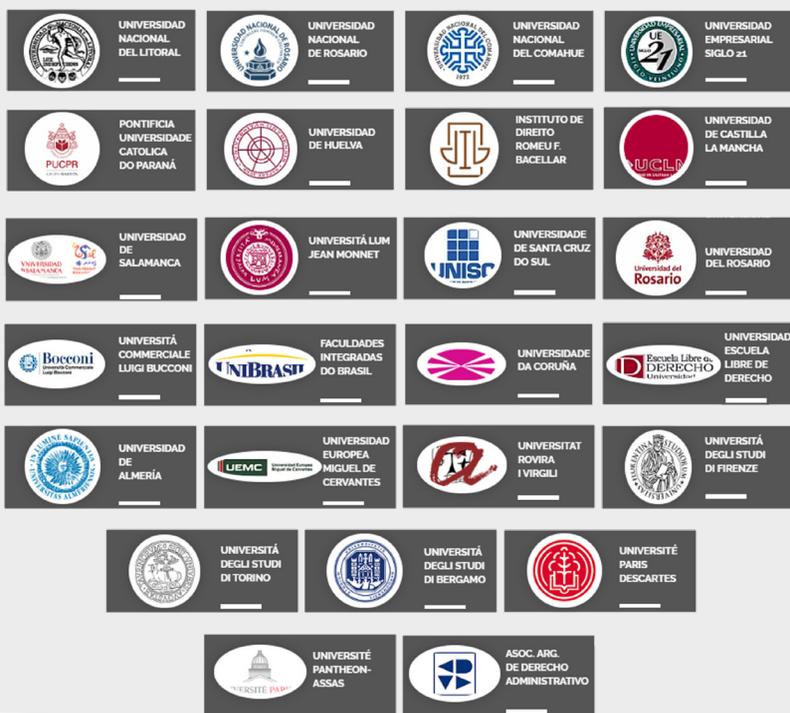


REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 6 | N. 1 | ENERO/JUNIO 2019 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



A importância da interpretação das normas disciplinadoras da administração pública para a devida identificação da discricionariedade

The importance of the interpretation of the norms governing public administration for the proper identification of discretion

LUIZ ALBERTO BLANCHET¹, *

¹ Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil)

blanchet@blanchet.adv.br

Recibido el/Received: 25.01.2020 / January 25th, 2020

Aprobado el/Approved: 23.04.2020 / April 23rd, 2020

RESUMO:

Despreparados, grande número dos agentes públicos brasileiros desconhecem a distinção entre lei e norma, ignoram as técnicas de interpretação jurídica. Como resultado, são incapazes de identificar a existência da discricionariedade e seus limites. Desprezam as peculiaridades de cada caso concreto (motivo fático da atuação do administrador público) e acabam alargando os limites de uma discricionariedade que em muitas situações nem existe. Porém, não é apenas o despreparo que impede a devida persecução do interesse público pelo agente, há também a imprudência, a precipitação, a indolência, a vaidade pessoal e apego ao poder, a incúria, a avidez, a ganância, e a corrupção. Entre os maus administradores públicos, enfim, exasperadamente disputam espaço os que deixam a população ao total abandono culposamente e os que o fazem dolosamente. O agente da Administração deve saber interpretar a norma, mas também a situação concreta (*motivo de fato* de sua atuação), sem o que, jamais identificará os reais limites da discricionariedade, a qual, além de ser menor diante do caso concreto,

ABSTRACT:

Unprepared, the majority of Brazilian public agents usually are unaware to distinguish law and juridical norm, they ignore the interpretation techniques. As a result, those public officials are unable to identify the existence and limits of discretion in a specific norm. They despise the peculiarities of each individual case (concrete reason of de administrative procedures) and they extend the limits of a discretion that often doesn't exist. However, inaptitude is not the only obstruction of the public interest due satisfaction, there are other impediments: imprudence or rashness, hurry, indolence, personal vanity, adherence to individual power, carelessness, avidity, covetousness and corruption. The bad public administrators that damage advisedly the society dispute with those who damage inadvertently the collectivity. Public agents must know how to interpret the norms, but they must interpret also the concrete cases (concrete reasons of de administrative fulfillments), because both interpretations are important to identify the true limits of administrative discretion. In each individual concrete case, the discretion is lesser than it were in the norm in thesis,

Como citar este artículo | *How to cite this article:* BLANCHET, Luiz Alberto. A importância da interpretação das normas disciplinadoras da administração pública para a devida identificação da discricionariedade. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 6, n. 1, p. 61-75, ene./jun. 2019. DOI: 10.14409/redoeda.v6i1.8724

* Professor do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, Brasil). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado. E-mail: blanchet@blanchet.adv.br



se corporifica de forma distinta conforme as peculiaridades juridicamente relevantes de cada situação a ser atendida.

Palavras-chave: interpretação; discricionariedade; administração pública, normas disciplinadoras, interesse público.

furthermore the administrative discretion manifests itself in a different way as the legally relevant peculiarities of each situation to be met.

Keywords: interpretation; discretion; public administration, disciplinary law, public interest.

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Vinculação e Discricionariedade. 3. O Agente da Administração Pública. 4. A Vontade do Estado. 5. Momentos da Elaboração da Vontade do Estado. 6. O Agente – Um Ser Humano com os Vícios e Virtudes Inerentes. 7. A Discricionariedade Diante do Caso Concreto é Menor do que na Norma. 8. Os Vícios Comprometedores da Interpretação Objetiva e Consequentemente da Boa Administração. 9. Considerações Finais. 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Tradicionalmente se tem como pacífica afirmação de que a Teoria do Direito envolveria estudos e conclusões que não comportariam variações em qualquer das áreas do Direito, o que não deixa de ser verdade, entretanto, historicamente, os estudos desenvolvidos nesse âmbito têm se dedicado muito mais ao que se convencionou denominar Direito Privado. Assim, algumas categorias próprias do Direito Administrativo, por exemplo, são denominadas mediante utilização de termos utilizados em outros ramos do Direito, especialmente no Direito Civil, embora se refiram a conceitos diferentes. É o que sucede com termos como *mandato*, *representação*, *investidura* e, como se verá linhas adiante, com o vocábulo *agente*, o qual distorcerá totalmente a interpretação de qualquer norma de Direito Administrativo, se for reputado na acepção válida para o Direito Civil, a ponto de comprometer o atendimento do interesse público. Até mesmo o sentido da palavra *cláusula* exige cuidados, pois nos chamados contratos administrativos, existem cláusulas regulamentares e cláusulas efetivamente contratuais. As primeiras, também chamadas cláusulas *do serviço*, são aquelas que, nos editais de licitação, constam integralmente já redigidas, e as contratuais, ou *negociais*, são aquelas cujo texto contém lacunas que deverão ser preenchidas com dados retirados da proposta vencedora. As *cláusulas regulamentares*, são, portanto, definidas unilateral e exclusivamente pela Administração Pública contratante e podem ser por ela, também unilateralmente, alteradas, embora sejam denominadas como *cláusulas*, o que seria absurdo para o regime do Código Civil. Já as *cláusulas contratuais* se submetem ao mesmo regime das cláusulas de contratos civis.

Dentro da Teoria do Direito, enfim, faz-se necessário o desenvolvimento de estudo específico das categorias que são peculiares ao chamado Direito Público, principalmente



porque, no caso do Direito Administrativo, seu estudo se opera somente nos períodos finais dos cursos de Direito, momento em que os alunos já assimilaram de forma bastante sedimentada significados próprios de disciplinas jurídicas cujo núcleo de atenção é o interesse privado e não o interesse público. Esse processo pretérito de assimilação de conceitos jurídicos, malgrado ser de fundamental e ineliminável importância, dificulta aos estudantes a compreensão e incorporação de novos significados ao rol de expressões e termos jurídicos com os quais eles já estavam acostumados. A resistência do estudante aos novos significados comprometerá sua aptidão para interpretar corretamente as normas jurídicas que integram o sistema do Direito Administrativo, o que, ademais, é válido também para o Direito Constitucional. Se tais estudantes não superarem essa resistência, carecerão do necessário preparo para atuarem em áreas do Direito que não aquelas com as quais manteve os primeiros contatos, áreas correspondentes a disciplinas que lhe foram ministradas por tempo bem superior a Direito Administrativo ou Constitucional.

O Brasil é um país de proporções continentais, cuja população, embora basicamente concentrada nas proximidades das grandes cidades, se distribui pelos mais distantes recantos de seu vasto território com graves restrições ao atendimento de necessidades básicas como educação, informação, saúde, segurança. Mesmo nas cidades maiores e em suas proximidades, o nível de instrução média da população ainda deixa muito a desejar. Desventuradamente, não é surpresa que agentes públicos não tenham o conhecimento mínimo necessário para interpretar as normas que devem cumprir e tampouco se assessorarem de profissionais preparados para tal fim.

Agentes públicos, em grande número, notadamente na área da Administração, sequer algum dia ouviram falar da existência da norma jurídica. Não conseguem discernir do Direito, a sua fonte primária. Para eles, o Direito é a Legislação. Tampouco ouviram falar em Hermenêutica ou em técnicas de interpretação. Pensam, sem base objetiva absolutamente nenhuma, que, para atuar de acordo com o princípio constitucional da legalidade imposto pelo *caput* do art. 37 da Constituição a todos os setores da Administração Pública, bastaria ler o texto da lei e entendê-lo, tal como se fosse ele um simples manual de instruções para aplicação imediata, literal e irrefletida.

Definido o objeto deste estudo, necessário definir o seu motivo: a execução incorreta da discricionariedade resulta em atuação ilícita do administrador público, especialmente sob a forma de desvio de finalidade. Desvios de finalidade, deliberados ou resultantes de açodamento, desdém ou despreparo do agente público, subvertem o conteúdo do preâmbulo da Constituição, o Estado deixa de ser um instrumento do povo para satisfazer seus anseios e passa a ser utilizado por agentes em benefício privado próprio ou alheio. Ordinariamente, desvios não propositais de finalidade, ao contrário dos dolosos, não resultam em benefício ao responsável ou a terceiros, todavia



sempre resultam em perdas para a sociedade, independentemente do fato de terem sido provocados culposa ou deliberadamente.

A ilegalidade cometida pelos agentes públicos em sua modalidade culposa deflui da inadequada avaliação da situação concreta cujo atendimento compete ao poder público. A ilegalidade dolosa, a seu turno, resulta da intencional distorção dos dados do problema cuja solução é de interesse da coletividade, problema conhecido, na doutrina do Direito Administrativo, como *motivo fático*.

2. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Dois fatores, um definido pelo “sistema de normas” e outro pela “dinamicidade do mundo real”¹, podem causar perplexidade àqueles que precisam trabalhar com ambos em seu dia a dia, pois estes fatores dão a impressão de caminharem em direções completamente incongruentes, porém eles se conjugam mediante emprego das técnicas hermenêuticas e ensejam o fenômeno que se convencionou denominar *discricionariedade*.

O Direito impõe aos administradores públicos, para o exercício de suas competências, apenas duas modalidades de atuação: atuação vinculada ou atuação discricionária. Não existe uma terceira escolha.

Dentre as duas modalidades, obviamente o exercício das competências vinculadas é o mais simples, pois basta que o administrador faça exatamente aquilo que a norma jurídica previamente definiu, nem mais nem menos.

O exercício da discricionariedade, a seu turno, envolve a necessidade de avaliações e escolhas muito mais complexas. E assim sucede em razão de crenças, equívocos e enfoques doutrinários anacrônicos que, infelizmente, vêm sobrevivendo ao tempo. O presente estudo tem por objeto a análise desses fatores que comprometem o bom entendimento do que seja a discricionariedade e contaminam a interpretação das normas a serem observadas pelo administrador público. Em consequência do encadeamento dos indesejáveis efeitos desses fatores, as finalidades do Estado, em especial aquelas inseridas na estrutura das normas constitucionais acabam por não ser alcançadas. Esse pernicioso resultado pode ter sua origem principalmente no despreparo, na falta de espírito empreendedor, na imprudência, na vaidade e apego ao poder, na indolência ou mesmo no intuito corrupto dos agentes públicos.

3. O AGENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Seria inútil, para os fins do presente tema, estudar apenas as peculiaridades da atividade discricionária sem estudar os aspectos característicos daquele que deve executar essa atividade: o agente público.

¹ BLANCHET, Luiz Alberto. **Administração Pública, Ética e Desenvolvimento**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 43.



Iniciar o presente estudo pela análise das peculiaridades jurídicas do agente é uma necessidade porque, nos cursos de Direito, a primeira vez que se ouve o vocábulo *agente* é nas aulas de Direito Civil. Embora a palavra *agente* utilizada no Direito Público seja a mesma, trata-se de conceito totalmente diferente. No Direito Privado o agente do ato jurídico praticado é o titular do interesse jurídico envolvido em tal ato (salvo raras exceções como a do mandato, por exemplo). No Direito Público, ao contrário, o agente nunca é o titular do interesse jurídico envolvido.

O agente, portanto, no Direito Público, jamais é o sujeito. O sujeito é imediatamente o Estado e, mediadamente, a coletividade. E por assim ser, não pode haver ato administrativo sem *sujeito*, mas pode haver ato sem *agente*, como bem ensina Celso Antônio Bandeira de Mello,² fenômeno este que jamais poderia ocorrer no Direito Civil. É claro que somente atos vinculados podem se materializar sem a interferência de agente (pessoa física), mas esse fenômeno já é suficiente para demonstrar que, mesmo quando o ato administrativo é praticado por um agente, a vontade a ser satisfeita pela Administração não tem a mesma natureza daquela com a qual se trabalha no Direito Civil. Exemplo interessante de ato não praticado por agente é o dos semáforos: a cada mudança de sinal, há um novo ato administrativo, e o mais curioso é que esses atos não são escritos nem verbais, pois a simples troca de cor já encerra um comando que, se não obedecido, acarretará consequências jurídicas. Se alguém duvida, avance o sinal vermelho e depois relate o que aconteceu.

O agente privado atua com base em sua *vontade psicológica*, podendo inclusive, agir de acordo com suas preferências ou antipatias pessoais. O agente público, por sua vez, jamais pode agir de acordo com sua vontade psicológica, jamais pode pautar seus atos administrativos com base em suas preferências e antipatias pessoais. O agente público trabalha com a *vontade lógica* (cujos parâmetros são as normas jurídicas). Marçal Justen Filho,³ com muito acerto, chama vontade "*funcionalizada e objetivada*", uma vontade, enfim, *funcional*.

4. A "VONTADE" DO ESTADO

A expressão que se utiliza é vontade do Estado. Grafa-se o termo vontade entre aspas para lembrar que não se trata propriamente de vontade em bases psicológicas, mas de uma vontade objetiva e, pois, em sentido figurado. Mas dever-se-ia utilizar aspas também para o vocábulo Estado porquanto, embora ela pareça ter no Estado o seu sujeito, o verdadeiro titular é o povo.

O processo idôneo para se conhecer a vontade do Estado, em especial aquela destinada ao atendimento dos anseios coletivos pelo exercício da função administração

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 377.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 347.



pública, não é uma charada a ser desvendada mediante artifícios esotéricos. A vontade do Estado, no caso específico deste estudo, é facilmente decifrável. O procedimento para tal embasa-se em fatores objetivos e tem sua fonte no “querer voluntário, autárquico e inviolável”,⁴ que se corporifica nas normas constitucionais e infraconstitucionais; trata-se de uma fórmula bastante lógica e fundada em dados suficientemente objetivos porque, configurada uma mesma situação concreta de interesse público, dois ou mais administradores diferentes (sem se conhecerem ou se comunicarem reciprocamente), afluirão à mesma solução, salvo, obviamente, se desdenharem da aplicação da fórmula normativa. Sem dúvida, aspectos discricionários da atuação desse agente serão diferentes, mas eles se referem a pontos secundários e irrelevantes da solução a ser adotada, jamais aos pontos juridicamente relevantes. E assim ocorre, porque se os aspectos discricionários tivessem relevância para o Direito, obviamente teriam sido objeto de disciplinamento por norma jurídica vinculante.

A investigação objetiva e minudente da vontade do Estado é, enfim, tarefa indispensável para o esclarecimento daquilo que o agente público deve e daquilo que ele não pode fazer. Não é difícil perceber-se que o agente corrupto distorce a vontade lógica, ou funcional, com a qual deveria trabalhar, e a substitui pela sua vontade pessoal ou por uma vontade que até pode ser coletiva, mas somente para seu grupo de amigos.

A vontade lógica, ou funcional, do povo é sempre, portanto, objetiva e não subjetiva. Todos os princípios da Administração Pública, portanto, têm por parâmetro o princípio da objetividade.

Embora a objetividade absoluta seja impossível, é ela que norteia a atuação do agente, o agente deve buscar a maior objetividade possível. Sob o enfoque jurídico, somente a norma pode assegurar essa objetividade. Ainda que haja espaço discricionário na condução do procedimento, o princípio da objetividade se impõe, pois a discricionariedade não pode legitimar decisões obtidas por força de preferências ou antipatias pessoais do agente.

Assim, a prevenção da corrupção, por exemplo, deve passar, antes de tudo, pela criteriosa avaliação da vontade objetiva pertinente a cada ato a ser praticado pelo agente público. E isto deve ser feito no momento em que o ato é praticado e não depois, pois prevenir não é controlar, prevenção não é controle.

Quem tiver a pretensão de elaborar uma análise teórica aplicável indiferentemente a qualquer situação concreta de manifestação e satisfação dessa vontade, encontrará dificuldades intransponíveis. Intransponíveis porque o conteúdo da vontade do Estado não é definido apenas pelas normas jurídicas em tese, mas sim pela conjugação destas com cada caso concreto. Não há exagero em concluir-se que a vontade funcional é

⁴ STAMMLER, Rudolf. **Economía y Derecho según la concepción materialista de la Historia** (traduzido por W. Roces). Madrid: Editorial Reus S.A., 1929, p. 466.



definida pelas imposições das normas pertinentes e pelas exigências da situação concreta a ser atendida (ou, dito em outros termos, pelas exigências do motivo de fato).

Quando o agente identifica a verdadeira vontade funcional com base na qual deve atuar em cada situação concreta, é nesse momento que ele descobre o limite extremo a partir do qual tem lugar a discricionariedade, cujo conteúdo é o mérito administrativo. E se, dentre as diversas opções discricionárias, ele fizer sua escolha com base em suas propensões ou aversões subjetivas, terá invadido os domínios do desvio de poder.

O desvio de finalidade, enfim, nada mais é do que o não atendimento da vontade funcional.

5. MOMENTOS DA ELABORAÇÃO DA VONTADE DO ESTADO

Nenhuma norma jamais poderia ser devidamente interpretada de forma isolada, como se não integrasse o grande sistema a que denominamos Direito. Necessário, portanto, identificar os momentos críticos da definição da vontade do Estado na construção da base fundante desse sistema.

O primeiro grande, e mais importante, momento ocorre com a assembleia constituinte. É quando o grande substrato se define. A cada emenda constitucional, alterações serão feitas, desde que respeitado o núcleo imutável representado pelas chamadas cláusulas pétreas.

Abrangentes ao cabível extremo, como toda norma constitucional deve ser, os princípios e regras então estatuidos deverão ser melhor especificados para sua efetiva e segura aplicação. A esta tarefa se procede por meio da função legislativa infraconstitucional.

As leis, porém, também dificilmente atingem a definição de detalhes suficientes para viabilizar com segurança e isonomia sua aplicação. Necessária, a esse passo, a edição de atos administrativos normativos, cujo papel é o de restringir ainda mais a discricionariedade originária, garantindo assim um tratamento mais isonômico na aplicação da Constituição e das leis.

O “tamanho jurídico da discricionariedade”, contudo, não estará ainda, nesse momento, definido. As exigências específicas de cada problema concreto a solucionar irão definir amplitudes diferentes para a discricionariedade que ainda remanescerá na aplicação da mesma norma a situações concretas diferentes (diferentes em sua essência, ou ainda, até idênticas internamente, porém submetidas a circunstâncias diferentes). As diferentes amplitudes assumidas pela discricionariedade em cada situação concreta devem ser congruentes com as diferenças peculiares a cada caso concreto a ser atendido pela Administração.



A cada um desses momentos, as novas normas vão estreitando o espaço do mérito administrativo, vai diminuindo a discricionariedade. A discricionariedade na norma em tese é sempre maior do que no caso concreto. E, muito mais que isto, em algumas situações, as imposições do caso concreto podem até excluir totalmente a discricionariedade que em tese havia na norma. “Normas discricionárias”, no sentido de o serem sempre e indefectivelmente, não existem; elas são apenas potencialmente, ou virtualmente, discricionárias. As normas vinculantes, por sua vez, serão sempre vinculantes.

A diminuição que se opera na amplitude da discricionariedade no momento em que se aplica a norma ao caso concreto é determinada pelo último dentre os momentos de definição da vontade do Estado: o momento em que o agente elege a decisão mais idônea possível ao atendimento de todas as exigências concretas juridicamente relevantes do problema real cuja solução compete à Administração Pública. Obviamente, se houver duas ou mais decisões igualmente idôneas e nenhuma delas submete a preferências ou antipatias pessoais do agente, então é nesse instante que se conhece o tamanho real da discricionariedade. Essa operação técnica de conjugação dos comandos normativos em tese com as imposições juridicamente relevantes da situação concreta *especializa* a norma ao problema a ser solvido e *concretiza* o Direito, tornando especial para aquele caso real a norma que, enquanto em tese, era geral e abstrata.

A elaboração da vontade do Estado é uma atividade abrangida pela técnica da aplicação do chamado Direito Público, ou Direito do Estado. Essa técnica de aplicação refere-se, pois, às normas em tese e às *imposições juridicamente relevantes de cada situação particular de interesse público*.

6. O AGENTE - UM SER HUMANO COM OS VÍCIOS E VIRTUDES INERENTES

Os animais, ao contrário dos seres humanos, orientam seu comportamento com base nos parâmetros armazenados durante gerações, pelo instinto; seu comportamento é, pois, previsível, ainda que essa previsibilidade dependa de conhecimento mais especializado. O comportamento humano, a seu turno, orienta-se pelo raciocínio, fator que o torna imprevisível. Cada espécie animal, por mais inteligente que possa parecer, faz seu ninho, procura alimentos ou reage ao perigo de forma idêntica à adotada por seus antepassados, sem jamais aprimorar suas técnicas e, quando eventualmente o fazem, trata-se de um comportamento coletivo, como ocorre com chimpanzés ao utilizarem-se de pedaços de madeira ou de pedras para quebrar cascas de alimentos, porém enquanto inovações criativas individuais são a regra entre seres humanos, entre os chimpanzés são raríssimas exceções.



O ser humano, e assim, pois, o agente público, tem potencial e efetiva capacidade de criar racionalmente soluções novas, tanto para os problemas simples, comuns e repetitivos, como para os complexos e insólitos. O comportamento humano não se cinge à simples reprodução instintiva de atitudes estereotipadas e geneticamente armazenadas em seu cérebro. O homem, ao contrário dos animais, inova, aperfeiçoa, evolui, cria.

Criativo o ser humano, de um lado, imprevisíveis suas atitudes, de outro.

Sendo, o homem, criativo e, portanto, imprevisível, assim para o bem como para o mal, a sociedade não pode prescindir de meios eficazes para neutralizar a imprevisibilidade das más atitudes humanas.

Apesar de todo avanço atual, ainda é impossível criar-se um instrumento capaz de prever o que cada um vai fazer. A previsão, contudo, do que cada um deve fazer e do que não pode fazer é possível, e a sociedade faz tal previsão.

Nas sociedades organizadas evoluídas, a norma, e não apenas a jurídica, é o principal instrumento utilizado para se preestabelecer o que deve ser feito (deveres) e o que não pode ser feito (proibições). Não constitui aqui objeto de aprofundamento o estudo da norma, razão pela qual, pode-se simplificar o tema afirmando-se apenas que aquilo que convencionamos chamar de Direito é um sistema (conjunto harmônico) de imposições, já que toda norma encerra uma imposição positiva (dever) ou negativa (proibição). É evidente que a referência que se acaba de fazer respeita especificamente e apenas à norma objeto do presente estudo: a norma disciplinadora das decisões da Administração Pública no atendimento de problemas concretos; isto porque quando não há imposição positiva ou negativa, mas mera faculdade, trata-se de discricionariedade e, se algo é facultado significa que pouco importa ao Direito se a opção do agente será uma, outra, ou ainda, outras, já que nenhuma será ilícita.

Essa espécie norma orientadora da atuação do agente público ao atender situações cuja solução é de interesse público, em sua espécie *regra*, sob o aspecto prático, pode ser conceituada como uma solução em tese para problemas futuros.

Assim é, que, em sua estrutura, deve sempre trazer a descrição teórica do problema a que visa resolver (*hipótese*), a previsão da solução a ser tomada quando a hipótese verificar-se na prática (*comando*), e a sua utilidade prática (a *finalidade* para a qual foi criada). Esta visualização é aplicável assim à regra jurídica extraída da lei como de qualquer outro ato normativo.

Como solução estereotipada, a norma-regra (que veicula imposição positiva ou negativa) obviamente só é útil para problemas estereotipáveis.

Não basta, porém, que os problemas objeto da norma admitam soluções padronizadas. É necessário ainda, que a padronização da conduta por meio da regra não acabe tolhendo a liberdade do executor do comando normativo para escolher, diante do problema concreto, a solução mais racional e condizente com o estágio da evolução social, do progresso científico e dos avanços tecnológicos naquele momento concreto. Afinal,



o universo é dinâmico - transforma-se, evolui - e assim também o são os problemas que nele ocorrem, e a simples edição de uma regra jurídica não pode deter o processo evolutivo do universo. Para não se transformar em fonte de comportamentos anacrônicos, ilógicos e, por vezes, até nocivos ao interesse público, a criação normativa deve limitar-se exclusivamente aos problemas que exigem e admitem soluções previamente padronizadas que não se alteram com a constante evolução do mundo. A norma, enfim, não pode limitar a utilização da inteligência da Administração Pública diante do problema concreto. Aliás, para preservar a racionalidade da Administração, é preferível o princípio à regra, porquanto este primeiro é produto de uma evolução lógica (que, por ser tal, é *perene*) ao contrário desta segunda, que é fruto de uma opção política que parecia ser a melhor no momento da elaboração da norma e, por não surgir mediante processo evolutivo natural, já nasce com pesada carga de subjetividade.

Em sua maioria, as atuações do agente da Administração são objeto de poucas normas, o que vem representar grande vantagem, pois deixa livre o exercício da racionalidade da Administração Pública, vantagem esta, todavia, cujo beneficiado deve ser a coletividade e não a pessoa do administrador e tampouco qualquer um abrangido por seu círculo de relacionamentos.

No exercício de suas atividades diárias, o particular tem a *vantagem* de poder agir racionalmente, e o administrador tem o *dever* de agir racionalmente, ainda que norma nenhuma o diga explicitamente.

Para quem cria a norma, a tarefa também não é nada fácil. A séria responsabilidade de quem legisla tem sede no caráter instrumental da norma. Quem cria uma norma, cria um instrumento a ser utilizado por pessoas dos mais diversos níveis de preparo e caráter. Como todo instrumento, em tais condições, a norma também pode transformar-se numa arma, em lugar de cumprir a sua função própria.

Se a responsabilidade do legislador é grave porque ele cria um instrumento, a do administrador é gravíssima, em razão, inclusive, de, em muitos casos, envolver atividade semelhante à do legislador - criação de um instrumento veiculador de normas (um edital, um regulamento, etc.) - e, ao mesmo tempo, exigir a utilização de outro instrumento (a norma superior).

7. DIANTE DO CASO CONCRETO, A DISCRICIONARIEDADE É MENOR QUE NA NORMA

Na prática das licitações, são comuns conclusões no sentido de que “se a lei não diz em que hipóteses deve-se adotar um ou outro critério de julgamento, então aí haveria discricionariedade e o administrador teria a liberdade de optar pelo critério que bem entendesse”, ou ainda, que “se a lei exige que o edital estabeleça as condições para participação no procedimento licitatório, mas não prevê quando e quais exigências são



obrigatórias, também aí haveria discricionariedade e a Administração poderia fixar as condições que quisesse”.

Além de precipitadas, são marcadamente comodistas, totalmente absurdas, as conclusões acima levam frequentemente o administrador a incorrer em ilegalidades graves e altamente nocivas ao interesse público

Se, para atender determinada necessidade, a Administração deve adquirir um equipamento altamente complexo, mas no edital estabelece simplesmente que será vencedora a proposta de menor preço, sem qualquer preocupação com as condições técnicas que o equipamento deva satisfazer, o resultado poderá ser catastrófico pois a proposta apenas mais barata apresenta grande probabilidade de não preencher as exigências técnicas mínimas imprescindíveis para que com o equipamento comprado a Administração possa efetivamente resolver o problema concreto em razão do qual se tornou necessária a licitação.

A regra básica, enfim, não está na lei, mas pode ser traduzida em enunciado bastante simples: a licitação é um instrumento do qual se serve a Administração para atender uma necessidade pública e em consequência deve ser idônea e eficaz para fazê-lo com segurança (e não apenas com alguma probabilidade). Na hipótese antes aventada, sem dúvida não seria nula a probabilidade de ser tecnicamente aceitável a proposta de menor preço, mas haveria mera probabilidade portanto, porém não segurança, e assim esta licitação não estaria cumprindo a finalidade juridicamente ínsita ao instituto: servir de meio para a Administração resolver, segura e racionalmente, um problema concreto de interesse da coletividade, e não para aventurar, sem muito critério, uma solução apenas provável.

Como se vê, não basta o cumprimento, pelo Administrador, exclusivamente daquilo que está textualmente previsto pela norma, para que haja lidimidade na licitação. O agente da Administração deve interpretar os textos normativos e também compreender (interpretar) os fatos com os quais deve trabalhar⁵. Oportuno lembrar a afirmação de José Afonso da Silva:⁶ “A lei pode ser cumprida moral ou imoralmente”. Deve-se, contudo, aqui acrescentar que, por força do art. 37, *caput*, da Constituição, a norma disciplinadora da Administração Pública deve ser cumprida sempre legal e moralmente.

Estes aspectos levam a concluir que quando a lei deixa de prever de forma precisa, rígida e imutável a solução pela qual o Administrador deve optar, não lhe confere o poder de fazer o que bem entende, mas o dever de adotar a opção mais idônea para solucionar o problema fático, já que o agente da Administração, por estar em contato direto com a situação concreta, tem mais, e melhores, condições do que o legislador

⁵ GRAU, Eros Roberto. **Interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 28.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 563.



para eleger a solução mais apropriada e segura para alcançar o objetivo almejado pela coletividade em cada caso particular.

8. OS VÍCIOS COMPROMETEDORES DA INTERPRETAÇÃO OBJETIVA E CONSEQUENTEMENTE DA BOA ADMINISTRAÇÃO

O despreparo, ou imperícia, na condução dos procedimentos e soluções que o povo espera dos agentes públicos, produz resultados danosos tão graves quanto qualquer dos demais fatores.

O preparo que se espera o agente detenha, não se vincula apenas à sua formação escolar, mas também aos conhecimentos que este desenvolveu durante sua vida, à sua capacidade de solucionar problemas, à sua visão objetiva do mundo, evitando pautar sua conduta por soluções estereotipadas que ignoram as particularidades concretas de cada situação nova cujo atendimento compete ao poder público, evitando alicerçar suas ações em ideologias únicas e excludentes das demais, evitando, enfim, enfrentar e solucionar as situações reais cujo atendimento interessa à coletividade, as situações que efetivamente existem e da forma como se revelam, e não as situações que ele, agente, subjetivamente pensa, crê ou gostaria que existisse.

O agente preparado sabe que, ao ser eleito, deixa de ser o político e passa a ser o administrador, sabe que deverá substituir o atendimento dos interesses e anseios de sua agremiação partidária ou ideológica (e das que lhe dão sustentação) pelos anseios de todo o povo.

O segundo vício é a imprudência. A precipitação do agente público leva a empreendimentos total ou parcialmente desnecessários ou a gastos para os quais os cofres públicos não estão preparados. A imprudência tem seu *habitat* em especial nas mentes de administradores adeptos de políticas populistas. A imprudência resulta em frustração da sociedade que, ao despertar de um sonho de ilusória abundância e falsa opulência, enfrenta a fria realidade: escassez e privação principalmente para os menos afortunados que, muitas vezes, vinham sendo favorecidos com recursos desprovidos de lastro.

A vaidade, aliada ao apego pessoal do agente ao poder, surge como o terceiro grupo de vícios. É inversamente proporcional ao nível cultural de cada povo a necessidade de líderes; políticos vaidosos e com grande apego ao poder não tardam a assumir tal posto aproveitando-se do precário nível de instrução média da população. Uma vez instalados como líderes ou mitos, tais agentes públicos não encontram grande dificuldade em manter o povo iludido. Somente a educação e informação de bom número de cidadãos pode neutralizar os danosos efeitos da má atuação desses agentes, mas enquanto no exercício de sua função pública eles sabem muito bem como evitar que isso ocorra.



Surreal é a situação em que membros do Executivo ou do Legislativo detentores de cargos eletivos que se consideram infalíveis, indemissíveis ou indispensáveis, mesmo após terem cometido, dolosa ou culposamente, os mais absurdos equívocos na execução de suas competências, tornando ineficiente a função administrativa do Estado e impondo os mais pesados sofrimentos ao povo. Pessoas com tais indesejáveis atributos, em seu caminho contrário à busca da verdade sensível pautada nos parâmetros da razão, seguramente não estão aptas a sequer entender as normas que devem cumprir, quanto menos interpretá-las e integrá-las ao caso concreto que, por ser de interesse público, lhes cabe satisfazer. O agente vaidoso não se priva de distorcer afirmações muitas vezes feitas por grandes doutrinadores no sentido de que interpretar seria “dar sentido” à norma, como se a interpretação pudesse ser o resultado do vislumbre da realidade com fins subjetivos privados extraídos dos mais inconfessáveis sonhos e intentos construídos mediante processos psíquicos do enganoso e impenetrável inconsciente egoísta.

Tais agentes, quando ocupantes de cargos eletivos, supõem que seu posto na vida pública estaria legitimado pelo voto, mas os votos que os elegeram lhes foram atribuídos no dia das eleições e não após o eleitorado ter tomado conhecimento das limitações, da inaptidão ou do egoísmo do agente.

Como quarto vício comprometedor da boa administração impera a indolência, amiga íntima da lentidão dos procedimentos, acomoda-se nos nichos da burocracia de inutilidades. Os empreendedores, a iniciativa privada inovadora e os trabalhadores jamais sobrevivem em comunidades administradas por agentes indolentes. É o estilo de administração que com muito custo, ou mesmo jamais, aprova projetos privados dependentes de autorização dos poderes públicos. Em tal cenário, o pleno emprego jamais consegue romper o envoltório da esperança, da mera expectativa que jamais se realiza.

O Brasil é, funestamente, solo fértil para a germinação e crescimento de agentes indolentemente morosos que representam os mais torturantes pesadelos do empreendedor. E o empreendedor individual, assim como o de médio ou pequeno porte, são os que mais sofrem física e emocionalmente ao tentarem iniciar um novo negócio; não raros desistem ou mesmo morrem à espera de que o poder público finalmente faça sua parte para que ele possa trabalhar, gerar novos empregos, contribuir para o aumento da arrecadação tributária e movimentar a economia. São as licenças, taxas e vistorias de prefeituras municipais, corpos de bombeiros, agências responsáveis pela regulação da atividade a ser desenvolvida, e um sem número de outras exigências que, quando dependentes da vontade e iniciativa de agentes indolentes, não passam de entraves ao desenvolvimento.

O rol aqui comentado preocupa-se apenas com os vícios mais frequentes e que mais facilmente interferem na aptidão do agente para corretamente interpretar as



normas que deveria cumprir e não as moldar de acordo com seus mais íntimos e irrelevantes propósitos. O vício agora apontado, a corrupção, o quinto dentre os que não poderiam deixar de ser lembrados, aloja-se na Administração a curtíssima distância do despreparo, da precipitação, da vaidade e apego pessoal ao poder, da incúria, da indolência, da ganância e da avidez.

A corrupção é definida pelo economista de origem indiana naturalizado americano, Pranab Bardhan,⁷ como a utilização ilícita de uma função pública com o desígnio de obter vantagens para si ou pessoa de seu relacionamento privado.

Necessário finalmente lembrar que não apenas o agente cleptocrata, mas igualmente todos os demais carecem das habilidades e condições pessoais mínimas imprescindíveis para administrar. E a razão não é outra que não a incapacidade de interpretar e integrar ao caso concreto as normas que devem observar para o bom desempenho de suas funções.

Na mesma linha dos vícios apontados linhas acima, são frequentes as visões e concepções peculiares da realidade (ideologias, religiões, superstições, etc.) utilizadas de forma excludente das demais. Aquele que adota uma concepção particular da realidade e a elege como superior, infalível e a única apta a apontar a verdade, acaba se fanatizando. Quem escolhe uma visão particular de forma excludente de todas as demais, renuncia a grande fração de sua capacidade de discernimento e raciocínio pessoal. O equívoco de quem abraça uma ideologia específica e a isola de todas as demais, é semelhante àquele no qual incorre quem assume um lema em sua vida e, diante de qualquer situação, nada faz senão tentar impor a sua “solução mestra universal” para qualquer impasse.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O despreparo, a precipitação, a vaidade pessoal, o apego ao poder, a indolência, a incúria, a avidez, a ganância, e a corrupção, espessam o rol dos fatores que comprometem, quando não impedem totalmente, a eficiência, mas são apenas alguns dos fatores que disputam espaço com a eficiência no âmbito da administração pública e, segundo os fatos atuais denunciam, vêm derrotando a eficiência. Por obséquio à concisão, apenas estes fatores serão objeto de breves considerações.

O agente da Administração deve ter preparo e discernimento objetivo suficientes para interpretar a norma em tese, contudo, muito mais que simplesmente isto, ele deve também ter aptidão para interpretar a situação concreta cujo atendimento lhe compete. O Direito, enfim, não pode prescindir de sua fonte, a lei, mas sua essência a ultrapassa. De forma semelhante, a norma, ao incidir sobre determinada situação concreta,

⁷ BADHAN, Pranab. **Corruption and Development - A review of Issues**. vol. XXXV. Journal of Economic Literature, American Economic Association, 1997. p. 1321.



também assume dimensões muito superiores às visíveis ao espírito menos atento e dedicado.

Conforme deflui dos termos da Constituição, especialmente do texto preambular, no disciplinamento da atuação do Estado para satisfação de suas finalidades almejadas pelo povo, este as inscreveu, através de seus representantes, na própria Constituição, aperfeiçoando-as por meio de emendas e detalhando-as através dos instrumentos infraconstitucionais. Assim descrito, o cenário parece perfeito e suficiente para assegurar que os anseios do povo sejam certa e efetivamente satisfeitos. Porém, assim como a norma supera em muito a mera literalidade de suas fontes, a sua interpretação e integração depende de fatores ulteriores à sua criação, os quais se consubstanciam nas peculiaridades juridicamente relevantes da situação concreta cujo atendimento compete à Administração.

Uma questão incomodaria os espíritos mais pessimistas e conformados com as deficiências da Administração: - Como administradores públicos das mais remotas e pequenas localidades do País podem desenvolver habilidade para assim proceder? Sucede, todavia, que, por mais complexo que possa parecer, o procedimento é simples; basta que se observe o princípio constitucional da eficiência administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição), e solucionar eficientemente um problema que interessa ao povo, nada é senão simplesmente resolver o problema que existe e tal como existe. Em outros termos, não seria lógico que alguém tentasse resolver um problema sem ler seu enunciado e sem considerar seus dados, os quais, na hipótese de problemas cuja solução concerne ao povo, são as peculiaridades juridicamente relevantes da situação real a ser atendida.

10. REFERÊNCIAS

BADHAN, Pranab. **Corruption and Development - A review of Issues**. vol. XXXV. Journal of Economic Literature, American Economic Association, 1997.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Administração Pública, Ética e Desenvolvimento**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

STAMMLER, Rudolf. **Economía y Derecho según la concepción materialista de la Historia** (traduzido por W. Rocés). Madrid: Editorial Reus S.A., 1929.