

APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

COMMENTS ON THE THEORY OF PUBLIC ORGANISMS

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Professor Livre-Docente da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Natureza dos órgãos. 3. Conceito de órgão. 4. Natureza da relação entre a vontade dos órgãos e dos agentes. 5. Natureza das relações entre órgãos. 6. Conclusão sobre a problemática dos órgãos.

1. INTRODUÇÃO

1. Como¹ pessoa jurídica que é, o Estado, entidade real, porém abstrata (ser de razão) não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação psicológica e vida anímica próprias. Estas, só os seres biológicos a possuem. Tal fato não significa, entretanto, que lhe falte vontade e ação, juridicamente falando, ou seja, sob o prisma do Direito. Dado que o Estado não possui, nem pode possuir, um querer e um agir psíquico e físico, por si próprio, como entidade lógica que é, sua vontade e sua ação se constituem na e pela vontade e atuação dos seres físicos prepostos à condição de seus agentes, na medida em que se apresentam revestidos desta qualidade.²

1. Artigo originariamente publicado na *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano IV, n. 16, p. 30-38, abr.-jun. 1971.

2. Renato Alessi, "Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano", 1960. pág. 80.

2. Além disso, pelos múltiplos cometimentos que assistem ao Estado, forçosamente os diversos encargos de sua alçada hão de se repartir entre diferentes unidades, representativas, cada qual, de uma paralela de poder para decidir nos assuntos que lhes são afetos.

3. O reconhecimento destas duas circunstâncias conduz à teoria dos órgãos, isto é, das diferentes unidades que sintetizam círculos de poder, onde se forma e manifestar o querer e o agir do Estado, nos diferentes setores em que lhe incumbe prover.

4. A problemática dos órgãos suscita três ordens de questões evidentemente relacionadas. A primeira delas, como é lógico, diz respeito à própria natureza do órgão e corresponde à pergunta: o que é órgão? A segunda, indaga a natureza da relação existente entre os agentes, que exprimem a vontade do Estado, e o Estado. A terceira, demanda a explicação das relações que se processam entre os diferentes órgãos.

2. NATUREZA DOS ÓRGÃOS

5. Pode-se, em colocação didática, classificar em três grupos as teorias que se propõem a explicar o que é órgão: *teoria subjetiva*, *teoria objetiva* e *teoria eclética*. É claro que estas designações, como de resto as nomenclaturas em geral, têm seu quê de arbitrário. O que importa é a caracterização de cada uma delas.

6. De acordo com a primeira doutrina, a mais antiga, os órgãos são os próprios agentes públicos. É, pois, o funcionário no exercício de sua competência, a pessoa física preposta em uma função pública, quem constitui o órgão, por ser ela, em última análise, quem manifesta a vontade do Estado e exprime as decisões deste. Sem os agentes – que, no entender desta corrente, coincidem com a noção de órgão – o Estado seria um morto, inativo, estático e até mesmo deixaria de existir. Esta é designada concepção subjetiva, porque reduz o órgão ao sujeito da ação estatal, isto é, ao funcionário.

7. Critica-se tal entendimento objetando que, se assim fosse, desaparecido, o agente desapareceria o órgão. Assim, quando morresse o agente, ou, por qualquer razão, se desincorporasse do Estado, o próprio órgão, com ele identificado, também deixaria de existir. Por exemplo: falecido o Presidente da República, ou o rei, a Presidência da República ou a Coroa estariam igualmente extintos. Dado o modo pelo qual concebe o órgão, a teoria criticada seria incapaz de explicar satisfatoriamente a persistência do órgão, que indubitavelmente ocorre, na ausência do titular. Nos termos da formulação referida e ora questionada, toda vez que faltasse o agente o Estado estaria amputado em um de seus segmentos.

Poder-se-ia crescer, ainda, que a doutrina cogitada ressepte-se do vício de olvidar um dentre os dois fatores que suscitam o próprio problema do órgão: a questão dos “círculos do poder”, isto é, da variedade de unidades em que se agrupam as diferentes atribuições do Estado (vide n.2). A corrente em apreço preocupa-se muito com o querer e o agir do Estado, mas desleixa os aspectos concernentes aos diversos segmentos em que se distribuem os “feixes de funções” a serem implementadas pelos que, nestas várias esferas, *querem e agem*. Não se pode esquecer além do Ministro da Saúde, por exemplo, além dos vários funcionários deste Ministério, o próprio Ministro da Saúde, independentemente dos seus agentes, sintetiza um complexo de atribuições diferentes do complexo de atribuições de outro Ministério, como o de Minas e Energia, “*verbi gratia*”. Isto demonstra que há um problema de repartição de funções, por unidades parcelas do Estado, a par do problema das competências de cada agente, em particular. Sem embargo, a teoria mencionada desconsidera estes aspectos da questão, pelo que não pode resolvê-los.

8. De acordo com a segunda orientação, amparada, inclusive, nas objeções referidas, os órgãos não seriam os agentes, mas o complexo de funções, as unidades funcionais, ou seja, a constelação abstrata de poderes que individualiza cada unidade do Estado. O órgão não seria, à moda da doutrina anterior, o Presidente ou o monarca (repisando o exemplo dantes lembrado), mas a *Presidência*, a *Coroa* e assim por diante. Percebe-se, pois, que esta teoria traduz uma concepção objetiva do órgão, porque não toma como referência o autor da atividade, porém, o feixe de poderes unitariamente considerado e que se traduzirá na ação a ser empreendida pelo agente. Esta noção de órgão responde ao conceito de “*ufficio*”, da doutrina italiana, palavra que, em tradução literal, se designaria como “ofício”. Nos termos da posição ora exposta, em nada importaria a disparição do titular do ofício, do titular do órgão, assim concebido, poste que, sempre reportando-nos ao exemplo aduzido, restaria a *Presidência*, a *Coroa*, e assim por diante.

9. Argui-se contra tal doutrina que sua deficiência reside em aniquilar a própria razão pela qual foi concebida a teoria do órgão. Tratar-se-ia de defeito fundamental, uma vez que a concepção de órgão surgiu exata e precisamente com o propósito de explicar como uma pessoa jurídica – no caso, o Estado – poderia querer e agir (vide n.1)³. Argumenta-se, então: se o órgão é, como pretende a doutrina em foco, uma unidade abstrata, um feixe unitário de

3. Cf. a esplêndida exposição de Carlos Sposito, “*Ufficio e Soggetività del Ufficio*”, CEDAM, 1932, pág. 3.

6. CONCLUSÃO SOBRE A PROBLEMÁTICA DOS ÓRGÃOS

26. Como final conclusão, deve-se, a propósito do problema de órgão, entender o seguinte: há inequivocamente uma realidade lógica e jurídica, substante em si mesma, que é o ofício, ou seja, uma constelação unitária de atribuições que representa um segmento dentre as muitas atribuições estatais.

Este termo unitário de atribuições compreende, internamente, um ou um conjunto de feixes também unitários de poderes e deveres, chamados cargos, os quais se distinguem de um todo maior que integram por serem, por definição, indivisíveis, isto é, por se constituírem na mais simples unidade de poderes e deveres funcionais.

27. Há além do ofício – do qual se acaba de falar – agentes, isto é, pessoas físicas investidas nos poderes a que correspondem os *cargos*.

Ofícios e agentes são duas noções perfeitamente substantes e não se integram em uma unidade que se possa considerar como um composto de ambas, como um ser decomponível nestes dois elementos.

Sem embargo, a manifestação da vontade do Estado se realizada por meio dos agentes que são os instrumentos de vitalização do ofício, isto é, o meio pelo qual as atribuições que constituem o ofício se tornam operativas. Os ofícios não se relacionam entre si, pois que nada mais são além de um quadro abstrato demarcatório de atribuições. Já os agentes, atuando as atribuições dos ofícios, estabelecem entre si relações jurídicas.

28. A palavra “órgão”, melhor seria que fosse banida do uso jurídico, porque serve apenas para induzir a confusões. Se se deseja, entretanto, usá-las para nomear os ofícios, tomando-os como sinônimos, nada impede, pois palavras são apenas rótulos. Se, diversamente, se pretender designar com a palavra “órgão” *um pretenso composto unitário formado de órgão e agente*, então se comete um erro, pois tal unidade não existe. Contudo, como palavras são, consoante se disse, meros rótulos, e possível, em querendo, servir-se da palavra “órgão” para rotular a *relação existente entre o ofício e o agente*, sendo certo, contudo, que à luz de tal terminologia não se poderá falar e, menos ainda, justificar a juridicidade da relação entre órgãos.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- O controle interno da Administração Pública e seus mecanismos, de Vitor Rhein Schirato – RT956/25-50 (DTR\2015\7810); e
- O controle interno da Administração Pública e sua aplicação às contratações públicas, de Vitor Rhein Schirato – RDAI 3/51-83 (DTR\2017\6798).