

A teoria dos órgãos públicos e o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal

The theory of public organs and the § 8º of article 37 of Federal Constitution

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

*Mestre em Direito Pela Universidade Federal do Ceará e
Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.
É professora de Direito Administrativo e Direito Tributário da
Graduação e da Pós Graduação da UNIFOR e da UECE e
Coordenadora do Curso de Especialização em Direito e processo
Tributário da UNIFOR. e-mail: liridacalou@unifor.br*

Resumo

O presente artigo trata da teoria dos órgãos públicos, da reforma administrativa, das mudanças na administração pública com as mudanças constitucionais.

Palavras-chave: *Teoria dos órgãos públicos. Administração pública. Mudanças constitucionais.*

Abstract

The present article deals with the public organisms theory, the administrative reform and the changes in the public administration with the constitutional changes.

Keywords: *Public organisms theory. Public administration. Constitutional changes.*

Introdução

Os Órgãos Públicos foram objeto de muitas controvérsias doutrinárias que envolveram questões importantes, como a personalidade das pessoas jurídicas em geral e do Estado, bem como das suas relações jurídicas. A Teoria do Órgão Público, depois de muitas controvérsias, foi pacificada, pelo menos entre nós, tanto na lei quanto na doutrina.

A Emenda Constitucional N.º 19/98, chamada de Reforma Administrativa, objetivou uma profunda reforma na Administração Pública e trouxe de volta, no § 8º do artigo 37, a velha discussão sobre o que a doutrina chamou de Teoria dos Órgãos Públicos e, porquanto, a questão sobre as possibilidades jurídicas dos Órgãos, antes despersonalizados, firmarem negócios jurídicos bilaterais. A existência do referido dispositivo e a clara impossibilidade de sua aplicação em face do nosso ordenamento jurídico ensejaram a escolha do tema deste trabalho.

Partindo do estudo da personalidade das pessoas jurídicas e das relações jurídicas, até a natureza jurídica dos Órgãos Públicos, procurou-se demonstrar que, na realidade, o famoso “emendão” pecou profundamente, em vários pontos, principalmente ao admitir a possibilidade dos Órgãos Públicos firmarem contratos de gestão com outros Órgãos e com o próprio Estado.

Foram utilizadas as pesquisas empírica e bibliográfica para restar demonstrado que, ao afirmar tal possibilidade, a nossa Constituição esqueceu que, para o estabelecimento de relações contratuais, é necessário, antes de tudo, a existência de pessoas capazes.

Especificamente no que se refere à capacidade jurídica do Estado e as suas partilhas internas de competências, a doutrina jurídico-administrativa discutiu a Teoria dos Órgãos Públicos, sob diversos aspectos, concluindo que os órgãos são entes despersonalizados, simples frações de competências do Estado, como se tentou demonstrar ao longo do presente trabalho.

1 Da Personalidade e das Relações Jurídicas

Os sujeitos ou pessoas de direito são aqueles capazes de direito e de obrigação na ordem jurídica e, portanto, aptos a estabelecerem relações jurídicas, por meio das quais se tornam sujeitos ativos ou passivos.

O conceito jurídico de pessoa é abstrato e, portanto inconfundível com o conceito de pessoa como realidade ontológica. A existência da personalidade é o que possibilita o estabelecimento das relações jurídicas.

A personalidade das pessoas físicas ou naturais é determinada pelo fator biológico do nascimento. A determinação do início da existência depende de como o direito positivo de cada país reage às várias teorias que estudam a determinação do momento do início da personalidade humana.

O nosso Código Civil, em vigor, adotou a teoria na qual a personalidade começa com o nascimento com vida, reservando para o nascituro uma perspectiva de direito.

A pessoa jurídica ou coletiva é aquela que, ao lado da pessoa física ou natural, torna-se sujeito de direito e de obrigações. Surge quando as pessoas físicas, visando a atender determinados interesses, unem-se, de forma duradoura, para a realização dos mesmos.

A pessoa jurídica², como sujeito de direito, do mesmo modo que do ponto de vista sociológico é uma realidade, é uma realidade social, uma formação orgânica investida de direitos por meio da ordem jurídica, a fim de realizar certos fins humanos.

O fundamento científico ou a natureza jurídica dessa categoria de pessoa foi, ao longo do tempo, objeto de controvérsias. O conceito de pessoa jurídica sempre representou uma das questões mais tormentosas da Teoria Geral do Direito.

Três sistemas, da Ficção, da Negação e da Realidade, buscaram o fundamento científico das pessoas jurídicas. O *Sistema da Ficção* inclui teorias que consideram a pessoa jurídica como criação artificial da lei, possui uma existência fictícia como facilitação de funcionamento de certas entidades. Dentro desse sistema pode-se mencionar as teorias da Personificação, de Savigny, e da *Representação*, de Randa e Bohlau.

No Sistema da Negação da personalidade, encontram-se aquelas teorias que concluem pela inexistência da pessoa jurídica, que só admitem a personalidade da pessoa natural e até admitem direitos sem sujeito. Entre elas está a *Teoria Individualista* de Bolze e Ihering, *A Teoria do Patrimônio Destinado a um Fim*, de Brinz, Bekker e Windscheid e a *Teoria da Propriedade Coletiva* de Planiol e Barthelemy.

O Sistema da Realidade é representado pelas teorias que consideram a pessoa jurídica como um ente de existência real e verdadeira. Como a *Teoria da Vontade*, representada por Ziltellman e Meurer; e a *Teoria da Realidade Técnica ou Realidade Jurídica*, teoria alemã segundo a qual as pessoas jurídicas são entidades tão reais e verdadeiras como as pessoas naturais.

O ordenamento jurídico brasileiro não adotou nenhuma doutrina especificamente, preferiu apenas identificar quais são as pessoas jurídicas. E Beviláqua³ admite que o Estado é uma pessoa jurídica por excelência.

Interessa, no presente trabalho, a determinação da *Personalidade Jurídicas do Estado- Sociedade*,⁴ como uma unidade no tempo e no espaço, mas distinto deles, considerados isoladamente, pela concepção de que constitui um ser a parte. Corresponde, na verdade, à organização jurídica de um povo, em dado território, sob um poder supremo, para realizar o bem comum dos seus membros.

O Estado é, portanto, uma pessoa jurídica. A personificação do Estado foi discutida por várias teorias. A teoria que mais corresponde à realidade do Estado⁵ é a da Realidade Moderada, que considera o Estado desprovido dos atributos de consciência, inteligência e vontade, que são exclusivos da pessoa ontológica.

Não se pode esquecer que o Estado supõe pessoas físicas, tanto para constituir a sociedade como para o exercício da autoridade em nome dele. É uma realidade abstrata que existe por meio das relações humanas.

A personalidade sendo atributo do ser humano constitui a síntese integral do homem. O vocábulo *pessoa* pode ser utilizado em mais de uma significação. Aplica-se ao ser humano racional e livre, sujeito de direito e de obrigações e, também, a um outro ser que mantém⁶ relações de natureza causal

2 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Comentado por Clóvis Beviláqua. Vol. 1.*

3 BEVILÁQUA, Clóvis, *op. Cit.*

4 MELLO. Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios de Direito Administrativo, p.42.*

5 *Id. Ibid.*

6 *Id. Ibid.*

com dita realidade fundamental, ou seja, a união moral de seres humanos, sob uma determinada autoridade, com a consciência de constituírem uma unidade, para alcançar certo objetivo, seu bem-comum.

O Estado é, portanto, pessoa jurídica que pratica uma série de atos visando ao interesse geral ou coletivo.

Como pessoa dotada de personalidade jurídica, sujeito de direito e obrigações, o Estado estabelece relações jurídicas com outras pessoas jurídicas ou com pessoas físicas ou naturais. As relações jurídicas se estabelecem entre sujeitos, aos quais correspondem faculdades, ou seja, direitos e obrigações que dizem respeito ao objeto da relação jurídica.

Relação jurídica é, portanto, o vínculo que liga o titular do direito subjetivo ao obrigado, no que se refere ao objeto ou bem jurídico.

A relação jurídica implica vinculação de pessoas titulares de exigibilidade e titulares de obrigatoriedade. Inadmissível a existência de direitos sem sujeitos obrigados.

A pessoa, agente da relação jurídica, tanto pode ser uma pessoa física como uma pessoa jurídica. O Estado, enquanto pessoa jurídica, é pessoa capaz de estabelecer uma relação jurídica como sujeito que é de direitos e de obrigações.

2 Os Órgãos Públicos

Atender às diversas tarefas ao encargo do Estado, mesmo com a partilha de funções, enseja dificuldades quase intransponíveis. O Estado deve prestar serviços de atendimento às necessidades sociais e, por isso, necessita repartir suas competências e atribuições, para melhor atendimento desses encargos, sem a transferência de suas competências a outros entes personalizados, ou seja, por meio da administração direta ou centralizada.

A repartição dessas competências é feita por meio dos órgãos públicos que integram internamente a pessoa jurídica estatal, formando desconcentrações administrativas que podem manifestar-se tanto de forma hierárquica, como geográfica ou quanto à matéria.

O conceito de Órgão Público sempre ensejou muitas discussões doutrinárias. A dificuldade não

é conceituar Órgão Público, e sim estabelecer conceitos de modo geral.

Os conceitos que mais se adequam à idéia de Órgão Público são os de Celso Antonio⁷ e Marcelo Caetano⁸.

Órgãos Públicos⁹ são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado.

Órgão é o elemento da pessoa coletiva que consiste num centro institucionalizado de poderes funcionais a ser exercido pelo indivíduo ou pelo colégio de indivíduos que nele estiverem providos, com o objetivo de exprimir a vontade juridicamente imputável a essa pessoa coletiva¹⁰.

A criação dos Órgãos Públicos pressupõe a criação de unidades funcionais. Repartições públicas, com competência, cargos públicos e agentes públicos. São os elementos dos órgãos e atuam em nome da pessoa jurídica estatal na qual estão inseridos.

Os Agentes Públicos são as pessoas físicas que realizam a atividade administrativa, cuja competência foi legalmente atribuída ao órgão, dentro dos princípios da Administração Pública.

Os cargos públicos, menor divisão da organização administrativa, são criados por lei, com número certo e competências específicas.

A competência é a quantidade de deveres-poderes atribuída ao ente público e partilhado entre os Órgãos Públicos dele integrantes. Os Órgãos Públicos são entes despersonalizados que atuam em nome do Estado que é ente personalizado, sujeito de direitos e obrigações.

Os Órgãos Públicos são desconcentrações de competências inerentes à função administrativa do Estado. Centros de competências instituídos para o desempenho de funções estatais, por meio de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem.¹¹

As inúmeras atividades a serem desempenhadas pelo Estado ensejam a prestação desses serviços, tanto de forma direta como indireta, ou por meio da transferência a particulares. Independentemente da descentralização, os cometimentos públicos conduzem o Estado a repartir esses encargos entre unidades representativas de competências ou de parcelas de atribuições, que são denominados Órgãos. Os Órgãos não se confundem com seus titulares, os agentes públicos, e executam tarefas de acordo com as atribuições para os quais foram criados, e não se confundem com a pessoa jurídica, embora seja uma das partes integrantes.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Apontamentos Sobre os Agentes e Órgãos Públicos*, p. 69

⁸ CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, p. 154

⁹ *Op. Cit.*, p. 69.

¹⁰ CAETANO, Marcelo, *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 154.

¹¹ MEIRELES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*.

Colocados nos diversos círculos de atribuição do Estado, os Órgãos são conjuntos de competências e não passam de simples divisões internas de pessoas jurídicas públicas.

Definindo Órgão Público, Di Pietro¹² afirma que Órgão Público é uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado.

Celso Antônio Bandeira de Melo¹³, por sua vez, afirma que os órgãos nada mais significam que círculos de atribuições, os feixes individuais de poderes repartidos no interior da personalidade estatal e expressados através dos agentes neles providos.

2.1 A teoria dos órgãos públicos

A Teoria do Órgão Público substituiu as conhecidas Teorias do Mandato e da Representação, estudadas antes que o alemão Otto Gierke idealizasse a Teoria do Órgão Público.

A Teoria do Mandato considerava o agente, pessoa física, como mandatário da pessoa jurídica. De cunho civilista, é a mais antiga entre todas as outras teorias que cuidam da relação jurídica que liga o Estado, pessoa jurídica, a certos seres humanos. Tão antiga quanto insuficiente para explicar os atos executados pelo ser humano em nome do Estado.

A Teoria da Representação antecedeu a teoria do Órgão, também de cunho razoável e, para alguns Administrativistas pátrios, mais aceitável que a teoria do Mandato¹⁴. Possui ainda um cunho civilista. Por ela a vontade das pessoas físicas exprimiria a vontade da Administração, mas em decorrência da lei.

Vê-se que por esta construção jurídica as pessoas físicas operariam em nome do Estado. A teoria foi rejeitada por encerrar um vício de lógica intransponível, assemelha-se aos institutos da tutela e da curatela, porque por ela haveria um simples suprimento de insuficiência da vontade do Estado. Haveria um compacto de vontades Representante-representado expressando uma só vontade. Como se o Estado conferisse representantes a si mesmo.

A Teoria do Órgão, criada por Otto Gierke¹⁵, conclui e sustenta que o Órgão é parte do corpo da

entidade e, assim sendo, todas as suas manifestações de vontade são consideradas como da própria entidade.

A Teoria do Órgão sempre recebeu dos publicistas grande aceitação, muito embora, como em toda teoria, hajam aparecido críticas e algumas complementações. A teoria traz em seu significado que a pessoa jurídica age por si mesma. O Órgão, não sendo um ente autônomo, é apenas uma parte da pessoa jurídica.

A natureza dos órgãos ensejou muitas tentativas de explicação de sua natureza jurídica. Três teorias surgiram dessas tentativas: a Teoria Subjetiva, a Teoria Objetiva e a Teoria Eclética.

Pela Doutrina Subjetiva, os Órgãos seriam os próprios agentes. Juristas como Jellinek¹⁶, Carré de Malberg¹⁷ e Leon Michoud¹⁸, defenderam essa teoria. Os Órgãos são os próprios agentes públicos. São estes que, no exercício de sua própria competência, manifestam a vontade do Estado, exprimem as suas decisões e agem em seu nome.

A *Teoria Subjetiva do Órgão*, na realidade, reduz o Órgão ao sujeito da ação do Estado que é o próprio agente público. Jellinek¹⁹ afirmou só poder existir Estado mediante seus Órgãos e que se esses fossem eliminados, juridicamente falando, nada restaria. Padece ainda do vício de esquecer a questão dos círculos de poder, ou seja, da diversidade de unidades nas quais se agrupam as funções do Estado.

A crítica mais contundente que se faz à Teoria Subjetiva do Órgão é a de que, desaparecendo o agente, desapareceria o órgão.

Pela Doutrina Objetiva, também conhecida como do Ofício, porque corresponde ao conceito de *ufficio* da doutrina italiana, os Órgãos não seriam os agentes, mas o complexo de funções. A doutrina não toma como referência o autor da atividade, mas o plexo de competências unitariamente consideradas e que se exterioriza na ação a ser desempenhada pelo agente.

A Teoria Objetiva do Órgão, esposada por autores como Carlo Sposito²⁰, Francisco Vita²¹, Renato Alessi²² e Eduardo J. Bullrich²³, identifica o Órgão como um conjunto de atribuição que a lei individualiza

¹² DI PIETRO, Sílvia Zannela. *Direito Administrativo*.

¹³ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*.

¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*, p.83.

¹⁵ GIERKE, Otto. *Die Genossenschaftstheorie In die deutsche Rechtsprechung*.

¹⁶ JELLINEK, George, *L'Etat Moderne e son Droit*, traduzido por Georges Fardis, M. Giard e E. Brière.

¹⁷ MALBERG, R. Carré de, *Contribuição à la Theorie Generale de l'Etat*. vol. I, p. 10 a 68.

¹⁸ MICHOUÉ, Léon. *A La Theorie de la Personalité Morale*.

¹⁹ JELLINEK, George, *op. cit.*

²⁰ SPOSITO, Carlo. *Organo, Uffici e Soggettività dell'Ufficio*.

²¹ VITA, Cina, *Diritto Amministrativo*.

²² ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*.

²³ BULLRICH, Eduardo J., *Curso de Direito Administrativo*. vol. II.

e, portanto, identifica com o cargo público ou a função.

O Órgão é apenas um conjunto de atribuições que não se confunde com o agente. Na verdade, a *Teoria Objetiva* tem vantagens sobre a *Teoria Subjetiva*, em face de não perecer com o seu agente, mas traz em si mesma uma grande impossibilidade pois, não tendo o Órgão vontade própria, como tem o Estado, sua vontade seria a própria vontade do Estado.

A *Teoria Objetiva* possui um defeito estrutural, porque se auto-destrói. Se a teoria do Órgão tenta explicar como o Estado deve agir, como pessoa jurídica que é, não se explica que o Órgão possa querer e agir, já que o Estado não é um ente inerte, sendo como é, sujeito de direito.

A Teoria do Órgão é também analisada sob o ponto de vista da unicidade entre a função e o agente, formando uma instituição. Adeptos do referido ponto de vista há doutrinadores da estirpe de Aparício Mendes²⁴ e Santi Romano²⁵.

Uma terceira corrente, a Teoria Eclética, concebe o Órgão como um composto de agente e complexo de atribuições. O Órgão seria composto de dois elementos: um elemento pessoal correspondente aos titulares dos cargos e funções e um outro elemento coincidente com a idéia de conjunto de poderes.

Entre os que compreendem o Órgão como um conjunto de competências e atribuições, distinto do agente, encontram-se os doutrinadores José Antônio Garcia²⁶ e Marcello Caetano²⁷.

Bandeira de Mello²⁸ não crê que a Teoria Eclética corresponda à realidade, e sugere para o pretenso dilema um deslinde muito simples, já que realmente a única coisa que interessa realmente é o reconhecimento da existência de duas realidades: a distribuição das atribuições do Estado em diversos feixes abstratos unificados de poderes e a demarcação dessas competências viabilizadas concretamente por meio de seus agentes.

Celso Bandeira de Mello²⁹ ofereceu a interpretação que melhor se adequa ao ordenamento jurídico brasileiro, quando concluiu que o fenômeno da manifestação da vontade e da atuação do Estado por meio de um conjunto de indivíduos, investidos dos necessários poderes para exprimir-lhe as funções, supõe as próprias atribuições, os círculos abstratos de poderes, dos quais são esses veículos. Logo,

as duas idéias se solicitam. A noção de agente requer a de círculo de poder, assim como a noção de círculo de poder reclama a de agente. Daí não se segue, contudo, que ambas se conjuguem na formação de uma unidade logicamente incidível.

3 O Artigo 37 § 8.º da Constituição Federal de 1988 – EMENDA 19/99

Objetivava, a Emenda Constitucional n.º 9/98, uma reforma administrativa que conduzisse a um estado mínimo e a uma administração eficiente. A constitucionalização do princípio da eficiência pela emenda em comento enseja essa compreensão.

A Administração Pública sofreu alterações pela introdução de novas práticas e novas figuras jurídico-administrativas como os contratos de gestão, as organizações sociais e as agências executivas reguladoras.

Se a Emenda Constitucional n.º 19/98 não contemplou explicitamente todas as figuras acima nomeadas, facilitou o ingresso delas no mundo jurídico e deu fundamento de validade a normas jurídicas, até então, de discutível constitucionalidade.

No que se refere aos contratos de gestão, o texto constitucional foi bastante claro ao dispor sobre as suas possibilidades como instrumentos da Administração Pública, porque assim dispõe:

Art. 37 § 8.º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes,

III - Remuneração de Pessoal;

3.1 Teoria da personalidade e contrato de gestão

O contrato de gestão é um acordo bilateral de vontades que, como todo negócio jurídico, exige elemento capaz. A capacidade é, portanto, pressuposto indispensável para o estabelecimento

²⁴ MENDES, Aparício. *Las Relaciones Inter-Administrativas*.

²⁵ SANTI ROMANO, *Corso di Droit Amministrativo*.

²⁶ GARCIA, José Antônio. *Principios Jurídicos de la Organización Administrativa*.

²⁷ CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*

²⁹ *Id. Ibid.*

do mesmo. Os contratos de gestão, no Brasil, nasceu com base no Decreto 137/91, e só posteriormente foi tratado na Lei 9937/98.

Referida lei estabeleceu um conceito legal, sem que doutrinariamente existisse qualquer definição, muito menos uma conceituação. Na realidade, a definição legal dirigia-se apenas à possibilidade de contratação com as recém criadas Organizações Sociais, estabelecido no artigo 5º da referida lei assim exposta:

Para os fins desta mesma lei, contrato de gestão é o instrumento formado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vista a formação de parceria entre as partes para o fomento e a execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

O artigo 1º da referida norma legal consigna as atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, cultura, saúde e proteção e preservação do meio ambiente.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰ comenta com muita propriedade o quanto é lamentável, do ponto de vista técnico, a definição feita pela lei mencionada, inicialmente pela qualificação de instrumento, já que o instrumento é apenas a forma de exteriorização do contrato e não o próprio contrato, além de não definir o que seja parceria.

Os contratos de gestão deveriam ser pactuados entre pessoas jurídicas integrantes do próprio aparelho administrativo do Estado e com pessoas alheias ao Estado, como as Organizações Sociais.

Os contratos de gestão, a serem firmados, pelas entidades da administração indireta, foi introduzido no ordenamento jurídico pelo decreto 137/91, e teria como objetivo o aumento da eficiência e da produtividade. O art. 1º da referida norma legal exigia o compromisso recíproco assumido e cláusulas especificando objetivos, metas, prazos para alcance das metas e para vigência dos contratos, além dos indicadores de produtividade, critério de avaliação de desempenho, renovação, suspensão e extinção, além das punições decorrentes do descumprimento.

O decreto Presidencial de n.º 2487/97 e o de N.º 2.488/97 versaram sobre a aplicação do contrato de gestão a ser firmado com as autarquias e as fundações públicas, objetivando a que os contratos outorgassem maior autonomia gerencial, administrativa e financeira e essas entidades, com permissivos de transferências financeiras com contrapartidas obrigacionais.

A Emenda Constitucional n.º 19 introduziu o § 8º no art. 37 com a seguinte disposição:

A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo a lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal

O dispositivo constitucional supracitado conduz para três possibilidades, sempre envolvendo a ampliação das autonomias gerencial, orçamentária e financeira, por meio de contratos de gestão firmado com o poder público, especificamente: As entidades da administração indireta, no caso as autarquias, as fundações públicas; as fundações privadas, as empresas públicas e as sociedades de economias mista; os órgãos e as entidades da administração direta.

Em qualquer uma das possibilidades os contratos devem ser firmados, obedecendo às regras da teoria geral dos contratos, portanto, necessária a existência de entes personalizados, quer no polo ativo, quer no polo passivo da relação contratual.

Conclusão

O princípio da legalidade norteador da administração pública, por si só, inviabiliza a efetivação dos contratos de gestão, mesmo com os entes da administração indireta, cujas competências dependem de lei. Não é possível que um contrato possa ampliar competências de entes criados por lei, como são as autarquias e as fundações públicas.

A previsão do § 8º do artigo 37 da Constituição Federal desconheceu tudo que já se discutiu até hoje, sobre personalidade jurídica e relação jurídica, tanto pela lei quanto pela doutrina e pela jurisprudência. A Teoria dos Órgãos Públicos foi completamente esquecida e apontou para a possibilidade de a Administração firmar contratos de gestão com seus próprios Órgãos ou seus administradores.

Os Órgãos da Administração Pública, como já foi analisado, não possuem personalidade jurídica e atuam em nome da pessoa jurídica nas quais estão inseridos. Ao pactuarem entre si, um contrato de

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*.

gestão, seria consubstanciada, na mesma pessoa, a condição de contratante e de contratado, com interesses antagônicos.

Não é juridicamente possível, sob pena de nulidade, a pactuação de contrato entre os Órgãos da Administração Pública, primeiro porque os Órgãos não têm autonomia, portanto não podem ter ampliado o que não existe, e, segundo, porque não possuem personalidade jurídica.

Da análise do dispositivo constitucional em comento, são ressuscitadas teorias que discutiram a natureza dos órgãos públicos e que a doutrina, a lei e a jurisprudência já haviam pacificado.

Quando o dispositivo dispõe: a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, está a admitir duas possibilidades. Primeira: que o órgão, ente despersonalizado e sem vontade própria, simples desconcentração interna de competências e atribuições do Estado, possa celebrar contrato com o próprio Estado, do qual ele é apenas uma subdivisão. Segunda: que o Administrador do órgão possa firmar, em seu próprio nome, um contrato de gestão com o Estado. Tais administradores já são servidores submetidos ao respectivo regime de trabalho.

A primeira possibilidade ressuscita a teoria objeto que identifica o órgão com as partes em que se divide o todo estatal. Existe incontornável impossibilidade da celebração desses contratos, tanto entre os Órgãos e o Estado, como entre os próprios. Se os Órgãos são repartições internas de competência do Estado, sem qualquer margem de dúvida, são partes dele e, conseqüentemente, o próprio Estado.

A segunda possibilidade restaura a teoria que empresta ao Órgão um sentido subjetivo, que o identifica com o próprio agente, pessoa física que atua em nome e por conta do Estado, no exercício das competências que lhe são atribuídas. Sempre que um administrador público, agindo nessa qualidade, realiza um ato em nome do Estado, é o Estado quem está a agir e não o Órgão ou servidor. A vontade e ação dos Órgãos não são senão a vontade de seus agentes.

Os Órgãos Públicos, unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado, são entidades reais, abstratas, mas sem vontade nem ação, e não passam de simples repartições de atribuições.

Por serem, os Órgãos, entes despersonalizados não podem estabelecer relações jurídicas por si mesmos e, portanto, não podem firmar contratos de gestão, nem entre si mesmos, nem com o Estado.

Em conclusão, da interpretação do parágrafo oitavo do artigo 37 da Constituição Federal, tem-se que é o mesmo inexequível, afronta a teoria dos Órgãos Públicos admitida no ordenamento jurídico pátrio e consubstanciada na doutrina da teoria geral do direito que consagra a personalidade das pessoas jurídicas como pressupostos para o estabelecimento de relações jurídicas.

Referências

- ALLESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1960.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo: das pessoas*. São Paulo: Forense, 1974. v. 2.
- BEVILÁQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.
- BEVILÁQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*: edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975.
- BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Libreria de J. Lajouane, 1939. v. 2.
- BULLRICH, Eduardo J. *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires: Editor Biblioteca Jurídica Argentina, 1932. v. 2.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Lisboa: Coimbra, 1965.
- CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- D' ALESSIO, Francesco. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 4. ed. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1932. v. 1.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERRARA, Francesco. *Teoria delle persone giuridiche*. 2. ed. Napoli: E. Margueri, 1923.
- GASPARINI, Diogenes. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

IHERING, Rudolf Von. *El espíritu del derecho romano*. Tradução de Enrique Príncipe y Santorres, De Bailley Baillièrre e Hijos. Madrid: Libreria Editorial, 1895.

JELLINEK, Georg. *L'Etat Moderne e son Droit*. Tradução de Georges Fardis. Paris: M. Giard e E. Brièrre. Libraires Editeurs, 1913. 2 v.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES. Hely Lopes. *Direito administrativo*

brasileiro. Atualizado por Eurico Azevedo, Délcio Aleixo e José Emmanuel Burle. 24. ed. São Paulo: Malheiros.1998.

MUKAI. Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2000.