(Mensagem ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo)

Disse Michel Foucault que as palavras tem a tarefa e o Poder de representar o pensamento, não porém o de reproduzi-lo com exatidão, Eu, por mim, não sei como expressar a minha emoção pela homenagem que aqui hoje recebo, tanto mais honrosa quanto revestida do prestígio cultural deste Instituto de Juristas fecundo centro de estudos voltados para o aprimoramento de nossas instituições, na longa faixa da fronteira escorregadia entre o poder opressivo dos governantes e os direitos individuais a serem preservados.

O Direito Administrativo é, em grande parte, um direito não escrito: desde sua origem, uma construção doutrinária fundada, não na igualdade das partes, como o Direito Civil, mas na desigualdade entre as prerrogativas das autoridades e a liberdade dos indivíduos, Sua composição, seus estudos, terão sido, durante longo tempo, nos cursos acadêmicos, o "desespero de numerosas gerações de estudantes *comme la matière la plus indigeste et la plus insupportable des programmes*" (G.Jeze "Les Princ. Gén." 1904). Conta-se outrossim que, na França, em Toulouse, em 1888, quando foi criada a cadeira universitária do ensino de Direito Administrativo, nenhum dos antigos mestres aceitou regê-la. Maurice Hauriou, então jovem professor de Direito Romano, teve de assumi-la, a contragosto. "*cette chaise ingrate de ce enseignement d'une science chaotique et inexistante*" (L. SFEZ "*Essai sur la contr.* du Doyen Hauriou au Dr. Adm. 1966. p. 68). E na Primeira edição de seu "*Precis*" (1892), ele próprio rejubilou-se dos "progressos logrados na organização de um direito até então célebre por sua falta de coesão". Desse direito aliás, fez-se ele mestre de prestígio universal, ainda hoje assim consagrado, a tal ponto que dele disse J. Berthelemy: "posto não se possa admitir jamais que alguém tenha inventado o direito — produto natural das relações humanas — *d'Hauriou on peut dire qu'il a crèè*" (SFEZ. p. 2).

Tal é a grande missão deste Instituto — cultivar essa doutrina, fonte primária de que se fazem a Jurisprudência e as leis. — A Jurisprudência, entre nós, é flutuante, acervo de decisões esparsas, muita vez incoerentes, como o foi, aliás, outrora, nas questões de Direito Civil, quando este ainda não codificado (Lafayette R. Pereira "Direito das Coisas"). — As leis, estas se desdobram em um emaranhado de decretos, regulamentos, posturas, resoluções. "Instruções normativas"... a não codificação é uma constante universal, no Direito Administrativo" (J. Rivero). Sobre tudo isso, o redemoinho de "medidas provisórias, que de logo são permanentes e assim vigoram, obrigatórias, indefinidamente, até o simulacro de uma homologação simbólica, Por um improvisado "voto de liderança"... — em um só ano, 435 (Folha de S.Paulo. 9.01.96) "uma orgia de medidas provisórias", clama a Deputada Sandra Starling (Folha, 16.07.96) — "medidas abusivas, centenas, editadas e reeditadas, muitas com alterações, mostram o grau de arbítrio com que têm sido usadas. São cerca de 1500, entre emitidas e renovadas" (A Tarde, BA, 16.06.1996) — a que o eminente jurista Senador Josaphat Marinho quer opor um dique (A Tarde, BA, 16.06.1996).

Na verdade, a vigência incondicionada, imediata, dessa legislação assim emitida pela vontade unipessoal do Executivo desfigura por inteiro o conceito jurídico, de validez universal, consagrado há mais de um século, segundo o qual "a noção de lei é inseparável de um modo específico de sua elaboração pelo voto de uma assembléia representativa" — exigência esta que é "moins un critere externe qu'un élément intrinseque", em razão da qual a lei é tida como expressão da *vontade geral* (G. Burdeau in Arch, Phil, Dr. 1963, 35).

Além desse torvelinho de leis, decretos, medidas provisórias, temos hoje ainda a constituição virada pelo avesso, retalhada de "emendas" tangidas em bloco, de improviso.

A ordem jurídica não consiste na só enumeração dos governantes e seus Poderes, mas também nos direitos individuais. Dentre estes há uns que preservam mais diretamente a organização mesma do Estado e do seu Governo, do que os interesses de natureza puramente pessoal: os de liberdade, por exemplo, os de educação e ensino (em que o beneficiário maior é antes a sociedade do que o aluno, ou seu professor), o da vitaliciedade dos juízes, a imunidade dos legisladores, a estabilidade dos funcionários...

Desta última — a estabilidade — diz-se que está em risco, nos debates a que foi chamado o Congresso Nacional — o risco de termos de volta as "derrubadas", dos tempos do Império: pretende-se extingui-la pela só argüição de desídia, ou negligência, quando não por excesso de lotação dos quadros burocráticos.

Tamanha amplitude distendida sobre um preceito constitucional estará induzindo o legislador ordinário a desfazer por inteiro a garantia do funcionalismo. Nem se suponha que a dissimulação de um prévio processo de rito contraditório elidiria o arbítrio administrativo: a "ampla defesa" será válida somente na ordem processual, não quanto à *qualificação Jurídica* dos fatos acaso imputados ao funcionário. A maior ou menor gravidade disciplinar da "desídia" ou "negligência" é conceito elástico, indeterminado, "*medida de valor*" deixada ao critério único da Administração. Em outros termos, seja quando se trate de lotação, seja quando se alegue desídia ou negligência, em nenhum caso, a demissão será objeto de controle, judiciário: na lotação, por ser matéria da privativa competência do Governo (Const. Fed. art. 84, VI e XXV); no caso de falta disciplinar, embora sua punição seja exercício de atividade vinculada, a qualificação dos fatos puníveis constitui mérito administrativo, insusceptível de exame Judicial ("No interior de uma competência vinculada 'existent des points pour lesquels l'administrateur dispose d'un pouvoir discretionnaire'" (A. Laubadere in Melanges a Waline, II, 531, G. Vedel — P. Devolvé "Dr. Adm." 1992, I, 530 J. Auby Rev. Dr. P. 1959). Daí "a questão de saber se o funcionário serve bem ou mal é uma questão de fato e o juiz competente para apreciá-la é a própria Administração pública" (ac. STF in Arq. Jur., 29, 132) e, no mesmo rumo, "a alegação de injustiça na graduação da pena imposta, em desproporção com os atos praticados, é matéria que foge ao âmbito da competência do Judiciário" (STF, Rev. D.A., 183,94).

Imune assim ao controle de legalidade, a Emenda constitucional estará ressuscitando o *spoils system*, a "derrubada", o funcionalismo jogado na gangorra dos partidos políticos entre a força dos poderosos e a falácia dos iluminados...

A "derrubada", a demissão imotivada de funcionários, foi a versão nacional do "*Spoils system*" ("ao vencedor os despojos") — implantado em 1829, nos Estados Unidos, no Governo do Presidente Jackson, sistema que aí floresceu durante largo período de corrupção e caos, até que, por força de indignação pública, foi implantado o recrutamento mediante concurso — o "sistema do mérito", a aferição objetiva dos títulos e habilitações dos candidatos, com o que se mudou substancialmente ("*substantially*") o caráter da Administração norte-americana (L.D. White "The Study of Public Adm.", 1926, p. 28-29; Fersuson & McHenry "Elem. Adm. Government", 1950, 378-379, id. The Am. Gov. 400).

A demissão administrativa pela só vontade do governante faz inócuo o concurso, como processo de aferição do mérito e é incompatível com a organização do serviço ou carreira. Um tal regime somente pôde vingar, no passado, não obstante as censuras e protestos que levantou, porque as tarefas eram de nível simples — dir-se-iam quase primárias, ou de ordem meramente prática — para as quais seriam dispensados maiores conhecimentos,

ou qualificações especializadas, não as de hoje, dificultadas pela variedade dos problemas, sobre os quais devam incidir.

A abolição do regime da demissibilidade a arbítrio do Governo foi uma imposição da doutrina e da Jurisprudência construtiva, fontes vitais do direito administrativo, em face dos males, contra os quais, desde 1862, dera Ribas seu grito de alerta: "o sistema da absoluta subordinação à política, entre outros males, traz a completa inversão no país oficial... As destituições em massa dos funcionários e empregados administrativos, além de afetar dolorosamente a sua sorte e a de sua família, são prejudiciais ao serviço público, que perde os seus mais experimentados agentes e passa a ser confiado a outros novatos, cujo título principal não é a aptidão profissional, e sim a opinião política... Assim, a administração, lançada como uma péla, de reação em reação, desnorteia-se, desmoraliza-se, esquece as tradições oficiais, perde o fio dos negócios, bem como perde toda a ação e prestígio" (A. Ribas "Dir. Adm. Bras. 1862, p. 63-64).

A estabilidade é menos uma vantagem ou benefício de interesse pessoal do funcionário do que um requisito necessário para a continuidade do funcionamento e a subsistência mesma da estrutura da orgarnização administrativa.

O Estado é uma composição jurídica: seus órgãos somente podem agir em razão das leis que os definam e lhes regulem por inteiro o funcionamento, suas relações, seus controles.

É certo que a Administração é instrumento do Governo. É um sub-sistema político do Estado. Em rigor, não existe linha de separação: se a política define o objetivo e os fins do Estado, a Administração é o processo de realização desses fins e os meios de sua consecução. Toda decisão política é necessariamente fundada nos dados ou informações de que se desincumbem os diferentes setores administrativos. É evidente pois e ininterrupta a interação entre a atividade de governo e a de administração, sempre indispensável que esta se subordine àquela. A administração não é neutra, nem pode haver neutralidade entre dois componentes de um mesmo sistema. Não existe sequer uma dualidade de órgãos e até alguns deles se desincumbem simultaneamente da função governamental, política, e da administrativa, seus atos são, por igual, "atos de governo" e "atos de administração" (Presidente da República, Ministros, Governadores — Const. Fed. art. 84, I, II etc.).

Nessa composição jurídica é que se insere o "funcionário". No Estado democrático essa inserção é fixada em dois conceitos básicos, assim enunciados por M. WEBER: a) o cargo é uma profissão, para o exercício da qual se exige capacidade de trabalho durante um longo tempo, seu exercício dedicado a relações impessoais e funcionais; b) o funcionário não é servo pessoal do governante (M. WEBER "Ensaios de Sociologia", Trad. H. BERTH e C.W. MILLS com revisão técnica de FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, p. 212 e "Economia y Sociedad, Trad. J.M. ECHAVARRIA, vol. IV, p. 38).

Em uma obra de excepcional ressonância nos estudos jurídicos, o Prof. G. Ripert assinalou como um dos fatores do "Declínio do Direito" a *insegurança jurídica*, resultante da desordenada multiplicidade das leis e o desrespeito aos direitos adquiridos — "pior do que a insegurança de fato, porque ela destrói a autoridade e insidiosamente conduz o país à anarquia" (Le Dèclin du Droit, 155 ss.).

O Direito é maior do que a soma das leis — está acima de suas fontes formais (F. Geny "Met. Interpr. I, 221, Carbonier "Flexible Droit", 16) — Aliás, não fora assim, seria inútil ensinar o Direito (Ripert) — Daí a grande missão deste Instituto de Juristas — "*Les juristes occupent une place d'honneur*", mais do que quaisquer outros profissionais ou homens de ciência: eles participam do Governo do seu país, na medida em que suas críticas e suas opiniões podem esclarecer os governantes... "*ne laissent pas indifferents les gouvernants*" (R. David "Ach. Phl. du Droit, 1963).

Esta é a grande missão deste nosso Instituto.

LAFAYETTE PONDÉ