**CRENÇA E DESCRENÇA NA RESERVA DO POSSÍVEL**

 **José dos Santos Carvalho Filho**

Mestre em Direito (UFRJ) - Professor de Direito Administrativo - Membro do IBDA (Inst. Bras. de Direito Administrativo) - Membro do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiro) - Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado) - Ex-Consultor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

**Constitucional e Administrativo**
**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A discricionariedade constitui uma das marcas que simbolizam o Direito Administrativo e, por isso, é impossível descartá-la da atividade exercida pela Administração Pública. Nas palavras de DROMI, significa “a liberdade que a ordem jurídica oferece à Administração para a escolha oportuna e eficaz dos meios e do momento de sua atividade, dentro dos fins da lei”. [1]

Tal liberdade, que afinal espelha um poder administrativo, é inerente à função do administrador público. Como já tivemos a oportunidade de consignar, a lei quase sempre é insuficiente para delinear, com minúcias, o modo de sua execução e, por conseguinte, a própria atuação administrativa regulamentadora, e é justamente por tal motivo que ela mesma “oferece a possibilidade de valoração da conduta” ao administrador. [2]

A evolução jurídica e social, porém, demonstrou que muitos setores da Administração Pública fizeram uso indevido do poder discricionário, empregando-o como verdadeiro escudo para dissimular condutas ilegais e arbitrárias, que nem de longe alvitravam o interesse público. Em última instância, ficava a impressão de que a ordem jurídica teria presenteado o administrador com um “cheque em branco”. [3]

Como o poder discricionário rende ensejo à possibilidade de escolha de atividades administrativas pela Administração, considerada para tanto a aferição da conveniência e da oportunidade, é óbvio que algumas dessas atividades podem ser preteridas em favor de outras. Em certas situações, a atividade preterida é viável, mas a Administração terá priorizado uma outra. Em situações diversas, a atividade demandada é simplesmente impossível, erigindo-se, como obstáculos, fatores de diversa natureza, como financeiro, econômico, material etc.

A reserva do possível é exatamente o campo em que se revela viável a atuação administrativa pela inocorrência dos citados fatores. A figura retrata uma forma de defesa, ou explicação, da Administração contra certas demandas sociais que não podem ser executadas, nem sempre porque o administrador não o deseja, mas frequentemente porque lhe é material ou juridicamente inviável.

Ocorre que esse poder de escolha sempre dependeu da valoração levada a efeito pela Administração – constitutiva do chamado mérito administrativo - em conformidade com a sua própria compreensão da realidade e dos fatos. [4]  Mas essa compreensão, dotada à evidência de certo subjetivismo, usualmente tinha contornos diversos daquele oriundo dos anseios sociais. Ninguém desconhece que a falta de compatibilidade entre a demanda social e a atuação administrativa redunda fatalmente na descrença relativamente à eficiência e aos fins da Administração e, consequentemente, na descrença quanto à reserva do possível.

Desse modo, desacreditado o argumento administrativo da reserva do possível, passou o Judiciário a realizar algumas investidas contra omissões administrativas ou contra eventual má escolha quanto a certas prioridades estatais. Algumas políticas públicas, antes de exclusiva competência da Administração, passaram a ser apreciadas e criticadas por órgãos judiciais, incluindo-se a prolação de decisões judiciais de caráter prestacional endereçadas à Administração, sujeitas, assim, ao cumprimento de obrigações de fazer (facere). Iniciou-se ai o movimento da judicialização das políticas públicas. [5]

Usualmente, a Administração opunha-se às pretensões sociais com a justificativa da carência de recursos e de outros meios materiais. A sociedade, contudo, percebia que, embora verdadeiras as dificuldades financeiras, os recursos disponíveis eram alocados em prioridades altamente discutíveis, num processo de escolha incongruente com as demandas sociais. Preferia-se o gasto com publicidade ou construção de monumento  inócuo àquele exigido pelos setores de saúde, educação, habitação etc., considerados prevalentes sobre aqueles. [6]

Sem dúvida, o movimento que se tem desenvolvido em favor da descrença da reserva do possível como instrumento administrativo de defesa revela-se justificável ante os inúmeros erros de escolha cometidos pela Administração Pública e as constantes omissões quanto às verdadeiras prioridades decorrentes dos anseios sociais. Entretanto, tal sentimento deve ser adotado cum grano salis, vale dizer, sem radicalismos ou excessos, e, o que é mais grave, impedindo-se que todos os julgadores externos da Administração possam arvorar-se também em administradores públicos.

É imperioso que os intérpretes e aplicadores do direito se coloquem numa posição de crença na reserva do possível, e isso pela singela razão de que a Administração realmente não pode tudo. Ela erra, escolhe mal por vezes, é integrada por muita gente incompetente e desonesta – tudo isso é verdade. Mas, ainda assim, há interesses que não são viáveis de implementação nem de atendimento à satisfação social, mesmo que a Administração fosse um primor de competência e gestão estatal.

Em suma, a reserva do possível nem sempre se justifica como explicação para os erros da Administração. Mas - tal como os fantasmas - que existe, existe, ou seja, espelha um fator real, e não virtual. Se a questão da crença ou descrença nessa figura não for tratada com equilíbrio e cientificidade, o próprio sistema de freios e contrapesos em que se funda a competência dos Poderes irá para o espaço. O mesmo fim terão as Instituições.

Nesse aspecto, convém lembrar do pensamento de PAUL VALERY: “O problema do nosso tempo é que o futuro não é o que costumava ser”.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**NOTAS**

1. DROMI, Roberto – Derecho Administrativo, Ed. Ciudad Argentina, B. Aires, 4ª ed., 1995, pág. 159.

2. CARVALHO FILHO, José dos Santos – Manual de Direito Administrativo, Atlas, 26ª ed., 2013, pág. 51.

3. MEDAUAR, Odete – Direito Administrativo em Evolução, RT, 2ª ed., 2003, pág. 196.

4. A observação é de SÉRGIO GUERRA, Discricionariedade e Reflexividade, Forum, 2008, pág. 66.

5. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas, em Políticas Públicas. Possibilidades e Limites, obra colet. org. por Cristiana Fortini et alii, Forum, 2008, pág. 56.

6. LUÍS MANUEL FONSECA PIRES, Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa, Campus Juríd., 2009, pág. 288.

***SELEÇÕES JURÍDICAS - ABRIL/2013***