executivo elaborar uma espécie de consolidação do Direito vigente. Mas seria inconcebível, em face da ordem brasileira, que uma lei determinasse que a nova disciplina de certos assuntos fosse veiculada pelo Executivo por meio de um decreto⁹⁷.

Para o tratamento de determinadas matérias expressamente indicadas pelo Constituinte, em decorrência de sua singular importância, exige-se o esgotamento, pelo legislador, de toda a esfera de regulação. Aqui, o papel normativo acessório do Chefe do Executivo ou da administração é pouco significativo. Com efeito, nessa situação, inexiste autorização constitucional para a delegação legislativa, para o repasse a órgão distinto da tarefa vinculando o legislador ou, eventualmente, para o compartilhamento, ainda que em virtude de decisão do legislativo, entre o Congresso Nacional e o Executivo, da competência com exclusividade conferida a apenas um dos órgãos constitucionais⁹⁸.

Andreas Krell defende que, nos países democráticos, a transferência de atribuições entre o Parlamento e o Governo tornou-se uma necessidade para solucionar o problemas que surgem nas modernas sociedades complexas, de modo que a delegificação indica a transferência de disciplina de determinadas matérias da esfera legislativa para o governo, o que faz cres-

⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 424.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito dos agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialéctica, 2002, p. 497.

⁹⁸ CLEVE, Clemerson Merlin. Direito Alternativo. **Por uma Dogmática Constitucional Emancipatória.** In: Seminário Nacional sobre o Uso Alternativo do Direito. Rio de Janeiro: COAD, 1994.

cer o poder regulamentar do Estado Administrativo, que muitas vezes abusa dos seus poderes normativos, até em virtude da demora exagerada na elaboração de leis parlamentares⁹⁹.

2.1.5 Regulação e regulamentação

No mais, é pertinente evidenciar a diferença entre regulação e regulamentação, as quais se prestam as atividades distintas, exceto pelo fato de, no conjunto de ações inerentes às agências reguladoras, englobar, também, a atividade normativa, instrumento de operacionalização do seu ofício de regulamentação.

Regular consiste em dirigir, encaminhar conforme a lei os aspectos econômicos das atividades, ou seja, ditar regras de execução dos serviços¹⁰⁰ Regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta, trata-se de vocábulo amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito¹⁰¹.

2.2 Visualizando a boa-fé e identificando a fórmula *tu quoque*

Atentando-se aos inescusáveis avanços decorrentes da aproximação do direito com a moral e seguindo essa tônica, comprehende-se que as instituições básicas da sociedade não devem se distinguir apenas por serem organizadas e eficientes, mas, devem ser, sobretudo, justas. E se não forem, então devem ser “reformadas ou abolidas”¹⁰².

Tomás de Aquino defendia que a justiça também coordena as virtudes morais e impulsiona a conquista do bem comum social; numa rota inovadora em relação à ética de Aristóteles, agraga à ética três virtudes: fé, esperança e amor¹⁰³.

Aqui se consubstancia a trilogia motriz do fenômeno *tu quoque*, que deveria conduzir ao afastamento da presunção de legitimidade em meio a um pleito de um usuário do serviço público: (1) omissão - no exercício do poder normativo, (2) invocação - do princípio da

⁹⁹KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 80.

¹⁰⁰CARPENA, Márcio Louzada e FRANCESCHETTI, Jaqueline. **Responsabilidade de concessionárias de serviço público de energia elétrica por danos decorrentes de descargas atmosféricas**. Revista dos Tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 841, p. 120.

¹⁰¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 212.

¹⁰²BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 244.

¹⁰³VÁSQUEZ, Adolfo Sanchez. **Ética**. 18 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 12.

legalidade/juridicidade ante a ausência da norma que a própria administração não editou e (3) blindagem - efetiva ou em potencial, dessa conduta omissiva, na presunção de legitimidade.

Essa pecha na presunção de legitimidade destoa de todas as fases circunstanciais pelas quais têm perpassado o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que se consubstancia na negatória da competência do constituinte primário.

A norma é tida por integrada num sistema jurídico e não mais isoladamente, como outrora consagrado, de modo que ao poder constituinte competiria produzir a Constituição e, assim, fundar o ordenamento jurídico¹⁰⁴, seja em razão dos fatores que vão além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto, procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas, sem recorrer a categorias metafísicas¹⁰⁵.

E antes que pareça uma tentativa de se buscar perfeição no ordenamento jurídico, uma busca incessante pela demonstração da inexistência de lacunas, a possível mudança de paradigma vislumbrada nesta pesquisa, para além de tecer importantes reflexões à luz do plano da validade, por exemplo, se concentra em apontar para os consectários desta falha e ao mesmo tempo propõe métodos, diga-se, apropriados, no próprio sistema, para evitar maiores danos aos destinatários da “conduta administrativa”.

Fatalmente, não se propugna uma profissão de fé na infalibilidade da completude do ordenamento jurídico – como característica do direito, em especial nas sociedades modernas, cujo monopólio da produção do discurso jurídico é do ente estatal; tampouco expor uma fraqueza do ordenamento jurídico, que estaria impossibilitado de normatizar os fatos, turvando-se a fronteira entre o jurídico e o não-jurídico¹⁰⁶.

Inobstante o foco da pesquisa, eis a importância de se demonstrar a sutileza do reconhecimento da lacuna, da própria deficiência do direito na normatização do mundo da vida, ciente, portanto, das concepções literárias contrárias, as quais entendem tais pechas como formas de demonstração de que o direito produz seu espaço, perfazendo diferenças essenciais de outros sistemas de normatividade social (religião, moral, normas de etiqueta e de convivência social, dentre outras; de que a lacuna não é a prova de que o ordenamento jurídico se tornou frágil, mas, ao revés, é a demonstração da sua força, porque permite inferir

¹⁰⁴FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 4ed. Madrid: Trotta, 2000.

¹⁰⁵BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 238.

¹⁰⁶ARAGÃO, Ronivon de. **Silêncio normativo: lacuna, dever de legislar e o mito da completude do ordenamento jurídico**. 2022. Disponível em: https://ajnl.com.br/type_blogs/silencio-normativo-lacuna-dever-de-legislar-e-o-mito-da-completude-do-ordenamento-juridico/. Acesso em 03, set, 2023.

que determinado fato – que se encontrava alheio ao fenômeno jurídico, satisfazendo-se inteiramente com outras normatizações – se apresenta para ser abarcado pelo direito¹⁰⁷.

O fato é que a norma maior que confere ao administrador público o poder normativo em determinadas circunstâncias, logra-se não observada por este, na medida em que deixa de legislar sobre determinadas matérias e quando estas são suscitadas para amparar direitos, o próprio administrador, que deixou de normatizar, nega com base em ausência de “lei” e este tem a título de blindagem a presunção de legitimidade. E tal prática se encontra em total dissonância com as bases do direito brasileiro.

Os três modelos institucionais diversos: o Estado pré-moderno, o Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito, em cada um desses períodos, reservou-se para o Direito, para a ciência jurídica e para a jurisprudência um papel específico¹⁰⁸. Em outras palavras, o preceito fundamental corresponde à autorização de competência ao legislador constituinte primário, para inaugurar um novo sistema de Direito.

Notadamente, a ordem jurídica constitui um sistema justamente porque as normas que o compõem são coerentes umas com as outras, formando um todo íntegro¹⁰⁹. Assim sendo, ao Direito compete dispor de mecanismos para a resolução de eventuais inconsistências, visando à preservação da segurança jurídica.

Na prática, convém atentar para o fato de que a história não legitima uma determinada forma de proceder da administração pública no sentido de negligenciar o seu poder-dever de regulamentação, invocar indevidamente o princípio da legalidade e tê-la por legítima, posto que se trata de um desvio no curso da logística normativa de sua atuação e desvirtua legados adquiridos com a estruturação do próprio conceito de direito administrativo.

Na mesma linha de pensamento, a supremacia do interesse público considerada como elemento fundante do direito administrativo brasileiro, tem no senso comum doutrinário dois fatores: a presunção de legitimidade dos atos da administração e a desigualdade entre a administração e os administrados, os quais se logram passíveis de eventuais releituras sob o prisma do comportamento da administração pública ora em debate.

Parece se lograr fatalmente abalada uma das vigas da estrutura principal do Estado de Direito, em sua origem, considerando-se a máxima segundo a qual os agentes públicos,

¹⁰⁷ *Idem* 106.

¹⁰⁸ LYOTARD, JEAN François. Tradução: BARBOSA, Ricardo Correa. **A condição pós-moderna.** 20. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2021, p.33

¹⁰⁹ *Idem* 65, p. 239

uma vez investidos de parcelas de poder, que tem como finalidade a proteção do interesse público (na sua acepção genuína), atuam presumivelmente em conformidade com a lei.

Eis que a apreciação, em conjunto, desses três instrumentos: atributo da presunção de legitimidade, poder normativo e princípio da legalidade tem como cerne o comportamento do administrador. Efetivamente, observa-se o fenômeno *tu quoque*, subprincípio da boa-fé objetiva, o qual veda que a parte inadimplente exija da outra o cumprimento da obrigação, outrossim, apregoa a proibição de surpresa e, nesse particular, reside o cerne da investigação em tela, voltado para a conduta que se espera do administrador, consoante os imperativos dos princípios da confiança legítima e da segurança jurídica.

No Direito Romano, a chamada *bona fides* detinha múltiplas acepções, variáveis conforme as tendências jusfilosóficas e a área do Direito na qual se fixou o instituto. Era sinônimo de cumprimento da palavra empenhada, de enaltecimento da ética e do dever de lealdade, surgindo assim a ideia social do conceito jurídico de boa-fé.

O instituto da boa-fé é originário do direito privado e, desde o seu nascedouro, norteia as relações entre os particulares, agregando a estas o dever de coerência, lealdade e retidão e funciona como sustentação da teoria contratual. Entremeditando, nessas relações, aplicam-se os princípios da autonomia da vontade e da igualdade, enquanto no âmbito público imperam o interesse público, a legalidade e a imparcialidade e esta realidade, há muito, precisa estar em sintonia com os elementos da boa-fé.

Decerto, as características basilares de ambos os campos do direito não configuram um fator decisivo para a (não) incidência da boa-fé, sendo plenamente adequada ao direito público, na medida em que uma vez sendo esta uma cláusula geral, permite o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, da realocação destes no sistema, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretrizes econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo¹¹⁰. Exemplo disso é o princípio da legalidade, que é sustentáculo do direito público e, por sua característica de fixar previsibilidade e padronização de conduta, pode ter sua aplicação invocada justamente a bem dos imperativos da boa-fé. Em idêntica visão, o princípio do interesse público, enquanto finalidade precípua da atuação do gestor.

¹¹⁰MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 274.

Desde as denominações mais remotas e na literatura de outros países, a boa-fé é descrita como princípio o qual compõe a sustentação de interpretação de normas, em sopesamento com outros princípios, de maneira a se modular a melhor fórmula jurídica para o caso concreto¹¹¹. Na esfera privada do ordenamento brasileiro, está normatizada tanto no Código Civil (artigos 113¹¹², 187¹¹³ e 422¹¹⁴ da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) como no Código de Defesa do Consumidor (artigos 4º, inciso III¹¹⁵, e 51, inciso IV¹¹⁶, da lei nº 8.078, de 11 setembro de 1990). Quanto à lei civil, no artigo 113, a boa-fé funciona como elemento de interpretação, no artigo 187, controla os limites do exercício de direitos e no artigo 422 integra os negócios jurídicos. Já na norma consumerista, o artigo 4º, III prevê a boa-fé como norte das relações de consumo.

Na esfera pública, e ao que interessa para o recorte desta pesquisa, a boa-fé advém do sentido de moralidade, princípio previsto no artigo 37, *caput*¹¹⁷, da Constituição Federal e no artigo 2º, IV¹¹⁸ da lei nº 9.784/99. Tais previsões legislativas correspondem a sua concepção objetiva, provavelmente diante da aparência de legalidade e legitimidade, da qual se reveste o agir administrativo e gera expectativa para o particular.

¹¹¹ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Madrid: Civitas, 1977. p. 52.

¹¹² Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹¹³ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹¹⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹¹⁵ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...].

¹¹⁶ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

[...].

¹¹⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

¹¹⁸ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; [...].

E quanto aos argumentos doutrinários contrários ao uso de normas de direito privado no serviço público, há muito se afirma estar superado o ideário de que o direito público se autoafirmar, ante o inescusável entrelaçamento das normas privadas e públicas, gerando modificações no espaço jurídico, rompendo com qualquer isolamento entre os setores¹¹⁹.

Na doutrina argentina, afirma-se que a boa-fé é um princípio geral de direito norteador tanto do campo privado como no campo público¹²⁰. A aplicação do princípio de proibição do comportamento contraditório é um imperativo nas relações de direito público, seja em decorrência de princípios do direito público – a exemplo da igualdade e da moralidade administrativa -, ou a título de consequência da solidariedade social enquanto valor constitucional. No mais, é dever da administração pública rever os próprios atos em caso de legalidade, bem como adotar medidas visando a evitar ou atenuar os danos àqueles que, de boa-fé, confiaram no sentido de seu comportamento inicial¹²¹.

Há um permanente redimensionamento das relações administrativas, uma vez ultrapassada a brusca divisão outrora arraigada nos institutos do direito público e do direito privado, atualmente se encontra em plena dialogicidade, e devem ser concebidas de maneira diferente, sobretudo para se compatibilizar com a metodologia adotada no direito público contemporâneo. Tal integração antecede o próprio sistema de princípios, a exemplo da supremacia do Estado, de sorte que guardadas as devidas diferenciações hierárquico-funcionais, há igualdade essencial e de fundo entre os vinculados e os vinculantes, nos termos da Constituição¹²².

A confiança legítima associa-se à boa-fé, mormente no ofício administrativo público e seu conceito, para além de abordar as limitações à retroatividade dos atos do Estado protegendo o direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, com previsão no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, serve para preservar a crença das pessoas no agir administrativo, nos procedimentos e condutas do estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação¹²³.

¹¹⁹4 CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil Coimbra:** Almedina, 1997. p. 383.

¹²⁰GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo:** parte general. 5ª ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. X-35.

¹²¹SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório:** tutela de confiança e venire contra factum proprium. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 42

¹²²O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 3 ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 09

¹²³COUTO E SILVA, Almiro. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do Art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99).** In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 2, abril/maio/junho. Salvador: IDPB, 2005. Disponível em <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 14, ago, 2023.

O princípio da proteção da confiança ou da boa-fé merece o acatamento digno de um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, do direito administrativo, cumprindo, porém, manejá-lo com moderação, prudência e seriedade, para não desarmonizar o todo orgânico dos princípios regentes das relações publicistas¹²⁴.

A incidência da boa-fé no direito público representa um fator de manutenção ou fortalecimento da confiança na efetividade das atividades da administração pública, por seus destinatários. Espera-se, pois, uma atuação imbuída de retidão, ética, lealdade e honestidade mútua, notadamente refutando-se qualquer comportamento contraditório por parte do administrador. Revela-se de importância singular num Estado Democrático de Direito, como verdadeiro aparato de aproximação da atuação estatal dos desígnios de justiça material.

A expressão *tu quoque* é utilizada em relação àquele que “descumpriu norma legal ou contratual, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumpriu”¹²⁵. Especificamente no âmbito contratual, é dito a respeito de quem não detém fidelidade ao contrato. De modo geral, diz-se daquele que agiu de má-fé e tende e a se beneficiar desta, seja diretamente ou impondo a condição de corrente daquela situação.

Entende-se por *tu quoque*, traduzida para o direito, a regra de ouro segundo a qual não se deve fazer para o outro aquilo que não se quer que seja feito para si¹²⁶. Logo, observando-se a igualdade de tratamento entre as partes, é vedado àquele que infringiu uma norma reclamar a infração de outrem, pois estaria utilizando de maneira contraditória os mesmos critérios jurídicos, apenas para se beneficiar¹²⁷.

Geralmente, na doutrina, o *tu quoque* é abordado em comparação com o *venire*, a fim de classificar ambos como espécies de um mesmo gênero, o da vedação à contradição¹²⁸. O *factum proprium* não se caracteriza como um ato jurídico, no conceito tradicional; os seus efeitos jurídicos são produzidos somente por força da necessidade de tutelar a confiança legítima depositada por outrem. Em síntese, não é jurídico, torna-se jurídico¹²⁹. A diferença é

¹²⁴ FREITAS, Juarez. **A anulação dos atos administrativos em face do princípio da boa fé**. Boletim de Direito Administrativo, fev. 95, p. 95.

¹²⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)**. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 249

¹²⁶ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Editorial Civitas, 1977. 67.

¹²⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 837.

¹²⁸ GODOY, Claudio Luis Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 87-88.

¹²⁹ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 134.

que, no *tu quoque*, a contradição não está no comportamento do agente propriamente dito, mas nas valorações por ele invocadas para julgar e serem julgadas¹³⁰.

Dentre os seus elementos normativos de aplicação, espera-se que a conduta do administrador se paute nos imperativos dos princípios da confiança legítima, da segurança jurídica e nos imperativos dos princípios basilares norteadores da administração pública brasileira, constantes no artigo 37 da Constituição Federal em vigor, estes que condizem com o direito fundamental à boa administração, previsto no artigo 41 da carta de direitos fundamentais da União Europeia¹³¹, que se tornou relevante no direito brasileiro a partir da constitucionalização do direito administrativo e na instituição de um novo paradigma: a participação popular no controle da administração pública.

Observando-se os indicativos dos princípios da boa-fé objetiva, da segurança jurídica e da confiança legítima, o administrador deverá exercer o poder normativo, quando a lei assim prescrever, de tal modo e somente assim o princípio da legalidade se logrará consubstanciado e oponível aos administrados e somente assim se presumirá legítimo o ato administrativo decorrente daquele poder.

Do contrário, torna-se abalada uma das vigas da estrutura principal do Estado de Direito, em sua origem, considerando-se a máxima segundo a qual os agentes públicos, uma vez investidos de parcelas de poder, que tem como finalidade a proteção do interesse público (na sua acepção genuína), atuam presumivelmente em conformidade com a lei.

Num Estado Democrático de Direito, sem normatização não há se falar em legitimidade presumida. O sistema não é um fim em si, tampouco serviria a condecorar a conduta do agente público, uma espécie de autolegitimação, ao contrário, é meio de conduzi-lo no ofício prestado ao usuário do serviço, que se encontra em clara desvantagem técnica e estrutural.

¹³⁰CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 2007.p. 843.

¹³¹1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

É precisamente dessa submissão ao direito que o Estado retira a legitimidade do exercício de seu poder, demonstrando sua vinculação à vontade geral da população, expressa no ordenamento jurídico. Assim, o poder normativo deve ser visto também como um instrumento de racionalização do poder estatal — possibilitando o controle de sua legalidade e a participação democrática dos cidadãos —, atuando, dessa forma, na legitimação das ações do poder público.

2.2.1 Casuística

A título de exemplo de situações de silêncio administrativo normativo, até então sem solução normativa e consequentemente passíveis de conduta contraditória, tem-se o julgamento do Agravo de Instrumento no Mandado de Segurança nº 25579 / Distrito Federal - DF, da relatoria da Ministra Assusete Magalhães, que tramitou na primeira seção do Superior Tribunal de Justiça, por meio do qual a impetrante alega omissão da autoridade impetrada em regulamentar o art. 20¹³² da lei nº 14.606, de 9 de janeiro de 2021, que institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, como prevê o seu art. 24¹³³, alegando que “*o silêncio administrativo em regulamentar a forma de adesão ao programa de regularização rural para aqueles jurisdicionados enquadrados no art. 20 da Lei 13.606/2018, configura autêntico abuso de poder, além de desrespeito à lei e à isonomia*”¹³⁴.

Curiosamente, o instrumento jurídico utilizado não foi o mandado de injunção, tampouco a ação de constitucionalidade por omissão, mas, um mandado se segurança e, destaque-se, não com o intuito de prevenir, garantir ou preparar o caminho para o seu pedido, mas (já) para remediar, pois visou à suspensão da execução ajuizada contra a impetrante, até que houvesse “*sua adesão ao Programa de Regularização Rural, previsto no art. 20 da Lei 13.606/2018, bem como a determinação de sua adesão ao aludido Programa, que prevê, no art. 20 da referida Lei, a liquidação de débitos, com descontos, até 30/12/2019*”.

¹³²Art. 20. Fica a Advocacia-Geral da União autorizada a conceder descontos para a liquidação, até 30 de dezembro de 2019, de dívidas originárias de operações de crédito rural, cujos ativos tenham sido transferidos para o Tesouro Nacional e os respectivos débitos, não inscritos na dívida ativa da União, estejam sendo executados pela Procuradoria-Geral da União, devendo incidir os referidos descontos sobre o valor consolidado por ação de execução judicial.

¹³³ Art. 24. A liquidação de que tratam os arts. 20, 21 e 22 desta Lei será regulamentada por ato do Advogado-Geral da União.

¹³⁴ (AgInt no MS n. 25.579/DF, relatora Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 10/2/2021, DJe de 19/2/2021.). <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>

A impetrante alegou que ao disciplinar o procedimento na Portaria PFN 39/2018, apenas em relação aos créditos descritos no artigo 18 da Lei 13.606/2018, evidenciava-se violação ao princípio da isonomia, por parte da autoridade coatora em relação aos jurisdicionados que pretendiam aderir ao programa de regularização rural, pois a benesse ser proporcionada aos devedores dos bancos do Nordeste ou aos inscritos em Dívida ativa acabam por tratar de forma distinta pessoas que se encontravam em situação isonômica, qual seja, pendentes de regularização de dívidas decorrentes de créditos rurais cedidos à União.

Do teor do mencionado julgamento, surgem duas importantes constatações as quais confirmam o objeto desta investigação:

1. não fosse a judicialização, decerto, a inérgia administrativa permaneceria; a julgar pelas ponderações registradas no voto da Ministra Relatora quando, ao fundamentar a extinção do agravo em mandado de segurança, por prejudicialidade¹³⁵, asseverou que “embora a regulamentação do art. 20 da Lei 13.606/2018, pela Portaria 471, de 26/09/2019, do Advogado-Geral da União (DOU de 27/09/2019), **tenha ocorrido posteriormente ao equivocado ajuizamento do Mandado de Segurança, em 26/06/2019**”, perante o Juízo da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, tal regulamentação deu-se anteriormente ao recebimento dos autos no STJ, em 20/11/2019, e também antes de findo o prazo estabelecido;

2 – a um só tempo, revela-se (a) a baixa preocupação da jurisprudência com os reflexos do silêncio administrativo para os destinatários da norma e, por outro lado, (b) uma espécie de transferência de incumbência, diga-se, o que seria de pronta providência da administração passa a gerar naturalmente um ônus do administrado; isto se observa a partir do trecho do voto da Ministra Relatora ao afirmar: “*nada impedia que a impetrante, com base na aludida Portaria 471, de 26/09/2019, formulasse, perante a autoridade competente, sua adesão ao Programa de Regularização Rural, após o que o órgão de execução da Advocacia-Geral da União estaria autorizado a requerer a suspensão da execução*”. Ressalte-se que a produção normativa só ocorreu após a judicialização;

2. nota-se uma ausência de abordagem quanto à atenção do gestor não somente ao exercício do poder normativo, mas à finalidade deste; aspecto visível no acórdão ora em referência em meio à asseveração da impetrante no sentido de que a Advocacia-Geral da

¹³⁵Na ementa do recurso assim consta: II. In casu, diante da argumentação constante da petição inicial, quanto à omissão da autoridade impetrada em regulamentar o art. 20 da Lei 13.606/2018, e do fato de que, ao tempo do recebimento dos autos no STJ, em 20/11/2019, já havia sido regulamentado o aludido art. 20 da Lei 13.606/2018, pela Portaria 471, de 26/09/2019, do Advogado-Geral da União (DOU de 27/09/2019), o presente Mandado de Segurança encontra-se prejudicado, por inexistência da alegada omissão. Precedentes (STF, MS 30.823/DF, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, DJe de 27/06/2013).

União já havia editado portarias quanto as outras espécies de dívida rural, omitindo-se na regulamentação do artigo 20, 21 e 22, segundo o peticionante “*para prejudicar a sua adesão, reduzindo, significativamente, o tempo para a sua adesão*”.

Mais uma situação de silêncio normativo propenso a *tuo quoque* tem-se no Agravo Interno do Recurso Especial nº1.982.830/PB interposto Associação Brasileira de Apoio Cannabis Esperança - ABRACE contra a União e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, objetivando provimento judicial que lhe assegurasse o direito de cultivar a planta Cannabis Sativa, para que pudesse extrair substância necessária para o tratamento de enfermidades raras e graves que afigem seus associados, com a supervisão dos réus.

Segundo o Ministro Relator, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a partir da análise de atos regulamentares expedidos pela Diretoria Colegiada da Anvisa e de diversos artigos científicos, considerou ser injustificável a existência de regulamentos que autorizam, por exemplo, a importação de produto derivado da *Cannabis* por pessoa física e a fabricação, em território nacional, desses produtos - desde que com insumos importados - , “*mas não existir regulamentação sobre o plantio do vegetal em território nacional, para fins medicinais*” . Nesse panorama e considerando a linha deste estudo, convém indagar se seria plausível o gestor negar o pedido do interessado ou puni-lo por pugnar direito em razão da inação institucional.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região argumentou que o elevado custo com a importação do produto ou dos insumos para a sua fabricação “acaba por inviabilizar qualquer espécie de tratamento, levando as famílias a desistirem de sua aquisição ou mesmo a se endividarem, colocando em risco a própria subsistência, no desiderato de trazer um alívio para o sofrimento de seu ente querido e uma melhora significativa para sua qualidade devida”¹³⁶.

Com objeto idêntico foi o Habeas Corpus – HC nº 779.289/DF, interposto no STJ, em que se sustentou a inexistência, até a data da propositura da ação, de qualquer regulamentação da matéria ensejando-se inúmeros pedidos perante Poder Judiciário. Segundo consta no voto no Ministro Relator, diante da omissão estatal em regulamentar o plantio para uso medicinal da maconha, seria incoerente que o mesmo Estado, guardião da saúde da população e já tendo reconhecido os benefícios medicinais da *cannabis sativa*, condicionasse o uso da terapia canábica àqueles que possuem dinheiro para aquisição do medicamento, em regra importado, ou à burocracia de se buscar judicialmente seu custeio pela União¹³⁷.

¹³⁶ AgInt no REsp n. 1.982.830/PB, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/10/2022, DJe de 5/12/2022. <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>.

¹³⁷ HC n. 779.289/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 28/11/2022.

Já no Recurso em *Habeas Corpus* - RHC n. 147.169/SP, percebe-se um avanço na análise do silêncio normativo (desta feita de cunho legislativo); a ementa do julgado indica que a omissão legislativa em não normatizar o plantio para fins medicinais não representa "mera opção do Poder Legislativo" (ou órgão estatal competente) em não regulamentar a matéria, que passa ao largo de consequências jurídicas. O Estado possui o dever de observar as prescrições constitucionais e legais, sendo exigível atuações concretas na sociedade¹³⁸.

Da mesma forma, o silêncio administrativo normativo se constitui quando a municipalidade impede o uso de bem de domínio da União sob o argumento de que o órgão de proteção ambiental de âmbito federal teria lhe cedido o direito de regulamentar as disposições de uso de determinada faixa de terra, mas, nenhuma das esferas normatizam a respeito e resta ao administrado interessado o infortúnio de ser lançado repetidas vezes para ambas as esferas administrativas, sem êxito em seu pedido.

Modificando a temática, mas, em idêntica análise. A título de experiência, possivelmente que agregue valor a esta pesquisa, tem-se o fato de que, no ano de 2022, quando da execução do Planejamento Político Pedagógico da Escola do Tribunal de Contas de Alagoas para diversos municípios, quando a autora desta pesquisa esteve na condição de Diretora Técnica daquela unidade, foram compartilhados relatos de gestores escolares narrando dificuldades na utilização das verbas inerentes ao Programa Dinheiro Direto - PDDE- alguns sem ter gasto um centavo sequer durante toda a gestão - em razão da ausência de normatizações específicas quanto à metodologia de gastos e à prestação de contas dessa verba, bem como sobre a organização e o funcionamento das unidades de execução do PNAE, isto considerando o teor da lei nº 11.847 de 16 de junho de 2009, que assim dispõe:

Art. 6º-É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios repassar os recursos financeiros recebidos à conta do PNAE às unidades executoras das escolas de educação básica pertencentes à sua rede de ensino, observando o disposto nesta Lei, no que couber.

Parágrafo único. O Conselho Deliberativo do FNDE expedirá normas relativas a critérios de alocação de recursos e valores per capita, bem como para organização e funcionamento das unidades executoras e demais orientações e instruções necessárias à execução do PNAE. (Grifos aditados).

Ora, o secretário escolar de determinado município que deixou de aplicar essa verba em razão da omissão da Administração Pública federal em normatizar, em caso de uma

¹³⁸ RHC n. 147.169/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.

(corriqueira e devida) auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas¹³⁹ visando a aferir o desempenho da gestão governamental voltada para a aplicação das verbas atinentes ao PDDE, poderia arguir essa falha no sistema para justificar a sua conduta em não realizar um serviço indispensável à prestação do serviço escolar naquela municipalidade? Seria essa justificativa suficiente para livrá-lo de uma responsabilização? Por outro lado, a gestão federal faltosa tem sobre a sua conduta a discutibilidade técnica, a inquietação científica, a sindicabilidade? Ou estaria sob o manto da conformidade? Segundo o levantamento consubstanciado nesta pesquisa, a resposta a estas indagações decerto seriam negativas.

Um tema bastante recorrente no Judiciário diz respeito ao uso de medicamentos “off label”, como ocorreu no Recurso Extraordinário – RE nº 1336950¹⁴⁰, da relatoria da Ministra Carmen Lúcia, por meio do qual o STF entendeu que “o medicamento Rituximabe não configura uso incorreto, apenas ainda não aprovado pela Anvisa”.

O recorrente aponta que “o parecer do próprio NAT reconheceu que o medicamento pleiteado é indicado para o caso presente, uma vez que o Recorrente já fez uso dos medicamentos disponibilizados pelo SUS, apresentando significativa piora”. A situação se fez peculiar porque, sem prejuízo do dever legal da ANVISA de proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, caberia, segundo a decisão do STF, “excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos)”.

Acontece que a legislação brasileira estabelece a obrigatoriedade do registro sanitário para a comercialização de medicamentos, mas não existe regulamentação específica para o uso *off-label* no Brasil. Esta situação tem suscitado questionamentos na comunidade farmacêutica, a saber: Alguma regulação sanitária nestes casos, estimulará a produção de estudos clínicos? O uso *off-label* consiste em um ensaio clínico? A prática fomentará o desenvolvimento de novos medicamentos para necessidades não atendidas, doenças raras e

¹³⁹ é o processo de coleta e análise sistemáticas de informações sobre características, processos e resultados de um programa, atividade ou organização, com base em critérios fundamentados, com o objetivo de aferir o desempenho da gestão governamental, subsidiar os mecanismos de responsabilização por desempenho e contribuir para aperfeiçoar a gestão pública. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/contas-e-fiscalizacao/control-e-fiscalizacao/auditoria/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm#:~:text=Auditoria%20operacional%20%C3%A9%20o%20processo,os%20mecanismos%20de%20responsabiliza%C3%A7%C3%A3o%20por>. Acesso em 03, ago, 2023.

¹⁴⁰ BRASIL, STF. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=off%20label%20anvisa%20aus%C3%A3o%C2%A7%C3%A3o%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em 02/09/2023.

populações alvo mais complexas? As evidências que estão sendo utilizadas na prática *off-label* são suficientes para aplicarmos os mecanismos de regulação vigentes?¹⁴¹ Todas essas dúvidas estão pendentes de normatização pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e assim gera um empecilho aos direitos dos interessados.

Na mesma linha é a abrupta revogação de certame licitatório municipal, já em sua fase final, sob a alegação de que este estaria em dissonância com o teor de determinada instrução normativa federal quando, na prática, caberia à municipalidade normatizar a respeito do respectivo tema ou tornar público previamente o uso da norma de âmbito federal, ante sua autonomia administrativa, de viés constitucional. Ocorre que, a administração pública, ao ser questionada pelos interessados/prejudicados sobre essa inconsistência, o referido ente mantém-se silente ou simplesmente, reconhece a sua inércia– mas, sem reverter os efeitos nefastos do seu modo de proceder. Nesse cenário fático e propenso ao *tu quoque*, certamente sob o manto da presunção de legitimidade, o Tribunal de Contas de Alagoas proferiu o acórdão na representação TC nº 12211/2019¹⁴² , cuja argumentação do gestor da Agência Municipal de Regulação de Serviços Delegados - ARSER para a revogação de pregão eletrônico, este já na fase de homologação, se deu em razão da ausência de normatização (pela própria municipalidade) e tal medida ocorreu de forma contraditória e mediante mudança repentina de paradigma normativo-, já que todo procedimento licitatório (repita-se, até a fase de homologação) fundamentou-se na Instrução Normativa de 05/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, especificamente quanto às previsões da prática de gerenciamento de riscos, na contratação.

Por sinal, esse exemplo levanta um fator de ordem técnica deveras relevante para esta investigação, a saber, para o destinatário da norma, é pouco importante identificar qual o operador da máquina pública incorreu na tríade da fórmula *tu quoque*: negatória (de direito ou pedido), invocação (da legalidade, por ausência de norma), blindagem (na presunção de legitimidade). Despiciendo saber se o agente regulador ou o ocupante da ponta da alta gestão municipal, haja vista, segundo a teoria do órgão, os órgãos públicos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado¹⁴³.

Em outras palavras, quando os agentes públicos atuam, seu ofício é imputado ao Estado. Não é dado o usuário do serviço – destinatário da norma não editada, no caso - supor de quem foi a falha e consequentemente sujeitar-se os seus efeitos nefastos, ante a sua confiança

¹⁴¹ANICETO, Dalmo Luiz Faria Pies. **ANVISA e o uso off-label de medicamentos:** as relações entre evidência e regulação. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/49579/1/2019_disdlfpaniceto.pdf. Acesso em: 30, ago, 2023.

¹⁴² Disponível em: <https://doe.tceal.tc.br/api/api/editions/viewPdf/5260>. Acesso em 14 de ago. 2023.

¹⁴³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Apontamentos Sobre os Agentes e Órgãos Públicos**, p. 69.

legítima na regularidade do sistema. A todos incumbe a obrigação de não iludir os outros, de sorte que, se por sua atividade ou inatividade violarem esta obrigação, deverão suportar as consequências de sua atitude. A presença da boa-fé é requisito indispensável nas relações estabelecidas pelas pessoas para revestir de segurança os compromissos assumidos¹⁴⁴".

Guardadas, pois, as semelhanças conceituais com a teoria da aparência, em que uma situação de fato que manifesta como verdadeira uma situação jurídica não verdadeira, e que, por causa do erro escusável de quem, de boa-fé, tomou o fenômeno real como manifestação de uma situação jurídica verdadeira, cria um direito subjetivo novo, mesmo à custa da própria realidade¹⁴⁵.

Outra situação emblemática se deu no julgamento do Recurso Especial – REsp n. 1.774.306, no qual os ministros do Superior Tribunal de Justiça admitiram que a omissão da administração no seu poder normativo, especificamente sobre a forma de realização da notificação do usuário, ocasionaria para este o dever de interpretar como válida a incompletude da norma legal (no caso, o CTB) e em seu desfavor, como que se lhe imputasse um mister que é inerente à administração pública, configurando-se, dessa feita, verdadeiro ônus para aquele.

Nessa perspectiva, a ementa do referido julgado se firmou nos seguintes moldes: “*Se o CTB reputa válidas as notificações por remessa postal, sem explicitar a forma de sua realização, tampouco o CONTRAN o fez, não há como atribuir à administração pública uma obrigação não prevista em lei ou, sequer, em ato normativo*”¹⁴⁶

Esse julgado chamou a atenção para três circunstâncias: (1) situações como esta recebem a chancela do Poder Judiciário comumente sob o fundamento da intocabilidade do mérito administrativo, como se se concebesse, quase que instintivamente, a legalidade de tais condutas; (2) transfere-se o ônus probatório para o usuário do serviço público em caso de uma inércia da administração pública e (3) o Judiciário desconsidera o fato de Administração Pública ser una em seu ofício para com os usuários do serviço público, à luz da teoria do órgão, de tal modo não se há de se admitir, por exemplo, concepções, metodologias e omissões de cada órgão de maneira particular, tendo em vista que cada uma dessas unidades compõem o ordenamento estatal, uno e indivisível.

Seguindo a mesma tônica, a ausência de constituição de comissões visando à avaliação

¹⁴⁴RIZZARDO, Arnaldo. **Teoria da aparência**. AJURIS no 24, mar. 1982, p. 222.

¹⁴⁵MALHEIRO, Álvaro. Citado pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca no RMS 57.740. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portald/Paginas/Comunicacao/Noticias/25042021-Assim-e—se-lhe-parece-a-teoria-da-aparencia-nos-julgados-do-STJ.aspx>. Acesso em 15 de ago. 2023.

¹⁴⁶BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.774.306 – RS (2018/0272351-5)

de títulos para fins de progressão de servidores, país afora, e no momento em que estes interessados suscitam seu direito à progressão, a administração invoca a ausência da devida comissão e, não raras vezes, com base na sua inércia no poder normativo, nega o direito vindicado. O mesmo ocorre em relação à (não) instituição de comissão de avaliação de estágio probatório.

Notadamente, além de violar o princípio da confiança legítima dos envolvidos no processo, práticas dessa natureza se irradiam, ainda que de maneira reflexa, por diversas esferas do serviço público, caso a caso, na medida em que obstaculizam as atividades dos agentes e servidores que dependem da norma editada, emperram, - já como rotina - atividades essenciais ao redirecionar as procuradorias jurídicas para defesas judiciais, impedem medidas processuais cabíveis no exercício da advocacia administrativista, geram prejuízos às esferas patrimonial e funcional dos destinatários da norma silenciada, atrapalham sobremaneira serviços públicos controlados por agências reguladoras e conduzem a prorrogações de contratos milionários que pesam aos cofres públicos e ocasionam desestímulo de investimentos privados.

2.2.2 Possível ferramenta de favoritismos ou prejuízos

O fato de a lei ser geral e abstrata - concorrendo, então, para prestigiar os valores de *impessoalidade* e da *igualdade*, na medida em que tal estrutura normativa embaraça naturalmente as perseguições e favoritismos - não é a única razão que justificaria se confiar ao Poder Legislativo o delicado mister de disciplinar a liberdade e a propriedade das pessoas¹⁴⁷.

Ao se admitir (a academia jurídica, a doutrina e/ou a jurisprudência) esse tipo de atuação por parte da administração pública, isto é, baseada na própria omissão normativa, proporciona-se, pouco a pouco, uma espécie de acomodação sistemática de ambiente passível de negação de direitos e pleitos, a qual, como é da acepção da palavra (passível), pode ou não ocorrer. Tal contexto requer providências científicas não só por ser contraditório à luz do princípio da confiança legítima e da boa-fé, ora elencados, mas, antes disto, por ser imprevisível, em meio à ausência de parâmetros, dá margem a indefinidas escolhas, verdadeira chance de ilimitada disponibilidade para o gestor, que ao não editar a norma

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Poder” regulamentar ante o Princípio da Legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, ano 8, n. 64, p. 145-152, jan./mar. 2016.

embasadora do direito ou pedido, tem em seu domínio ferramenta para favorecer ou prejudicar os interessados na elaboração daquela.

O sistema burocrático no âmbito da Administração Pública estruturou-se, no período do Estado liberal, visando a ser funcional e responsivo diante de contexto estatal de funções mínimas, fundamentado em normatização rígida e sem necessidades, até então, de descentralização da gestão.

Com a adoção desse modelo, tornou-se indispensável a reforma do serviço público para torná-lo efetivo. E nessa conjuntura, de evolução do “estado natureza” para o “Estado democrático¹⁴⁸” (século XX), fortalece-se o dever de promoção do bem comum, com a finalidade de atender adequadamente às necessidades sociais e ampliam-se expressivamente suas funções políticas e socioeconômicas e político. E em meio às crescentes demandas em torno da máquina estatal e da insuficiência do modelo burocrático em cumprir com seu ofício, sucederam-se mudanças de implementação de uma gestão pública gerencial.

Tal qual num ciclo histórico, a burocacia surge como um remédio para as mazelas de seu tempo, e, mediante um controle rígido dos processos e procedimentos, rigor técnico, definição de tarefas, por exemplo, instala-se sob o ideário de combate a diversas formas de corrupção, favorecimentos, e desvirtuamentos das funções estatais; entretanto, passa a assumir feições de centralização e autoritarismo e suas relações se solidificam em desconfiança.

Eis que a teoria da burocacia vislumbrada por Weber decorre da vulnerabilidade e da parcialidade das teorias clássicas e das relações humanas, baseara-se na racionalidade – adequação dos meios para se alcançar os fins –, tendo como referência a busca de resultados eficientes e se consolidou no crescimento e na complexibilidade das organizações, que passou a exigir modelos mais bem definidos¹⁴⁹.

Racionalidade é um conceito estreitamente relacionado à burocacia. No sentido weberiano, a racionalidade implica adequação dos meios aos fins. No contexto burocrático, isso significa eficiência¹⁵⁰. Com as práticas gerenciais, a Administração Pública deixa de se preocupar tão somente em organizar programas e de ser autorreferente no seu ofício e se ocupa mais em servir o cidadão e observar as suas demandas, tal como com um cliente.

¹⁴⁸ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O Contrato Social**. São Paulo: Cultrix, 1995, 21-22.

¹⁴⁹WEBER, Max (1864-1920). **The essentials of bureaucratic organization: an ideal-type construction**. In Robert K. Merton et al. Glencoe, Illinoios: Free Press, p. 18-27,1963. Veja, também, WEBER, Max. Burocracia. In: GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright (Org.). Max Weber: ensaios de sociologia. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982. p. 229-282.

¹⁵⁰PEREIRA-MATIAS, José. **Curso de Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais** / José Matias-Pereira. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 82.

A Administração Pública gerencial, sem rupturas com os processos e princípios existentes, expressa, pois a flexibilização destes para o melhor desempenho dos serviços, sob a prevalência do interesse do público e se desenvolve sob influência de fatores como a expansão de novos recursos tecnológicos, da abertura de mercados, da globalização da economia.

Em muitas sociedades a nominação é um princípio muito importante na atribuição da identidade social dos indivíduos - mais do que a descendência. Nessas organizações de origens mais remotas, a identificação não se atribui por documentos escritos produzidos sob parâmetros burocráticos, concebidos como impessoais e objetivos, mas, ocorriam por meio de “sinais” ou de “marcas relacionais”, como cicatrizes, deformações, relíquias, traços emocionais, pinturas corporais, enfeites, recordações e aparência (insígnias, roupas, sapatos) — sinais vincados por uma relação quase sempre substantiva e imperativa, com uma forte dimensão física e emocional entre o nome e a pessoa que o recebe, como fazem prova os impecáveis estudos das sociedades tribais realizados¹⁵¹.

Nos tempos atuais, especialmente no Brasil, esse reconhecimento é atestado pela expressão: “Esse eu conheço! Esse eu sei quem é!” — uma prova do relacionamento pessoal garante ou prova a identidade de alguém, dispensando a objetividade formal de carteiras, certificações e diplomas. Assim, se consubstanciam duas formas de identificação: formal e por laços familiares, o que confere um efeito relativo aos tratos sociais. Essa duplicidade pode muito bem explicar a nossa obsessão por cartórios e por um formalismo teleológico no qual o documento tem que ser reconhecido por um outro documento, o que causa a dúvida que a modernidade pretende abolir com um sistema único de identificação. Aliás, vale lembrar que quanto mais próximo e íntimo é o elo, mais se relativizam ou dispensam os “papéis”¹⁵².

O primeiro encontro entre o Estado ostentador (o Capitão, no caso, Cabral) e a sociedade no Brasil há indícios que apontam que a sociedade brasileira viria a ser marcada, desde seu início, pelo autoritarismo e hierarquismo. No caso, para a surpresa e indignação de Caminha, os índios não fizeram “sinal de cortesia” ao avistar o Capitão da frota. Os portugueses usaram de várias estratégias de aproximação com os índios, desde a tentativa de cooptação, que passaram a noite em uma das embarcações, em terra e as primeiras tentativas funcionaram, pois, os índios passaram a abastecer os portugueses com águas¹⁵³.

¹⁵¹Melatti, Júlio Cezar. 1967. **Índios e criadores: a situação dos Kraho na área pastoril do Tocantins.** Monografias do I.C.S., n° 3. Rio de Janeiro: Instituto de Ciências Sociais da U.F.R.J.

¹⁵²DAMATTA, Roberto. **Você sabe com quem está falando?:** Estudos sobre o autoritarismo brasileiro (p. 87). Rocco Digital. Edição do Kindle.

¹⁵³CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Autoritarismo e Patrimonialismo no Brasil:** 40 visões da literatura e da academia (1500-2021). Curitiba: 2021. p. 23

Com o passar do tempo, em meio à complexidade das relações sociais, consagraram-se diversos formatos de relações de superposição, como é o caso “coronelismo”, que, na prática, permite uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras. Tal fenômeno eclodiu na estrutura agrária, que fornece a base de sustentação das manifestações de poder privado ainda tão visíveis no interior do Brasil¹⁵⁴.

Sucede que da Proclamação da República até a década de 30, o Brasil era um país essencialmente agrário, caracterizando-se as relações jurídico-administrativas como predominantemente oligárquicas. Em meio às práticas coloniais, estabelecia-se uma aliança entre o poder do Estado (personificado pela Coroa) e as elites agrárias locais, de modo que após a Independência, se enraizaram nas relações sociais nas quais a estrutura socioeconômica serviu aos interesses dos detentores do poder¹⁵⁵.

O patrimonialismo é visto por Weber como um sistema no qual os funcionários não são admitidos em bases contratuais, mas são escravos ou clientes de quem detém o poder, sendo recompensados com benefícios em dinheiro ou em espécie (natureza). As funções administrativas são distribuídas com base na tradição ou no arbítrio do soberano, sendo “todos os meios de administração considerados partes do patrimônio pessoal do detentor do poder¹⁵⁶”.

Seguindo as conceituações de Weber, a dominação é a probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoa e essa dominação se legitima com a aceitação conferindo a autoridade ao detentor do poder consiste na oportunidade de impor sua própria vontade, no interior de uma relação social, até mesmo contra resistências, pouco importando em que repouse tal oportunidade¹⁵⁷.

A dominação expressava-se de três maneiras: (1) racional -legal, fundada na legitimidade das ordens em posições específicas, as quais conferem ao indivíduo o direito de mando; (2) tradicional, com origem na crença e nas tradições correntes, as quais conferem legitimidade àqueles representantes da autoridade; e (3) carismática, baseada na admiração da conduta exemplar de uma pessoa, que lhe propicia o poder da ordem. O modelo burocrático

¹⁵⁴NUNES, Victor Leal. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1975. p. 23.

¹⁵⁵NOHARA, Irene Patrícia. Reforma Administrativa e Burocracia (pp. 31-32). Edição do Kindle.

¹⁵⁶BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. 12. ed. Brasília: Universidade de Brasília. 1999. V. 1. P. 125-126.

¹⁵⁷WEBER, Max (1864-1920). **The essentials of bureaucratic organization: an ideal-type construction**. In Robert K. Merton et al. Glencoe, Illinois: Free Press, p. 18-27, 1963. Veja, também, WEBER, Max. Burocracia. In: GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright (Org.). Max Weber: ensaios de sociologia. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982. p. 229-282.

de Weber seria uma forma de dominação, que se manifestaria no “tipo ideal” de dominação legítima¹⁵⁸.

Embora tenha havido sucessivas reformas administrativas no sistema brasileiro, especialmente a consolidada pela EC nº 19/98 e mediante leis posteriores, com o intento de inserir medidas gerenciais, ainda assim, permanece o arcabouço da burocracia na Administração Pública brasileira e, nas circunstâncias de análise de condutas autoritárias, privilegiadas, de invocação de poder, convém rememorar o sistema burocrático pressupõe certa racionalidade impessoal que, guiada por regras formais que padronizam e conferem igualdade no tratamento dos casos, define com precisão as relações de mando e subordinação, mediante a distribuição das atividades a serem executadas e de acordo com os fins a que se visa¹⁵⁹.

Ainda assim, com a manutenção dos rigores técnicos e formais inerentes ao aparelho burocrático, os vícios do patrimonialismo persistem na cultura brasileira, de modo que o Estado é tido por uma ampliação do círculo familiar e, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. É como se existisse, entre o círculo familiar e o Estado, uma graduação¹⁶⁰.

Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles aufera se relacionam a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos¹⁶¹. Um exemplo histórico desse impasse - interesse público x patrimônio pessoal- foi o fato de Graciliano Ramos ter sido preso pelo mesmo oficial do Exército que lhe havia solicitado, sem êxito, a aprovação de uma sobrinha que havia sido reprovada no concurso de admissão ao curso normal¹⁶².

Pois bem, torna-se desafiadora a tarefa de invocar os critérios de formalidade institucional – como o cumprimento do poder regulamentar - a bem do trato igualitário, transparente e impessoal numa sociedade marcada pela prática de identificação das pessoas

¹⁵⁸PEREIRA-MATIAS, José. *Curso de Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais* / José Matias-Pereira. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 81.

¹⁵⁹WEBER, Max (1864-1920). *The essentials of bureaucratic organization: an ideal-type construction*. In Robert K. Merton et al. Glencoe, Illinois: Free Press, p. 18-27, 1963. Veja, também, WEBER, Max. Burocracia. In: GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright (Org.). Max Weber: ensaios de sociologia. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982. p. 221.

¹⁶⁰Raízes Do Brasil - Sergio Buarque de Holanda (Locais do Kindle 2100-2102). Edição do Kindle.

¹⁶¹Raízes Do Brasil - Sergio Buarque de Holanda (Locais do Kindle 2186-2189). Edição do Kindle.

¹⁶²CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Graciliano Ramos e a Administração Pública: Comentários aos seus relatórios de gestão à luz do Direito Administrativo moderno*. Belo Horizonte. Fórum: 2017. 43

por laços familiares e anseios subjetivos – conforme estudos científicos realizados, à luz das menções literárias ora elencadas.

Decerto, a Sociologia - única ciência social que tem mantido sua relação com todos os problemas da sociedade global¹⁶³ - de modo peculiar, cumpre um papel fundamental na detecção de costumes, modos de relacionamentos e circunstâncias que moldaram a Administração Pública, notadamente quanto aos fatores que justificaram o surgimento da burocracia, como dito outrora.

É bem verdade que atualmente a atuação da administração pública vai além da simples formalização, mas, passa a se firmar na legitimidade, tende a se pautar na aferição da proporcionalidade, o seu se coloca no campo da virtude, fala-se com mais frequência em consensualidade - não há ato administrativo que não seja voltado para o administrado. E a literatura anseia por lhe alcançar o patamar de intangibilidade das decisões, e de se obter o conceito de interesse público pelo administrado, que atuaría não mais como um sujeito passivo não somente por representação, mas como partícipe ativo, diretamente, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal.

De igual modo, a Filosofia detém elementos de entendimento sobre o fenômeno pela qual o direito administrativo vem passando, máxime a teoria da razão comunicativa, segundo a qual a racionalidade tem mais a ver com a forma como os sujeitos capazes de linguagem e de ação fazem uso do conhecimento, do que com a aquisição de conhecimento puramente¹⁶⁴. Eis que o caráter interativo-social da Administração Pública se encaminha para figurar como um critério de validade do poder da qual esta se reveste e, nessa perspectiva, estabelece-se (filosoficamente) a possibilidade de se constituir um estado humano conciliado e integrado a um novo esclarecimento¹⁶⁵.

As vertentes consequencialistas advêm do pragmatismo jurídico, o qual detém, dentre as diversas características, a ruptura com conceitos tradicionais de segurança jurídica, o impulsionamento da ação estatal guiada por uma lógica e a busca de um resultado benéfico e esperado pela sociedade. Hipótese que se concilia com o reconhecimento e o acolhimento da força normativa dos fatos, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3689, que asseverou no referido julgado não poder se limitar à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada – embora ainda não jurídica – não pode ser desconsiderada¹⁶⁶.

¹⁶³J. HABERMAS. **TEORÍA de la Acción Comunicativa**. Madrid: Taurus, 1987. v. 1 p. 17 .

¹⁶⁴J. HABERMAS. **O Discurso Filosófico da Modernidade**, p. 277.

¹⁶⁵*Id.. Conhecimento e Interesse*. In: Técnica e Ciência como Ideologia. p. 86.

¹⁶⁶ BRASIL, ADI - **Ação Direta de Inconstitucionalidade** n. 3689 do Estado do Pará. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2369194>. Acesso em: 16 mai. 2021.

A ADI 3689 arguia a inconstitucionalidade da lei nº 6.066, de 14 de agosto de 1.997, do Estado do Pará, que alterando divisas, desmembrou faixa de terra do Município de Água Azul do Norte e o integrou ao Município de Ourilândia do Norte, cuja violação constitucional estaria configurada em face do artigo 18, § 4º o qual dispõe que “*a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei*”.

O resultado do julgamento procedeu-se à unanimidade para dar procedência à ADI e, por maioria, “*ao não pronunciar a nulidade do ato impugnado, manteve a sua vigência pelo prazo de vinte e quatro meses até que o legislador estabelecesse novo regramento, nos termos do voto do relator*”.

No seu voto, o Ministro Relator pontuou que “*a fração do Município de Água Azul do Norte foi integrada ao Município de Ourilândia do Norte apenas formalmente pela Lei estadual n. 6.066, vez que materialmente já era esse o município ao qual provia as necessidades essenciais da população residente na gleba desmembrada*”. E realçou que se tratava de uma “sitação excepcional consolidada, de caráter institucional, político, embora ainda não jurídica, não pode ser desconsiderada.

Pronunciou-se pela importância de se rechaçar esse tipo de atuação, pois “*a exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal*”..

E concluiu posicionando-se desta forma: “*A Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: o desmembramento de parte de Município e sua consequente adição a outro. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional*”.

Por outra via, e ainda tomando por base os consectários até mesmo das primeiras ideias do pragmatismo, esse tríplice comportamento da Administração Pública constitui um retrocesso aos indicativos da Análise Econômica do Direto, do custo-benefício para guiar as ações, da teoria que preceitua que o direito deve evoluir a fim de possuir maior eficiência e transformar as questões jurídicas em problemas pecuniários, dessa forma a escolha judicial têm um melhor resultado e eficiência, evitando desperdício social¹⁶⁷.

¹⁶⁷ POSNER. Richard. A Economia da Justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 234.

Com base nos achados da literatura especializada, é possível afirmar que os vícios de superdimensionamento, de imposição privilegiada do poder e de conformismo com a inoperância do sistema, firmados no ambiente da burocracia administrativa ao longo dos anos, são determinantes na consolidação de uma lógica procedural engessada, ante uma política de gestão propensa à onisciência de realidades especialmente transgressoras, com produções legislativas deveras combativas, todas com o intuito de proteger o interesse público, mas, decerto, sem ter alcançado até então, uma margem de superação que efetivamente priorize os resultados dos serviços prestados, conforme a seguir detalhado em cada capítulo desta pesquisa.

3 O SILENCIO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A hesitação da Administração em responder a uma solicitação do usuário dos seus serviços tem proporcionado importantes debates na literatura sobretudo por indicar que se apresenta mais prejudicial ao sistema e aos destinatários do seu ofício do que eventual erro no ato de decidir, sobretudo pelo fato de eventuais falhas e até indeferimentos poderem sofrer impugnações, isto é, há uma chance de reverter, enquanto omissão, via de regra, não oferece esta possibilidade.

A figura do silêncio administrativo foi criada como uma resposta ao fato de o particular não poder ficar indefinidamente em um limbo jurídico, causado pela inércia estatal, não sendo uma omissão em si, mas a omissão qualificada pela produção de um efeito jurídico¹⁶⁸. Na prática, não consiste em deferimento ou indeferimento tácito, mas, em alguns casos, na substituição da autoridade ou o órgão competente para decidir por outro¹⁶⁹.

Já na década de trinta, questionava-se como seria possível o silêncio constituir manifestação de vontade, quais os efeitos do silêncio administrativo, como interpretar o silêncio administrativo, como deve ser considerada a falta de manifestação de vontade, referindo-se à manifestação de vontade como afirmação, declaração oral ou escrita, por meio da qual se teria afirmação ou negação, concordância ou discordância¹⁷⁰.

A literatura brasileira clássica defende que a omissão da administração – seja na acepção de função típica do Poder Executivo, seja na atividade atípica do Legislativo e do Judiciário -, pode representar aprovação ou rejeição da pretensão do administrado, tudo dependendo do que dispuser a norma pertinente. Ao estabelecer o tempo limite de silêncio, ultrapassado este se teria por aprovado ou denegado o pedido, entendendo-se assim, mais pela determinação legal do efeito do silêncio que pela omissão administrativa.

3. 1 A teoria do silêncio administrativo

A teoria do silêncio administrativo surgiu no sistema contencioso administrativo francês, mais precisamente na denominada decisão prévia. Com a criação da jurisdição administrativa, os Tribunais comuns (Judiciário) deixaram de apreciar, por força da Lei 16-24,

¹⁶⁸ MODESTO, Paulo. **Silêncio Administrativo Positivo, Negativo e Translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise.** 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/silencio-administrativo-positivo-negativo-e-translativo--a-omissao-estatal-formal-em-tempos-de-crise> Acesso em 03 de jun 2023.

¹⁶⁹ MODESTO. *Op. cit.*

¹⁷⁰ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A teoria do silêncio administrativo.** Revista da Faculdade de Direito. Universidade São Paulo, 34, 1938, p. 122.

de agosto de 1790, demandas nas quais tivessem como parte a Administração e as reclamações dos administrados em face da Administração passariam a ser apreciadas por esta.

O Conselho de Estado francês - de atuação não judicial - adotou a regra da decisão prévia, de modo que o recurso contencioso administrativo foi consagrado como um processo relacionado ao ato de proteção da legalidade objetiva; bastando portanto, a ausência de ato para que o reclamante ficasse à mercê da Administração.

Já o efeito jurídico do silêncio administrativo foi atribuído com o Decreto francês, de 02 de novembro de 1864, por meio do qual seriam consideradas negadas as pretensões não decididas no prazo de quatro meses (art. 7.º). Da mesma forma, tal técnica foi prevista no Decreto de 16 de março de 1880, sobre as eleições ao conselho Superior de Instituições Públicas e aos Conselhos Acadêmicos e na Lei de 05 de abril de 1884 relativa às eleições municipais. Posteriormente, a Lei de 17 de julho de 1900, no seu art. 3.º, estendeu o tratamento jurídico a todos os reclamos veiculados perante qualquer órgão da Administração Pública francesa. Assim, transcorridos quatro meses sem qualquer pronúncia por parte da Administração, presumisse, por lei, que a pretensão do particular fosse denegada, o que permitia a este promover contra tal denegação os correspondentes recursos jurisdicionais. Nascia, assim, o silêncio negativo¹⁷¹.

A abordagem no tema na doutrina brasileira se concentra no silêncio administrativo no campo decisório, que, por sua vez se atém a vincular o silêncio administrativo ao caráter indenizatório em relação ao prejudicado à luz da teoria do desvio de poder/abuso de poder e a natureza jurídica do silêncio administrativo¹⁷². A propósito, não se observam pesquisas científicas ou opiniões técnicas sobre o silêncio administrativo voltado à omissão no poder normativo e as circunstâncias que permeiam essa pecha no sistema jurídico.

Conforme o pensamento de Hely Lopes Meireles, quando a norma se limita a fixar prazo para a prática do ato, sem indicar as consequências da omissão administrativa, há que se perquirir, em cada caso, os efeitos do silêncio. O certo, entretanto, é que o administrado jamais perderá seu direito subjetivo, enquanto perdurar a omissão da administração no pronunciamento que lhe compete¹⁷³.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o silêncio administrativo configura uma situação jurídica em que a administração pública deixa de se pronunciar quando deve fazê-lo, seja porque foi provocada pelo administrado, seja porque um órgão tem de se pronunciar para

¹⁷¹ SADDY, André. **Silêncio administrativo no direito brasileiro: Breve análise de ordenamentos jurídicos estrangeiros**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 24.

¹⁷² FAGUNDES, Seabra. **Responsabilidade no Estado: indenização por retardada decisão administrativa**. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 14, n. 57/58, jan.-jun. 1981, p. 7-17

¹⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

fins de controle do ato de outro órgão¹⁷⁴. A demora, na vida do cidadão, é, muitas vezes, pior que uma negativa, a qual é passível de recurso administrativo. Daí a preocupação do constituinte em prever o direito à duração razoável dos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII)¹⁷⁵.

Sobre essa particularidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro declara viabilidade de o silêncio vir a significar forma de manifestação da vontade, quando a lei assim o prevê; normalmente ocorre quando a lei fixa um prazo, findo o qual o silêncio da Administração significa concordância ou discordância¹⁷⁶.

Para Ricardo Martins¹⁷⁷, não pode ser considerado ato administrativo, ante a inexistência de declaração estatal e lhe confere a feição de fato administrativo, por produzir efeitos jurídicos, mas só se concebendo a condição de “silêncio administrativo” com a previsão jurídica de seus efeitos, sem isto, segundo o autor não há se falar em silêncio.

Há, pois, uma distinção entre o silêncio decorrente de omissão ilícita (inação administrativa), referente a um não agir lícito. Assim, sem previsão legal de atuação da administração, será legítima a sua abstenção em editar atos, por força do princípio da legalidade e do princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador, considerando a ausência de lei como decisão do legislador. De tal modo a obrigatoriedade de atuação do Estado somente diante da incidência de um princípio determinando a edição de um ato e seja mais forte que o princípio formal o qual prima pela omissão administrativa na ausência de lei. Do contrário, a inação estatal será lícita.

Da leitura dos conceitos dos supramencionados, denota-se que o silêncio pode consistir em omissão, ausência de manifestação de vontade, ou não. Em determinadas situações poderá a lei determinar a Administração Pública manifestar-se obrigatoriamente, qualificando o silêncio como manifestação de vontade. Nesses casos, é possível afirmar que estaremos diante de um ato administrativo.

3.2 Natureza jurídica e efeitos

¹⁷⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.421.

¹⁷⁵ MEDAUAR, Odete. **O princípio da razoável duração do processo administrativo**. IN: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein Atuais rumos do processo administrativo (Org.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Existe um novo direito administrativo? Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 165.

¹⁷⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Ato administrativo**. IN: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito Administrativo – v 5: ato administrativo e procedimento administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 49.

Há oscilações de pensamento quanto à natureza jurídica do silêncio administrativo, isto é, há quem defenda se tratar de um fato administrativo, outros que consiste em ato administrativo e há aqueles quem defenda ser um ato administrativo condicionado à expressa previsão legal ou à fixação de prazo para a sua emanação¹⁷⁸. O que não se confunde com os atos implícitos, correspondentes a ações dirigidas por uma vontade declarada de um órgão administrativo sem, no entanto, obedecer ao respectivo procedimento. No ato implícito, mesmo sem uma decisão expressa, há uma vontade dedutível mediante outro ato, o qual passa por uma dinâmica de interpretação. Em outras palavras, a vontade administrativa externa-se por meio de um ato que envolve outro. Portanto, é indissociável a relação de dependência com um ato necessariamente expresso¹⁷⁹.

Temístocles Brandão Cavalcanti chama atenção para a diferença entre a omissão da Administração, no exercício do ofício voltado ao interesse público e aquela ocorrida na decisão decorrente de provação. No caso de uma “inércia por ofício” configura reconhecimento tácito, enquanto na inação em meio a um requerimento não se aplica reconhecimento implícito do pedido de terceiros.¹⁸⁰

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello explica que o silêncio da administração corresponde a uma manifestação de vontade e como tal é ato administrativo, mas não representa inércia, a qual somente ocasiona a decadência do direito¹⁸¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o silêncio não é ato jurídico e como tal não pode ser ato administrativo. Este é uma declaração jurídica. Quem se absteve de declarar, pois, silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum. Tal omissão é um 'fato jurídico' e, *in casu*, um “fato jurídico administrativo”. Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio: o de conceder ou negar. Este efeito resultará do fato da omissão, como imputação legal, e não de algum presumido ato, razão por que é de rejeitar a posição dos que consideram ter aí existido um ato tácito.

Na mesma linha, André Saddy chama de silêncio a “substituição” da manifestação da vontade estatal, que equivale, em determinadas hipóteses, à declaração do Estado, atribuindo-

¹⁷⁸ BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição: garantia constitucional**. São Paulo: Método, 2004. P. 14

¹⁷⁹ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **O silêncio administrativo**: a inatividade formal do Estado como uma refinada forma de ilegalidade! Boletim de Direito Administrativo, Curitiba, a. XXVII, n. 4, abr. 2011, p. 403-423. *apud* SADDY, André. **Silêncio administrativo no direito brasileiro**: Breve análise de ordenamentos jurídicos estrangeiros. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 42.

¹⁸⁰ CAVALCANTI, Temístocles Brandão. A teoria do silêncio no direito administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 77, a. 36, n. 427, p. 579-581, jan.-mar. 1939, p. 579-580.

¹⁸¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. São Paulo: 10 ed., Forense - Rio, 1969. p. 10.

se, desse modo, a natureza de ato administrativo e só se forma se o órgão possuir um dever legal de decidir a questão colocada pelo particular¹⁸².

Paulo Modesto admite se tratar de fato administrativo, não declarado/pronunciado, mas, uma ocorrência e há correntes que defendem se tratar de ato tácito ou ato presumido¹⁸³. Já Paulo Modesto afirma que é tido, pois, como uma das respostas preventivas do sistema jurídico à inatividade formal da Administração Pública, a qual não se confunde com a inatividade administrativa *tout court* nem é a única resposta do sistema jurídico para inibir, prevenir ou reduzir o prolongamento excessivo do processo administrativo¹⁸⁴.

Em relação ao ato jurídico, Marcos Bernardes de Mello ensina que é o fato jurídico cujo suporte fático tenha como *cerne* uma exteriorização consciente de vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não-proibido e possível¹⁸⁵.

No direito privado, os fatos jurídicos em sentido amplo -acontecimentos a que o Direito atribui a efeitos jurídicos -, subdividem-se e em fato jurídico em sentido estrito e atos jurídicos. O primeiro consiste em decisões que independente da vontade humana. Os atos jurídicos são fatos voluntários, desdobrando-se ainda em atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos. No direito público, a rigor, há uma diferença, pois a Administração Pública não possui vontade e seu ofício visa à busca pelo interesse público, de maneira que a teoria privada dos atos jurídicos parece, a princípio não se ajustar perfeitamente¹⁸⁶.

Considerando o conceito de “negócio jurídico” atribuído pelo Código Civil ao ato jurídico, convém atentar para as diferenciações doutrinárias quanto aos *fatos jurídicos em sentido estrito*, dos *atos jurídicos*, ou *atos jurígenos*, procedendo-se a concreção daqueles (fatos jurídicos) sem qualquer ingerência humana por advirem de forças alheias. Enquanto estes – atos jurídicos – provêm de ações humanas e são capazes de criar relações na órbita do direito, os quais podem ser lícitos, inspirados em meta negocial, na deliberação de alcançar

¹⁸²SADDY, André. **Silêncio administrativo no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 2 Idem ao item 1.

¹⁸³SADDY, André. **Silêncio administrativo no direito brasileiro: Breve análise de ordenamentos jurídicos estrangeiros**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 25.

¹⁸⁴ MODESTO, Paulo. **Silêncio Administrativo Positivo, Negativo e Translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise**. Revista Colunistas de Direito do Estado, 22/12/2016, nº 317, disponível em <https://bit.ly/silencio-adm> ou no livro *Café com Prosa: crônicas de direito e reforma do estado*. Rio de Janeiro: Ed. GZ, 2021, pp.230-241.

¹⁸⁵MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 117.

¹⁸⁶MARTINS, Ricardo Marcondes. **Ato administrativo**. IN: BACELAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de direito Administrativo-v 5: ato administrativo e procedimento administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. P. 49.

um efeito jurídico ou ilícitos, – *ou ilícitos*, em que o efeito jurídico alcançado não é perseguido pelo agente¹⁸⁷.

Distinguindo manifestação omissiva e ausência de vontade, Marçal Justen Filho assinala que a atuação omissiva produzirá um ato administrativo quando consistir em manifestação de vontade. Em caso de ausência de manifestação de vontade, inexistirá ato administrativo em sentido restrito. Poderá existir ato ilícito: se a Administração Pública omitir a manifestação de vontade quando estava obrigada a atuar, existirá ilicitude e incidirá o regime da responsabilidade civil¹⁸⁸.

Das variações terminológicas e valorativas sobre esse instituto, o chamado silêncio qualificado, suscitado pelo referido autor, corresponde ao que tem ingerência na vontade da administração pública em determinado grau, a isto se agregando à possibilidade de reconhecimento da omissão como manifestação daquela vontade. O silêncio qualificado funciona como exercício da função administrativa, enquanto a qualificação do silêncio fica à mercê da disciplina jurídica.

E quanto ao elemento vontade, convém observar os conceitos “manifestação e declaração”, os quais correspondem, respectivamente, à identificação mediante simples comportamento, e manifestação qualificada. Daí decorre que *declaração* e *manifestação* são modos (= formas) de exteriorização da vontade e, como tal correspondem a *elementos complementares do suporte fático dos atos jurídicos*. Inobstante não sejam o próprio *cerne*, são fatores que completam o núcleo e constitui *elemento essencial à concreção do suporte fático suficiente à incidência da norma jurídica*, portanto, à própria existência do ato jurídico. Logo, diante de uma exigência normativa, como elemento do suporte fático de determinado ato jurídico, a vontade há de se exteriorizar mediante *declaração*, em outras palavras: a ausência de declaração onde há essa exigência, acarreta a *inexistência* do ato jurídico, não somente sua nulidade ou ineficácia¹⁸⁹.

Já a produção dos efeitos do silêncio administrativo depende de uma fixação normativa, tendo como fatores: (a) um procedimento - estruturado de ofício ou pelo interessado - (b) vencimento do prazo máximo estabelecido pela norma, pela autoridade decisora ou por outro documento estabeleça a relação jurídica passível do silêncio.

Paulo Modesto leciona que em alguns casos, a lei pode definir *preclusões processuais* meio ao desrespeito a prazos fixados; em outros, presumir uma *decisão substitutiva material*

¹⁸⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Parte Geral*. Vol. 1. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 158.

¹⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 115.

¹⁸⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 118.

para a pretensão do cidadão ante a *inertia deliberandi*; pode também prever a *transferência transitória e em concreto* da atribuição para decidir determinada pretensão para outra autoridade administrativa em caso de omissão da autoridade normalmente competente ou, ainda, simplesmente *eliminar a participação de determinada autoridade em ato originalmente complexo*¹⁹⁰.

Daniel Wunder sustenta que uma vez ultrapassado sem resposta o prazo de que dispõe a Administração para decidir o processo administrativo deflagrado pelo titular do direito postulado, restará configurado o seu silêncio, postura que se revela inconstitucional por agredir o art. 5º, LXXVIII, da Lei Fundamental. Impende analisar, então, quais serão os efeitos produzidos por essa conduta administrativa antijurídica¹⁹¹.

3.3 Abordagem no sistema brasileiro

A inquietação da doutrina, certamente, inspirou a edição dos artigos 24¹⁹² e 49¹⁹³ da lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal - lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 -, os quais preveem o instituto da mora administrativa, diante da fixação dos prazos de cinco e trinta dias, respectivamente, para decisão, com o intuito de reprimir a atuação arbitrária do Poder Público. Já no artigo 48¹⁹⁴ dessa lei há a previsão do dever de decidir. Em idêntica redação aos dos artigos 24 e 49, na lei de processo administrativo federal são os dispositivos 24¹⁹⁵ e 49¹⁹⁶ da lei de processo administrativo do Estado de Alagoas (lei nº 6.161, de 26 de junho de 2000).

Ainda no âmbito legislativo, tem-se o artigo 3º, IX, da lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, a qual institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica¹⁹⁷, o qual

¹⁹⁰ MODESTO, Paulo. **O silêncio administrativo como técnica de experimentação.** 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-27/interesse-publico-silencio-administrativo-tecnica-experimentacao>. Acesso em 03, jun, 2023.

¹⁹¹ HACHEM, Daniel Wunder, Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais – **Dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo.** 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/97/319>. Acesso em 30 de ago. 2023.

¹⁹² Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados **no prazo de cinco dias**, salvo motivo de força maior.

Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.

¹⁹³ Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração **tem o prazo de até trinta dias para decidir**, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

¹⁹⁴ Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

¹⁹⁵ Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.

¹⁹⁶ Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

¹⁹⁷ CYRINO, André. **Direito Administrativo de carne e osso:** estudos e ensaios.

Rio de Janeiro: Processo, 2020. p.160-161

prevê a hipótese de “*aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei*”, uma vez transcorrido o prazo fixado, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto naquela lei.

Entretanto, inexiste, pois, norma geral e ou federal que trate do silêncio administrativo de maneira genérica, a ponto de abranger situações variadas, há, portanto, leis que tratam de temas específicos, como ocorreu no mencionado exemplo, bem como do artigo 54 da lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, com redação conferida pela lei nº 9.021, de 30 de março de 1995, a qual dispõe sobre a implementação da autarquia Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), cujo teor predica: “*§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados*”.

Já os escritos literários mais recentes, em plena sintonia com os autores clássicos, elenca as formas de lidar com o silêncio administrativo são: (a) efeito negativo - o direito reconhece que houve efetivo indeferimento a determinado pleito, (b) efeitos processuais – denominado de translativo, com o envio do pleito, de ofício à instância superior ou a outro organismo, conforme definido em lei e (c) efeito positivo, sob a máxima do quem cala consente, conforme previsão do artigo 3º, IX, da lei de Liberdade Econômica¹⁹⁸.

Inobstante não ter o potencial de gerar um ato propriamente dito, o silêncio positivo detém, por ficção jurídica, idênticas garantias de existência que um ato expresso. Sua finalidade. Sob esse parâmetro, essa ficção impulsiona a Administração a se manifestar, do contrário, o administrado estará legitimado para atuar como e tivesse sido deferido o seu pedido¹⁹⁹.

Por ora, em linhas gerais, no sistema brasileiro, a omissão em decidir se limita a uma violação ao dever decisório, cujas consequências podem se ater ao universo da apuração disciplinar da autoridade faltante; e só, sem aplicação de efeitos práticos (positivos) e imediatos para o interessado na manifestação.

3.4 Algumas experiências estrangeiras

¹⁹⁸ *Id. Ibid.*, p.160-161

¹⁹⁹ JAIME RODRÍGUEZ-ARANA (RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Prólogo. In: SUAY RINCÓN, José. *La ley 4/1999 de procedimiento administrativo: reforma de la Ley 30/1992*. Madrid: Colex, 2000

No Direito espanhol, há doutrina no sentido de o silêncio negativo não ocasionar uma presunção do ato propriamente, sendo, pois, equivocado asseverar que ato presumido é sinônimo de silêncio administrativo do silêncio²⁰⁰.

Em Portugal, as pesquisas científicas indicam que, nos casos a que se reporta o preceito, o ato tácito (formado legalmente a partir do silêncio do órgão competente durante determinado prazo) consiste na aprovação ou autorização pedidas (propostas ou requeridas). Trata-se, para todos os efeitos, de um ato administrativo, correspondente àquele que resultaria de a Administração ter decidido expressamente “aprovo” ou “autorizo”. Ou seja, noutra perspectiva, o exercício do direito pelo requerente fica, a partir daí, administrativamente descondicionado (mesmo não havendo *acto expresso descondicionante*²⁰¹).

Em pesquisas doutrinárias da França, foi possível constatar a aplicação do silêncio rejeição (ou recusa): de um lado, os casos em que o silêncio equivale a uma decisão de aceitação têm um caráter derogatório; de outro lado, aqueles em que a administração é obrigada a decidir explicitamente são excepcionais. Em consequência desta regra, a administração não pode, se abstendo de decidir explicitamente, obstaculizar o exercício ao recurso judicial (que em princípio deve ser dirigido contra uma decisão) e é nisto que reside sua razão de ser²⁰².

Já na Itália, o silêncio administrativo configura-se pela presunção visando a conceder garantia jurisdicional ao usuário do serviço e tal ficção não isenta a Administração do dever de decidir. O sistema italiano determinou algumas situações de silêncio, a exemplo do silêncio-assentimento- com efeito positivo; silêncio denegatório, que provoca a rejeição do pedido do interessado; silêncio-recusa - quando há inércia da Administração diante de uma atividade discricionária; silêncio-significativo, quando a lei atribui determinada consequência ao silêncio. E o silêncio-rejeição, que se distingue das hipóteses de silêncio puro porque pressupõe a existência de um primeiro ato administrativo, contra o qual se insurgir o administrado²⁰³.

3.5 Da omissão legislativa

²⁰⁰ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. **El silencio administrativo en el derecho español.** Madrid: Civitas, 1990. p. 75-76.

²⁰¹ OLIVEIRA, Mario Esteves de, GONÇALVES, Pedro Costa e AMORIM, J. Pacheco. **Código do Procedimento Administrativo Comentado.** 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 484/485.

²⁰² CHAPUS, René. **Droit administratif général.** Tome 1. 15^a ed. Paris: Montchrestien, 2001, p. 506 (tradução livre).

²⁰³ DI BENEDETTO, Ugo. **Diritto Amministrativo.** 3^a ed. Santarcangeli di Romagna: Maggioli, 2007, p. 533.

A omissão legislativa abrange a obrigatoriedade de concreção de texto constitucional pelo legislador e das demais matérias relativas à eficácia das normas constitucionais²⁰⁴. A inconstitucionalidade por omissão é determinada pela conduta omissiva (*non facere*) do Estado no campo do processo legislativo. Em regra, inexiste elaboração da norma infraconstitucional reclamada por norma constitucional de eficácia limitada, desde que satisfeitos o pressuposto e os requisitos da omissão inconstitucional²⁰⁵.

A inconstitucionalidade por omissão foi normatizada pela primeira vez por meio das Constituições da antiga Iugoslávia (de 1974) e de Portugal (de 1976)²⁰⁶. No Brasil, a sua positivação se deu com a atual Constituição Federal, mediante a previsão do mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI²⁰⁷, e da ação de inconstitucionalidade por omissão, disposta no art. 103, §2º²⁰⁸. O primeiro servindo ao controle incidental de direitos subjetivos constitucionais, enquanto a segunda se presta a controlar de maneira abstrata em tese, desvinculada de relações jurídicas específicas.

A omissão legislativa detém efetivo reconhecimento no ordenamento jurídico, uma ritualística, a exemplo dos procedimentos inerentes à Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, previstos na lei nº 9.868/1999 e na lei nº 12.063/2009, que acrescentou o capítulo II àquela. O artigo 3º da primeira lei prevê a título de indicação dos elementos da petição inicial: “*o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações e o pedido, com suas especificações*”. Já o artigo 12-B da nova lei (de inclusão da ADO) assim dispõe sobre as indicações a serem feitas na petição: “*a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; o pedido, com suas especificações*”.

O objeto ADI por omissão é a falta de lei ou ato normativo que regulamente dispositivo de norma constitucional de eficácia limitada, tendo como ente competente para julgar o Supremo Tribunal Federal e os legitimados ativos os previstos no artigo 103²⁰⁹ da

²⁰⁴MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.1.345.

²⁰⁵MORAES, Guilherme Peña. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 175

²⁰⁶2 MENDES, op. cit., p. 1.352.

²⁰⁷LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; [...].

²⁰⁸§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

²⁰⁹**Art. 103.**Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

Constituição Federal eu resultado do seu julgamento tem efeito mandamental. Na prática, enquanto o Poder Legislativo não editar a lei, o respectivo direito constitucional não poderá ser exercido.

O seu intuito é de forçar o poder público a praticar um ato necessário para que a observância de uma norma constitucional seja assegurada. A inação deve ser identificada à luz de uma ou mais normas constitucionais específicas não em face da Constituição como um todo, pois tal intuito não representaria uma “simples” omissão, mas sim de uma revolução²¹⁰.

Por oportuno, as expressões “ato normativo impugnado” e “providência de índole administrativa” constantes, respectivamente, no artigo 3º da lei nº 9.868/1999 e no artigo 12-B, da lei nº 12.063/2009 ambos detêm essas duas conotações (1) consistem no dever de adoção de providência de índole administrativa; com efeito, a inércia administrativa acontece quando o poder público não pratica o ato determinado pela norma constitucional, só que este ato não tem natureza de ato legislativo. Por exemplo, deixa de criar e executar programa de política educacional, não atua em favor da erradicação do analfabetismo infantil, como ocorreu na ADI 1.698, da relatoria da Ministra Carmen Lúcia, por meio da qual o STF apreciou a alegação de omissão por parte da Presidência da República quanto a esta temática; (2) Tem um caráter mais, porquanto envolve também atos normativos de competência do Poder Executivo e do Poder Judiciário, nas suas funções atípicas de legislar e são dotados de generalidade, abstração e obrigatoriedade²¹¹.

Desta feita, o controle concentrado de omissão elencado no artigo 103, § 2º²¹², da Constituição Federal, abrange a inação tanto atos normativos primários (leis), quanto atos normativos secundários (regimentos e regulamentos internos)²¹³, nomeadamente visando à análise de fatores de compatibilidade e adequação destes em relação aos preceitos constitucionais. É comum, no campo judicial, se conceber que a obrigatoriedade de o legislador elaborar leis - conduta inconstitucional – somente ocorre quando há imposição na própria Constituição, desse dever; – e isto se constata nos julgados principalmente no STF,

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; [...].

²¹⁰CLÈVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 57

²¹¹BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 229.

²¹²§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

²¹³Ibidem p. 229.

nos quais abordam essa particularidade. Em outras palavras, inexiste obrigatoriedade do legislador em elaborar leis, constituindo-se numa faculdade.

Já o mandado de injunção funciona como uma validação à ausência de norma regulamentadora dos textos constitucionais pormenorizados no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição, isto é, para tornar viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Trata-se de uma competência conferida ao magistrado para substituir temporariamente o legislador. A exemplo do emblemático mandado de injunção nº 712, por meio do qual o STF determinou a possibilidade de aplicação da lei federal nº 7.783/1989 (lei geral de greve da iniciativa privada) aos servidores públicos, ante a omissão legislativa reiterada e que se mantém até os dias atuais.

Com efeito, a diferença entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisso: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo máximo de 30 dias (CF, art. 103, §2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão de ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável²¹⁴.

Inobstante isso, a semelhança mais categórica entre a omissão normativa e a omissão legislativa é que, exceto nos casos em que a Constituição ou a lei institui o dever de legislar/normatizar, há uma noção generalizada e indiscutível de ausência de obrigatoriedade em normatizar, constituindo-se numa faculdade, o que afasta sindicabilidade.

E ainda que se vislumbrasse o cabimento de algum desses remédios jurídicos (MI ou ADO) especialmente para o objeto desta pesquisa – afastamento da presunção de legitimidade e da legalidade nas atuações embasadas em no silêncio normativo -, isto não é o cerne da questão em estudo; o objetivo desta antecede a ideia de judicialização, na medida em que visa impulsionar a consolidação dos efeitos do silêncio normativo, a ponto

²¹⁴VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **As novas garantias constitucionais.** Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 78, v. 644, jun. 1989

de, se não intimidar o gestor faltoso, ao menos blindar os destinatários da norma não editada - no âmbito administrativo – de conduta contraditória e prejudicial aos seus interesses.

3.6 Controle

Os movimentos da academia hão de servir, permanentemente, para impulsionar a descoberta de mecanismos para a judicialização do juízo do silêncio administrativo, a fim de se permitir a agilização da atividade pública, tornando dispensável, em determinadas hipóteses, edição de decisão expressa e motivada.

E diante da sua particularidade, em meio à ausência de ato, o silêncio desafia a criatividade científica a promovê-lo a causa de pedir²¹⁵ processual, enquanto condição da ação, notadamente no quesito necessidade, isto inobstante os imperativos do princípio da inafastabilidade da jurisdição, prevista no artigo 5º, XXXV²¹⁶, da Constituição Federal, que o permitem ser apreciado²¹⁷.

O tema naturalmente se encaminha para o debate em torno do princípio da separação de poderes sobre o qual José Afonso da Silva explica que se fundamenta em dois elementos: (a) *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmara, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) *independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder²¹⁸.

²¹⁵ A causa de pedir (*causa petendi*) ou razão do pedido significa, resumidamente, o conjunto de fundamentos levados pelo autor a juízo, constituído pelos fatos e pelo fundamento jurídico a eles aplicável. (...) a causa de pedir é o motivo em virtude do qual a parte autora dirige determinado pedido ao Poder Judiciário. O CPC adotou a teoria da substanciação, pela qual são necessárias, muito mais do que a fundamentação jurídica, a alegação e descrição dos fatos sobre os quais incide o direito alegado como fundamento do pedido. A fundamentação jurídica é, via de regra, a causa de pedir próxima, enquanto o fato gerador do alegado direito se constitui, também na generalidade dos casos, na causa de pedir remota.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues et.al.. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, volume 1. - 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 177).

²¹⁶ Art. 5º[...] XXXV. Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²¹⁷

²¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 107.

Com o passar das décadas, a conceituação de separação de poderes, notadamente no cenário político, tem gerado confusões, proporcionando a maior controvérsia doutrinária e dogmática, que vai da total rejeição à apologética²¹⁹.

Andreas Krell esclarece que, na Alemanha, os tribunais adotaram diversos critérios para a determinação dos limites de controle nas diferentes áreas administrativas. Essa linha integra também componentes da “teoria funcional” da Corte Constitucional, segundo a qual todas as decisões estatais devem ser tomadas de forma mais correta possível, isto é, pelos órgãos públicos que possuem as melhores condições para tanto, de acordo com a sua organização, composição, função e seu procedimento. Isso significa que a delimitação da densidade do controle dos atos administrativos depende de um conjunto de aspectos diversos, tais como a legitimização, a sujeição a sanções do agente responsável pela decisão, sua estrutura técnica, capacidade de atuação, condições e efeitos das decisões, bem como as peculiaridades da respectiva área material²²⁰.

Essa concepção perpassa o entendimento sobre o significado de separação de poderes para o Estado Constitucional contemporâneo, o que enseja uma prévia reflexão sobre suas feições históricas, desde a liberal, passando por uma linha predominantemente social, até sua conotação contemporânea – na qual assimila e incorpora, em essência, os valores do Estado de Direito e do Estado Democrático, cujo objetivo é alcançar o equilíbrio político entre os órgãos que exercem o Poder Político do Estado em meio às funções desempenhadas por cada um²²¹.

Durante o período de consolidação do Estado de Direito, surgiu a necessidade de se lidar com a dualidade: (1) liberdade de decisão do Executivo, (2) condicionada ao princípio da legalidade, expandindo-se a noção regulamentação da administração pública, tanto quanto possível, pelas leis.

Como é consagrado, os poderes atribuídos à Administração Pública – classificados como vinculado, discricionário, normativo, hierárquico, disciplinar e de polícia - são operacionais, estabelecendo-se na ordem jurídica como instrumentos de alcance e manutenção do interesse público, isto é, visando ao bem-estar e à ordem sociais. Pensando assim, constituem um dever, portanto, indisponíveis e irrenunciáveis pelo administrador. Em outras palavras, o poder submete-se ao dever, e assim se consolida um equilíbrio entre prerrogativas e limitações.

²¹⁹PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como Doutrina e como Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 11-12

²²⁰KRELL, ANDREAS J. Discricionariedade Administrativa E Conceitos Legais Indeterminados. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

²²¹ *Id. Ibid.*, 38.

Partindo dessas premissas, a doutrina tradicional indica que uma vez não demonstrada a busca do interesse público, ocorre abuso de poder, seja na especificação (1) excesso de poder, quando a atuação do agente público acontece para além da competência fixada na lei ou na modalidade (2) desvio de poder ou de finalidade, quando o agente age em busca de finalidade diversa do interesse público²²².

Deveras, o direito não pode ser concebido simplesmente como um sistema de normas, mas, fundamentalmente, como uma atividade, uma prática social inclinada a, dentro dos limites estabelecidos pelo sistema, satisfazer inúmeros fins e valores que caracterizam essa prática. Para tanto, utiliza-se da argumentação visando a obter esses objetivos, que são, afinal, garantir os direitos fundamentais das pessoas²²³.

Realizando uma interação com as visões filosóficas sobre a hermenêutica, uma das que mais oferecem parâmetros para avaliar o silêncio normativo é a de Gadamer, substancialmente por defender que o cerne da compreensão da linguagem não está no método, mas, seguindo uma veia filosófica, recai na experiência da vida humana, nas ocorrências naturais do universo avaliado. Nessa perspectiva, projetam-se conceitos e pensamentos contemporâneos a partir dos clássicos, num processo de revisitação da consciência histórica, de modo que as opiniões iniciais não anulam a possibilidade de posteriores interpretações. O novo advém do estudo do antigo, produzindo-se um conhecimento meditado.

A tradição escrita não representa apenas uma porção de um mundo passado, mas está sempre acima deste, na medida em que se elevou à esfera do sentido que ela mesmo enuncia. Trata-se da idealidade da palavra, que eleva a todo linguístico acima da determinação finita e efêmera que convém aos demais restos do que já foi. Pois o portador da tradição não é o manuscrito como uma parte de então, mas a continuidade da memória. Por meio desta, a tradição se converte em uma porção do próprio mundo, e o que ela nos comunica pode chegar imediatamente à linguagem²²⁴.

Segundo essa teoria, o sujeito da conversação deixa de ser cada um dos seus participantes e assume esse lugar o próprio diálogo instituído. O teor da linguagem assume forma na relação intersubjetiva daqueles que participam do jogo linguístico. O eu deixa de ser determinante e a intersubjetividade - a relação - passa a ocupar o ponto central da teoria filosófica. Desse modo, a estrutura do jogo indica a própria estrutura da linguagem.

²²²TÁCITO. Caio. **O Abuso de Poder Administrativo no Brasil (Conceito e Remédios)**, 1959, Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, p. 26.

²²³RODRÍGUEZ, Manuel Atienza. **Discussão sobre neoconstitucionalismo** é um acúmulo de equívocos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-05/intervista-manuel-atienza-professor-universidade-alicante>. Acesso em: 15, jul. 2023.

²²⁴ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método: Fundamentos de uma Hermenêutica Filosófica**. 2. ed., Salamanca: Ed. Ortega S.A, 1984. p. 568

Pois bem, analisando o objeto científico ora em investigação à luz da hermenêutica filosófica, o texto normativo serve/serviria como linguagem, a qual potencializa uma relação com os seus destinatários. E uma vez vislumbrando a linguagem como mecanismos de atribuição de sentido conferido quando da formatação textual (tradição), o silêncio normativo configura, a um só tempo, um não diálogo - a retirada, pois, do caráter relacional- bem como uma quebra de memória, uma ruptura, traz um sentido de descontinuidade da tradição.

Em tempo, a atual construção literária visando à solução dos problemas causados pelo silêncio administrativo, atém-se ao âmbito decisório - dispondo ainda timidamente sobre os efeitos da omissão normativa administrativa - e corresponde, pois, a uma das respostas preventivas do sistema jurídico à inatividade formal da Administração Pública²²⁵, chamando de omisão qualificada a que a norma jurídica atribui efeitos substitutivos da decisão expressa.

Afigura-se uma solução jurídica para vícios históricos, praticados não raras vezes estratégicamente ou por vieses - e isto sob o manto da presunção de legitimidade, quando não o invocam esse atributo, o que torna urgente um movimento literário combativo dessas mazelas institucionais para que essa “moda pegue”.

Tal cenário impulsiona a pesquisa em torno de algumas circunstâncias: (a) os fatores de ampliação dos espaços de normatização e de decisão administrativas (b) a revisitação da discricionariedade aplicada no exercício do poder regulamentar e a (c) conformidade constitucional e consequente sindicabilidade.

Além dos remédios jurídicos mencionados no item 3.5 (omissão legislativa), a Constituição Federal prevê ferramentas de controle da omissão administrativa, especialmente do ofício legislativo: art. 5º, LXXI²²⁶ - mandado de injunção, art. 49, V²²⁷ – possibilidade de o Congresso Nacional “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*”; art. 49, XI, - permissivo para o Congresso Nacional zelar “*pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes*”; art. 97²²⁸ - possibilidade de os Tribunais de Justiça declararem a inconstitucionalidade de ato normativo do Poder

²²⁵ MODESTO, Paulo. **O silêncio administrativo como técnica de experimentação.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jan-27/interesse-publico-silencio-administrativo-tecnica-experimentacao#_edn1. Acesso em 20 de jun. 2023.

²²⁶ LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; [...]

²²⁷ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...] V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; [...].

²²⁸ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Público; art. 102 - definição de competência do Supremo Tribunal Federal para julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI de ato normativo federal ou estadual, bem como Ação Declaratória de Constitucionalidade -ADC de ato normativo federal e o art. 125, §2º²²⁹ - atribuição aos Estados da Federação, em relação as suas Justiças, de representação de inconstitucionalidade de atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

Outra ferramenta judicial é o *habeas data*, que permite ao impetrante obter informações a seu respeito, existentes em registro ou banco de dados que contêm informações que sejam ou possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

3.6.1 Discretariedade e espaço de normatização

Ainda que uma parcela mínima da doutrina defende a ausência de discretariedade no exercício do poder normativo ainda assim, a bem da funcionalidade da pesquisa, convém atentar para as hipóteses de uma visão tradicional e lidar com os fatores que envolvem o poder discricionário, especificamente, a noção de insindicabilidade no Judiciário e sob as lentes da Constituição Federal, promover uma análise de conformidade do silêncio normativo guiada por indicadores como: separação de poderes (relacionando-se com a discretariedade), legalidade, indisponibilidade e moralidade respectivamente.

Desde o surgimento do Estado-providência, a sobrecarga da Administração com atribuições normativas potencialmente autônomas e com tarefas de programação, ambas de início não previstas no modelo clássico da separação de poderes, gerou debates em torno da legitimidade dessas novas funções²³⁰. A propósito, há autores defendendo que não pode existir discretariedade do administrador público nas situações que guardam uma conexão imediata com o conteúdo mínimo do direito fundamental ao ambiente e do princípio da dignidade humana²³¹.

Das distinções semânticas, a mais recorrente, na literatura clássica, atribuída ao tema consiste em não confundir discretariedade com arbitrariedade. O agir arbitrariamente equi-

²²⁹ § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

²³⁰ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.p. 86.

²³¹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção ao meio ambiente**. 2008, p. 94s; KLOEPER, Michael. UMWELTRECH. 1998, P. 119, 128S; BREUER, Rüdiger. Umweltschutzrecht citado por KRELL, Andreas J. **Discretariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Imprenta: Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2004

vale a violar a ordem jurídica, pois se trata de comportamento fora do permitido em lei e como consequência, é passível de correção na via judicial. Já atuação discricionária se dá quando a lei outorga ao agente tal faculdade (que também constitui um dever), cumprindo a previsão normativa de escolher a forma mais adequada, de modo geral, de atendimento do interesse público, isto por força da indeterminação conceitual do que configuraria satisfação do interesse público no caso concreto²³².

A palavra discricionariedade no âmbito do serviço público remete à Europa nos séculos XVI a XVIII, mais precisamente ao estado de polícia e, em termos funcionais, correspondia à soberania do monarca absoluto. Advinda a Revolução Francesa, ocorreu uma gradativa dedicação à proteção de direitos individuais com relação às autoridades estatais - especialmente quanto à liberdade e à propriedade. Retirou-se do Executivo o poder de editar leis e a vontade dos reis foi sendo substituída pela vontade geral e com a separação de poderes, impuseram-se limites à atividade estatal, sobretudo da polícia, em defesa dos direitos das pessoas²³³.

Com o passar de décadas, a sociedade foi se tornando cada vez mais complexa e as estruturas do serviço público sofrendo modificações para se adaptar à nova realidade, especialmente quanto à releitura de paradigmas, ao surgimento de institutos ou à superveniência de normas, tudo isso sob influência de pensamentos políticos e filosóficos, estudos doutrinários. Com a discricionariedade não foi diferente, já que, pouco a pouco, se tornou uma ferramenta indispensável na aproximação da Administração/administração pública com a sociedade visando à melhor prestação do seu ofício, consubstanciando-se um poder.

A noção de discricionariedade está comumente associada ao poder decisório e pouco se relaciona tal condição ao poder normativo e os percalços do direito administrativo nas últimas décadas - notadamente em meio à intensificação do fenômeno da delegificação e à ampliação do princípio da legalidade, desta feita tido por juridicidade - reclamam uma abordagem acadêmica visando a correlacionar a discricionariedade ao exercício do poder regulamentar.

Uma análise apressada conduziria a se pensar que essa correlação inexiste talvez porque seria inviável a sua aplicação. Mas, o cenário muda ao se conferir um olhar acadêmico para tal peculiaridade, desta feita se atentando para a conjuntura do agir do administrador público, a qual indica a obediência à ordem jurídica e como tal assimilar que mesmo diante da

²³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 356.

²³³ KRELL, ANDREAS J. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados**. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle. 2013.

possibilidade de escolha, esta deve ter amparo na ordem jurídica, de modo a não implicar arbitrariedade. E seguindo essa lógica, o exercício do poder regulamentar, obviamente diante de um permissivo legal, parece já não configurar faculdade, mas, um impositivo para o administrador público.

Importa, pois, abordar o silêncio normativo à luz do elemento discricionariedade, este que, pela própria semântica, atribui ao administrador o papel de escolhas; convém, pois, reflexionar – ainda que a título de hipótese para experimentos acadêmicos, o poder normativo não como uma faculdade do administrador público, mas, enquanto dever.

Seguindo-se uma linha doutrinária inaugural, é oportuno indagar: se a Administração, em algumas ocasiões, pode ser obrigada a editar um regulamento autônomo (que é excepcional), por que não o seria em relação ao decreto de regulamentação da lei²³⁴?

Se assim se admitisse, especialmente fundamentando-se no artigo 30 da LINDB, estaria sedimentado o caminho para se conduzir o tema ao Judiciário, especificamente com uma abrangência para além do clássico binômio: (a) liberdade de correlacionar normas e atos administrativos ao caso concreto e (b) regulação da decisão sobre o que não pode ser previsto especificamente. De tal modo, o silêncio normativo seria sindicável, sem, no entanto, afetar o atual “estado de discricionariedade” arraigado no serviço público, i. e., sem se negar, suprimir ou reduzi-lo.

Segundo a doutrina especializada, atualmente, a construção mais bem-aceita sobre o tema do controle da discricionariedade na Alemanha parece ser a “teoria da transferência normativa de poderes” (normative Ermächtigungslehre). Tomando como ponto de partida os aspectos da estrutura normativa e da competência jurídica, requer uma interpretação acurada dos dispositivos legais incidentes em cada caso, para detectar a abrangência do poder de decisão final que o legislador pretendeu transferir à Administração Pública²³⁵.

3.6.2 Separação dos poderes

Essa metodologia hermenêutica realça a função central da lei parlamentar no conjunto constitucional da **separação dos poderes** e envolve uma análise da posição institucional do respectivo órgão administrativo técnico, seu modo de trabalho, sua independência etc a

²³⁴ KRELL, ANDREAS J. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados**. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle. 2013, p. 203.

²³⁵ *Id. Ibid.* p. 203.

abertura normativa de espaços de (livre) apreciação, discricionariedade e criação²³⁶. Eis a razão de ser do poder discricionário: conceder de uma fração de liberdade à administração, para discernir qual o melhor panorama atende ao interesse público, conforme parâmetros de conveniência e oportunidade.

Nesse particular, não há se falar em ocupação de espaços do Poder Legislativo por outros Poderes – portanto, violação ao princípio da separação de poderes - tampouco em déficit democrático generalizado, menos ainda de conduta estatal absenteísta ou de expressiva intervenção; na prática, o fortalecimento institucional da produção normativa na função atípica dos poderes, fora do Poder Legislativo não ocasiona esvaziamento, de forma alguma, o Estado de Direito²³⁷. Mas, proporciona a indeclinável discussão sobre o controle de uma das formas de atuação do administrador, como ferramenta de equilíbrio do sistema.

Já o poder regulamentar passa pelo conceito francês de reserva de administração (Constituição francesa de 1958), cuja essência preceitua a não submissão de certos regulamentos à precedência da lei, reservando-se espaços normativos à Administração Pública²³⁸. Com efeito, corresponde a um campo funcional de administração que resiste à lei, averso às interferências do parlamento²³⁹.

O exercício desse poder é concebido como um fator de segurança jurídica, diante da constatação de que as fontes do direito administrativo estão muito além da lei formal. Isso porque a lei é insuficiente para tutelar todas as circunstâncias das diversas relações da administração pública, as quais são repletas de conceitos vagos e indeterminados e tendo o administrador a missão de interpretar com primazia os conceitos jurídicos indeterminados, é de se esperar que edite regulamentos que tornem sua ação mais segura²⁴⁰.

De maneira ainda incipiente e restrita, a literatura trata da omissão normativa, classificando-a em duas modalidades: (a) uma, quando há o comando normativo superior para que haja a norma administrativa; a exemplo da lei nº 14.133/2021 (Lei Geral de Licitações – arti-

²³⁶ KRELL, ANDREAS J. Discricionariedade Administrativa E Conceitos Legais Indeterminados. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

²³⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado Contemporâneo.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 225, jul./set., 2001, p. 118

²³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A autonomia do poder regulamentar na Constituição francesa de 1958.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 84, 1966, p. 38.

²³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 739.

²⁴⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Art. 23 da LINDB: o equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica.** Revista de Direito Administrativo. Edição especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, p. 93-112, nov. 2018.

gos 8º, §3º²⁴¹, 19²⁴², 82, §6º²⁴³ e 187²⁴⁴) e do artigo 2º, IV e parágrafo único²⁴⁵ da lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) (b) outra forma é quando o legislador (ou o constituinte) usa uma linguagem vaga e passível de dúvida, a qual deve ser sanada por regulamento²⁴⁶.

A questão passível de ser suscitada, nesse cenário, conduz a questionamentos numa via de mão dupla circunscrita em duas hipóteses de causa e feito: (1) a discricionariedade não adentra no universo do poder regulamentar ou normativo? Consequentemente, (2) seria este o motivo para não se aventar, até então, a possibilidade de controle do poder regulamentar ou normativo?

A literatura clássica ensina que a ideia de ato administrativo independe da noção de Administração Pública -conjunto de órgãos do Poder Executivo, autarquias e demais sujeitos da Administração indireta-, pelo fato de, por um lado, nem todo ato da Administração é ato administrativo, e, por outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública²⁴⁷.

Segundo essa linha da doutrina, o ato administrativo constitui um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública,

²⁴¹ § 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

²⁴² Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:

I - instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços;

II - criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

III - instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo;

IV - instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

V - promover a adoção gradativa de tecnologias e processos integrados que permitam a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia.

²⁴³ § 6º O sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade.

²⁴⁴ Art. 187. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão aplicar os regulamentos editados pela União para execução desta Lei.

²⁴⁵ Art. 2º São princípios que norteiam azado disposto nesta Lei:

[...] IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

²⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Art. 23 da LINDB: o equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica.** Revista de Direito Administrativo. Edição especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: LINDB (Lei nº 13.655/2018), Rio de Janeiro, nov. 2018. p 206.

²⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 2018, p. 356.

produzindo efeitos jurídicos, especialmente no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade²⁴⁸.

Ora, se a maneira de proceder da instituição tem ingerência na vida dos seus destinatários, na medida em que produz efeitos jurídicos, consequentemente há de impactar no desenho do sistema jurídico. Desta feita, o silêncio normativo, de modo especial quando categoricamente suscitado pela administração pública como empecilho à otimização de direitos e procedimentos atrelados a bens da vida ou serviços, requer um olhar atento da academia jurídica, máxime quanto aos efeitos que produz, à luz de uma visão normativa de caráter constitucional.

A concepção normativa da Constituição quer significar que todas as normas constitucionais são normas jurídicas, sendo os princípios espécies normativas. Emerge, pois, o princípio da força normativa da Constituição, o qual indica ser a devida resolução da problemática jurídico-constitucional que tem como pontos de partida os pressupostos da constituição (normativa), para se alcançar a melhor eficácia da lei²⁴⁹.

O exercício de identificação dos efeitos e da eficácia jurídica dos enunciados normativos acarreta algumas questões: o que se pode exigir do Poder Judiciário para garantir a realização do resultado pretendido, isto é, para assegurar a imperatividade do enunciado? Todas as condutas cogitadas como necessárias à realização dos efeitos do enunciado serão realmente exigíveis?²⁵⁰

Esta última pergunta exorta inquietações quanto à pecha do silêncio normativo, particularmente quando este proporciona perdas (diretas) de direitos fundamentais e conduz a refletir que nenhuma lei, ato normativo ou ato jurídico de modo geral, pode subsistir validamente se for incompatível com a Constituição²⁵¹.

O caráter teleológico e programático da Constituição de 1988 enfatiza a dignidade da pessoa como sendo um dos pilares do Estado, numa dimensão democrática, máxime de Estado de Direito, de modo que a otimização do sistema há de conduzir à permanente preservação desse princípio.

Por outro lado, a omissão no poder normativo atinge o contexto de consolidação das normas constitucionais de princípio institutivo – também denominadas normas de princípio orgânico ou organizativo, que estabelecem as diretrizes ou princípios estruturais de

²⁴⁸ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno, p. 164

²⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** O princípio da dignidade da pessoa humana. 3^a ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 43.

²⁵⁰ *Id. Ibid.* p. 43

²⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso - 3. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011. p. 221.

instituições, órgãos ou entidades, permitindo que o legislador ordinário, por meio de lei, os estruture²⁵².

A eficácia jurídica é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Em se tratando de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações relações e comportamentos de que cogita; 11 nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica²⁵³.

A dinâmica da atividade normativa do administrador apresenta um imperativo peculiar cuja essência - seja nas funções típicas ou atípicas – recai na otimização da máquina administrativa, na busca por resultados. Diferentemente do Poder Legislativo, que, não raras vezes e sob embates jurisdicionais, é orientado pelo princípio da liberdade de conformação do legislador, o qual preceitua que a atuação dos representantes parlamentares acontece simultaneamente de forma positiva e negativa, ou seja, mediante ação ou omissão na produção normativa, tal prática já restou denominada de opção política válida²⁵⁴.

À margem das pertinentes discussões geradas pela Rcl 4.335-5/AC²⁵⁵, sobre o alcance dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, releva observar, neste campo de pesquisa e a bem do debate, que não se afigura condizente com o sistema harmônico estruturado sob um Estado Democrático de Direito, que o Senado Federal deixe de expedir resoluções suspendendo eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal. Circunstancialmente, essa forma de proceder parece estar fora do universo de escolhas.

Por sinal, na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4727, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ADI para declarar a inconstitucionalidade da expressão “no prazo de 90 (noventa) dias”, contida no art. 8º da Lei

²⁵² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 126.

²⁵³ TEIXEIRA, J. H. MEIRELLES. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 289.

²⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direito e política. Silêncio do legislador, interpretação e analogia. Jurisdição constitucional e política** / coordenação Daniel Sarmento, p. 661-673. - Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 666.

²⁵⁵ Segundo o voto do Ministro Gilmar Mendes, a suspensão da eficácia de lei ou ato normativo, pelo Senado Federal, declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não seria uma faculdade do Senado, e sua função seria a de conferir publicidade à decisão proferida pelo STF.

1.600, de 28 de dezembro de 2011, do Estado do Amapá, que se tratava de prazo estabelecido à administração pública para regulamentar a referida lei que autorizava a instituição do Programa Bolsa Aluguel, dispondo sobre a concessão de benefício financeiro destinado ao subsídio para pagamento de aluguel de imóvel a famílias conforme alguns requisitos. A ementa do julgado restou assim definida:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 1.600/2011 DO ESTADO DO AMAPÁ. PROGRAMA BOLSA ALUGUEL. VÍCIO DE INICIATIVA. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO BENEFÍCIO AO SALÁRIO MÍNIMO NACIONAL. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA REGULAMENTAÇÃO DA LEI PELO PODER EXECUTIVO. INVIALIBILIDADE. PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS.

[...]

3. A Constituição, ao estabelecer as competências de cada um dos Poderes constituídos, atribuiu ao Chefe do Poder Executivo a função de chefe de governo e de direção superior da Administração Pública (CF, art. 84, II), o que significa, ao fim e ao cabo, **a definição, por meio de critérios de conveniência e oportunidade, de metas e modos de execução dos objetivos legalmente traçados e em observância às limitações financeiras do Estado. Por esse motivo, a tentativa do Poder Legislativo de impor prazo ao Poder Executivo quanto ao dever regulamentar que lhe é originalmente atribuído pelo texto constitucional sem qualquer restrição temporal, viola o art. 2º da Constituição.**

4. Procedência em parte do pedido para declarar a inconstitucionalidade da expressão “no prazo de 90 (noventa) dias”, contida no art. 8º da Lei 1.600, de 28 de dezembro de 2011, do Estado do Amapá. (ADI 4727 - Órgão julgador: Tribunal Pleno; Relator(a): Min. EDSON FACHIN; Redator(a) do acórdão: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 23/02/2023; Publicação: 28/04/2023). (Grifo nosso).

Como visto, o Poder Judiciário negou que o Legislativo possa determinar um prazo para o exercício do poder normativo administrativo, por entender que tal definição se daria *“por meio de critérios de conveniência e oportunidade, de metas e modos de execução”*.

Não fosse pelo nível de reserva do instrumento jurídico utilizado – a ADI – que tem finalidade específica, seria possível até afirmar que, indiretamente, o STF absteve-se de determinar condicionante para o exercício do poder normativo da Administração, no caso, a fixação de um prazo.

Talvez o diferencial imediato em relação ao experimento ora abordado esteja no fato de, no mencionado julgado, o pano de fundo ser a implementação de uma política pública e a discussão se ateve a este aspecto, ao passo que a proposta de consolidação do instituto do silêncio normativo se encaminha para a fixação de um padrão comportamental, diretamente vinculado a valores e princípios que oferecem equilíbrio ao sistema jurídica, a exemplo da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Trata-se de evidenciar algo maior, a fim de atender a necessidade de se obter uma resposta da administração/Administração como regra, obviamente passível de reflexões e eventuais excepcionalidades consoante a casuística, sem se negar que a imperatividade de regulação de políticas públicas resta fixada na base, no texto legal o qual projeta no regulamento os seus elementos de otimização.

Convém se reconhecer, pois, o indispensável equilíbrio com os demais valores constitucionalmente tutelados, de modo que o exercício do poder administrativo esteja subordinado – como de resto, toda a atuação da Administração Pública – aos princípios constitucionais que lhe são aplicáveis, circunstância que por si só já exclui como alternativa, aquela opção que se revela não seja a mais eficiente²⁵⁶.

Apesar dos avanços nos estudos literários especializados, da revisitação de costumes e conceitos anteriormente agregados a uma estrutura administrativa imperial, ainda assim paira sob o campo das escolhas da Administração, na persecução do interesse público, o dogma de insusceptibilidade de controle. No entanto, quando se cogita a possibilidade de controlar os atos da administração/Administração, seja pelo Poder Judiciário ou pela sociedade, defende-se um grau de transparência apto a demonstrar “franqueza institucional”.

3.6.3 Legalidade

A discussão sobre a deficiência legitimação da administração pública também ocorre na investigação filosófico-jurídica, na linha de que, se a administração decide, guiada apenas por pontos de vista da eficiência, convém buscar filtros de legitimação, os quais podem ser cedidos pelo direito procedural, uma vez que a administração, ao implementar programas de leis abertos, não pode se abster de lançar mão de argumentos normativos, ela tem que se desenvolver através de formas de comunicação e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimação do Estado de Direito²⁵⁷.

A partir do momento em que a legalidade, por si, se tornou insuficiente para assegurar a plena legitimidade da Administração, sobretudo porque há áreas de atividade administrativa que escapam ao domínio da lei formal²⁵⁸, notabilizou-se a demanda de outras maneiras de legitimação de sua atuação. Isso, obviamente, sem significar uma visão predatória, no sentido

²⁵⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Brasil. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 2001: Monografias Vencedoras: **Perspectivas para o Controle Social e a Transparência da Administração Pública/Tribunal de Contas da União**. — Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002. Controle Social: **Promovendo a Aproximação entre Administração Pública e a Cidadania**. p.138.

²⁵⁷ HABERMAS J. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. Ob. Cit., vol II, p. 184.

²⁵⁸ *Id. Ibid.*, p. 171.

de que a juridicidade substitui a noção de legalidade, isto é, de aniquilação do princípio da legalidade²⁵⁹, mas, de convivência harmônica, de interdependência e até complementar.

Na dogmática inicial do direito administrativo, rejeitava-se a interpretação constitucional, para além do sentido convencional do princípio da legalidade e, com o passar dos anos, especialmente em meados do século passado, iniciou-se uma progressiva modificação sistemática, principalmente pelo reconhecimento da força normativa da Constituição e da garantia de proteção dos direitos por meio das Leis Fundamentais.

Na prática, tem-se a dilatação do princípio da legalidade administrativa, desta feita por intermédio da releitura do constitucionalismo, alterando-se os fundamentos do direito administrativo, que passa a se nortear não apenas pela norma produzida pelo Legislativo, mas também pela Constituição e pelas próprias normas. A Constituição torna-se o centro da ordem jurídica, ocasionando o fenômeno da expansão das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico²⁶⁰.

A legalidade, mais precisamente no sentido de norma infralegal de “ampliação” do princípio da legalidade, a juridicidade -, convém que a academia pondere as circunstâncias que envolvem a delegação normativa, a fim de identificar - ou talvez contribuir em prevenir – a estruturação de mais um ambiente propenso ao silêncio normativo.

É o caso da redação inicial do Projeto de Lei nº 2.630/2020, aprovado no Senado, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, o qual estabelece “normas relativas à transparência de redes sociais e de serviços de mensagens privadas, sobretudo no tocante à responsabilidade dos provedores pelo combate à desinformação e pelo aumento da transparência na *internet*, à transparência em relação a conteúdos patrocinados e à atuação do poder público, bem como estabelece sanções para o descumprimento da lei”²⁶¹.

O relator retirou do PL a criação de um ente regulador. Além do constatado vício de iniciativa – já que o PL é de origem parlamentar – a criação de uma agência reguladora – imbuída das funções de normatizar, fiscalizar e sancionar - nesse campo pode representar um tiro no pé da democracia, por gerar dúvidas quanto à segurança de um amplo poder normativo concedido a um ente administrativo para construir e ampliar conceitos tão delicados como desinformação ou notícia fraudulenta²⁶². Esse cenário parece bastante propício à ocorrência de

²⁵⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo:** temas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 73.

²⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 379.

²⁶¹ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944> . Acesso em: 20 de jul. 2023.

²⁶² BINEMBOJM, Gustavo. **Regulação de redes sociais: entre remédios e venenos:** discussão avança no Congresso Nacional, mas, precisamos nos vacinas contra a tentação da censura. Disponível em:

silêncio normativo, sobretudo por abordar temas socialmente sensíveis, passíveis de debates ideológicos – o que notadamente não tornaria aceitável eventual omissão do administrador, mas, a remeteria – como de fato remete, a importantes experimentos acadêmicos.

No desempenho do ofício normatizador, insta se atentar para o fato de as relações administrativas poderem ser guiadas por descobertas que impulsionem a superação de vícios estruturais, a exemplo de vislumbrá-las como mecanismos de operacionalização da legitimidade democrática visando a evitar práticas de interesse pessoal.

3.6.4 Indisponibilidade

Quanto ao indicador de **indisponibilidade** do ofício de normatização, convém que, mediante uma dinâmica ponderada ínsita ao sistema, que se amplie a chance do detentor do interesse público de discernir sobre o resultado das escolhas de alternativas realizadas pelo administrador, máxime quanto aos mecanismos utilizados e se houve esforço na busca da solução vislumbrada, mais ainda se esses foram devidamente aplicados; isto levando em conta que, simultaneamente à evolução das técnicas de aprimoramento da administração pública – normatização, doutrina, recursos tecnológicos - surgiram vícios na atuação do administrador.

Se se levar em conta os imperativos da indisponibilidade do interesse público, há se de consagrar a vedação à autoridade administrativa deixar de tomar providências ou retardar medidas que são relevantes ao atendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo²⁶³.

Sem maiores esforços interpretativos, é perceptível o indevido grau de deliberação aplicado ao fenômeno do silêncio normativo, quando o normatizador decide não normatizar conteúdos destinados ao atendimento do interesse público e a situação assume um nível de cuidado científico na medida em que essa vontade ocupa um espaço determinante na concreção de um pedido ou um direito, pois, sob o argumento da inexistência de “lei” em sentido amplo, logra-se plausível, - e presumidamente legítima - a negatória desses.

<https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/342/273> . Acesso em 04 de jul. 2023.

²⁶³ MEDAUAR, Odete, **Direito Administrativo Moderno**. 3^a ed., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

3.6.5 Moralidade

Sob a ótica do princípio da moralidade administrativa - conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral da Administração²⁶⁴ -, o silêncio normativo representa idêntico vício, haja vista não restar evidente, na atuação do administrador, a busca de objetivo ou prática que não seja no interesse próprio ou de terceiros²⁶⁵. Os aspectos ora apontados configuram ângulos diversos do intuito essencial de impedir que fatores pessoais, subjetivos, sejam os verdadeiros móveis e fins das atividades administrativas²⁶⁶.

Já aplicação do princípio da proteção da confiança ou da confiança legítima faz-se quase intuitivamente, nos casos de silêncio normativo, ante o fato de a administração se colocar na condição de negar pedidos e/ou direitos com base na própria inércia, quando lhe era esperado agir, normatizando.

Esse que advém do princípio da segurança jurídica, visa preservar direitos e expectativas de particulares me meio a alterações inopinadas de normas e de orientações administrativas que, mesmo legais, são de tal modo abruptas ou radicais que suas consequências se revelam desastrosas; também se refere à realização de promessas ou compromissos aventados pela Administração, que geraram esperanças fundadas no seu cumprimento²⁶⁷.

Na prática, o princípio da proteção da confiança mantém interface com o dever de boa-fé a ser respeitado pela Administração na sua conduta, no sentido de correção, lealdade, sem uso de artifícios enganadores.

3.6.6 Para além da judicialização: o ativismo judicial

A expressão “ativismo judicial”, advinda da doutrina norte-americana, consolidou-se com a classificação dos juízes da Suprema Corte em: ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres, ativistas com ênfase nos direitos de liberdade, campeões da autorrestrição e representantes do equilíbrio de forças, gerando assim uma condição totalmente oposta à autorrestrução judicial, em atenção à visão que os julgadores têm a respeito da função judicial²⁶⁸

²⁶⁴ HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Publico y Constitucional*. Madrid: Reus, 1927. p. 123

²⁶⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p.234.

²⁶⁶ *Id. Ibid.*, p. 152.

²⁶⁷ *Id. Ibid.*, p. 165.

²⁶⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014

Na outra linha, a judicialização se estabelece de acordo com (ou dentro dos) limites previstos pelo ordenamento para a atuação judicial, ainda que estes limites estejam em desacordo (ou fora) com os limites ideais, conforme desenhados pela teoria clássica ou tradicional²⁶⁹. E apesar da semelhança das duas formas de apreciar, validar e dizer o direito, a judicialização é a via mais comum e condizente com o maior número de anseios sociais e sua operacionalização decorre da própria inafastabilidade da jurisdição.

O ativismo judicial normalmente se instala – este é o caso do Brasil –, em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva²⁷⁰.

A tricotomia sugerida neste estudo naturalmente se encaminha para uma breve sua análise à luz do ativismo judicial, em situações nas quais a dogmática convencional se torna insuficiente, as previsões abstratas não oferecem um itinerário seguro para se produzir uma resposta para a realidade vislumbrada, a qual passa a ser construída argumentativamente à luz das circunstâncias de fato.

Essa proatividade do Judiciário legitimamente exercida procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados), ao passo que naturalmente intensifica a previsibilidade das condutas da Administração Pública. Dessa feita, quando o Legislativo atua, o Judiciário deve recuar, a menos que haja uma afronta evidente à Constituição. Quando o Legislativo não atua, mas existem interesses em jogo, o Judiciário deve atuar²⁷¹. Exemplo consagrado no ordenamento jurídico brasileiro foi o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário.

Notadamente, o ativismo judicial nessas circunstâncias, longe de se vislumbrar como expressão da criatividade do julgador, há de ser visto como a alternativa mais viável para a otimização basilar de normas que determinam um *modus operandi* para o

²⁶⁹ VIARO, Felipe Albertini Nani. **A judicialização da vida:** aspectos da judicialização da política e das relações sociais no Brasil. 2016. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 433.

²⁷¹ *Id. Ibid.* p. 436.

administrador público, o que, por si, afastaria qualquer ideia de “um ecletismo vazio²⁷² da atuação do Judiciário.

A identificação de uma conjuntura passível de ativismo judicial enfrenta as mesmas dificuldades inerentes ao processo de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, até porque o próprio parâmetro utilizado para caracterizar uma posição ou decisão como ativista ou não depende da correta análise sobre a leitura adequada acerca de um determinado dispositivo constitucional ou infraconstitucional²⁷³.

O Ministro Luiz Fux asseverou que “*a intervenção judicial em temas sensíveis deve ser minimalista, respeitando os limites de capacidade institucional dos juízes, e sempre à luz de uma perspectiva contextualista, consequencialista, pragmática, porquanto em determinadas matérias sensíveis, o menos é mais*²⁷⁴”.

Numa escala de logicidade do sistema, convém destacar que o debate sobre o círculo vicioso: omissão/invocação, negatória e blindagem em comento não condiz com as críticas mais comuns direcionadas ao ativismo judicial, a exemplo dos suscitados (1) ceticismo normativo que conferiria excessivos poderes aos juízes, (2) instrumentalismo como autoritário e desatento a leis e à jurisprudência dominante ou (3) a tensão gerada no âmbito da separação de poderes institucionais ou que coloca em segundo plano a produção democrática do direito²⁷⁵. Equivale, pois, a uma transferência quase que automática (de tão indispensável se assim se pode dizer) de uma função essencial ao funcionamento da máquina pública e à otimização de direitos, cuja remessa ao Judiciário estaria longe de banalizar o erro administrativo.

Ideias sobre o Judiciário ativista, talvez desprovidas da necessária científicidade, têm se reproduzido em textos de decisões de julgadores contrários a esse método, com a pressuposição de total inobservância ao texto legal, bem como de que o formalismo corresponde, necessariamente, à adoção de uma postura autocontida consubstanciada no respeito às escolhas de outros poderes.

E seguindo uma vertente diversa, em meio às dificuldades de precisar os casos de ativismo judicial, estudiosos da literatura indicam cinco parâmetros para o exercício da

²⁷² 9 STONE, Martin. **Four qualms about “legal pragmatism”**. In: HUBBS, Graham; LIND, Douglas (Ed.). Pragmatism, law, and language. New York/London: Routledge, 2014, p. 286 ss

²⁷³ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdiccional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 176.

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso no momento da posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 10 set. 2020, p. 13. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf>. Acesso em: 18 fev 2022

²⁷⁵

atividade jurisdicional, a saber: a “vinculação da interpretação ao texto-base”, o reconhecimento de “exigências sistêmicas”, os casos de necessária “intervenção legislativa para o desdobramento de princípios constitucionais”, o respeito à “limitação eficacial das normas constitucionais”, e, por fim, a atenção aos parâmetros específicos para aplicação das ferramentas, como a modulação dos efeitos temporais das decisões de controle e a utilização de sentenças interpretativas²⁷⁶.

O Tribunal de Justiça de Alagoas possui diversos julgados de cunho combativo do silêncio normativo (terreno fértil da fórmula *tuo quoque*)²⁷⁷, como ocorreu no Reexame Necessário de nº 0712448-32.2020.8.02.0001, apreciado pela 2ª Câmara Cível, da Relatoria do Desembargador Otávio Leão Praxedes, cuja ementa restou assim formatada:

REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDORA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE MACEIÓ. PROGRESSÃO FUNCIONAL POR MÉRITO. CUMPRIMENTO DO INTERSTÍCIO DE 02 (DOIS) ANOS NO NÍVEL RESPECTIVO. COMPROVAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 6, INCISO I, DA LEI MUNICIPAL N.º 4.731/1998. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. **OMISSÃO ILEGAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.** REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO. SENTENÇA CONFIRMADA.

(Número do Processo: 0712448-32.2020.8.02.0001; Relator (a): Des. Otávio Leão Praxedes; Comarca: Foro de Maceió; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 24/02/2022; Data de registro: 25/02/2022). (Grifo nosso).

Na sentença – confirmada pelo TJ/AL – da autoria do Juiz da 14ª Vara da Fazenda Pública Municipal de Maceió, Dr. Emanoel Dória Ferreira restou assim consignado:

O dispositivo normativo estabelece que a cada dois anos o servidor deverá progredir de um nível para o outro, mediante avaliação de desempenho, contudo, cabe a Administração a realização desta avaliação, uma vez que a Lei Municipal acima mencionada não estabelece ao servidor o dever de provocar a Comissão de Avaliação para que seja efetuado este exame.

Percebe-se, portanto, que, desde a entrada em vigor da lei de regência, no ano de 1998, a Administração tem por obrigação instituir Comissão com a finalidade de promover direito previsto em lei. (Grifo nosso).

E na parte dispositiva, o Juízo julgou procedentes os pedidos para com fundamento na lei municipal, condenar o Município réu a “implantar a progressão por mérito da autora

²⁷⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314.

²⁷⁷ ALAGOAS, Tribunal de Justiça de Alagoas – TJ/AL. Relator (a): Des. Celyrio Adamastor Tenório Accioly; Comarca: Foro de Maceió; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 21/10/2021; Data de registro: 19/11/2021). Processo: 0703308-71.2020.8.02.0001;

referida na Inicial, bem como para condenar no pagamento retroativo das diferenças salariais decorrentes da mora em efetivar a implantação da progressão por mérito desde a data em que o requisito temporal previsto em lei se completou”.

A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por sua vez, firmou idêntico entendimento, à unanimidade, nos termos do voto do Desembargador Alcides Gusmão da Silva, proferido na apelação cível nº 0729767-42.2022.8.02.0001, cuja ementa ficou assim consolidada:

REEXAME NECESSÁRIO EM AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. PROGRESSÃO FUNCIONAL POR MÉRITO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM REALIZAR A AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO. ILEGALIDADE. SERVIDORA QUE NÃO PODE SER PREJUDICADA. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA.
(Número do Processo: 0729767-42.2022.8.02.0001; Relator (a): Des. Alcides Gusmão da Silva; Comarca: Foro de Maceió; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/08/2023; Data de registro: **18/08/2023**, grifo nosso).

No teor do seu voto, o Desembargador argumentou que, ao alegar a omissão da Administração Pública quanto à criação da comissão permanente para este fim, “*o servidor não pode fazer prova de fato negativo, motivo pelo qual caberia ao Município de Maceió demonstrar que aquele restou reprovado na mencionada avaliação, o que não o fez*”. E pontua o Relator: “*A meu ver, não restam dúvidas acerca da omissão da Administração Pública em realizar as devidas avaliações de desempenho e, diante de tal ilegalidade, não pode a parte autora ser prejudicada em sua ascensão funcional*”.

Em idêntica situação de combate ao fenômeno *tu quoque* na Administração Pública – plenamente identificado no conteúdo do acórdão -, o Juiz Convocado da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Alagoas, Doutor Hélio Pinheiro Pinto proferiu voto nos autos da apelação cível nº 0736126-42.2021.8.02.0001, que foi acompanhado à unanimidade por seus pares, cuja ementa restou assim elaborada:

DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO PROMOVIDA EM FACE DO MUNICÍPIO DE MACEIÓ. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS NA PETIÇÃO INICIAL. [...] PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. PROGRESSÃO. SERVIDOR QUE OCUPA O CARGO DE AGENTE DE FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO, E QUE PRETENDE EFETIVAR SUA PROGRESSÃO FUNCIONAL POR MÉRITO, COM FUNDAMENTO NO ART. 20 DA LEI MUNICIPAL N. 4.974/2000. AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO. OMISSÃO ILEGAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA MANTIDOS. DEFINIÇÃO DO MAGISTRADO

SINGULAR EM ATENÇÃO AO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. RETIFICAÇÃO DE OFÍCIO DOS CONSECTÁRIOS LEGAIS EM VIRTUDE DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA EC Nº 113/2021. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVADO. UNANIMIDADE.

(Número do Processo: 0736126-42.2021.8.02.0001; Relator (a): Juiz Conv. Hélio Pinheiro Pinto; Comarca: Foro de Maceió; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/08/2023; Data de registro: 18/08/2023).

O Relator enfatizou em seu voto que o argumento da municipalidade de que a autora deixou de comprovar a sua aprovação na avaliação de desempenho necessária à efetivação da progressão por mérito, não teria sustentação pois, “*se a servidora não foi ainda avaliada pela Comissão de Avaliação e Desempenho, tal fato ocorreu por absoluta desídia e omissão da Administração, não podendo ser prejudicada em sua ascensão funcional por esta razão*”.

Na mesma linha, foram os seguintes julgados, todos do TJ-AL:

DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO PROMOVIDA EM FACE DO MUNICÍPIO DE MACEIÓ. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS. **PROGRESSÃO FUNCIONAL. SERVIDOR QUE OCUPA O CARGO DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO FÍSICA E QUE PRETENDE EFETIVAR SUA PROGRESSÃO FUNCIONAL POR MÉRITO, COM FUNDAMENTO NO ART. 20 DA LEI MUNICIPAL N. 4.974/2000. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO. OMISSÃO ILEGAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL.** JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA MANTIDOS. DEFINIÇÃO DO MAGISTRADO SINGULAR EM ATENÇÃO AO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. HONORÁRIOS MAJORADOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVADO. UNANIMIDADE. (Número do Processo: 0725994-91.2019.8.02.0001; Relator (a): Des. Otávio Leão Praxedes; Comarca: Foro de Maceió; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 08/07/2021; Data de registro: 09/07/2021) (grifos aditados)

DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO COM PEDIDO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO, CONDENATÓRIO E DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SERVIDORES PÚBLICOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS. **PROGRESSÃO FUNCIONAL VERTICAL COM FULCRO NA LEI 7.210/2010. AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO FUNCIONAL. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS ESPECÍFICOS DA LEI. DIREITO À PROGRESSÃO CARACTERIZADO.** SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVADO. (Relator (a): Des. Klever Rêgo Loureiro; Comarca: Foro de Maceió; Órgão julgador: 18ª Vara Cível da Capital / Fazenda Estadual; Data do julgamento: 17/08/2017; Data de registro: 18/08/2017) (grifos aditados).

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. PROGRESSÃO FUNCIONAL POR MÉRITO. ART. 20 DA LEI

MUNICIPAL N. 4.974/2000. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO. OMISSÃO ILEGAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA PARA CONFIRMAR A SENTENÇA. (TJ-AL - APL: 07239068020198020001 AL 0723906-80.2019.8.02.0001, Relator: Des. Domingos de Araújo Lima Neto, Data de Julgamento: 10/12/2020, 3^a Câmara Cível, Data de Publicação: 11/12/2020) (Grifo nosso).

No mais, a bem da ampliação da visão sobre o ativismo, não necessariamente quanto ao tema desta pesquisa - o que serve até mesmo para demonstrar a importância de se conferir maior visibilidade a este -, há viés combativo à abstração normativa do gestor; eis que o Poder Judiciário tem cada vez mais enfrentando os méritos administrativos nitidamente ilegais e/ou inconstitucionais, consoante se pode observar dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS. CONTROLE DE LEGALIDADE. ANTT. PROCESSO ADMINISTRATIVO SIMPLIFICADO. ALEGAÇÕES FINAIS. PREVISÃO. AUSÊNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há que falar em impossibilidade de apreciação de atos infralegais, tais como resoluções, porquanto a decisão monocrática impugnada analisa apenas se não há ilegalidade no procedimento que resultou na aplicação da multa pela ANTT, que agiu no exercício do seu poder regulamentar, amparado na Lei n. 10.233/2001.

2. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento segundo o qual a falta de previsão na Resolução ANTT n. 442/2004 para oferecimento de alegações finais não acarreta omissão normativa, mas simplificação do processo administrativo, razão pela qual não há cerceamento de defesa em sua não oportunização.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1875065/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 01/02/2022).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. INSTRUÇÃO NORMATIVA. PODER REGULAMENTAR. ILEGALIDADE. COMPETÊNCIA DO STF. ART. 1.032 DO CPC. INAPLICABILIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

O agravante argumenta que o acórdão recorrido padece de omissão e contradição uma vez que os contribuintes aduziram a incorreção na fixação do valor da base de cálculo do tributo sem apresentar um único laudo, parecer ou estudo que infirmasse o trabalho da Fazenda Pública, o qual

possui presunção de veracidade e caracteriza os atos administrativos. Não se pode falar em negativa de prestação jurisdicional em virtude da ausência de prova técnica se as partes agravadas conseguiram comprovar a ilegalidade da base de cálculo utilizada pelo Fisco.

28. No mérito, o agravante apontou ofensa aos arts. 38 e 148 do Código Tributário Nacional, alegando a legalidade do método utilizado pelo Estado recorrente para apurar o valor venal das cotas sociais para fins de base de cálculo do ITCD.

29. **Ao enfrentar a questão, o Tribunal de origem entendeu que a Instrução Normativa DRP 45/98 extrapolou o poder regulamentar**, violando os princípios da hierarquia das normas e da reserva legal, fundamentos de cunho eminentemente constitucional. Embora a parte tenha apontado como violados dispositivos de lei federal, a revisão da conclusão do acórdão recorrido a fim de acolher a pretensão recursal configuraria usurpação da competência da Suprema Corte.

30. Com relação à aplicação do art. 1.032 do CPC, a jurisprudência desta Corte Superior está no sentido de que o dispositivo somente é aplicável quando há um equívoco quanto à escolha do recurso cabível. Tal não é o caso dos autos, uma vez que o acórdão recorrido tem fundamento constitucional e o recurso especial versa sobre matéria infraconstitucional. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1800650/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2021, DJe 19/08/2021). (Grifo nosso).

É muito mais comum se veem nos julgados do país afora posicionamentos contrários aos excessos cometidos no exercício do poder normativo pela Administração Pública, de modo que há um natural enfrentamento da matéria, o que não ocorre no caso de omissão do poder normativo, cuja apreciação de julgados é mais recente e ocorre ainda em pequena escala:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. (I) OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. (II) SEGURO DE ACIDENTE DE TRABALHO (SAT). ART. 22, II E § 3º, DA LEI 8.212/91. GRAU DE PERICULOSIDADE E ALÍQUOTAS FIXADAS POR DECRETO. [...]

29No presente caso, o reenquadramento oneroso da empresa (aumento da alíquota de 2% para 3%), com esteio em documentos que, parcialmente, atestam a redução dos acidentes de trabalho, configura alteração pesada e imotivada da condição da Empresa e, consequentemente, **abuso do exercício do poder regulamentar** - ofensa ao princípio da legalidade formal ou sistêmica - portanto indubiosa e plenamente sindicável pelo Poder Judiciário, para aquilar da sua legitimidade substantiva.

30 Recurso Especial provido, para restabelecer os termos da Sentença que desconsiderou a reclassificação da atividade da empresa para 3%, mantendo, dest'arte, seu enquadramento no grau de risco anterior (médio, com a cobrança da alíquota de 2%). (REsp 1425090/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 09/10/2014). (Grifo nosso).

A se considerar uma postura ativista do Judiciário nos julgados que tratam do silêncio normativo, é de se atentar para o fato da ocorrência de uma retração da função legislativa (típica ou atípica) da Administração Pública, em tais casos que configuram omissão normativa particularmente conveniente à prática da fórmula *tu quoque*.

Sucede que, seja concebendo o debate por meio da judicialização ou do ativismo judicial, o silêncio normativo requer especial atenção da literatura, possivelmente mediante uma dinâmica de conformidade constitucional a qual permita compreender e defender que: (a) para efeito de consolidação de tese, a omissão está tecnicamente mais próxima do princípio da separação de poderes – já que impede a aplicação da lei - , do que à discricionariedade – como geralmente se tenta demonstrar nos estudos, ocasionando óbice à apreciação judicial; (b) reveste-se de elementos de ilegitimidade o “espaço de atuação” da Administração/administração o qual nega pedidos/direitos sobre os quais não exerceu o poder normativo e tem sob seu ofício o princípio da legalidade, sobretudo porque deixou de contribuir com o equilíbrio do sistema ao negar a sua parcela de responsabilidade na ampliação deste princípio, a juridicidade.

4. CENÁRIO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES JURÍDICAS

Desde as ações de autoritarismo até a submissão ao sistema enquanto garantia de seus destinatários, as mudanças pelas quais vem passando a estrutura da Administração Pública, notadamente as impostas pela quarta revolução industrial, requerem permanentes revisitações de institutos tradicionais a fim de proporcionar uma progressiva identificação de suas funções com a sociedade; e isto se tornaria viável, decerto, mediante sua análise à luz de dois importantes fatores que definem as suas relações: a) o sinalagma e b) as circunstâncias de formatação da presunção de legitimidade.

Assim como “não haveria luz se não fosse a escuridão²⁷⁸”, o silêncio normativo qualificado pressupõe o dever específico de pronunciamento/ação/providência e a forma como se operacionaliza faz toda a diferença no entendimento do tema aqui proposto.

O poder normativo intensificou-se à medida que os próprios legislativos passavam a reconhecer suas imensas dificuldades em atender os reclamos sociais a tempo e com eficiência, o que precisamente se veio a revelar no século XX, ao capitularem ante os fatos adotando a solução da deslegalização, desse modo, transferindo a disciplina normativa de uma determinada matéria ou atividade da sede legislativa para a regulamentar²⁷⁹.

Segundo a doutrina convencional, sem norma jurídica que impute efeitos expressos, da omissão decisória administrativa não se pode deduzir qualquer declaração de direito. A omissão converte-se em silêncio administrativo apenas quando é prevista expressamente em norma, com enunciação também de efeitos *ope legis*, substitutivos da decisão ou declaração omitida pela Administração. Em termos sintéticos: silêncio administrativo é a omissão qualificada a que norma jurídica atribui efeitos substitutivos da decisão expressa da Administração Pública²⁸⁰.

A doutrina tem se debruçado sobre omissão nos âmbitos processual e procedural, a exemplo do exercício do dever de decidir e mais, aborda questões previstas em norma e, por conseguinte, possíveis de imediatos efeitos de direito.

No entanto, diferentemente, a questão aqui posta diz respeito a uma omissão no exercício do poder normativo, especialmente propensa a um círculo vicioso, envolvendo a

²⁷⁸<https://www.letras.mus.br/lulu-santos/35063/>

²⁷⁹MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. Rio de Janeiro: Fórum, 2018. p. 153

²⁸⁰*Id.* **Silêncio Administrativo Positivo, Negativo e Translativo:** a omissão estatal formal em tempos de crise. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/silencio-administrativo-positivo-negativo-e-translativo--a-omissao-estatal-formal-em-tempos-de-crise-.> Acesso em: 15 jul 2022.

invocação da própria inércia como fator impeditivo à concessão/apreciação de direitos e a comodidade de se amparar no próprio sistema. Nesse contexto, a Administração pública, deixa de normatizar determinada matéria a si obrigada legal ou constitucionalmente e quando um direito é suscitado em torno dessa omissão, nega-o fundamentando-se no princípio da legalidade/juridicidade, ante a “ausência de norma” e tem por estanque sua conduta com base no atributo da presunção de legitimidade.

Não se trata de um método de aceleração do processo, preceituando que “o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos” (IX do artigo 3º. da lei nº 13.874/2019 - “lei da liberdade econômica”) mas, da necessidade da conjugação de três fatores: (a) prospectiva mudança de paradigma literário a (b) servir de arrimo para identificação desse tipo pecha no sistema; tudo isso (c) enquanto permanente produção acadêmico-científica.

Eis que o sistema de jurisdição única adotado no Brasil com inspiração inglesa, no qual as ações administrativas podem ser examinadas pelo judiciário, sem necessitar o esgotamento do debate na via administrativa, não significa um permissivo para negligenciar circunstancialmente o ofício do administrador por “comodidade” em razão da possibilidade revisitação judicial.

No entanto, na prática, é facilmente constatável o tríplice “comportamento administrativo”, baseado na omissão no poder normativo, seguida da suscitação do princípio da legalidade, negando-se direitos e sob a blindagem na presunção de legitimidade; o que tem tomado feições diferenciadas nas variadas formas de relações da Administração Pública e não raras vezes, configura herança “não maturada” de fatores históricos, sociológicos e filosóficos fundantes do direito administrativo brasileiro.

A dimensão da presunção de legitimidade condicionada está atrelada às circunstâncias de silêncio normativo qualificado, que ocorre quando a omissão do dever de normatizar acarreta imediatos efeitos na vida dos destinatários do serviço público, nas mais amplas formas de relações com a administração; enseja compromissos, dispõe sobre direitos dos usuários desses serviços ou afeta diretamente a sua esfera enquanto cidadãos, os quais não raras vezes são confrontadas por recursos tecnológicos e, nesse contexto, se estabelece uma disputa de poder, de quem detém mais mecanismos de prova da verdade.

Desde o modelo iniciado no Conselho de Estado Francês, o administrador não figurava como mero intérprete em busca da aplicação legal, mas dedicava-se a criar princípios

para a resolução dos casos concretos e assim surgiu um “ativismo normativo”, em que o juiz administrativo substituía o legislador e se tornara normatizador da Administração²⁸¹

Na literatura contemporânea brasileira, já se fala em silêncio administrativo, especificamente no campo decisório e é concebido como uma das respostas preventivas do sistema jurídico à inatividade formal da Administração Pública²⁸², no entanto, o silêncio normativo qualificado parece, até então, não ter definição e atenção da conjuntura histórico-científica administrativista, levanta-se, pois, como um provável instituto, decorrente de inovação acadêmica.

A realidade digital vem se expandindo, comprimindo a realidade física ou projetando progressivamente sobre esta realidade física. Novas viagens culturais e novos paradigmas vão sendo desvendados num processo de digitalização da vida que parece não ter fim. A cada dia, novos setores são incorporados a esse processo, ocupando espaços que antes se moviam exclusivamente dentro de uma realidade física e que agora fazem parte de uma realidade virtual²⁸³ e um desafio emblemático se levantou com a expansão de recursos tecnológicos que fora o de lidar com o nível de acesso a informações e a qualidade e a veracidade destas.

Um ponto de convergência das teorias evolutivas do direito administrativo recai nos imperativos do constitucionalismo, herdeiro da tradição liberal que remonta ao final do século XVII, expressa a ideia de poder ilimitado pelo direito e pelo respeito aos direitos fundamentais²⁸⁴ e ainda em tempos de teorizações avançadas, assombram os usuários dos serviços da administração pública os fantasmas das ficções institucionais que fazem do sistema administrativo uma verdadeira "teia de Penélope"²⁸⁵.

4.1 Impacto nas relações administrativas

A aplicação da teoria do silêncio administrativo ao campo normativo, seguramente por meio das devidas adaptações técnicas, requer especial atenção quanto às nuances jurídicas da trilogia: invocação, negatória e blindagem, nas variadas dimensões das relações da

²⁸¹OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 269.

²⁸²MODESTO, Paulo. **O Silêncio Administrativo como técnica de experimentação**. <https://www.conjur.com.br/2022-jan-27/interesse-publico-silencio-administrativo-tecnica-experimentacao>. Acesso em 8 jul 2022.

²⁸³CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **La Constitución del Agoritmo**. Fundaciòn Manuel Gimenez Abade de Estudios Parlamentares y del Estadio Autonomico. p 61

²⁸⁴BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e Constituição: direito e políticas públicas num mundo em transformação**. Belo Horizonte, Fórum: 2021 p. 68

²⁸⁵VISCONDE DO URUGUAY. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Typographia Nacional, Rio de Janeiro, 1862.

Administração Pública, estas que, à luz das bases literárias consolidadas, requerem posição de destaque no direito administrativo²⁸⁶, por terem se tornado pilar de uma nova conformação sistemática da ciência jurídico-administrativa²⁸⁷.

A denominada relação jurídica administrativa é o vínculo abstrato e geral ou individual e concreto constituído entre dois ou mais sujeitos de direito por uma norma de direito administrativo ou por um ato individual e concreto, mediante o qual cada um, dois ou mais intervenientes pode exigir do outro certa conduta positiva ou negativa²⁸⁸.

O silêncio administrativo é uma das respostas preventivas do sistema jurídico à inatividade formal da Administração Pública²⁸⁹, já o silêncio normativo qualificado pela tríade objeto desta pesquisa parece não guardar pertinência com a atual conjuntura histórico-científica administrativista, afigura-se, pois, um provável instituto, como fonte de inovação acadêmica.

O direito administrativo se constituiu em meio a um cenário deveras contraditório, plasmado em prerrogativas e restrições, numa linha temporal de autoritarismo e de submissão a um sistema e, segundo a literatura clássica, tais contradições advêm da dualidade autoridade/liberdade, interesse público/interesse individual, que compõe o verdadeiro substrato do direito administrativo²⁹⁰.

E tal sistematização teria conferido maior credibilidade a esse ramo do direito, haja vista ter-se se consolidado em torno do dever de servir à coletividade, do encargo de atender a necessidades gerais, sendo elas – e só elas – as justificativas para o exercício da autoridade²⁹¹.

Por outro viés, há quem afirme a existência de uma ilusão garantística da gênese” no Direito Administrativo, por não se esperar “nenhum cunho garantístico de direitos individuais

²⁸⁶WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. **Direito Administrativo**, vol. 1. Trad. António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 251

²⁸⁷HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. P. 14

²⁸⁸MONCADA, Luís S. Cabral de Moncada. **A Relação Jurídica Administrativa (para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativos)**, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 36

²⁸⁹MODESTO, Paulo. O Silêncio Administrativo como técnica de experimentação. <https://www.conjur.com.br/2022-jan-27/interesse-publico-silencio-administrativo-tecnica-experimentacao>. Acesso em 8 de jul. 2022.

²⁹⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Existe um novo direito administrativo? Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 84

²⁹¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 44-45.

se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas e julga soberanamente seus litígios com os administrados²⁹².

Na mesma linha são algumas correntes da literatura, a exemplo da que sustenta ter o princípio da separação de poderes sido arquitetado na França com o deliberado intuito de garantir espaços de intangibilidade das decisões administrativas, como forma de preservar a possibilidade de práticas autoritárias, afastando o controle jurisdicional.²⁹³

O fio condutor de sua história está atrelado à definição de serviço público, cuja base conceitual é atribuída ao caso Agnes Blanco, ocorrido na Cidade de Bordeaux, na França, que tratou da responsabilização em razão de um acidente, com vagonete, provocado por entidade pertencente à Administração francesa, teoria adotada pela escola do serviço público e teve como defensores Duguit, Jèze e Bonnard. A esse respeito, Mello²⁹⁴ resume:

[...] enquanto Duguit conceitua o serviço público em termos sociológicos e identifica as regras de direito administrativo com o serviço público administrativo, [...] enquanto Bonnard, menos positivo na matéria, aproxima-se de Duguit no esforço de configurar o serviço público de forma substancial (embora só o defina no sentido subjetivo), mas abranda a constância da relação serviço público-direito administrativo, Jèze assume perspectiva formal, rigorosamente jurídica, e conceitua o serviço público como um procedimento técnico que se traduz em um regime peculiar, ‘o processo de direito público’ e associa estreitamente serviço público administrativo e direito administrativo.

Em meio a históricos debates, especialmente na doutrina tradicional sobre direito administrativo, consagrou-se o conceito de que é o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar, concreta, direta e imediatamente, os fins desejados pelo Estado²⁹⁵.

Malgrado os pensamentos fixados por cada uma dessas escolas ao longo dos tempos, um dos fatores que impulsionaram o atual conceito de administração pública foi a chamada *middle-range theory*, movida por valores como: legitimidade democrática, eficiência, eficácia, efetividade, influência das tecnologias da informação na administração, e por inovações nos diversos ramos relacionados à teoria organizacional, ciência política e economia (*neo-institucionalismo e public choice*)²⁹⁶.

²⁹² BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 149.

²⁹³ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 271.

²⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

²⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 20 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 123.

²⁹⁶ MATIAS-PEREIRA, J. **Reforma do Estado e controle da corrupção no Brasil**. Revista de Administração Mackenzie, v. 4, n. 1, p. 39-58, 2003.

De mais a mais, teorias clássicas sobre administração pública voltavam-se para as ações estruturais do sistema político-administrativo no próprio país e tal situação sofreu modificações como efeitos da globalização, especialmente em decorrência de trabalhos e relatórios elaborados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, pelo Fundo Monetário Internacional – FMI, pelo Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD e *American Society for Public Administration e European Group for Public Administration*. A globalização fomentou as mudanças na teoria e na prática da administração pública, abandonando as tendências paroquiais que têm permeado a ciência da administração nos diferentes países²⁹⁷.

Ainda que se pense a estrutura de governança de modo global, como proposto no paper *The Emergence of Global Administrative Law*²⁹⁸, com um apanhado de diretrizes teóricas voltadas a um Direito Administrativo Global - DAG, ante a insuficiência das técnicas convencionais do Direito Internacional Público, cada país tem suas peculiaridades as quais tendem a gerar a própria identidade ou, ao contrário, experimentar uma constante inquietação institucional em seu aparelhamento burocrático.

No caso do Brasil, inobstante ter adotado o modelo inglês de jurisdição única, há predominância de institutos de matriz europeia desde as constituições mais remotas, a exemplo do Conselho de Estado, criado pela Constituição de 1824 – duramente criticado pelo Visconde do Uruguai pelo seu mau funcionamento -, bem como sofre ingerência global da “americanização do direito” como resultado da globalização, que torna exportável o direito norte-americano, que seria um dos aspectos da convergência entre o direito administrativo de inspiração francesa e o direito administrativo anglo-saxônico²⁹⁹.

Ocorre que administrativistas da atualidade tentam justificar e/ou refutar tais teorias, seja porque era o máximo de democracia – submissão à lei - que se poderia ter à época, seja porque, efetivamente, e ainda assim se afigurava autoritária a concentração de poder, considerando a atuação do Conselho de Estado Francês.

Na prática, afigura-se quase que à unanimidade a raiz monárquica de boa parte dos institutos e categorias do Direito Administrativo³⁰⁰, como é o caso das noções de discricionariedade, poder de polícia e interesse público.

²⁹⁷ KHATOR, R.; GARCIA-ZAMOR, J. C. **Introduction.** In: _____; _____. (Eds.). *Public administration in the global village*. London: Praeger, 1994.

²⁹⁸ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. **The emergence of global administrative law. Law and contemporary problems**, v. 68, n. 3/4, 2005.

²⁹⁹ CASSESE, Sabino. *Las Bases del Derecho Administrativo*. Trad. Luís Ortega. Madrid: INAP, 1994, p. 51.

³⁰⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 75

A literatura contemporânea, em sua maioria, defende a ideia de que o fato de o direito administrativo, enquanto ramo da ciência, ter como principal característica o uso de prerrogativas, as quais lhe conferem legitimidade para a exercitar “poderes” ao outro polo da relação, confere-lhe feições de autoritarismo.

Argumentam que nenhuma vontade privada é, por natureza, superior a outra, a tal ponto que se impõe a esta contra sua vontade, o que ocorre porque o ato que caracteriza as relações privadas é o contrato, ou seja, o acordo de vontades. A Administração, entretanto, que deve satisfazer ao interesse geral, não poderia atingir tal objetivo se estivesse no mesmo pé de igualdade com os particulares³⁰¹.

Segundo esses autores, tal disciplina teria sido desenvolvida para assegurar a manutenção das práticas autoritárias do antigo regime³⁰² e que nenhum cunho garantístico de direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas e julga soberanamente seus litígios com os administrados³⁰³

Sucede que, efetivamente, a aplicação do direito administrativo requer ponderações baseadas no interesse público, na indisponibilidade, na presunção legalidade, dentre outros²⁰ e essa miscelânea de influências teóricas deu origem ao modo de a Administração Pública lidar com os destinatários dos seus serviços, com seu corpo funcional, bem como com os regulados por seu ofício e gerou institutos e até vícios históricos, fatores esses que serão avaliados nos próximos subtópicos.

Tudo isso a considerar que no direito brasileiro, as relações da administração pública se concretizam de três formas: mediante a (i) oferta de serviços públicos, numa dimensão de prestação de comodidades para os cidadãos (envolvendo diversas áreas do direito público, a exemplo de tributário, ambiental e urbanístico), bem como, em sentido orgânico, (ii) relacionando-se com o próprio quadro institucional e, por fim, como decorrência de (iii) técnica residual, isto é, referentes a tudo o que não for objeto das atividades jurisdicionais ou legislativas. Independentemente dos critérios de definição dessa interlocução, a administração pública não se resume ao poder executivo, em que pese a função típica administrativa deste, mas, se irradia pelos três poderes os quais detém, dentro de suas esferas as atividades de planejar, organizar, dirigir e controlar.

³⁰¹CRETELLA JÚNIOR, José. **Prerrogativas e sujeições da administração pública.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 103, p. 17out., 1971. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/35280/34070>. Acesso em: 10 jul 2022.

³⁰²OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Coimbra: Almedina, 2003.

³⁰³BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 149.

Eis a importância de se examinar de maneira crítica as relações entre a administração pública e os destinatários dos seus serviços, em todas as dimensões, desde o período de consolidação do Direito Administrativo, então regido pelos seguintes postulados: direitos negativos, tripartição dos poderes, generalização do princípio da legalidade, universalidade da jurisdição e monopólio da violência, conferindo-se ênfase ao princípio da legalidade enquanto estruturante do sistema estatal e mecanismo de proteção das liberdades individuais, igualdade entre os cidadãos e de controle do poder do Estado Patrimonial Absolutista.

4.1.1 Relação de prestação social

Falar em gestão pública é atrelar automaticamente à prestação de comodidades aos particulares, vale até dizer que se trata do serviço público por excelência, sob o ideário do Estado como entidade investida do mister da representatividade assumindo a missão de oferecer aos cidadãos benesses para uma vida digna em sociedade.

A forma como se instituiu esse trato do administrador com os destinatários dos serviços por si prestados mais se assemelha com a teoria de Duguit, ao pregar: “*Estado não é, como se pretendeu fazer crer e se acreditou, um poder que comanda, uma soberania: é ele uma cooperação de serviços públicos, organizados e controlados pelos governantes*³⁰⁴”.

Diante da pluralidade de serviços oferecidos pelo Estado, em meio às constantes transformações sociais e a consequente complexidade de suas relações, decerto, o campo normativo é insuficiente para prever todas as circunstâncias que a permeiam.

O que existe são pontos comuns entre os diferentes serviços públicos, princípios fundamentais que se aplicariam independentemente de seu modo de exercício, que lhes conferem prerrogativas especiais em relação aos particulares. Isto não impede que os serviços sejam regidos por outras normas específicas, de acordo com as peculiaridades da atividade exercida, de forma a possibilitar o atendimento dos seus objetivos³⁰⁵.

Semelhante a diversos sistemas internacionais, o direito administrativo brasileiro, desde os seus primeiros sinais vitais, tem passado por desafios de emancipação e (não) reverência, seja em relação ao poder judiciário, seja em relação à política econômica e ao mercado financeiro.

³⁰⁴DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, p. 59.

³⁰⁵GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 24, p. 61-115, dez./mar. 1998/1999. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/20046>. Acesso em: 8 jul 2022.

Isso é notável a partir da implantação dos modelos de gestão. À margem de detalhados juízos de valor, uma vez implementada a burocracia, com a finalidade de suplantar práticas do patrimonialismo e constatadas as suas disfunções, como excesso de formalismo, autorreferência e consequente morosidade na prestação dos serviços, sobreveio, não exata e exclusivamente por tais motivos, mas, em razão de forte tendência mundial, o gerencialismo, com inspiração na iniciativa privada e sob o ideal de promover a melhoria da qualidade nos serviços para os cidadãos.

Na visão dos órgãos dirigentes da União Europeia o serviço público associado a monopólio estatal significa obstáculo à livre circulação e ao livre mercado na Europa³⁰⁶ e os seus textos davam espaço à noção de serviço universal, no sentido de ser oferecido a todos, de qualidade e com preço acessível.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, atribuiu, em seu artigo 175, a incumbência ao poder público a prestação de serviços públicos, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação. Já a atividade econômica foi abordada em outro dispositivo (artigo 173, CF), tecendo assim uma diferenciação entre serviço público e atividade econômica, que tende a permitir uma harmonia entre ambos, mediante a preservação da concorrência na gestão privada, sem retirar a presença do Estado.

Para além dos termos do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, o legislador federal fixou a obrigatoriedade do administrador público atentar para os seguintes princípios: finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público (artigo 2º, da lei nº 9.784/99 - lei dos usuários dos serviços públicos).

Nessa esteira, estabeleceram-se as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação de serviços públicos e modicidade das tarifas (artigo 6º, § 1º, da Lei 8.987/95).

A lei de usuários dos serviços públicos foi um marco na relação entre o poder público e os destinatários diretos de suas ações e poderia ser qualificada como a Lei de Redenção da Cidadania. O diploma reconhece o protagonismo do cidadão como sujeito fundamental das relações de direito público. Torna ilícita a concepção herdada do autoritarismo de que o cidadão é um “administrado”, um “subordinado”, um “entrave” ao desenvolvimento das atividades estatais. Reconduz a administração pública ao conceito fundamental de “serviço

³⁰⁶ MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Poder de polícia na atualidade**. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 57

público". Enfim, é um diploma que todos nós, cidadãos do Brasil, necessitamos conhecer e bem caberia que dele tivéssemos uma cópia no bolso permanentemente³⁰⁷

Esse arcabouço de interação política, econômica e normativa envolvendo ofício estatal tem verdadeiramente o condão de definir relações com a Administração Pública, especialmente na função de prestação de comodidades aos cidadãos.

Entrementes, não sendo o serviço público na “modalidade” comodidades para o cidadão tarefa exclusiva do poder executivo, que é igualmente exercida por órgãos do poder legislativo e do judiciário, envolvendo as suas funções típicas e atípicas, o silêncio administrativo qualificado assume feições particularmente mais preocupantes.

Não parece aventura afirmar ser um retrocesso institucionalizado esse tipo de prática, mormente em tempos em que se celebram avanços significativos nas tratativas com a Administração Pública, a exemplo de se vislumbrar a verticalidade, a assimetria, a imperatividade e a autoridade administrativas passando a ceder espaço à horizontalidade, à isonomia, à consensualidade e à democracia participativa na formação das suas decisões, com a exigência de eficiência da máquina pública.³⁰⁸

É que as pechas no mister da gestão pública, assim como ocorre em outras situações de inconformismos sociais, são comumente submetidas à apreciação do Judiciário e apreciadas, em observância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, entrementes num considerável grau de descrença no êxito do resultado. Isso em proporções obviamente menores do que ocorreu após a revolução francesa (1789), marcado pelo clima de grande desconfiança quanto ao ofício do judiciário, ante o seu elo com a nobreza e o clero – destituídos do domínio político e econômico; de tal modo, permitir a limitação do Estado por essas classes – na ótica daqueles - correspondia a preservação das nefastas práticas do antigo regime.

No caso do silêncio administrativo qualificado pela trilogia: invocação, negação e blindagem, o descrédito se justifica pelas reiteradas distorções encontradas na barreira do mérito administrativo; como se esse tipo de falha no sistema administrativo não configurasse vício jurídico passível de imediata retificação pelo judiciário.

No quesito “relação de prestação social”, essa pecha atenta contra os indicativos da boa governança, fenômeno transportado do setor privado - lá consolidado desde a década de

³⁰⁷JUSTEN FILHO, Marçal. **A lei da redenção da cidadania.** Migalhas, 28 nov. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16, MI278830,11049-A+Lei+de+Redencao+da+Cidadania>. Acesso em: 08 jul 2022.

³⁰⁸CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes.** Curitiba: Juruá, 2015, p. 328.

oitenta³⁰⁹ - amplamente debatido em consonância com princípios regentes da atuação pública e que tem como escopo a inteireza no atendimento às expectativas dos cidadãos, a título de interesse público

Nessa tônica, compete ao administrador promover as medidas necessárias à correção dessas falhas medulares, pois se trata de uma necessidade real dos usuários dos seus serviços, haja vista a “máxima” da boa administração envolver disposição permanente de corrigir e retificar o que a experiência apresente como desvios dos objetivos propostos ou, mais a fundo, das finalidades que atribuímos à ação política”.³¹⁰

Entrementes, muito mais do que violar um direito do usuário do serviço público ao cumprimento de prazos e normas procedimentais (artigo 5º, VI da lei nº 13.460/2027), o silêncio normativo qualificado nessas circunstâncias corresponde, antes disto, a um grave estremecimento das bases do ordenamento jurídico.

4.1.2 Relações de sujeição especial

A integral subordinação das formas da atividade administrativa aos termos do direito veio conduzir à perspectiva nos contatos entre a Administração e os particulares³¹¹. São igualmente relações jurídicas administrativas aquelas constituídas por cidadãos que detêm contatos mais próximos e permanentes com o Estado, a exemplo dos servidores públicos civis, os militares, os pacientes em hospitais públicos e os detidos no sistema prisional.

Seguindo tal concepção, esses vínculos seriam objeto de tratamento diferenciado, para abranger mais prerrogativas da Administração incidentes sobre tais segmentos do que à sociedade em geral, acarretando, portanto, redução de direitos³¹².

Muitas são as heranças conceituais de cunho filosófico, histórico e político que têm ingerência nessa “modalidade” de relação, a julgar pela afirmação de que administração não está regida pelo direito quando as regras a que obedece lhe são puramente interiores, obrigatórias para os agentes em relação aos seus superiores, mas não em relação aos

³⁰⁹PETERS, B. Guy. **Governance as political theory**. Jerusalem Papers – Regulation & Governance, Jerusalem, v. 1, n. 22, p. 1-22, ago. 2010.

³¹⁰RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução de Daniel Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 29.

³¹¹MONCADA, Luís S. Cabral de Moncada. **A Relação Jurídica Administrativa**: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativos. Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 42.

³¹²MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Poder de polícia na atualidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 382.

administrados³¹³. Por sinal, este não é nada republicano, portanto incompatível com o atual sistema brasileiro.

Contudo, na doutrina e na jurisprudência brasileiras ainda subsistem posições muito restritivas no tocante à extensão do controle judicial do processo administrativo disciplinar. A principal linha de fundamentação deste posicionamento é a alegação da discricionariedade que, segundo se defende, prevalece na aplicação das normas disciplinares³¹⁴.

À luz da doutrina clássica lusitana, as chamadas relações especiais de poder ou de sujeição resultantes de um estatuto legal compreendendo certa atenuação dos direitos subjetivos ou melhor, de alguns deles e o correspondente acréscimo dos poderes administrativos. Constituem um caso particular de relacionamento menos bilateral (ou melhor, relacional) entre a Administração e os particulares denominado por considerados especiais que colocam até o conteúdo daquelas especiais relações nos antípodas³¹⁵.

Parcela da literatura brasileira acredita na superação dessa categoria de sujeição especial no atual cenário em que são reconhecidos direitos a todo e qualquer integrante da sociedade, em que reinam direitos fundamentais, direitos ao contraditório e ampla defesa, além de outros aspectos relativos às inovações do Estado e do Direito Administrativo³¹⁶.

Há quem sustente a rejeição à tese de sujeição especial asseverando que na Constituição não se localiza nenhum indicativo que permita afirmar que alguns indivíduos, por se encontrarem em situação de relação peculiar e diferencial, deixariam de ser albergados pela proteção constitucional genérica do princípio da legalidade³¹⁷.

Conceber irrefletidamente esse pensamento pode significar desconhecimento ou negatória de algumas condutas corriqueiras da Administração em relação ao seu corpo funcional ou, em última visão mais criteriosa, eminentemente técnico-jurídica, afastá-lo por inaplicabilidade, ante a existência de outro instituto ou denominação que melhor lhe convenha atribuir.

Uma situação que se encaixa nesse contexto é a ausência de constituição de comissão, visando à avaliação de títulos para fins de progressão dos servidores do próprio quadro da

³¹³RIVERO, Jean. **Droit administratif**. Paris: Dalloz, 1975. p. 14.

³¹⁴ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). **Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 107.

³¹⁵MONCADA, Luís S. Cabral de Moncada. *A Relação Jurídica Administrativa (para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativos)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 16

³¹⁶MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. Poder de polícia na atualidade. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 382.

³¹⁷USTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. 2015, p. 242.

Administração, e no momento em que estes reclamam seu direito à progressão, o administrador alega ausência da devida comissão como empecilho à concessão do pleito e com base na própria preterição funcional, nega o pleito, sob o manto da presunção de legitimidade.

Sem sobra de dúvidas, esse constructo dispersado nas três esferas da organização político-administrativa da República mais se assemelha com as metodologias autoritárias advindas do absolutismo, e nesta perspectiva, insta refletir, certamente em meio à casuística, se essa má conduta se trata de mera desatenção para com uma parte sensível da estrutura de governança ou estratégia contenção de direitos como mecanismo de fortalecimento do próprio poder.

O contencioso administrativo, de origem francesa, que implicava a retirada de competência do Poder Judiciário para decidir litígios envolvendo a administração pública, era, no Brasil, mais um caso de deturpação de uma boa ideia: a administração contenciosa era arbitrária, obscura e acessível a poucos e corajosos que se empenhavam em “desempoeirar maços de papel enormes, onde tudo jaz sepultado no pó do esquecimento³¹⁸.

4.1.3 Relações de regulação

As primeiras ideias de concessão de serviço público, disseminadas a partir do movimento neoliberal francês do século XIX, desenvolveram-se sob as perspectivas de se conferir especial profissionalização do serviço público, com viés mais técnico, diante dos entraves operacionais do corpo funcional da máquina estatal.

Na efervescência da implementação do gerencialismo, no Brasil, com o intento de superação de vícios do sistema weberiano, afirmava-se se tratar da passagem do Estado produtor para o regulador. Entretanto, o modelo gerencial, para além de criar agências reguladoras, vislumbrou o Estado democrático e eficiente, que financia a fundo perdido os serviços sociais e de pesquisa científica e age como capacitador (*enabler*) da competitividade das empresas privadas.³¹⁹

Essa atividade que consiste em controle permanente e concentrado, exercido por uma autoridade pública sobre atividades dotadas de um certo valor social³²⁰ nasce com o Estado

³¹⁸URUGUAI, Visconde do. **Ensaio sobre o direito administrativo.** In: CARVALHO, José Murilo de (org.). Visconde do Uruguai. São Paulo: ed. 34, 2002, p. 73.

³¹⁹BRESSER-PERERA, Luiz Carlos. **A reforma gerencial do Estado de 1995.** Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, jul./ago. 2000

³²⁰JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002. p. 72

Interventor, tem a importância reduzida com a política de nacionalizações, ressurge com o paradigma neoliberal, direciona-se tanto à atividade econômica em sentido estrito quanto aos serviços públicos delegados, e organiza-se a partir da criação de agências reguladoras³²¹.

No particular do sistema brasileiro, a competência das agências reguladoras esbarra em uma primeira dificuldade e que consiste de a vinculação da competência regulamentar aqui consagrada se subordinar à moldura legislativa (regulamento executivo), diferentemente de outros estados que para a produção de normas secundárias, é contemplada a prerrogativa de edição de regulamentos autônomos, além da existência de centros regulamentadores por parte de pessoas jurídicas desprovidas de capacidade política³²².

Como produto da reforma administrativa, além das ações de organização da Administração Pública, das políticas de privatização, visando a reduzir a atuação direta do Estado no domínio econômico, estabeleceu-se o sistema de agências reguladoras, para fiscalizar e regular as atividades exclusivas do Estado, que foram sendo repassadas progressivamente aos particulares por delegação; criar o contrato de gestão como figura jurídica apta a incentivar iniciativa dos gestores e deslocar o “controle dos procedimentos” para o “controle de resultados”; e para as atividades não exclusivas, como ensino e saúde, incrementar o fomento, por meio da celebração de parcerias com organizações públicas não estatais, como, por exemplo, organizações sociais.³²³

Dentre as funções atinentes à regulação, surgem novas formas de exercer o poder normativo estatal. Isso porque consubstancia evolução marcante da Ciência Jurídica reconhecer como consequência das normas legais que preveem direitos, a obrigação de o Estado agir mediante comportamentos positivos normativos e concretos que, sistematizados, concretizem o comando legislativo. Não há dúvida quanto ao dever de agir do Estado, sendo intolerável omissão pública que recuse a satisfação possível e efetiva das normas legais³²⁴.

Para tornar clara a construção, imagine-se que uma agência reguladora promove uma abrupta revogação de certame licitatório, já em sua fase final, sob a alegação de que este estaria em dissonância com o teor de determinada instrução normativa federal quando, na

³²¹GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado:** uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003. p. 125.

³²² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito Administrativo Contemporâneo:** temas fundamentais – Salvador: Juspodivm, 2016. p. 96.

³²³NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia:** impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012. p. 32

³²⁴ CARVALHO, RAQUEL. **O poder regulamentar e o poder regulatório da Administração Pública.** Disponível em: http://raquelcarvalho.com.br/2018/05/29/o-poder-regulamentar-e-o-poder-regulatorio-da-administracao-publica/#_ftn3. Acesso em: 8 jul. 2022.

prática, caberia à própria agência normatizar a respeito do respectivo tema ou tornar público previamente o uso da norma de âmbito federal, ante sua autonomia administrativa.

No entanto, ao ser questionado pelos interessados/prejudicados sobre essa inconsistência, o referido ente ou simplesmente reconhece a sua inusitada omissão – mas, sem reverter os efeitos nefastos do seu modo de proceder – ou simplesmente recorre à norma federal não vinculativa, como ocorreu no mencionado exemplo, cuja ação logra-se presumidamente legítima, cabendo, pois, às empresas – já em perda da chance de competir – se esforçar para provar o contrário. Para além da quebra da confiança legítima dos envolvidos no processo, práticas dessa natureza não raras vezes conduzem à prorrogação de contratos milionários que pesam aos cofres públicos.

A propósito, a edição de decretos regulamentares autônomos no domínio da administração de prestações não implica a subversão das fontes no direito administrativo. Primeiro, porque o regulamento conserva o seu grau hierárquico inferior. Segundo, porque não pode ele contrariar os princípios gerais de direito administrativo.³²⁵

Hoje, em face do dinamismo científico e tecnológico, a discricionariedade regulamentar, admitida expressa ou implicitamente por lei, resulta da consideração de que a disciplina de uma relação jurídica ou de um setor da realidade social deve fazer-se muitas vezes segundo critérios técnico-científicos, variando as soluções admissíveis inclusive em face do progresso futuro³²⁶.

4.2 Ingerências da LINDB

O pouco que se tem na ordem jurídica vigente que pode ser imediatamente atrelado à possível aplicação da teoria do silêncio administrativo a campo normativo é o artigo 30 do Decreto nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB), com redação conferida pela lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que assim dispõe: “As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”.

Sendo uma lei formatada sob a influência do pragmatismo, propõe que o decisor tentará suplantar abstrações técnicas, bem assim sopesar as boas consequências da imediata

³²⁵BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. **A competência regulamentar e a reserva de lei: revisão do enquadramento constitucional do espaço de concretização dos direitos sociais pela Administração Pública.** Revista dos Tribunais, ano 100, v. 912, p. 83-84 e 86, out. 2011.

³²⁶PESSOA, Robertônio Santos. **Administração e regulação.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 151.

vinculação às virtudes da norma jurídica, que defendem a firmeza, em detrimento das más consequências de serem tentados a inovar quando deparam com controvérsias que as decisões judiciais anteriores e os textos canônicos não estão bem adaptados para solucionar³²⁷.

O artigo 30 da LINDB parece atender a uma necessidade real de tomada de decisões estatais como decorrência de um processo de racionalidade jurídica, contínuo e plurissubjetivo, de interpretação e aplicação das normas (regras, princípios e postulados). Implicando a criação de mecanismos de estabilização e uniformidade das decisões no tempo e permitam seu aperfeiçoamento contínuo, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas que identificam os litígios públicos³²⁸.

Típico de um sistema *civil law* e de construto eminentemente arraigado às bases normativas, significativa parcela da jurisprudência brasileira – com as exceções dos julgadores de perfil menos tradicional -, decerto só tem conseguido implementar uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos outros dois Poderes³²⁹, isto sem assombros ou sensacionalismos midiáticos - nesses casos de omissão normativa, após a entrada em vigor da lei nº 13. 655, de 25 de abril de 2018.

Essa lei, que inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), requisitos de segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, mais especificamente prevê o dever de o decisor deve atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas (art. 30)³³⁰.

Já no seu artigo 20³³¹, a referida lei visa, como dito por Filipe Lôbo, tutelar interesses da Administração Pública, e também de proteção ao próprio gestor, consagrando regra que tende a dar maior segurança jurídica ao administrador público, que terá agora oportunidade de consubstanciar a *ratio essendi* de sua decisão administrativa em consequências práticas da realidade que o rodeia. O dispositivo legal proporciona maior proteção ao administrador

³²⁷ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 358.

³²⁸ MOREIRA, Egon Bocman. **Art. 30 da LINDB O dever público de incrementar a segurança jurídica**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/77657/74320/162001> . Acesso 25, jun, 2023.

³²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 434.

³³⁰ BRASIL. **Lei nº 13. 655, de 25 de abril de 2018**. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos?tipo=LEI&numero=13655&ano=2018&ato=27fATT61UeZpWTdea>. Acesso em: 10 ago. 2023.

³³¹ **Art. 20.** Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

público na medida que permite melhor superar aquelas normas baseadas em valores abstratos e assim obter maior segurança³³².

O estilo de pragmatismo aparentemente adotado pelo legislador brasileiro reúne características como: (i) o anticonceitualismo (o dispositivo tenta limitar de alguma forma o recurso, nas esferas administrativa, controladora e judicial, a “valores jurídicos abstratos” na justificação de decisões) e (ii) o consequencialismo (que se expressa na disposição para considerar os efeitos concretos – ou, na dicção legal, as “consequências práticas” – das decisões³³³), além do contextualismo.

Como é sabido, o cenário de inspiração dessa lei era composto da descrença em instituições públicas, necessidade de potencializar a qualidade da atividade decisória pública, exercida nos diversos níveis da Federação (federal, estadual, distrital e municipal) e pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e órgãos autônomos de controle (Tribunais de Contas e Ministérios Públicos).

Um dos precursores da formatação da “nova LINDB”, Carlos Ari Sundfield, realiza uma análise crítica sobre os princípios, concebendo-os como “preguiça”, de tão evasivos que alguns são, ao passo que entende por plausível o questionamento sobre se a norma não está no texto, se pode ser considerada norma; destacando-se oportunamente a não indeterminação propriamente, mas, a importância da norma³³⁴.

Deveras pertinente essa linha de pensamento nas hipóteses de omissão no poder normativo, já que esta configura uma “pecha de abstração” decerto ainda mais grave, ante a ausência de um conteúdo normativo embasador da (possível) ação/decisão; e a situação piora quando se atenta para o duplo papel da Administração Pública, no caso: de normatizar (digase, para si) e de decidir.

Na esteira de influência na implementação de modificações na LINDB, tem-se o realismo jurídico americano, o qual, segundo Filipe Lôbo, relaciona-se, intrinsecamente, com o pragmatismo e com determinadas linhas de pensamento jurídico contemporâneo. Os realistas adeptos a essa teoria atacam o formalismo e defendem que juízes decidem de acordo com a relação entre os fatos e suas íntimas convicções, e não apenas e tão somente levando em consideração as regras gerais que levariam a resultados particulares³³⁵.

³³² LÔBO, Filipe; SAMPAIO, Thyago; ARAUJO, L. A. F.. **LINDB e argumentação jurídica:** da efetiva motivação dos atos pelo administrador público para a superação dos conceitos jurídicos abstratos. Revista Jurídica Luso-Brasileira - RJLB, v. 2, p. 439, 2020.

³³³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.p. 58.

³³⁴SUNFELD, Carlos Ari (2012). **Direito administrativo para céritos**, São Paulo: Malheiros.p. 43

³³⁵LÔBO, Filipe; SAMPAIO, Thyago ; ARAUJO, L. A. F. . **LINDB e argumentação jurídica: da efetiva motivação dos atos pelo administrador público para a superação dos conceitos jurídicos abstratos.** Revista

Um das preocupações da chamada “nova LINDB” foi abordar o gerenciamento de riscos, cuja identificação requer avaliação e gestão de incertezas, depende de um processo decisório racional, informado, estável, transparente e responsável. E que tenha por bases parâmetros econômicos e de análise de custo-benefício. Não bastam pareceres técnicos, nem científicos (que, não obstante, devem instruir o processo). A segurança decisória (da autoridade e do controlador) depende da racionalidade do processo³³⁶.

O conceito sociológico *sociedade do risco* e há muito lançado no campo jurídico sob a denominação *direito administrativo do risco*, ganhou notoriedade na literatura após as modificações de 2018 ocorridas na LINDB, em razão das novas facetas que apresenta e revelou não só o lado progressista, mas também o lado ameaçador da modernidade, com o aumento dos perigos que a sociedade se depara cotidianamente³³⁷.

No âmbito da regulação, por exemplo, a gestão do risco corresponde à fase em que os diversos formatos regulatórios são colocadas como opções e os respectivos fatores sopesados, avaliando-se seus custos e benefícios, escolhendo-se, pois, o modelo ideal para regular a respectiva atividade.

Nesse contexto, a lei nº. 13.655/2018 provê bases adequadas para que a decisão de risco possa ser tomada, na medida em que elege, como objeto de sua tutela, as reais condições decisórias do gestor público. O art. 22 da lei nº 13.655/2018, de fato, indica que o exame da conformidade da decisão pública deve considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor. Seu parágrafo primeiro, na mesma direção, determina que sejam levadas em conta as circunstâncias práticas que limitaram ou condicionaram a ação do agente³³⁸.

E o tríplice comportamento, amparado na não normatização: (1) invocação do princípio da legalidade, (2) negatória ou estado de inviabilidade de direitos ou pedidos (3) situação de conformidade com amparo no atributo da presunção de legitimidade já configura, por si, um risco, desta feita gerado pela própria administração.

E outro aspecto a ser avaliado, nesse contexto, à luz da LINDB, é o erro grosseiro previsto no seu artigo 28³³⁹, cujo debate se intensificou durante a pandemia do coronavírus,

Jurídica Luso-Brasileira - RJLB, v. 2, p. 439, 2020.

³³⁶ SUNFELD, Carlos Ari, **Reforma Administrativa: críticas e caminhos**. 2021, O direito administrativo do pós-crise [recurso eletrônico]. Coord. Maurício Zockun e Emerson Gabardo - Curitiba: Íthala, p. 104-113.

³³⁷ BECK, Ulrich. **Risk Society: towards a new modernity**. Tradução: Mark Ritter. New York: Sage Publications, 1992.

³³⁸ BAPTISTA, Patrícia. **A LINDB e o Direito Administrativo do Risco: parâmetros substantivos e procedimentais para decisões públicas em ambiente de risco e incerteza**. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (Coord). Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 27-30.

³³⁹ **Art. 28.** O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

por meio de várias ações de controle de constitucionalidade abstrato; a discussão se deu sobre a responsabilização dos agentes públicos no contexto das medidas de combate aos efeitos da pandemia da Covid-19.

Uma das ações abordando o tema foi a ação direta de inconstitucionalidade 6.421-DF, com pedido de medida cautelar, da relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, proposta por Rede Sustentabilidade, tendo por objeto a Medida Provisória (MP) nº 966/2020, o art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, e os arts. 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019.

Em decisão cautelar, o STF decidiu por conferir “*interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da MP nº 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, leva-se em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção*”.

Interligando a temática ao objeto deste estudo, depreende-se o quanto vulnerável o gestor se encontra diante do silêncio normativo, ante a propensão a erros grosseiros, máxime se se considerar o segundo parâmetro de configuração dessa pecha, assinalado pelo STF, qual seja, “*de standards, normas e critérios científicos e técnicos*”. Com efeito, a ausência de norma paradigma, como ocorreu no exemplo da regulamentação do plantio da cannabis para consumo pessoal, conforme elucidado no capítulo 2 deste estudo, as chances de cometimento de falhas estruturais de gestão são deveras previsíveis, as quais, são passíveis de controle externo e como tal, plenamente identificáveis e notadamente prejudiciais aos destinatários da norma omitida.

4.3 Violation do sinalagma

A deficiência e a falta de sistematização dos textos de direito administrativo embaracam a construção da teoria das nulidades dos atos da administração pública. Não é possível disciplinar a matéria, utilizando apenas os elementos que tais textos fornecem. Faz-se preciso, supletivamente, recorrer aos dispositivos da legislação civil. Não há dúvida de que os princípios do Código Civil se podem aplicar, em parte, aos atos administrativos com efeito jurídico, pois que regem, de modo geral, aos atos administrativos³⁴⁰.

³⁴⁰ RANELLETTI, Le Guarentigie, cit., p.93, nº 65.

A respeito da superação da bifurcação entre o direito administrativo e o direito civil, a literatura mais antiga já assinalava que ainda que o direito administrativo possa ser encontrado dentro do Código Civil e o direito civil, nos corpos das leis administrativas, todos os ramos do direito positivo devem ter o seu conceito dado, suposto ou receptível pela Constituição. Nesse sentido, a Constituição é a matriz e o padrão de todas as leis, por isso mesmo que superior a todas as leis³⁴¹.

Muito mais do que ou nova roupagem de “fuga para o direito privado”, afigura-se como um segmento do direito público retornando às suas origens, um reencontro com sua identidade mais genuína. Nesse particular, convém analisar o silêncio normativo à luz de dois fatores: a) o sinalagma e b) a teoria das nulidades.

Segundo a formatação do atual sistema brasileiro, parece simples remediar o ato, pela existência (formal) dos seus elementos – motivo, finalidade, forma, objeto e competência, difícil é tentar sanar um “não-ato”, a omissão, o silêncio administrativo, e essa tarefa se torna ainda mais complexa quando esse silêncio se localiza no (não) exercício do poder normativo, é, pois, fora do “trivial”, da processualística – da omissão em decidir.

Há muito a literatura projeta a falha da atuação administrativa no Judiciário, a exemplo da caracterização dos atos administrativos, sob o ponto de vista formal, interessa ao uso de remédios jurisdicionais. Os diversos meios processuais pelos quais se dá a apreciação dos atos pelo Poder Judiciário, são instituídos visando, de modo particular, no amparo do indivíduo em face dos procedimentos da administração pública em praticamente, a sua utilização interessa apenas a respeito dos atos desta emanados³⁴².

Por outro lado, à luz da literatura clássica, os vícios dos atos administrativos, sem efeito jurídico, não têm importância do ponto de vista das relações da administração pública com o indivíduo, porquanto não modificam nenhuma situação jurídica. Nestes casos, haverá repercussão indireta sobre a situação individual alterada pelo ato jurídico³⁴³.

Sob o prisma da teoria das nulidades, essa declaração de nulidade de um ato administrativo ilegítimo realizada, desta feita, pelo legislador, além de poder ocorrer pela própria administração e pelo Judiciário.

A doutrina tradicional explica que o ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio-legal; válido ou meio-válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou anulabilidade, como pretendem alguns autores que

³⁴¹ LIMA, Ruy Cirne. **O Código Civil e o Direito Administrativo**. Porto Alegre: Sulina, 1960. p. 53-54.

³⁴² FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**; 6 ed. rev e atualizada; São Paulo, Saraiva: 1984; p. 25.

³⁴³ *Id. Ibid.*; p. 38

transplantam teorias do Direito Privado para o Direito Público sem meditar na sua inadequação aos princípios específicos da atividade estatal³⁴⁴.

Nessa perspectiva, os atos que podem ser objeto de convalidação são apenas aqueles que apresentam os seguintes vícios: a) incompetência ou incapacidade (obrigatoriedade de convalidar se o ato viciado é vinculado; faculdade de convalidar se o ato viciado é discricionário); b) omissão ou má-execução da forma ou formalidades exigidas pela ordem jurídica ou essenciais à perfeição do ato (obrigatoriedade de convalidar). Além da natureza sanável dos vícios, a convalidação não pode causar prejuízo a terceiros, nem mesmo ao interesse público. O compromisso com a preservação dos interesses sociais é aspecto de que não pode se descurar o agente público, em nenhum momento da sua atuação, seja quando da atividade positiva, seja quando do controle de juridicidade realizado posteriormente³⁴⁵.

Com a evolução da teoria, no Brasil, passou-se a admitir a convalidação do ato administrativo, enquanto instrumento de melhoramentos da atividade administrativa, o que se deu, no ordenamento jurídico brasileiro, desde a lei nº 9.784/99 (art. 55) até à lei federal nº 13.655 que alterou a agora denominada “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (LINDB) repercutem diretamente na própria caracterização de um ato administrativo como viciado, ou não. Tratam-se de normas que definem quando um comportamento estatal pode ser considerado ilícito e quando não há que se falar em desconformidade com o direito³⁴⁶.

Na literatura, já se pontua que ocorre uma certa condescendência em meio ao silêncio administrativo, ante a inexistência de qualquer questionamento das ficções institucionais são contingências da realidade jurídica.³⁴⁷ Com efeito, restaria tecnicamente inviável tentar encaixar o silêncio normativo nos padrões da teoria clássica - o que corresponderia a “deixá-lo” no plano dos fatos, enquanto conduta social não consubstanciada em norma e que não pode ser considerada jurídica, uma vez que não produzirá o surgimento de relações jurídicas³⁴⁸; equivaleria a enxergar o problema e não buscar soluções.

Significativa base jurídica para solucionar essa mazela se encontra no princípio da boa administração ou direito à boa administração, que emergiu na Carta de Direitos Fundamentais

³⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 205.

³⁴⁵CARVALHO, Raquel. **LINDB – artigo 22**: O início de uma nova teoria das nulidades para os atos administrativos viciados? Disponível em: http://raquelcarvalho.com.br/2019/10/08/lindb-artigo-22-o-inicio-de-uma-nova-teoria-das-nulidades-para-os-atos-administrativos-viciados/#_ftnref4. Acesso em 12, fev 2013.

³⁴⁶CARVALHO, Raquel. **LINDB – artigo 22**: O início de uma nova teoria das nulidades para os atos administrativos viciados? **Raquel Carvalho**. Disponível em: http://raquelcarvalho.com.br/2019/10/08/lindb-artigo-22-o-inicio-de-uma-nova-teoria-das-nulidades-para-os-atos-administrativos-viciados/#_ftnref4. Acesso em 12 de fev.2023.

³⁴⁷FERRAZ, Tercio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. Editora Max Limonad, 1998, reedição. p. 110.

³⁴⁸MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**, 22 ed, São Paulo: Saraiva Educação: 2019. p. 54

da União Europeia, absorvido pela literatura brasileira como sendo um plexo dos seguintes direitos: a) à administração pública transparente, b) à administração pública dialógica, c) à administração pública imparcial, d) à administração pública proba, e) à administração pública respeitadora da legalidade moderada e à f) administração pública eficaz³⁴⁹. Seria esse princípio o fator por excelência do vínculo de reciprocidade entre a administração pública e o administrado no quesito normatização.

Quanto ao sinalagma, a teoria do contrato administrativo no Brasil não refutou a tese de que a Administração poderia igualar-se ao privado na relação obrigacional. Ao contrário, tomou por pressuposto que a participação da Administração numa relação contratual não lhe retiraria a posição sobranceira, superior, assimétrica. Sendo a Administração, por definição, tutora do interesse público, não poderia ela se igualar ao privado. Disso decorreria: a) a ausência de igualdade entre as partes; e b) as prerrogativas de intervenção unilateral nas condições pactuadas (subjacentes às cláusulas exorbitantes)³⁵⁰.

Para além da relação contratual propriamente dita, convém revisitarem-se alguns institutos do direito administrativo, a fim de se alcançarem valores, princípios e modelos de relações mais condizentes com o atual contexto da sociedade. Surge, então, a necessidade de se suplantar a visão cristalizada de um dogmatismo administrativo, especialmente que sacraliza a hierarquia do gestor público em relação aos usuários dos serviços públicos.

Forma-se, portanto, o arcabouço teórico de uma administração pública subordinativa de irradiação hierarquizada e linear que começa a apresentar esgotamento de suas formas de atuação coercitiva com a inviabilidade de atendimento das múltiplas demandas sociais oriunda da crescente complexidade da sociedade³⁵¹. A prerrogativa da administração de criar unilateralmente obrigações a serem adimplidas por particulares sofre abalos pela possibilidade de efetiva participação do cidadão no processo decisório de criação das manifestações do poder de polícia³⁵².

E mais, o perfil contemporâneo tanto dos usuários, como dos próprios serviços públicos e o formato destes – interativo, tecnológico, participativo, dialógico, consensual, fomentador do controle social – requer métodos de legitimação da atuação da administração

³⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. Apaup FREITAS, Juarez. **Discriçionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 347

³⁵⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Contratos com o Poder Público**. Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo, 2009, nº107, p. 4

³⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2 ed. atual e ampla Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 26-27.

³⁵² ARAUJO, Valter Shuenquener de. **Efeitos da inovação no Direito Administrativo brasileiro: queremos saber o que vão fazer com as novas invenções**. Revista Quaestio Juris. Vol. 11, nº 03, pp. 1687-1703, Rio de Janeiro, 2018. DOI: 10.12957/rqi.2018.32568. p. 2

pública, no caso mediante a devida “prestaçāo normativa”, enquanto serviço fundamental inerente ao ofício administrativo, medida esta que poderia configurar uma “correção de rota” no regime jurídico.

A percepção doutrinária recentemente formulada em torno do poder de polícia certamente se aplica às questões decorrentes do silêncio normativo, máxime em virtude das inovações tecnológicas, de uma efetiva i) ampliação dos instrumentos de participação popular, ii) do reforço da exigência de motivação e de iii) de uma atuação da administração focada na transparéncia. De tal modo, se a administração não se preocupar verdadeiramente com a legitimação de seus atos, os destinatários do poder de polícia não hesitarão em questionar os comandos estatais limitadores de sua liberdade e propriedade³⁵³.

A prestação consiste numa ação ou certa atividade do devedor, é mais correto afirmar que a prestação se traduz em certo comportamento ou conduta do obrigado³⁵⁴. Uma pertinente versão do princípio *pacta sunt servanda*, desta feita, com um *plus*, pois diferentemente de como ocorre com o particular, o qual não tem a obrigação de agir/contratar, por força da autonomia da vontade, – o administrador público, a partir do momento que está investido do ofício, é obrigado a normatizar em determinadas circunstâncias; em outras palavras, deve cumprir o “avençado”.

A relevância desse princípio é tamanha, que o legislador editou o seguinte texto no artigo 389, do Código Civil “*não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado*”.

A doutrina civilista especializada assevera que o *pacta sunt servanda* se baseia em duas máximas: a) a necessidade de segurança dos negócios; e b) intangibilidade ou imutabilidade do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes³⁵⁵.

Igualmente convém se proceder em relação ao dever de regulamentação pela administração pública, haja vista se tratar de um fator de segurança da relação jurídica que desse advém – ou se projeta/espera, em caso de omissão de normatização -, bem como por configurar um poder/dever, um ofício, decorrente, pois, dos imperativos do princípio da indisponibilidade do interesse público.

³⁵³Id. Ibid., p. 7

³⁵⁴ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 64.

³⁵⁵GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais. 8^a ed. — São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49.

E essa proposta literária não significa retirar os “mantos” dos atributos dos quais são revestidas as ações da Administração Pública, visando a igualar indistintamente a administração pública com o particular, o que não ocorre nem mesmo nas tratativas envolvendo contrato administrativo, como bem explanado pela literatura mais progressista sobre temas tradicionais do direito administrativo. Na prática, busca-se remediar essa falha no sistema, talvez alcançar formatação equilibrada nessa circunstância de silêncio administrativo normativo.

Isso porque desde as primeiras visões doutrinárias administrativistas no Brasil, a adoção no direito administrativo da mesma posição do direito civil quanto aos atos nulos e anuláveis não acarreta nenhuma dificuldade de aplicação, desde que se considerem as peculiaridades próprias desses dois ramos jurídicos³⁵⁶.

Efetivamente, convém proceder-se a um verdadeiro realinhamento de fatores básicos do direito administrativo, ante a gravidade de um círculo vicioso que se instaurou no direito brasileiro, decorrente, pois, da negatória do dever de normatizar, na medida que, nessas circunstâncias, estabelecem-se em desfavor do administrado os imperativos do princípio da legalidade em sentido amplo (juridicidade), invocável para se negar pretensão ante a ausência de norma, não editada pela própria administração pública que, finalmente – e para “coroar” sua falha – tem a seu favor o atributo da presunção de legitimidade de seu ofício.

O caráter fundamental da norma impõe ao legislador-regulamentador um dever de máxima eficácia, que significa: a) o reconhecimento de que a norma instituidora do direito, independentemente de sua configuração formal, permite sejam extraídas posições ativas para o indivíduo, independentemente de intermediação legislativa, como a de defesa contra o Estado; b) a imposição ao legislador do dever de assegurar as dimensões da eficácia que dependam da lei³⁵⁷.

Na prática, o silêncio normativo se consolida todas as vezes que o administrador público deixa de exercer o poder normativo em relação a matérias que lhe são permitidas constitucionalmente dispor, observadas as exceções: (a) matérias reservadas à lei, como por exemplo, o direito tributário e o direito penal; (d) matérias a serem tratadas por lei complementar; (c) matérias a serem disciplinadas normas gerais; e (d) medidas provisórias³⁵⁸.

³⁵⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. São Paulo: 10 ed., Forense - Rio, 1969. p. 10.

³⁵⁷ BITENCOURT NETO, Eurico. **Regime Constitucional do Mandado de Injunção**, Juspodvm, Bahia: 2009. p. 118

³⁵⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **A constitucionalização do direito administrativo:** o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 2^a ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010. p. 75.

Na contramão dessa omissão no ofício administrativo, o princípio da legalidade entendido como limite positivo, predeterminação dos fins e modalidades da ação administrativa e, portanto, vinculado aos governos de assembleia, correspondia, nas suas feições mais antigas, a uma ferramenta para concretizar o princípio da soberania popular e para legitimar democraticamente a administração.

Produziu uma concepção positivista do direito, entendido como o direito estabelecido pelas leis, mas também uma forte prevalência do estatismo. Nesta versão extrema nunca teve força efetiva, porque o parlamento não conseguiu definir todos os elementos da atividade administrativa e porque a administração pública nem sempre seguiu meticulosamente os ditames³⁵⁹.

Convém indagar, pois, quais os limites entre, legalidade e legitimidade, como organizar essa legalidade múltipla que impulsiona variadas soluções e, num contrassenso, nega a sua razão de existir e se projeta como governo da lei, e não como governo dos homens, e como tal sugere incertezas quanto ao próprio princípio da legalidade. Daí exsurge a importância de se fortalecerem os seus reais e mais recentes fatores legitimadores, como a devida atuação administrativa, especialmente evitando-se vícios como o silêncio normativo.

4.4 Reflexões sobre a presunção de legitimidade

A doutrina nacional, unanimemente, assevera que é imprescindível à autoexecutoriedade dos atos da Administração que haja a presunção de que nasceram em conformidade com as normas legais. Essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado do agente integrante da estrutura do Estado³⁶⁰.

Há escritos que sustentam a legitimidade como tendo sido decorrente do princípio democrático, destinada a informar fundamentalmente a relação entre a vontade geral do povo e as suas diversas expressões estatais – políticas, administrativas e judiciárias. Dita como uma vontade difusa, captada e definida formalmente a partir de debates políticos, de processos eleitorais e de instrumentos de participação política dispostos pela ordem jurídica, bem como captada e definida informalmente pelos veículos abertos à liberdade de expressão das pessoas, para saturar toda a estrutura do Estado democrático, de modo a se tornar necessariamente in-

³⁵⁹CASSESE, Sabino. *Administrazione La Nazione: La crisi della burocrazia e suoi rimedi*. Mondadori, Milano: 2022. p. 116

³⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.112.

formativa, em maior ou menor grau, conforme hipótese aplicativa, do exercício de todas as funções e em todos os níveis em que se deva dar alguma integração jurídica de sua ação³⁶¹.

Decerto, a análise de determinadas denominações pressupõe a verificação do contexto no qual estas são formuladas, levando em conta tanto a doutrina de direito administrativo, das várias gerações da ordem dos publicistas³⁶². Partindo de conceitos de décadas atrás, a consequência da presunção de legitimidade dos atos administrativos é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem invoca³⁶³. Ou que o efeito é o da inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar não ser o ato legítimo para comprovação da ilegalidade³⁶⁴.

Com o passar dos anos, houve uma constante relativização da visão literária sobre o tema, que passou a definir a presunção de legitimidade dos atos administrativos como a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionadas em juízo³⁶⁵.

Apenas a título de enriquecimento da pesquisas, sem aprofundamentos teóricos, é pertinente observar o pensamento do argentino Agustín Gordillo, que é enfático ao afastar a inversão do ônus da prova como um dos efeitos da presunção de veracidade, assinalando que o instituto importa em um *ônus de agir* contra o ato, mas não em um ônus de provar a inveracidade de seus fundamentos³⁶⁶.

As mudanças decorrentes do constitucionalismo, no Brasil, especialmente o imperativo da força normativa da Constituição, obviamente influenciou na forma de interpretar institutos do direito administrativo, visando à garantia e à eficácia dos direitos e garantias fundamentais. Nesse movimento pela efetividade constitucional, comprehende-se a normatividade de seus princípios, a necessidade de interpretação do sistema jurídico-administrativo (legal ou infralegal) à luz da Constituição e, ainda, a fundamentação da atuação estatal diretamente no

³⁶¹ MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 89.

³⁶² SUNDFELD, Carlos Ari. **A Ordem dos Publicistas in Direito Administrativo para Céticos**, 2012, p. 93-131.

³⁶³ MEIRELLES, Hely Lope. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 150.

³⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.112.

³⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 411.

³⁶⁶ GUEDES, Demian. **Processo Administrativo e Democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade**. Belo Horizonte: Fórum; 2007. p. 45

texto constitucional. Elementos que, sem sombra de dúvidas, fazem do constitucionalismo um instrumento transformador da disciplina jurídica do Poder Público³⁶⁷.

Assim, por se tratar de uma presunção desprovida de previsão legislativa— especialmente após a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988 —, a presunção de veracidade, assevera Demian Guedes, deve ser analisada com certa “suspeita”, promovendo-se sua cautelosa oposição a outros valores e princípios administrativos, estes sim, expressos no ordenamento jurídico. E dos institutos basilares do direito administrativo os quais demandam uma reavaliação acadêmica, esse é o que, apesar de não contar com qualquer fundamento legal específico, ainda é considerada o “fantasma” que apavora quem litiga com a Administração³⁶⁸.

As ações de autotutela e de imperatividade, na Administração contemporânea, requerem uma filtragem constitucional, maiormente à luz dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, a saber: legitimidade, impessoalidade, transparência, publicidade, verdade material e impessoalidade, a fim de se evitarem arbitrariedades. Para tanto, convém revisitar as visões doutrinária e jurisprudencial da presunção de legitimidade e tratar, ainda que resumidamente, das experiências estrangeiras, identificando-se eventuais semelhanças e diferenças existentes entre os sistemas.

A título de parâmetro de pesquisa, convém apresentar o pensamento de parcela da literatura brasileira (tradicional e contemporânea); como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶⁹, que entende que a presunção de veracidade se encerra com a impugnação do ato. Já Lúcia Valle Figueiredo³⁷⁰ aprofunda esse pensamento ao afirmar que a presunção se inverte quando os atos forem contestados tanto administrativamente como judicialmente, pois, segundo o seu entendimento, competirá à Administração provar a plena conformidade do ato à lei, já que a própria Administração possui os mecanismos (atos e fatos) geradores do ato administrativo contestado.

A linha majoritária defende que a presunção de legalidade é válida até a impugnação do ato. A partir da impugnação, seja administrativa ou judicialmente, inverte-se o ônus da prova, pois, diferentemente dos particulares, que podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a administração pública somente pode agir conforme autorização ou determinação legal.

³⁶⁷Id. *Ibid.* p. 46.

³⁶⁸Id. **A presunção de veracidade e o estado democrático de direito: uma reavaliação que se impõe.** In: _____. Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 245.

³⁶⁹Celso Antônio Bandeira de Mello, **Curso de Direito Administrativo**, Malheiros Editores, 20 ed., 2003, p. 39.

³⁷⁰FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5^a ed., São Paulo: Malheiros, 2001. p. 46.

Assim, sempre cabe à Administração o dever de demonstrar a conformidade da sua atuação com a lei³⁷¹.

A jurisprudência é pacífica no sentido de inexistir fundamento o questionamento, a “priori”, das declarações de servidores públicos, uma vez que suas palavras se revestem, até prova em contrário, de presunção de veracidade e de legitimidade³⁷².

Já o objetivo desta investigação consiste em evidenciar algo que, num cenário jurídico ideal, seria uma obviedade, a qual dispensaria comprovação (por parte do destinatário na norma), a saber: bastaria a administração se omitir no ofício (de edição normativa), as circunstâncias dependentes desta ou atreladas não receberiam o manto da conformidade com o sistema, tornando-se, pois, imediatamente vulneráveis, passíveis de questionamento e consequente inviáveis de serem suscitadas como negatória de direitos.

Também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assevera que o afastamento da presunção de legitimidade se dá pela sujeição dos atos administrativos a controle judicial, como ocorreu no agravo em recurso especial nº 2023/0005596-5, em cuja ementa constou que a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos “*tem caráter relativo (juris tantum), podendo ser afastada por prova em contrário. [...] o Tribunal de origem afastou a legitimidade das Portarias n. 413/97 e n. 1285/97, editadas pelo Ministério da Justiça, hipótese plenamente possível em razão da sujeição dos atos administrativos a controle judicial, sobretudo no aspecto da legalidade*”³⁷³.

Julgados do STJ também remetem a presunção de legitimidade à especificidade técnica de órgãos públicos, e nisto reside o risco de, juridicamente, se fechar um cerco, criar um “beco sem saída” no sistema, especificamente nos casos de silêncio normativo.

Dessa forma foi a decisão no agravo interno em suspensão de liminar em sentença nº 2988 na qual aquele Tribunal reafirmou entendimento sobre a necessidade de cautela do Poder Judiciário, pois, eventual afastamento dos atos de agências reguladoras se dê por motivo de ilegalidade e após instrução completa do feito, sob pena de ofensa à separação de poderes.

Segundo o julgado, não se trata da aplicação genérica do princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, mas do entendimento de que o setor em questão é disciplinado por regras de elevada especificidade técnica e de enorme impacto financeiro, já previ-

³⁷¹DALLARI, Adilson de Abreu e Ferraz, Sérgio. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 99.

³⁷²BRASIL, STJ. AgRg no HC n. 797.089/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 19/6/2023, DJe de 22/6/2023. Acesso em 18, jul, 2023.

³⁷³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ AREsp 2300223 / SP Agravo em Recurso Especial. 2023/0005596-5 Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em 18, jul, 2023.

amente definidas em atos da agência reguladora, de modo que a interferência na aplicação de tais regras pelo Poder Judiciário por meio de liminar configura grave lesão à ordem e à economia públicas³⁷⁴.

Na prática, a impugnação não tem, por si, o potencial de afastar a presunção de legitimidade do ato. Se assim o fosse, a inversão do ônus da prova seria um imperativo para a Administração, que deveria provar a motivação que justificasse a edição do ato. O afastamento da presunção ocorre com a comprovação, pelos mecanismo admitidos pelo direito, de que os fatos indicados não correspondem aos suscitados pela Administração ou, em na ausência de motivação, inexistam as circunstâncias autorizadoras da edição do ato.

Nessa situação, convém indagar a quem competiria produzir tal prova. Segundo a doutrina contemporânea, no campo administrativo, cabe à Administração, pois detém a ciência sobre a fragilidade do ato; logo, deve, em razão do princípio da autotutela, saná-la, desta feita mediante elementos tendentes a confirmar a validade do ato. Se o destinatário do ato demonstra falha neste, apesar da certeza de sua correção por parte da Administração, aquele se incumbirá de realizar a respectiva prova; mas, se o questionamento indicar pecha no ato, fica caracterizado o interesse da administração em provar a regularidade³⁷⁵.

Nessa perspectiva dominante da doutrina, o efeito da presunção de legitimidade é a autoexecutoriedade, que admite seja o ato imediatamente executado. Outro efeito é o da inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar não ser o ato legítimo a comprovação da ilegalidade. Enquanto isso não ocorrer contudo, o ato vai produzindo normalmente os seus efeitos e sendo considerado válido, seja no revestimento formal, seja no seu próprio conteúdo³⁷⁶.

No discurso normativo, cabe ao destinatário provar que a norma é inválida. Vale dizer: ao menos num primeiro momento, a norma editada pela autoridade é considerada válida (presunção de validade dos atos normativos estatais), cabendo ao destinatário impugná-la perante o órgão competente e iniciar a discussão sobre a invalidade. Somente quando reconhecida a invalidade pelo órgão competente, a norma deixa de vincular o destinatário. Com a “inversão do ônus da prova” o sistema desconfirma a desconfirmação e mantém a relação de autoridade³⁷⁷.

³⁷⁴Id. AgInt na SLS 2988 / DF Agravo Interno na Suspensão de Liminar e de Sentença. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>

³⁷⁵ MARARA, Thiago. **As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade.** Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/administrativo/fontes-direito-administrativo-princípio-da-legalidade/>. Acesso em 11.ago, 2023.

³⁷⁶CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 127

³⁷⁷MARTINS, Ricardo Marcondes. **Atributos do ato administrativo.** Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/19/edicao-1/atributos-do-ato-administrativo>. Acesso em: 22, ago, 2023.

Em resumo, o atributo da presunção de veracidade, da forma tradicionalmente concebida no sistema, não condiz com os preceitos constitucionais, principalmente com o modelo democrático de governo. E a sua reinterpretação, nem de longe, abalaria as estruturas do Estado, ao contrário, tende a fortalecê-lo, desta feita mediante elementos de confirmação dos fatos que justificam o agir administrativo, a saber: a sindicabilidade administrativa, a dialogicidade, a publicidade, a transparência e a verdade material.

4.5 Recursos tecnológicos

Sob os imperativos de eficiência e controle, os recursos tecnológicos têm sido, não raras vezes, ferramentas de condutas excessivas por parte da Administração Pública em face dos destinatários dos seus serviços, quando, essencialmente têm o enorme potencial de ressignificar, quiçá questionar, os mais emblemáticos instrumentos da supremacia da administração pública, a exemplo do poder de polícia.

Há muito, o poder de polícia não se embasa em prescrições abstratas, incontestes, estanques e implacáveis; diferentemente, com os ares do constitucionalismo e as técnicas de aplicação normativa advindas deste, bem como com as redefinições da natureza jurídica do interesse público- seu principal fundamento –, o exercício desse poder passou por constante ingerência de métodos de aplicação, conforme o caso.

Instalou-se um abandono gradual da perspectiva tradicional do poder de polícia plasmada na concepção de que o Estado é o único com legitimidade a exercê-lo, na medida em que seria indelegável a particulares. Contudo, em um modelo contemporâneo de administração pública dialógica, resolutiva e que busca o consenso no seu modo de atuar, exsurge a dificuldade de aceitação acrítica da coercibilidade como atributo inerente ao poder de polícia³⁷⁸.

Decerto, a dinâmica social já não comporta o modelo de ato administrativo autista, cuja manifestação ocorre unilateralmente, por intermédio de agente competente, no exercício de poder extroverso e praticado em comprimento estrito de um comando legal, sujeitando-o ao controle judicial quanto aos aspectos de legalidade. À delimitação de ato administrativo autista, acrescentam-se os chamados atributos do ato, quais sejam: a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, a exigibilidade e a autoexecutoriedade. Todas

³⁷⁸ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **Efeitos da inovação no Direito Administrativo brasileiro:** queremos saber o que vão fazer com as novas invenções. Revista Quaestio Juris. Vol. 11, nº 03, pp. 1687-1703, Rio de Janeiro, 2018. DOI: 10.12957/rqi.2018.32568. p. 7

estas características concorrem para moldar uma visão de ato administrativo que desconsidera em absoluto a condição do administrado³⁷⁹.

O direito público – tanto o direito constitucional como o direito administrativo – precisará investir energia na busca por um desenho institucional capaz de reavivar as instituições democráticas e de mobilizar a cidadania para renovar a crença nas ideias que iniciaram sua trajetória na Revolução Inglesa de 1689 e viveram um momento de apogeu na virada do século XX para ao XXI: Estado de direito, governo da maioria, limitação de poder, respeito aos direitos fundamentais e de livre iniciativa³⁸⁰.

Na era na revolução 4.0, um dos campos de incidência da presunção de legitimidade que tem se tornado cada vez mais questionável é no exercício do poder de polícia, especialmente sobre as práticas de infrações ou registro das irregularidades pela administração.

Indaga-se se o que seria mais legítimo: uma assinatura de um fiscal de trânsito atestando que um motorista ultrapassou o sinal vermelho, ou um vídeo feito em um celular comprovando a ultrapassagem do sinal vermelho. A Administração Pública precisa, não apenas receber passivamente essas informações oriundas de particulares, como, também, estimular o seu envio e se preparar tecnologicamente para que isso aconteça, a fim de que o poder de polícia seja exercido da maneira mais eficaz e barata possível.

Não é então a posse dos meios de produção que é decisiva para o ganho do poder, mas, o acesso a dados utilizados para vigilância, controle e prognóstico de comportamento psicopolítico. O regime de informação está acoplado ao capitalismo da informação, que se desenvolve em capitalismo da vigilância e degrada os seres humanos em gado, em animais de consumo de dados³⁸¹.

A transformação global da economia, impulsionada pelo desenvolvimento tecnológico, provocou a antiga “constituição econômica” nacional, segundo a qual os fatores produtivos se ajustam dentro de sua própria constituição, não havendo capacidade real de ordenamento da economia³⁸². O mesmo pode ocorrer, pouco a pouco, com o arcabouço normativo administrativo que, sem a devida atenção da academia jurídica, tende a ceder

³⁷⁹MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: RT, 2011, p. 89-114. 8

³⁸⁰BARROSO, Luís Roberto. **Revolução Tecnológica, crise da democracia e constituição: direitos e políticas públicas num mundo em transformação**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 51.

³⁸¹HAN, Byung-Chu. **Digitalização e a crise da democracia**; tradução de Gabriel S Philipson Petrópolis, RJ: Vozes, 2022, p. 07

³⁸²CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **La Constitución del Algoritmo**. Fundaciòn Manuel Gimenez Abade de Estudios Parlamentares y del Estadio Autonomico. p 43

paulatinamente a condições econômicas impostas fora do Estado, negando a sua dimensão organizatória e procedural dos direitos fundamentais³⁸³

Na prática, tais inovações devem ser disruptivas, viabilizando a entrada de novos personagens que apresentam respostas simples para os problemas existentes. E isso não é difícil concluir, mexe com muita gente e revoluciona. Esses eventos rompem paradigmas, fazem desmoronar os alicerces de institutos jurídicos seculares e impõem à administração uma reavaliação de seu papel na relação com os cidadãos³⁸⁴.

Na mesma proporção, esses novos recursos tecnológicos tendem a impulsionar uma releitura do modelo de separação de poderes – concebido para um mundo pós-medieval e pré-Revolução Industrial, por uma revisão profunda das formas de representação política e por mecanismos mais eficientes de governança, não apenas do Executivo, mas também no Legislativo e no Judiciário³⁸⁵.

Exemplos de leis que foram editadas com a finalidade de impulsionar a tecnológica no âmbito nacional são: a Lei nº 13.460/17 (Lei de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos), que trata da regulação de serviços públicos incluindo as soluções tecnológicas³⁸⁶, a Lei nº 14.129 de 29 de março de 2021 (Lei do Governo Digital), o Decreto nº 10.332 de 28 de abril de 2020, que institui a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e a Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021, a qual institui o marco legal das *startups* e do empreendedorismo inovador.

Das diversas formas de debater sobre os avanços tecnológicos em meio ao sistema jurídico, requer atenção o teor do Enunciado 12 da Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “*A decisão administrativa robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a sua opacidade motivo de invalidação*”.

Embora seja uma máxima que a motivação das decisões administrativas é requisito formalístico de validade dos atos administrativos decisórios³⁸⁷, a preocupação dos estudiosos ao propor esse texto parece pertinente em razão da possibilidade de, sob o pretexto de

³⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 456-461; MIRANDA, Jorge. Curso de direito constitucional, Tomo IV, 3 ed., p. 93, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, 7 ed., p. 446.

³⁸⁴ BAPTISTA, Patrícia e KELLER, Clara Iglesias. **Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas**. Revista de Direito Administrativo. Vol. 273, 2016, p. 12

³⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática**. Disponível em <https://www.jota.info/especiais/revolucao-tecnologica-crise-da-democracia-e-mudanca-climatica-27012020>. Acesso em 16, fev, 2023.

³⁸⁶ Art. 5º [...] II – presunção de boa-fé do usuário; XIII - aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações.

³⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 408.

celeridade e praticidade, atropelarem-se institutos e conceitos fundamentais ao equilíbrio das relações da administração pública com o administrado.

O fato é que ou a Inteligência Artificial presta obséquio à liberdade intersubjetiva, ou não passa de instrumento de desinteligência artificial e antinatural. Nada é mais urgente, no reino da regulação tecnológica do que direcionar sabiamente a IA para tornar menos artificiais as relações humanas³⁸⁸.

Na contramão dessa instrumentalidade proativa são os formulários de recebimento de documentos (*checklist*), que servem como verdadeiros “ingressos” nos órgãos públicos – condição inicial de procedibilidade a qual não raras vezes, fere o direito de petição, o acesso à Administração; prática bastante comum nos órgãos de licenciamento ambiental. E o mais curioso é que, na maioria das situações, inexiste normatização regulamentar indicando as “condições procedimentais”, e sem qualquer critério técnico/formal, o pedido do usuário do serviço público sequer é analisado, “volta da porta” e tal conduta se esconde no manto da presunção de legitimidade.

Eis que se avançou em tantas áreas e conceitos, utiliza-se a nanotecnologia na medicina, na farmacologia, na engenharia, em contextos técnicos bastante complexos, no entanto, ao que indicam algumas práticas no sistema jurídico-administrativo, ainda há simplórios gargalos na relação direito x tecnologia. Decerto, não se afigura lógico, sob a ótica de evolução antropológica, que em meio à chamada quarta revolução, os instrumentos de avanço tecnológico somem-se aos fatores de autoritarismo do sistema administrativo e ainda renovem rotinas institucionais prejudiciais aos destinatários dos serviços públicos.

Que as combinações algorítmicas, o aprendizado de máquinas e demais mecanismos de produção tecnológica, que a criatividade acadêmica da visão científica sirvam, na essência, para combater o silêncio normativo e estruturar um sistema cada vez mais eficiente e eficaz.

4.6 Propostas de solução

Como visto no terceiro capítulo, uma das formas de resolução defendida no Brasil para o silêncio decisor é a atribuição de efeitos positivos ao silêncio, considerando-se que, havendo mora administrativa em responder aos requerimentos dos administrados, considera deferido o pedido do particular, como previsto na lei nº 13.874/2019, Lei da Liberdade Econômica.

³⁸⁸FREITAS, Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. **Direito e Inteligência artificial: em defesa do humano** Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 57

Notabiliza-se a carga principiológica da legalidade, nas circunstâncias de silêncio normativo por eventualmente funcionar como ferramenta de justificação da falha do administrador, isto é, a consolidação da fórmula *tu quoque*, quando o invoca (ou tem por aplicável) como fundamento para negar pedidos e direitos na ausência de norma que a própria administração deixou de produzir.

Quanto aos critérios diferenciadores dos princípios das regras, Robert Alexy assevera que não é meramente quantitativa, como pode insinuar a noção de generalidade, mas antes qualitativa, e, ainda, que os princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica, quanto à possibilidade fática; são, nestes termos, mandamentos de otimização³⁸⁹.

Já o português Canotilho, afirma que as normas jurídicas seriam o gênero, cujas espécies seriam as regras e princípios e se diferenciam por cinco critérios: quanto ao grau de abstração, os princípios teriam um grau de abstração relativamente elevado, enquanto as regras possuiriam abstração relativamente reduzida; quanto à determinabilidade, os princípios seriam vagos e indeterminados, enquanto que as regras seriam susceptíveis de aplicação direta³⁹⁰.

Independentemente das divergências doutrinárias, o silêncio normativo representa uma forma de desestruturação do sistema na medida em que impede a potencialização de um princípio (legalidade-juridicidade), de caráter geral, cuja regra (norma não editada) se consubstanciaria nos valores previstos naquele. Nessa linha, para além dos exemplos elencados no capítulo 2, ocorreu nos embargos de declaração no RMS 26338 RJ 2008/0029600-9³⁹¹, por meio do qual restou claro que a avaliação especial de desempenho, para fins de aquisição de estabilidade de servidor público, prevista no § 4º do artigo 41, da Constituição Federal, não se trata de mera liberalidade da Administração Pública, mas, de um “poder-dever”. Na mesma tônica, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação nº 349718 SC 2005.034971-8³⁹², decidiu pela concessão do direito à progressão funcional, por

³⁸⁹ALEXY, Rbert. CF. MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman”, Dworkin e Alexy. In Os princípios da Constituição de 1988, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2001, p. 85.

³⁹⁰CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, p. 1086/1087.

³⁹¹BRASIL, STJ. **Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança**: 26338 RJ 2008/0029600-9. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJ: 12/08/2014. STJ, 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25254825/embargos-de-declaracao-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-edcl-no-rms-26338-rj-2008-0029600-9-stj?ref=serp>. Acesso em: 17 de jul. 2020.

³⁹²BRASIL, TJSC. **Apelação Cível**: AC 349718 SC 2005.034971-8. Relator: Desembargador Vanderlei Romer. DJ: 19/04/2007. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5646946/apelacao-civel-ac-349718-sc-2005034971-8/inteiro-teor-11824517>. Acesso em: 08 de nov. 2020.

ausência de avaliação do histórico do servidor público, medida esta de responsabilidade da administração pública.

A omissão no poder normativo reflete num impedimento para a concretização dos direitos sociais, impactando nas execuções de políticas públicas. O ofício administrativo nos três poderes impulsiona o fortalecimento de soluções e debates acadêmicos sobre o tema e o aprimoramento da máquina pública, rompendo com velhas práticas herdadas do patrimonialismo e com o uso das disfunções do sistema burocrático como justificativa.

Esse vazio no ofício administrativo ignora um fator marcante na Ciência Jurídica, digno de celebração no sistema jurídico contemporâneo, o surgimento de novas formas de exercer a função normativa estatal, na medida em que se passa admitir como consequência da previsão legal de direitos, a obrigação de o Estado agir mediante comportamentos positivos normativos e concretos que, sistematizados, concretizem o comando legislativo. Na literatura já se assevera ser inegável o dever de agir do Estado, sendo intolerável omissão pública que recuse a satisfação possível e efetiva das normas legais³⁹³.

E arrematando os pontos de diferenças entre a omissão legislativa e o silêncio normativo, tem-se a necessidade de reconhecimento jurídico de tal singularidade nociva ao sistema e à otimização de direitos e nisto consiste o eixo desta investigação acadêmica, cujas propostas de transformação consistem nessas máximas, de ordem prática: (1) é dever do administrador público regulamentar sobre matéria de sua competência, quando atribuída por lei e observadas as permissões constitucionais; (2) é vedado ao administrador público negar pedido, direito ou extinguir processo com base em circunstância decorrente de omissão no exercício do poder normativo de sua competência ou de qualquer outro órgão ou entidade da administração pública, direta e indireta, conforme o caso (3) quando a omissão normativa, originária de qualquer outro órgão ou entidade da administração pública direta e indireta, configurar obstáculo ao seu ofício ou a processo sob sua apreciação, o administrador deverá comunicar a circunstância ao órgão ou entidade competente e requerer informações (4) o silêncio administrativo normativo terá efeito de indeferimento tácito do pedido formulado pelo interessado nos processos que tenham como consequência.

4.6.1 Contexto e propostas de solução

³⁹³ CARVALHO, Raquel Urbano. **O poder regulamentar e o poder regulatório da administração pública.** Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2018/05/29/o-poder-regulamentar-e-o-poder-regulatorio-da-administracao-publica/>. Acesso em 22 de mai. 2023.

Sem qualquer pretensão de esgotar a exploração do tema, a indicação de possíveis soluções para o silêncio normativo, formuladas a partir de conceitos gerais e mecanismos abrangentes do silêncio decisor, promovendo-se, pois, as indeclináveis adaptações, tem como foco a disponibilização de ferramentas para a concessão do bem jurídico sobre o qual há omissão normativa, portanto pouco preocupada em preparar um caminho punitivo para o gestor desidioso.

Convém destacar que a antijuridicidade da conduta administrativa difere da culpabilidade. Aquela se refere à ação contrária ao ordenamento jurídico, como ocorre com o silêncio decisor, na medida em que a Administração descumpre o prazo estabelecido ou razoável para decidir, conforme previsão do art. 5º, LXXVIII³⁹⁴, da Constituição.

Já a culpabilidade, nesse contexto, diz respeito à viabilidade de se esquivar do dever de decidir dentro do prazo, cuja conduta é passível de responsabilização; e caso o gestor demonstrar a impossibilidade do cumprimento desse dever, não configura falha para si. Em outras palavras, a omissão do ente administrativo caracterizada pelo descumprimento do prazo máximo da lei para resolver o processo sempre será uma conduta antijurídica, porque violadora do Direito, mas não necessariamente culpável, pois em alguns casos não haverá a possibilidade de adotar comportamento diverso.

É comum, na doutrina e mais ainda na jurisprudência, fazer menção à correção da miosidade do administrador tanto por métodos disciplinares como de improbidade administrativa, a exemplo do que decidiu a Segunda Turma do STJ, no Recurso Especial nº 1.728.334/RJ³⁹⁵, da relatoria do Ministro Herman Benjamin.

A omissão no poder normativo reflete num impedimento para a concretização dos direitos sociais, impactando nas execuções de políticas públicas. O ofício administrativo nos três poderes impulsiona o fortalecimento de soluções e debates acadêmicos sobre o tema e o aprimoramento da máquina pública, rompendo com velhas práticas herdadas do patrimonialismo e com o uso das disfunções do sistema burocrático como justificativa.

Esse vazio no ofício administrativo ignora um fator marcante na Ciência Jurídica, digno de celebração no sistema jurídico contemporâneo, o surgimento de novas formas de exercer a função normativa estatal, na medida em que se passa admitir como consequência da previsão legal de direitos, a obrigação de o Estado agir mediante comportamentos positivos normativos e concretos que, sistematizados, concretizem o comando legislativo. Na literatura já

³⁹⁴LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

³⁹⁵BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 30, ago, 2023.

se assevera ser inegável o dever de agir do Estado, sendo intolerável omissão pública que recuse a satisfação possível e efetiva das normas legais³⁹⁶.

Sucede que, num cenário ideal, as fontes do Direito deveriam se encaminhar para estabelecer que, uma vez em vigência um texto legal indicando que o seu conteúdo será detalhado por ato, nasceria para o cidadão/usuário do serviço um mecanismo de satisfação de seus direitos fundamentais sociais, na medida em que a Administração Pública estaria submetida ao dever de normatizar tão logo a lei determinasse, quiçá por força do já debatido artigo 30 da LINDB e, enquanto não produzida tal norma, estaria autorizada a deliberar (e até incumbida) sobre o pedido formulado - concedendo ou negando - , a depender do respaldo no ordenamento jurídico.

Mas, como a pesquisa indica e comprova que o princípio da legalidade impede tal cenário, desafia, portanto a criatividade acadêmica para contornar essa pecha histórica fincada no ordenamento jurídico, conforme se passa a elucidar e ao final sugerir.

4.6.2 Silêncio administrativo decisor

Como visto no capítulo 3, a doutrina, ao discorrer sobre o silêncio administrativo, sinaliza a diferença entre este e a invalidação do ato, ou seja, ou seu desfazimento em razão de vício de legalidade. Por conseguinte, deverá o ato ser anulado sempre que existirem tais vícios. Não há se confundir a anulação do ato com o silêncio administrativo. Embora exista na declaração de anulação eficácia retroativa (*ex tunc*) não haverá silêncio, pelo contrário, houve um ato administrativo, mas esse estava eivado de ilegalidade. O vício só existe porque o ato existe, e este só terá como ser detectado *a posteriori*, seja por decisão judicial ou administrativa³⁹⁷.

Autores definem as hipóteses de silêncio negativo, do qual não há relação com a teoria da invalidez dos atos administrativos, partindo-se da premissa de que uma vez inexistindo ato, não há elemento de invalidação. Por outro viés, o silêncio positivo poderia ser declarado inválido por vício de ilegalidade, em meio à formatação de um “ato administrativo” criado em caráter de substituição, seja por contrato administrativo, por lei ou por decisão judicial³⁹⁸.

³⁹⁶ CARVALHO, Raquel Urbano. **O poder regulamentar e o poder regulatório da administração pública.** Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2018/05/29/o-poder-regulamentar-e-o-poder-regulatorio-da-administracao-publica/>. Acesso em 22 de mai. 2023.

³⁹⁷ SADDY, André. **Silêncio administrativo no direito brasileiro: Breve análise de ordenamentos jurídicos estrangeiros.** Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 35.

³⁹⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ. El silencio administrativo. La Ley – Revista Jurídica Española de Doctrina, Ju risprudencia y Bibliografía, p. 2123; LISA. El silencio de la administración en el procedimiento administrativo....,

Fora desses parâmetros técnicos – de positivo e negativo -, seria plausível institucionalizar um contexto de inadequação instrumental, procedural, legal, constitucional, isto é, seria possível o administrado beneficiar-se de um ato cometido de ilegalidade. Segundo a literatura, isso seria inconcebível no ordenamento, pois se outorgaria por silêncio algo não que eventualmente não se faria de maneira expressa. Consequentemente, só se é permitido conceder por silêncio aquilo que seja legalmente possível. Dessa feita, se o ato viola a lei não existirá para o Direito (será inexistente), afinal, não se pode afirmar que tal ato possui vícios, mas apenas que este não existe³⁹⁹.

Dadas as particularidades do silêncio decisor, a literatura sugere alguns requisitos para evitar a pecha de inexistência num ato presumido, sem os quais não haverá produção de efeitos o silêncio positivo; a exemplo de que o pedido não seja contrário à lei, observância aos parâmetros formais do requerimento e envio de documentação essencial à apreciação daquele.

Outra distinção levantada na literatura diz respeito à inércia, a qual não decorre de uma provocação de interessado, mas, do próprio ofício da Administração Pública e está voltada para a operacionalização de direitos e deveres, seus ou da coletividade. Temístocles Brandão Cavalcanti⁴⁰⁰ ensina que a inércia é passível de invocação de decadência do direito, ao passo que o silêncio não implica, necessariamente, o reconhecimento tácito de um direito.

Mais um instituto que não se confunde com ambos os métodos ora em debate - decisor e normativo – é o chamado silêncio eloquente o qual é interpretado de maneira a revelar o que constitui, ou não, o conteúdo da norma⁴⁰¹. Daí dar-se a denominação de “silêncio eloquente” (do alemão *beredtes Schweigen*) à norma constitucional proibitiva, obtida, a *contrario sensu*, de interpretações segundo as quais a simples ausência de disposição constitucional permissiva significa a proibição de determinada prática por parte dos órgãos constituídos, incluindo o próprio legislador infraconstitucional⁴⁰².

Ainda sobre o silêncio decisor, os efeitos positivos credenciam o interessado a ter como deferido o seu pleito, após o prazo assinalado para a resposta da Administração, de modo que serão legítimas as suas ações baseadas no pleito (e nos limites deste), cuja apreciação fora omitida.

p. 46

³⁹⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Silencio positivo:** una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada. *Documentación administrativa*, Madrid, a. XI, n. 208, p. 107-120, ene.-dic. 1986, p. 113.

⁴⁰⁰ CAVALCANTI, Temístocles Brandão. **A teoria do silêncio no direito administrativo.** *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 77, a. 36, n. 427, p. 579-581, jan.-mar. 1939, p. 579-580.

⁴⁰¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 208.

⁴⁰² COSTA, Aldo Campos. **O “silêncio eloquente” na jurisprudência do Supremo.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-nov-21/toda-prova-silencio-eloquente-jurisprudencia-supremo#_ftn1_1195. Acesso em 30, ago, 2023.

Excepcionando-se a necessidade de declaração da inércia do administrador – em falha no exercício de suas funções -, o silêncio administrativo normativo ora proposto dispensa boa parte das peculiaridades técnicas e conceituais que permeiam a chancela do silêncio administrativo decisor, na medida em que, dada a localização de ambos no sistema – um na processualística e outro no poder normativo -, as medidas de otimização de uma resposta/manifestação institucional tomam nuances e graus diferenciados.

No silêncio decisor, a parte interessada figura como colaboradora no movimento de consolidação dessa inação, quase como protagonista, pois, das indicações doutrinárias suscitadas nos capítulos anteriores, há as seguintes constatações: a) o interessado é quem dá o primeiro passo rumo ao silêncio, já que provoca a Administração; b) uma vez reconhecido o silêncio, o administrado deve agir nos exatos limites do seu pedido; c) desta premissa, infere-se que também é o interessado quem estabelece os limites da própria atuação; d) o seu requerimento deve deter clareza, sem margens para dúvida quando ao bem jurídico ou a providência vislumbrada – eis a razão pela qual tal efeito não recai em situações discricionárias, restringindo-se àquelas omissões de caráter vinculado; e) cabe ao administrado comprovar a ocorrência do silêncio, desta feita, mediante o documento correspondente ao seu pedido, donde se possa depreender a data de iniciação, o vencimento do prazo para a resposta administrativa e os efeitos gerados pela ausência de resolução expressa⁴⁰³. Tudo isso visando a se consagrar a eficácia dos atos fictícios; e f) no campo decisor, é indispensável se estabelecer um prazo sem o qual não se caracteriza a inação.

As decisões dos tribunais superiores são, em sua maioria, contrárias à decretação do silêncio decisor e embora algumas dessas tenham sentido dada a consonância constitucional, ainda assim sequer vislumbra um panorama silêncio administrativo enquanto regra, e como tal, suscitando exceções. Foi como aconteceu no Recurso Especial nº 1.728.334/RJ⁴⁰⁴, da relatoria do Ministro Herman Benjamin, por meio do qual se negou a hipótese de silêncio administrativo “perante simples protocolo do pedido”, pois este gera - até manifestação expressa em sentido contrário - presunção iuris *et de iure* (absoluta) de não licenciamento ambiental. E qualquer norma que estabeleça o contrário sofrerá de grave e incontornável anomalia constitucional, pois inverte a ordem lógica e temporal da licença, cuja ementa restou assim redigida:

⁴⁰³ CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *El silencio en el derecho*. Madrid: Reus, 1925. p. 94-95.

⁴⁰⁴BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 30, ago, 2023.

AMBIENTAL. ZONA COSTEIRA. ATIVIDADE DEGRADADORA DO MEIO AMBIENTE. DISTINÇÃO ENTRE PODER DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL E PODER DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. PROTOCOLO DE PEDIDO OU DE REQUERIMENTO DE LICENÇA AMBIENTAL. ALEGAÇÃO DE LICENÇA AMBIENTAL TÁCITA. COMPETÊNCIA DO IBAMA. ARTS. 2º, 9º, IV, E 10 DA LEI 6.938/1981. ART. 17 DA LEI 140/2011. ART. 6º DA LEI 7.661/1988. ART. 70 DA LEI 9.605/1998. REVISÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DA INFRAÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

[...]

6. Incompatível com os princípios de regência do Estado de Direito Ambiental vigente no Brasil a possibilidade de licença ou autorização tácita, automática ou por protocolo, derivada de omissão da Administração Pública em deferir ou não o pleito do empreendedor.

No nosso ordenamento, o silêncio administrativo perante simples protocolo do pedido, gera - até manifestação expressa em sentido contrário - presunção iuris et de iure (absoluta) de não licenciamento ambiental. E qualquer norma que estabeleça o contrário sofrerá de grave e incontornável anomalia constitucional, pois inverte a ordem lógica e temporal da licença, que deve ser sempre prévia, sob pena de perder por completo sua legitimidade ética, sentido prático e valor preventivo. Em síntese, o vácuo administrativo não corresponde a deferimento, pois nada cria e nada consente ou valida. A morosidade do administrador corrige-se com os instrumentos legalmente previstos, tanto disciplinares como de improbidade administrativa, jamais punindo o inocente, ou seja, o favorecido pelo licenciamento, a coletividade presente e futura. (REsp n. 1.728.334/RJ, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/6/2018, DJe de 5/12/2018.) (Grifo nosso).

De acordo com o levantamento consignado no terceiro capítulo desta investigação acadêmica, não há, no sistema brasileiro, norma geral ou até de âmbito federal e de caráter abrangente diga-se sem se ater a determinado tema -, a dispor sobre o silêncio administrativo (decisor); menos ainda, prevendo a indispensabilidade de um ato administrativo expresso, negando os interesses do particular, para o tornar apto a uma demanda judicial.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, fixou o Tema 350⁴⁰⁵ (Prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Judiciário), em julgamento sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barros, o qual condiciona (na contramão do princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição⁴⁰⁶), o ajuizamento de demanda, especificamente de concessão de

⁴⁰⁵Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 2º e 5º, XXXV, da Constituição Federal, a exigibilidade, ou não, do prévio requerimento administrativo, perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, órgão especializado, como requisito para o exercício do direito à postulação jurisdicional. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3966199&numeroProcesso=631240&classeProcesso=RE&numeroTema=350>. Acesso em: 30, ago, 2023.

⁴⁰⁶ Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

benefícios previdenciários, a requerimento do interessado, sob pena de não se caracterizar ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise.

4.6.3 Silêncio administrativo normativo

Pois bem, sem apego à exata correlação com os tópicos acima elencados, ante as particularidades ínsitas à construção do pensamento, convém observar o dessemelhante panorama do silêncio normativo, a saber: a) é dispensável um agir do administrado para configurar o silêncio, já que o comando de edição de norma advém da lei ou da Constituição; b) é prescindível um critério de fixação de prazo, enxergando-se, portanto, o texto legal ou constitucional como momento de surgimento do dever de normatizar pelo administrador - a omissão - , a partir de quando se tornaria vindicável o “direito à normatização”; c) por não haver previsão legal do dever de normatizar, decerto, não há de falar em responsabilização do agente faltoso, exceto por uma construção voltada a interpretar como sendo esse dever um consectário lógico da lei ou da Constituição; c) na linha desta pesquisa, o silêncio normativo, apesar de ser bastante relevante, não é o ato imediatamente atacável, mas, a expressa negatória com base na inércia da própria Administração, a qual representa o elemento de negatória de direitos; por isso d) a proposta de solução não se direciona à omissão em normatizar propriamente e tão somente, mas, se dedica a tentar vedar conduta contraditória (*tu quoque*) que suscite a omissão como empecilho do agir administrativo; isto considerando se tratar (omissão) de prática recorrente, presente há décadas no sistema e ainda não remediada; a julgar pelo histórico do silêncio decisor elucidado nesta pesquisa, que conta com incisivas manifestações literárias de autores dos anos oitenta e posições jurisprudenciais em sentidos opostos.

Esse último tópico guarda uma singularidade, qual seja, de não se admitir que o Legislativo estabeleça prazos, ao Poder Executivo, para apresentação de projetos de lei e regulamentação de preceitos legais, por violação dos arts. 2º e 84, II, da Constituição da República, consoante decidido pelo STF, na ADI 4728⁴⁰⁷, da relatoria da Ministra Rosa Weber.

⁴⁰⁷BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=incompatibilidade%20de%20dispositivos%20normativos%20que%20estabele%C3%A7am%20prazos,%20ao%20Poder%20Executivo,%20para%20apresenta%C3%A7%C3%A3o%20de%20projetos%20de%20lei%20e%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20de%20preceitos%20legais,%20por%20viola%C3%A7%C3%A3o%20dos%20arts.%20202%C2%BA%20e%2084,%20II,%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Rep%C3%ABlica&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em 30 de ago. 2023.

No mencionado julgado, o Governo do Estado Amapá argui inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 1.601/2011, por impor, em prazo determinado, a regulamentação, pelo Governador do Estado do Amapá, dos preceitos legais dela constantes. Essa lei trata da autorização do Poder Executivo para instituir a Política Estadual de Prevenção, Enfrentamento das Violências, Abuso e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes no Estado do Amapá.

4.6.4 Mecanismos de solução

Definitivamente, o ponto de contato entre o silêncio decisor e o silêncio normativo é o imperativo de conduta que ambos impulsionam diante da inação da Administração Pública diante de um dever, seja de decidir ou de normatizar.

Tendo em vista que o principal problema objeto desta pesquisa – a fórmula *tu quoque*, consubstanciada na trilogia: invocação, negatória e blindagem - , tem sua origem e seu esteio no o poder normativo, precisamente na abstenção do seu exercício, o foco da solução se encaminha para reconhecer o “silêncio normativo”, por meio da consagração do dever de normatizar – sem no entanto, estabelecer um prazo, máxime considerando as mínimas chances de se alcançar êxito neste ponto, haja vista o entendimento no STF lançando um “proibitivo” neste sentido, na já referenciada ADI 4728; bastando, tentar torná-lo verdadeiramente sindicável, talvez até conferindo-lhe feições de direito líquido e certo passível de mandado de segurança; bem assim firmar uma vedação ao comportamento contraditório que consiste em negar com base na própria omissão e seus consectários.

As propostas de transformação consistem nessas máximas, de ordem prática:

(1) é dever do administrador público normatizar sobre matéria de sua competência, quando atribuída por lei e observadas as permissões constitucionais;

(2) é vedado ao administrador público negar pedido, direito ou extinguir processo com base em circunstância decorrente de omissão no exercício do poder normativo de sua competência ou de qualquer outro órgão ou entidade da administração pública, direta e indireta, conforme o caso;

(3) quando a omissão normativa, originária de qualquer outro órgão ou entidade da administração pública direta e indireta, configurar obstáculo ao seu ofício ou a processo sob sua apreciação, o administrador deverá comunicar a circunstância ao órgão ou entidade competente e requerer informações;

(4) o silêncio administrativo normativo terá efeito de indeferimento tácito do pedido formulado pelo interessado nos processos que tenham como consequência.

Essas hipóteses, como já dito na introdução, foram objeto do Parecer na Indicação nº 037/2023⁴⁰⁸, emitido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, com a matéria: “*Estudo sobre o impacto do projeto de lei nº 2481, de 2022, que visa reformar a Lei Federal 9.784/99, acerca do instituto do silêncio administrativo*”, da relatoria desta mestrande, na condição de membro da Comissão de Direito Administrativo daquela instituição e encaminhado para o Senado Federal.

⁴⁰⁸Disponível em: https://iabnacional.org.br/-internas/pautas/55/Parecer%20na%20Indicacao%200372023%20-%20Relatora%20Dra%20Kezia%20Rodrigues_Comissao%20Administrativo.pdf. Acesso em 10, ago, 2023.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na prática, a história não legitima essa forma de proceder, qual seja, a de repetição de conduta da Administração Pública no sentido de negligenciar o seu poder-dever de regulamentação, invocar indevidamente ou ter sob seu escudo o princípio da legalidade e tê-lapor legítima, posto que se trata de um desvio no curso da logística normativa de sua atuação e desvirtua legados adquiridos com a estruturação do próprio conceito de Direito Administrativo.

Na mesma linha de pensamento, a supremacia do interesse público considerada como elemento fundante do Direito Administrativo brasileiro, tem no senso comum doutrinário dois fatores: a presunção de legitimidade dos atos da administração e a desigualdade entre a administração e os administrados, os quais se logram passíveis de eventuais releituras sob o prisma do comportamento do gestor público ora em debate.

Como a segurança jurídica é princípio que fundamenta a validade e instrumentaliza a eficácia das demais normas no sistema, constitui-se como verdadeira condição do Direito e como tal jamais pode ser excluído nas ponderações de razões que informam os processos de tomada de decisão em qualquer Estado democrático de Direito⁴⁰⁹.

Em tempo, sem negar os imperativos do princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme previsão do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, reputam-se preocupantes as razões pelas quais tais matérias são submetidas ao Judiciário, com tanta frequência, quando se resolveriam, certamente, no âmbito administrativo, mediante o simples exercício do devido ofício do administrador.

Ao Estado incumbe, não apenas respeitar os direitos e liberdades fundamentais, mas também garanti-los. Daqui resulta o afastamento de uma concepção puramente formal, ou liberal, dos direitos fundamentais, que os restringisse às liberdades pessoais, civis e políticas e que reduzisse estas a meros direitos a simples abstenções do Estado; por outro lado, os direitos fundamentais são também os direitos positivos, de caráter econômico, social e cultural, sendo que em relação a muitos deles é sobre o Estado que impende o encargo da sua satisfação⁴¹⁰.

⁴⁰⁹MOREIRA, Egon Bocman. **Art. 30 da LINDB O dever público de incrementar a segurança jurídica.** Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/77657/74320/162001>. Acesso 25 de jun. 2023.

⁴¹⁰CANOTILHO, Gomes. Constituição da República Portuguesa anotada. Coimbra: Coimbra, 1984, p.184.

Portanto, é urgente a adoção de meios de prevenir, coibir e controlar atos daqueles que, sob fundamentos imprecisos, deliberadamente, desprezam o dever constitucional de normatizar determinadas normas e com base em sua própria desídia, negam direitos e se amparam na presunção de legitimidade de sua atuação.

A revisitação às páginas da História do Direito Administrativo, sobretudo naquelas em que se aborda o modo como a Administração Pública se relaciona, seja com os usuários dos seus serviços (sociedade), seja com seu corpo funcional ou com os destinatários de sua regulação, conduz à impressão de falha generalizada e no sistema quando o quesito é exercício do poder normativo em sua mínima consonância com os princípios norteadores da Administração Pública.

Sem a mínima pretensão de sugerir uma revolução epistemológica, a pesquisa mostrou a vulnerabilidade técnica - especialmente sob o manto da invalidação - dos atos decorrentes da omissão do poder normativo pelo gestor público.

A demonstração de urgência de se encontrar uma resposta precisa esteve calcada na virada de chave pelo qual passa Administração Pública brasileira; em tempos em que se enaltece a juridicidade, como método de legitimação do aplicador de Direito, de modo especial, do administrador público no exercício do poder normativo, sendo este um instrumento de otimização da vida em sociedade em meio à insuficiência legislativa ante a complexidade e a velocidade da vida moderna⁴¹¹.

As circunstâncias políticas, econômicas e de gestão que influenciaram na estruturação dos atuais modelos de relações da Administração Pública também parecem conduzir a explicações fundamentais de como alguns vícios se incorporaram no aparelhamento burocrático.

O liberalismo do século XVIII, sob a ótica histórica-sociológica, conhecido como reação ao absolutismo, foi marcado pelo ideal de direitos inalienáveis e naturais dos cidadãos. A partir do Estado Liberal instaurou-se uma série de obrigações negativas, no sentido de aquele se reservar a interferir na economia, o que teve significativa ingerência no desenho do ordenamento jurídico.

Nesse período e ao longo de décadas, a constituição tinha um papel de coadjuvante no sistema, seu texto era bastante sucinto e o Código Civil era o instrumento normativo principal das relações jurídicas, num período fortemente positivista. E, ao longo de anos, em meio “às

⁴¹¹ CAVALCANTI, Francisco Queiroz Bezerra. **A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade.** In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. **Princípio da legalidade:** Da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 221-234, p. 222.

experiências institucionais que disputaram a primazia mundo afora”, o modelo vencedor foi o constitucionalismo democrático – que chegou ao Brasil às vésperas da virada do milênio, com a centralidade dada à Constituição de 1988, marcado, pois, pelas seguintes promessas da modernidade: poder limitado, dignidade humana, direitos fundamentais, justiça material, tolerância a, respeito ao outro e – quem sabe? – até felicidade⁴¹².

As progressivas viradas de chave na ordem jurídica sofreram influências do cenário econômico, a julgar pela mudança do Estado liberal para o chamado Estado do bem-estar social, que teve como forte característica a maior atuação estatal nos variados setores da sociedade. Nesse contexto se consubstanciara um paradoxo na produção normativa, que teria que lidar com o perfil liberal em meio à intensificação da atividade do Estado, o que afetou sobremaneira a natureza jurídica de algumas relações.

Desde a sua instituição, a República Federativa do Brasil, faz parte do cenário da economia capitalista e como tal, competindo-lhe ao seu aparelho estatal, especificamente mediante ações administrativistas, equacionar, sob os indicativos da norma maior, as disparidades sociais provocadas pelo capitalismo, a fim de atender aos objetivos fundamentais que compõem o rol de deveres do Estado.

Com a reaproximação do direito com a moral, no século XX, após a segunda grande guerra, notadamente por uma dinâmica diferente do tradicional jusnaturalismo, passou-se a invocar princípios enquanto efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia⁴¹³.

Superado o período autoritário, surge a constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1988, período histórico no qual o país estava se reencontrando com a democracia após anos de regime autoritário.

E respeitadas as modificações posteriores advindas das emendas, alguns dispositivos constitucionais passaram a moldar a forma como a Administração Pública deve se relacionar nas suas variadas funções, a exemplo do teor do seu artigo 37, que trata dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. E seguindo a tônica de expansão de valores e adoção de interpretação textual, advindas do constitucionalismo, emergiram princípios implícitos, tais como: segurança jurídica, supremacia do interesse

⁴¹²BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX | The Democratic Constitutionalism or Neoconstitutionalism as triumphant ideology during 20th century.** Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/35777>. Acesso em: 08 de jul. 2022.

⁴¹³BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 244.

público, motivação, razoabilidade, dentre outros os quais servem como norte para os atos administrativos.

Sob este prisma, havendo uma previsão legal de normatização e esta não ocorrendo, tem-se, de imediato, a consequente quebra de confiança e uma vez sendo essa omissão invocada para negar pedidos, desta feita com base no princípio da juridicidade, ocorre uma conduta contraditória da Administração e uma segunda situação de ruptura da confiança, circunstâncias as quais tendem a atribuí-la como ilegítima, a ponto de se promover uma movimentação doutrinária visando à vedação de negatória de direitos fundamentando-se na ausência da correspondente norma.

A pesquisa levantou a hipótese de indisponibilidade do poder normativo e vislumbrou a restrição do campo de escolhas do administrador - sob juízo de conveniência e oportunidade – ao teor do ato a ser editado, bem como, se dispõe a evidenciar as consequências do silêncio normativo, conferindo ênfase à utilização dessa omissão como óbice a direitos e procedimentos.

Dedicou-se, também, a notabilizar a insuficiência dos atuais instrumentos jurídicos quanto aos efeitos do silêncio normativo e encontrar pontos de convergência constitucional aptos a servirem como parâmetros para soluções.

Demonstrou que, diante de uma triangularização processual perante o Judiciário, o administrado é a parte oposta à Administração Pública, independentemente de qual de suas unidades lhe negou ou violou um direito, e isto há de ser considerado no tocante à eventual responsabilização do representante desta.

Comprovou-se a imprescindibilidade de o sistema se desenvolver, no sentido de viabilizar o dever do Estado de promover o desenvolvimento e a proteção do cidadão, por meio de uma gestão de tudo o que é público, jurídico e socialmente legítimo, a partir de um regime de responsabilidades e responsabilização integral da atuação estatal.

Entende-se que quem silencia, nada diz, nada enuncia, nada manifesta, não declara. Significa que não existe, propriamente, manifestação de vontade, não podendo ser o silêncio administrativo configurado como ato. Isso não significa, porém, que o silêncio possua natureza de fato administrativo. São fatos administrativos toda conduta comissiva ou omissiva capaz de produzir efeitos jurídicos e cuja realização não influi de modo direto e imediato na vontade da Administração, ou seja, é o acontecimento que se produz sem a intervenção da vontade administrativa, mas que produz efeitos jurídicos a ela. Na verdade, o que existe é uma

omissão administrativa que, dependendo do efeito jurídico concedido, possuirá natureza jurídica distinta, como se poderá visualizar avante⁴¹⁴.

Apesar de provocar disfunção do sistema, o silêncio administrativo (decisor) não corresponde, numa visão estanque de organização, uma constitucionalidade propriamente, trata-se de um abuso no exercício do poder, o qual deve ser combatido, pois não é dado ao administrador utilizar-se de prerrogativas institucionais para violar direitos do administrado. Notadamente, a dimensão constitucional vindicável do silêncio normativo somente se efetivará por meio da estruturação de uma sucessão de pesquisas, alterações de legislações e entendimentos jurisprudenciais criteriosos que disponham sobre efeitos positivos ou negativos e suas vertentes constitucionais.

Em tempo, o ordenamento jurídico brasileiro tem se dedicado a remediar o silêncio administrativo, no campo decisor, criando mecanismos de discutibilidade na via jurisdicional, geralmente sob o viés da responsabilização do Estado, o que parece insuficiente para o silêncio no poder normativo, já que, do ponto de vista da otimização do bem da vida envolvido, o mais importante é se obter a chance de peticionar com base em norma até então não editada.

Dessa feita, o remédio jurídico eficaz, neste caso, sugerido ao longo da dissertação, seria estabelecer norma, disseminar pensamento jurídico, promover cultura, etc., visando a não se conceber como válido um indeferimento de um pleito em caso de silêncio normativo cuja norma não editada pela Administração Pública seria o seu fundamento principal.

⁴¹⁴ SADDY, André. **Silêncio administrativo no direito brasileiro: Breve análise de ordenamentos jurídicos estrangeiros.** Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 25.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Princípio da legalidade: Da dogmática jurídica à teoria do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução).** Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 456-461; MIRANDA, Jorge. Curso de direito constitucional, Tomo IV.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral.** 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Poder Normativo das Agências Independentes e o Estado Democrático de Direito.** Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 37, n. 148, outubro/dezembro, 2000. Disponível na Internet: www.senado.org.br/web/cegraf. Acesso em: 10 de fevereiro de 2022.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo.** Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47568/44782>. Acesso em 15, fev, 2023.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Discretionalidade e motivação do ato administrativo.** In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (Coord.). Temas de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma forma de tutela do cidadão diante do Estado.**

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **Efeitos da inovação no Direito Administrativo brasileiro: queremos saber o que vão fazer com as novas invenções.** Revista Quaestio Juris. Vol. 11, nº 03, pp. 1687-1703, Rio de Janeiro, 2018. DOI: 10.12957/rqi.2018.32568.

BAPTISTA, Patrícia e KELLER, Clara Iglesias. **Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas.** Revista de Direito Administrativo. Vol. 273, 2016.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo.** 2ª ed. ver., ampl. E atua. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Trinta anos da constituição: a república que ainda não foi.** Disponível em: <https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/28>. Acesso em 22, mar, 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX | The Democratic Constitutionalism or Neoconstitutionalism as triumphant ideology during 20th century.** Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/35777>. Acessível em 08 jul 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A efetividade das normas constitucionais revisitada.** Revista de Direito Administrativo, v. 197, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e Constituição:** direito e políticas públicas num mundo em transformação. Belo Horizonte, Fórum: 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática.** Disponível em <https://www.jota.info/especiais/revolucao-tecnologica-crise-da-democracia-e-mudanca-climatica-27012020>. Acesso em 16 de fev. 2023.

BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. **A competência regulamentar e a reserva de lei:** revisão do enquadramento constitucional do espaço de concretização dos direitos sociais pela Administração Pública. Revista dos Tribunais, ano 100, v. 912, p. 83-84 e 86, out. 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BATISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo, 2003

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 4^a ed. São Paulo: Malheiros. 1996.

BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. **A competência regulamentar e a reserva de lei:** revisão do enquadramento constitucional do espaço de concretização dos direitos sociais pela Administração Pública. Revista dos Tribunais, ano 100, v. 912, p. 83-84 e 86, out. 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação:** transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BITTENCOURT NETO, Eurico Bitencourt. **Regime Constitucional do Mandado de Injunção**, Juspodvm, Bahia: 2009.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. 12 ed. Brasília: Universidade de Brasília. 199
BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF - ADI 3689 / PA – PARÁ **Data** 10/05/2007. ADI 3689 / PA – PARÁ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 10/05/2007. Publicação: 29/06/2007 -Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação. DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00022 EMENT VOL-02282-04 PP-00635. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur89781/false>. Acesso em: 12 de fev. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - STJ. **Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança**: 26338 RJ 2008/0029600-9. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJ: 12/08/2014. STJ, 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25254825/embargos-de-declaracao-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-edcl-no-rms-26338-rj-2008-0029600-9-stj?ref=serp>. Acesso em: 16 de mai. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - TJSC. **APELAÇÃO CÍVEL**: AC 349718 SC 2005.034971-8. Relator: Desembargador Vanderlei Romer. DJ: 19/04/2007. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5646946/apelacao-civel-ac-349718-sc-2005034971-8/inteiro-teor-11824517>. Acesso em: 08 de nov. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. EROS GRAU Julgamento: 10/05/2007. Publicação: 29/06/2007 -Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação. DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP- 00022 EMENT VOL-02282-04 PP-00635. Brasil. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADI 3689 / PA – PARÁ **Data** 10/05/2007. ADI 3689 / PA – PARÁ. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. Eros Grau

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em 12, fev 2022.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma gerencial do Estado de 1995**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, jul./ago. 2000

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 2010.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. Reflexões Sobre a Proteção do Interesse Público e Demais Princípios do Direito Administrativo a Partir da Atuação de Graciliano Ramos na Administração Pública. **Revista Internacional Consinter de Direito**, v. VI, p. 255-276,

2018. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-iv-numero-vi/direito-publico/reflexoes-sobre-a-protectao-do-interesse-publico-e-demais-principios-do-direito-administrativo-a-partir-da-atuacao-de-graciliano-ramos-na-administracao-publica/>.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa Carvalho. **Pontes de Miranda e Administração Pública: o pensamento ponteano no Direito Administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CARVALHO, Raquel. **LINDB – artigo 22: O início de uma nova teoria das nulidades para os atos administrativos viciados?** Disponível em: http://raquelcarvalho.com.br/2019/10/08/lindb-artigo-22-o-inicio-de-uma-nova-teoria-das-nulidades-para-os-atos-administrativos-viciados/#_ftnref4. Acesso em 12, fev 2013.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Autoritarismo e Patrimonialismo no Brasil: 40 visões da literatura e da academia (1500-2021).** Curitiba, Juruá: 2021.

CARVALHO, Raquel. **O poder regulamentar e o poder regulatório da Administração Pública.** Disponível em: http://raquelcarvalho.com.br/2018/05/29/o-poder-regulamentar-e-o-poder-regulatorio-da-administracao-publica/#_ftn3. Acesso em: 13 fev. 2022.

CARVALHO, Raquel Urbano de. **Moralidade e nepotismo: uma visão aprofundada.** Disponível em: http://raquelcarvalho.com.br/2019/12/05/moralidade-e-nepotismo-uma-visao-aprofundada/#_ftnref1. Acesso em 10 de abr. 2023.

CAVALCANTI, Francisco Queiroz. **A Reserva de Densificação Normativa da Lei para Preservação do Princípio da Legalidade. Princípio da Legalidade – da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito.** BRANDÃO, Cláudio (org.). LTR, 2013.

CASSESE, Sabino. **Towards multipolar administrative law: A theoretical perspective.** Sabino Cassese, Giulio Napolitano, Lorenzo Casini. International Journal of Constitutional Law, Volume 12, Issue 2, April 2014, Pages 354–356, <https://doi.org/10.1093/icon/mou016>

CASSESE, Sabino. **Las Bases del Derecho Administrativo.** Trad. Luís Ortega. Madrid: INAP, 1994.

CASSESE, Sabino. **Amministrare la nazione: la crisi della burocrazia e suoi rimedi.** Mondadori. Milano: 2022.

CAVALCANTI, Francisco Queiroz. **A Reserva de Densificação Normativa da Lei para Preservação do Princípio da Legalidade. Princípio da Legalidade – da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito.** BRANDÃO, Cláudio (org.). LTR, 2013.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo.** Revista dos Tribunais. São Paulo: 2000

COUTO e SILVA, C.A. **A obrigação como Processo.** São Paulo, José Bushatsky, 1976.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics.** 5^a ed. Boston: Pearson Education, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prerrogativas e sujeições da administração pública.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 103, p. 17out., 1971. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/35280/34070>. Acesso em: 10 jul 2022.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes.** Curitiba: Juruá, 2015, p. 328.

CYRINO, André. **Direito administrativo de carne e osso: estudos e ensaios.** Processo, Rio de Janeiro: 2020.

DAMATTA, Roberto. **Você sabe com quem está falando?: Estudos sobre o autoritarismo brasileiro** (p. 87). Rocco Digital. Edição do Kindle.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Existe um novo direito administrativo? Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Acesso em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=82>. Acesso em 11, abr, 2023
1988, São Paulo: Atlas, 1991.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de, e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: RT, 1991

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.** 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FERRAZ, Tercio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica.** Editora Max Limonad, 1998, reedição.

FILGUEIRAS, Fernando. **Montesquieu e a Corrupção da República** Centro de Pesquisas Estratégicas “Paulino Soares de Sousa”, Universidade Federal da Juiz de Fora. p. 7-8. Disponível em: <<http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa/fts/MCR.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública.** 3^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

FREITAS, Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. **Direito e Inteligência artificial: em defesa do humano** Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Tomo II. 5a edición, Madrid: Civitas, 1998, p. 69-82 (El derecho de los administrados de obtener prestaciones de los servicios públicos).

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GORDILLO, Augustin. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 1, 2, 3 e 4. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 24, p. 61-115, dez./mar. 1998/1999. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/20046>. Acesso em: 8 jul 2022.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

J. HABERMAS. **TEORÍA de la Acción Comunicativa**. Madrid: Taurus, 1987.

JORDÃO, Eduardo. **Three dimensions of Administrative Law**. A&C – R. de Dir. Adm. Const. | Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 21-38, jan./mar. 2019. DOI: 10.21056/aec.v20i75.1092. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1092>

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1 e 2, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A lei da redenção da cidadania**. Migalhas, 28 nov. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278830,11049-A+Lei+de+Redencao+da+Cidadania>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada**: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

KRELL, Andreas J. **Leis de norma geral, regulamentação do poder executivo e cooperação governamental em tempos de reforma federativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

KRELL, Andreas Joachim. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. **Revista Interesse Público.** Porto Alegre, v. 23, 2004.

LÔBO, Filipe; SAMPAIO, Thyago; ARAUJO, L. A. F. **LINDB e argumentação jurídica:** da efetiva motivação dos atos pelo administrador público para a superação dos conceitos jurídicos abstratos. Revista Jurídica Luso-Brasileira - RJLB,

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Contratos com o Poder Público.** Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo, 2009, nº107.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A superação do ato administrativo autista.** In:

MARTINS-COSTA, Judith. Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação: Estudo de direito comparado Luso-Brasileiro. São Paulo; Quartier Latin. 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Atributos do ato administrativo.** Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/19/edicao-1/atributos-do-ato-administrativo>. Acesso em 13 de fev. 2023

MARRARA, Thiago. **Breve introito: Por que ainda falar em princípios?** In: MARRARA, Thiago (org.). Princípios de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2012.p. xvi-xvii. Nohara, Irene Patrícia. Reforma Administrativa e Burocracia (pp. 31-32). Edição do Kindle.

MATIAS-PEREIRA, José. **Curso de planejamento governamental.** São Paulo: Atlas, 2012

MATIAS-PEREIRA, José. Governança no setor público. São Paulo: Atlas, 2010.

MATIAS-PEREIRA, José. Curso de administração pública. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. Manual de gestão pública contemporânea. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016b

MATIAS-PEREIRA, J. **Reforma do Estado e controle da corrupção no Brasil.** Revista de Administração Mackenzie, v. 4, n. 1, p. 39-58, 2003.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Poder de polícia na atualidade.** Belo Horizonte: Forum, 2017.

MEDAUAR, Odete; autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Os caminhos do ato administrativo.** São Paulo: RT, 2011, p. 89-114.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 3^a ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. Apaud FREITAS, Juarez. **Discretionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** 2^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDEIROS, Gláucio Guimarães; ROCHA, Márcio Oliveira. **A Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: uma crítica racional sobre densificação dos valores de uma decisão.** Disponível em:

<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248420/37178>. Acesso em 08, fev 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 20 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

MELO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico, Plano da validade.** 15 ed. São Paulo: 2019 Saraiva Jur.

MELO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico, Plano da existência.** 22 ed. São Paulo: 2019 Saraiva Jur.

MELO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico, **Plano da eficácia.** 22 ed. São Paulo: 2019 Saraiva Jur.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Princípios Gerais de Direito Administrativo.** São Paulo: 10 ed., Forense - Rio, 1969.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias** / - Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18009/Transform%C3%A7%C3%A7%C3%B5es%20do%20Direito%20Administrativo.pdf>. Acesso em: 13, fev. 2022.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias** / Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18009/Transform%C3%A7%C3%A7%C3%B5es%20do%20Direito%20Administrativo.pdf>. Acesso em: 13, fev. 2022.

MENDONÇA, José Vicente Santos. **A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro:** do estilo tradicional ao novo estilo. RDA – revista de Direito

Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18916>

MERKEL, Adolf. **Teoria General de Derecho Administrativo**, 1935.

MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 1ed. Campinas Bookseller, 2000.t. IV.

MODESTO, PAULO. **Silêncio Administrativo Positivo, Negativo e Translativo**: a omissão estatal formal em tempos de crise. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/silencio-administrativo-positivo-negativo-e-translativo--a-omissao-estatal-formal-em-tempos-de-crise-> Acesso em: 15 jul 2022.

MODESTO, Paulo. **O Silêncio Administrativo como técnica de experimentação**. <https://www.conjur.com.br/2022-jan-27/interesse-publico-silencio-administrativo-tecnica-experimentacao>. Acesso em 8 jul 2022.

MONCADA, Luís S. Cabral de Moncada. **A Relação Jurídica Administrativa (para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativos)**, Coimbra Editora, Coimbra, 2009,

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. **Teoria Geral. Comentários aos artigos 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Uma História do Direito Administrativo: Passado, Presente e Novas Tendências**. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, p. 1229-1247, nov. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI – Belo Horizonte: Fórum, 2018.**

MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito Administrativo Contemporâneo e suas relações com a economia** / Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2016.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Poder Regulamentar.** Disponível em 17.01.2011 no seguinte link: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110118231013562. Acesso em 13. Fev 2022.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Uma História do Direito Administrativo: Passado, Presente e Novas Tendências.** Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, p. 1229-1247, nov. 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito Administrativo Contemporâneo:** temas fundamentais – Salvador: Juspodivm, 2016.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura.** São Paulo: Quartier latin, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. **Governança, compliance e cidadania.** Revista dos Tribunais. São Paulo, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia:** impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

NUNES LEAL, Victor. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil.** São Paulo: Alfa-Ômega, 1975.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico.** Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496>. Acesso em 13 fev. 2022.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Lisboa: Almedina, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico.** Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496>

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de, **A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras.** 2^a ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010. p 151, apud ENTERRÍA, Eduardo García de. As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma? Belo Horizonte: Forum, 2010

PESSOA, Robertônio Santos. **Administração e regulação.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PETERS, B. Guy. **Governance as political theory. Jerusalem Papers – Regulation & Governance,** Jerusalém, v. , n. 22, p. 1-22, ago. 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA-MATIAS, José. **Curso de Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais** / José Matias-Pereira. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro, Forense. 2010.

POSNER. Richard. **A Economia da Justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RIVERO, Jean. **Droit administratif**. Paris: Dalloz, 1975.

SARMENTO, Daniel (org). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Rio de Janeiro: Konfino, 1950.

SCHMIDT, Kenneth; ULEN, Thomas. **Law And Economics Anthology**. 2^a ed. cap. 3. Cincinnati, OH: Anderson Publishing Co, 2002.

SILVA, Almiro do Couto e. **Princípios fundamentais do Direito Público. Conceitos fundamentais do Direito do Estado constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 1998.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologias**. Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 20-45, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&id=S1517-45222006000200003&lng=en&nrm=iso&tlang=pt. Acesso em: 06 abr. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é preguiça**. In: _____. Direito Administrativo Para Céticos. 2^a ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é preguiça**. In: _____. Direito Administrativo Para Céticos. 2^a. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014.

TORRES, Silvia Faber. **A flexibilização do princípio da legalidade no Direito do Estado**.

URUGUAI, Visconde do. **Ensaio sobre o direito administrativo.** In: CARVALHO, José Murilo de (org.). Visconde do Uruguai. São Paulo: Ed. 34, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WEBER, Max (1864-1920). **The essentials of bureaucratic organization: an ideal-type construction.** In Robert K. Merton et al. Glencoe, Illinois: Free Press.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. **Direito Administrativo**, vol. 1. Trad. António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

WUNDER HACHEM, Daniel. **O Princípio Constitucional do Interesse Público.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.