

O ESTADO-ÓRGÃO

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA

Os eleitos não representam conjuntos de cidadãos, mas uma coletividade considerada extra-individualmente e num sentido transpessoal, devendo-se notar, como o fêz HAURIUO, a “*autonomie des représentants*”, sendo o regime representativo, no entender de SALLEILLES, um regime no qual não há qualquer representação, porque essa pressupõe o mandato imperativo, conforme o conhecido discurso de ROYER COLLARD, citado por ESMEIN, autor que, indubitavelmente, foi visivelmente influenciado por ROUSSEAU, em suas coordenadas básicas.

Então, “*para expresar la nueva realidad, fêz constar FERNANDO DE LOS RÍOS URRUTI, nace un concepto que es extraño al Derecho Privado: el concepto de órgano. El Estado para su vida precisa de órganos, y solo mediante ellos obra y quiere*”.

Idêntica a êsse ponto de vista expresso na monumental introdução à famosa obra de JELLINEK é a opinião do abalizado MALBERG: “*La vraie qualification à donner au corps des députés n'est pas celle de représentant de la nation, mais d'organe de la nation.*” Sintetiza daí SARTORI (op. cit., pág. 58) que “*órgão é a coletividade organizada para querer*”.

Eis-nos em plena doutrina do Estado-Órgão, que fulmina as tendências que objetivavam a privatização do Direito Público e que teve em GERBER e GIERKE seus precursores e em JELLINEK e FISHBACH admiráveis teóricos.

A nova orientação, que visava a construir o “Direito Público segundo o método jurídico em moldes independentes do Direito Privado, vai conhecer um grande êxito”, lembra MARCELO CAETANO, em seu trabalho “Tendências do Direito Administrativo”.

Sendo o Estado, como pensamos, algo distinto daqueles que o integram e constituem, vemos nêle, como VAN KRIEKEN, indiscutível personalidade jurídica pela sua capacidade de exercer a titularidade de direitos e de responder por obrigações.

Opinião contrária era a de SEYDEL, que adotava posição deficientemente realista, como DUGUIT, omitindo, no seu entender, toda ficção, só enxergando no indivíduo a possibilidade de ser sujeito de direitos. O nosso realismo orgânico, já manifestado anteriormente neste livro, pode adotar o entendimento de GIERKE para quem o Estado era “a mais alta e compreensiva forma de Comunidade, não perceptível aos sentidos, mas real para o espírito, que nos revela uma existência comum humana sobre a existência individual”. Como HEGEL que, sem dúvida, inspirou GIERKE, acreditamos na *realidade da idéia moral*, desaprovando, entretanto, quaisquer deformações do ente político.

Na expressão do filósofo (op. cit., pág. 6) “é lícito esperar que, a par dos interesses políticos ligados à trivial realidade, floresça uma vez mais a ciência, o livre e racional mundo do espírito”.

Elemento da personalidade, a capacidade traduz a aptidão para o exercício de direitos. Distingue-as bem BARROS MONTEIRO (1): “Capacidade exprime poderes ou faculdades; personalidade é a resultante desses poderes; pessoa é o ente a que a ordem jurídica outorga êsses poderes.”

Não se estranhe a utilização de institutos do Direito Privado para a elucidação de nosso ponto de vista, porque, como demonstramos no trabalho “Nulidade em Direito Público”, muitos princípios daquele são perfeitamente aplicáveis a êsse último, e além do mais a complexa doutrina do Estado-Órgão se vincula intimamente ao que pensamos, mais que à do Estado-Poder Público, à do Estado-Pessoal Moral.

Para se verificar o desprestígio jurídico do vocábulo *representação* no direito moderno, no qual é usado apenas como metáfora, e a ascensão do termo *órgão*, é sugestivo o pensamento de CÉLIO DE OLIVEIRA BORJA (2): “duas são as funções principais que ao chefe de Estado atribui o direito moderno: a de símbolo e a de órgão ou representante”.

A Constituição da Tcheco-Eslováquia (arts. 5.º e 7.º) refere-se mesmo à *Assembléia* e ao *Govêrno* como, respectivamente, “*órgão supremo do Poder Legislativo*” e “*órgão supremo do Poder Governamental*”.

PIETRO GAROFALO (3), referindo-se ao fenômeno apontado, faz sentir que nenhum vínculo representativo existe entre o depu-

(1) “Curso de Direito Civil”, Parte Geral, pág. 65. Ed. Saraiva, 1958.

(2) “Competência Privativa do Chefe do Estado no Ato Adicional”, pág. 24. Rio, 1963.

(3) “Principios de Derecho Constitucional y Organización Política del Estado Fascista Italiano”, pág. 16. Madri, 1934.

tado e o corpo eleitoral que o designa e sim entre êle e o Estado que lhe dá investidura, rematando: “Es un derecho del Estado el que ejercitan tanto el rey como los senadores, diputados y electores, y por eso todos ellos son órganos representativos de la soberanía del Estado.”

Reconhecemos que existem sutilezas metafísicas, tão do gôsto dos alemães, na doutrina do Estado-Órgão, mas são elas perfeitamente dispensáveis, em virtude do que, na exposição que tentaremos fazer, procuraremos sintetizar a parte substancial da referida doutrina e que lhe conferiu motivos de validez e permanência.

O organicismo que defendemos nada tem a haver com aquelas proposições tão em voga no século passado, que identificavam o Estado aos organismos vivos. Embora a expressão *órgão* seja também tomada num sentido metafórico, ela é funcional no sentido de refletir a fisiologia da vida estatal, precìpuaente no que concerne à representação política, embora DUGUIT considere que ela enfrenta os mesmos percalços da fórmula *representação* legal, reproduzindo-a em maiores dimensões.

Da mesma forma, acrescenta-se, não se pode confundir o materialismo dialético de MARX com o grosseiro materialismo de BUCHNER.

Os órgãos do Estado, vale dizer, aquêles pelos quais êle exerce o Poder, têm de ser forçosamente pessoas físicas, consideradas individualmente ou em colégios, e cuja competência deve estar formalmente estabelecida na Constituição.

“De la propia naturaleza del Estado, argumenta JELLINEK (4), esto es, del hecho de tener el carácter de una asociación organizada, se sigue necesariamente la existencia de órganos del Estado. Un Estado sin órganos es una representación que no puede psicológicamente llegar a existir, es decir equivale a anarquía, por lo cual resulta una *contradictio in adjeto*.”

El Estado moderno requiere una pluralidad de órganos. Ordenarlos y reducirlos a tipos fijos, es una necesidad que no puede menos de cumplir la ciencia.”

Nessa difícil classificação seguiremos o conspícuo professor de HEILDEBERG e a FISCHBACH. (5)

A primeira forma categorial que deve merecer nossa atenção é a que se refere aos órgãos *originários* (principais ou imediatos) e aos *mediatos*. Os primeiros são consubstanciais com o ordenamento estatal, provindo diretamente da Constituição. Os segundos não se embasam diretamente no Código Político, senão nos primeiros. Quando os órgãos imediatos exercem *atos de criação*,

(4) “Teoria General del Estado”, pág. 444. Buenos Aires, 1943.

(5) “Derecho Público General”, págs. 20 e segs. Labor, 1934.

como na monarquia russa em que, por testamento, nomeava o Tzar, até PAULO I, seu sucessor, são êles órgãos de criação, podendo, por conseguinte, os órgãos imediatos serem criadores e criados, nada obstando, repensando a doutrina, que êsses últimos, por sua vez, criem, sendo certo que, como diz FISCHBACH, “generalmente la función de los órganos criadores se reduce a realizar el acto de nombramiento o elección”.

Segundo se depreende no confronto entre os dois autores alemães, que nem sempre estão de acôrdo, os órgãos de criação têm caráter imediato, embora FISCHBACH diga, paradoxalmente, que os primeiros, mesmo tendo sido instituídos pela Constituição, têm caráter mediato. O que nos parece mais lógico é a afirmação de JELLINEK de que “los órganos de creación de los órganos inmediatos tienen ellos mismos este carácter, y su actividad creadora puede adoptar múltiples aspectos”.

Outra divisão importante é a de órgãos *primários* e *secundários*. Êsses representam diretamente aquêles que, como órgãos representados, só podem manifestar-se através dos órgãos representativos. Os *órgãos supletórios*, por sua vez, substituem eventualmente os imediatos, decaindo de suas funções assim que desaparece a incapacidade do órgão representado.

São êles transitórios, como a Regência, ao passo que os órgãos secundários são permanentes.

Já aqui estamos com FISCHBACH, e não com JELLINEK, que considera o Regente um órgão secundário, mas concordamos em que haja órgãos secundários de segundo grau, como por exemplo na delegação dos Paramentos a Comissões, como na Itália.

Enquanto os *órgãos normais* funcionam em circunstâncias comuns, os *anormais* ou *extraordinários* só entram em atividade em ocasiões críticas. Tais são os casos das Ditaduras e dos chamados Governos Provisórios.

Os *órgãos substantivos* ou *independentes* têm em seus atos a capacidade de obrigar o Estado e seus súditos, enquanto os *dependentes* ou *subordinados* carecem dessa força obrigatória.

Órgãos simples são aquêles constituídos por pessoas que, por suas qualidades individuais, se vêem chamadas para serem titulares de um órgão; *potenciais* os que reúnem, juridicamente, em sua pessoa vários órgãos. Como nota FISCHBAH não se deve confundir potencialização com acumulação de funções, uma vez que para existir “órgano potencial es pues menester, que el mismo órgano desempeñe funciones diferentes, y todas esenciales en el Estado”.

Os *órgãos qualificados* são aquêles para os quais se exigem requisitos de elegibilidade bem nítidos.

JELLINEK estima que muitas das distinções feitas a respeito dos órgãos imediatos se aplicam aos mediatos, utilizando, ainda, a classificação fundamental acima referida, com referência a tôdas

as associações de Direito Público, dando, por outro lado, particular realce à oposição entre *órgãos necessários* e *facultativos*, sendo os primeiros aquêles instituídos pelo Chefe de Estado, segundo a Constituição e as leis.

Ao passo que a representação exige duas pessoas ou duas partes: os representantes e os representados, “la asociación y el órgano son y permanecen en todo momento en una misma persona”, como está em JELLINEK, uma vez que Órgão e Estado constituem uma unidade indisfarçável, se bem que a competência (e não o direito) política do primeiro represente o segundo, dentro de uma certa órbita de atribuições.

Contudo, não se confundem o Órgão e seu titular, com o qual mantém relações jurídicas, mas do qual se distingue por seu caráter de continuidade. Para significar isso, criou-se na Inglaterra a doutrina da “sole corporation”, pela qual a corporação só tem em cada momento um membro vivo, que forma com seus antecessores e sucessores uma unidade impostergável. Asseverava BLACKSTONE que “Henrique, Eduardo ou Jorge podem morrer, mas o Rei sobrevive a todos êles. Eis o motivo pelo qual as leis britânicas nunca se referem à morte do Rei e sim em “*demissio regis vel coronae*”.

Atualmente se pode falar numa unidade orgânico-jurídica entre o povo e sua representação, mediante o uso de uma técnica publicística, cabendo razão a JELLINEK quando anota: “Hasta que no se encontró el concepto de órgano jurídico se intentó poner en claro las relaciones antes dichas, mediante analogías de Derecho privado, valiéndose del concepto de la representación y del mandato.”

Reconhecemos que a doutrina do Estado-Órgão ainda está em elaboração, havendo muitas discrepâncias quanto à classificação de certos órgãos, mas é indubitável que ela resolveu, com recursos superiores do Direito Público, questão afeta a êsse, libertando-o de incômodo nexa genético com a privatística, em virtude do antigo caráter da representação política, e chamou a atenção dos estudiosos, de modo especial, para os tipos de órgãos imediatos e mediatos, primários e secundários, supletórios, normais e anormais.

Interessante problema que apenas afluiremos é o da formação mental do titular do órgão que converge por sôbre a edificação de uma elite dirigente, um dos objetivos do presente trabalho.

“O essencial de tôda política, proclama o infatigável lidador intelectual JOÃO CAMILO DE OLIVEIRA TÔRRES, em seu substancioso livro sôbre o Positivismo, é a existência de uma classe dirigente politicamente capaz.”

A crise da ordem jurídica tem na caducidade das classes dirigentes um de seus sintomas mais graves.

Não se pode resolver o dilema de nossa civilização, que tem raízes no próprio homem, com a mera sugestão de fórmulas, senão com o pensamento e com a ação. Redespertando para os ideais, aquêles que aspiram à titularidade de órgãos devem forrar-se de ampla informação que os possibilite integrar-se, não num "Rechtsstaat", "o constitucional correspondente ao ideal de uma racionalização jurídica crescente da vida", como o viu OLIVEIROS LITRENTO (6), que não mais atende, contudo, às necessidades históricas, mas num "Kulturstaat", que impulse decididamente a coletividade em todos os sentidos, em busca do *bem comum*. GUMPLOWICZ, que aproximava (e mesmo identificava), contrariamente a RENÉ WORMS, o conhecimento político do sociológico, pregava que a Sociologia era necessária porque "elle montre à l'homme d'État et au politicien aussi bien qu'à chaque particulier la voie qu'ils ont à suivre, s'ils ne veulent pas entrer en collision avec les tendances naturelles". (7)

O mesmo diríamos nós do conhecimento histórico, cuja Filosofia IBN KALDUM traçou pela vez primeira, através da observação de leis inelutáveis.

(6) "Do Estado de Direito", pág. 95, Recife, 1954.

(7) "Sociologie et Politique", pág. 196. Paris, 1898.