

Os embargos de declaração e a visibilidade do poder

Marcelo Elias Sanches*

Sumário

Introdução; 2 O ato estatal, 2.1 O núcleo existencial do ato estatal e seus atributos; 2.2 Da visibilidade do poder; Conclusão; Bibliografia.

Introdução

1. A nuclearidade do estudo circunscreve-se à decisão estatal já emanada e sua estrutura contenedora na dinamicidade dialética entre a existencialidade e a normatividade, logo será visualizado o núcleo fundamental *dentro de uma temporalidade institucional*: do existencial à normatividade.

2. Nesse sentido, entendo buscar-se metodologia analítica a partir da Teoria do Estado, da Teoria Política e Teoria Sociológica, visualizando a decisão jurisdicional a partir de espectros mais abstratos de conotação juspolítico-institucionais, principalmente, o seu cerne: o *nomos* (CARL SCHMITT e PAULO FERREIRA DA CUNHA¹).

3. Para o início de sua compreensão há de ser analisada com rigor científico² de Direito Público o que a ordem estatal concreta é e como se formou na historicidade tempo-espaco culturais, pois, já se adianta, é absolutamente inconcebível seu tratamento como ato jurídico a partir da racionalidade metodológica do Direito Privado da qual somos todos herdeiros normativos (Hegel e a razão humana na História).

4. O ato jurisdicional/estatal não se limita à singularidade e superficialidade e sim a ser ato soberano

(=supremacia estatal – MIGUEL REALE³) e, em assim sendo, o tônus político se sobressai, não só como *dimensão*, mas como *essencialidade*, como condição existencial de qualquer ato estatal, sendo-lhe imanente, *a posteriori* e histórico.

5. É *imanente* porque é da essência existencial de qualquer Estado soberano, com independência juspolítica, na acepção política de seus atos, em suas variantes gradativas.

6. É *histórico* porque está na realidade fenomênica existencial, sob as variantes de tempo-espaco e não no abstrato, no mundo das ideias, o puro pensado (BLUNTSCHLI *apud* POSADA⁴). É o eu e o mundo, o eu *para* o mundo e o eu *no* mundo (HANS KELSEN⁵), que se projeta, deriva daquela existencialidade dinâmico-dialética numa linha tempo-espaco (Albert Einstein – *A Teoria da Relatividade* e Carl Schmitt – *O Nomos sobre a Terra*), num impulso vital do Estado exercendo seu Poder, de *ser-em-si* e *para-si* para o *ser-aí*.

7. É *a posteriori* em razão da sua identificação existencial encontrar-se numa temporalidade congregante-formativa de elementos existentes que se formam ao longo da temporalidade institucional do processo, sendo-lhe um elemento condicionante e ordenativa institucional naquela existencialidade após sua vivencialidade, experimentalidade e verificabilidade política no âmbito processual.

8. Não se parte de uma realidade pensada, ideal, abstrata, já concebida para a incidência na quadratura pragmática.

2 O ato estatal

1. Entendo necessário para este estudo a análise dos efeitos de realização do ato estatal face à normatividade constitucional e ao Direito Público.

* Advogado da União Federal, especialista em Direito Tributário, Direito Processual Civil e Direito Público e mestre em Direito Político e Econômico.

¹ *Repensar a Política* – Ciência & Ideologia. 2 ed., revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2007, p. 138 e ss.

² “Fala ele [Miguel Reale] de três parâmetros fundamentais do conhecimento científico, estreitamente dependentes da firme colocação metodológica do investigador: a) a certeza dos resultados; b) a coerência unitária dos juízos alcançados; c) a sua adequação ao real. Só mesmo quem tiver plena consciência do método de sua ciência e de certos postulados metodológicos básicos e gerais poderá estar seguro dos conceitos alcançados e das soluções encontradas.” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. *Fundamentos*, p. 247). Ver: LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2009, Ariel Derecho.

³ *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 5. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 202 e ss.

⁴ *Tratado de Derecho Político*. Granada: Comares, 2003, Estudo preliminar: José Luis Monereo Pérez. Coleção: Crítica del Derecho. Seção: Arte del Derecho, v. 33, p. 44-45.

⁵ *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. – 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradutor: João Baptista Machado, p. 383.

2. Há uma necessidade de ordem puntualizada no ato institucional (=estatal), de ordem jurídica instituída pré-estatal politicamente já densificada, que inovará na Normatividade ou a explicitará, via magistrado.

3. Entendo, modestamente, que a atributividade do ato jurisdicional nos planos da inexistência, invalidade ou ineficácia, nos moldes da escala pontiana ou a invalidade por nulidade ou anulabilidade merecem sério rigor científico de análise, não podendo ser singelamente transplantado do Direito Privado institutos jurídicos⁶ que nele foram forjados desde o Império Romano até agora, para o Direito Público⁷.

4. O Direito Público é qualificado essencialmente pela supremacia estatal⁸, no sentido de centro

geométrico da normatividade jurídica (GIORGIO DEL VECCHIO⁹), mas também há a face voltada para a Ciência e Filosofia Políticas, situação esta que tem pouco sentido no Direito Privado¹⁰.

5. Carl Schmitt em seu livro *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del "Ius Publicum Europaeum"* é extremamente preciso na nomogeneticidade do Estado e seu atributo da soberania. O Estado foi o

⁶ Leciona Cândido Rangel Dinamarco: "Além disso, temos o costume de separar esses fatos e essas relações em grupos, considerando certas grandes unidades sistemáticas interligadas por alguma razão de afinidade que justifique a distinção, que de longa data fazemos, entre as diversas ciências jurídicas. Essas grandes unidades sistemáticas são o que chamamos de institutos jurídicos, e cada ramo da ciência do direito ocupa-se de uma série deles e os tem por seu objeto material típico; fala-se também, e talvez até com mais propriedade, em categorias jurídicas, reservando-se o vocábulo instituto para designar o conjunto ou feixe de normas pertinentes a uma categoria." (*Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, Tomo I, p. 249). Vide: Vicente Rão. *O Direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 228-229.

⁷ *idem*: "[...] não há nulidades de pleno direito em nosso campo, porque os atos do juiz são *provimentos*, atos estatais imperativos, repugnando ao sistema que possa o particular, mediante seu próprio juízo, refutar a eficácia do comando recebido. A sentença produz efeitos apesar disso e só um ato de órgão jurisdicional pode tolher-lhe a eficácia, aplicando-lhe, como se diz, a sanção de nulidade. (...) Em termos juris-filosóficos, estamos falando do objeto formal da ciência do processo. "O que diversifica um ramo do saber é o seu objeto formal, ou seja, a especial maneira com que a matéria é apreciada, vista, considerada." Por isso, as categorias jurídico-processuais precisam ser examinadas do prisma do processualista, sem as influências e conceitos importados do direito privado ao longo de vinte séculos, sob pena de se renunciar ao seu conhecimento verdadeiramente científico. É preciso, em outras palavras, fixar o método da investigação processual científica, definindo desde logo o "processo ordenatório da razão" do processualista. Essas são judiciosas lições de Miguel Reale, de plena aplicação ao nosso campo específico." (*Fundamentos*, p. 246-247).

⁸ Leciona brilhantemente Norberto Bobbio: "Os dois conceitos-limite, respectivamente do positivismo jurídico e da doutrina do Estado de direito, são a *summa potestas*, ou soberania, e a norma fundamental. É bem conhecido quantas (e inúteis) discussões a teoria da norma fundamental kelseniana suscitou. Somente levando em consideração, como foi feito aqui, o entrelaçamento entre doutrina do poder e doutrina do direito, é possível chegar a uma conclusão. A norma fundamental tem, em uma teoria normativa do direito, a mesma função que a soberania tem em uma teoria política ou, se desejarmos, potestativa do direito: *tem a função de fechar o sistema*. Com a seguinte diferença: *a norma fundamental tem a função de fechar um sistema fundado sobre o primado do direito sobre o poder; a*

soberania tem a função de fechar um sistema fundado sobre o primado do poder sobre o direito. Se o poder soberano é o poder dos poderes, a norma fundamental é a norma das normas. Objeta-se que a norma fundamental não é uma norma como todas as outras, sendo uma simples hipótese de razão. Mas o sumo poder não é também ele uma hipótese da *suma ratio*?" (grifos nossos) (*Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. 1. ed. 12ª reimpressão. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2000, Organização: Michelangelo Bovero, Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. p. 250-251). Ver também HEGEL, G. W. F. *Lineamenti di filosofia del Diritto – Diritto naturale e scienza dello Stato*. Milano: Bompiani testi a fronte, 2006, Introdução, tradução e notas: Vincenzo Cicero, p. 417-419. O Direito Público é qualificado pela imperatividade da soberania política. Existência, validade e eficácia de Direito Privado não se aplicam. No Direito Público a existência (o *nomos* institucional) e a validade, tal como entendida pelo Direito Privado, já estão em um único momento institucional em razão da própria essência do que Público é e sua atributividade imanente e histórica: o *nomos* e o aspecto immanentemente político, diferindo do Direito Privado. Entendo que é imanente ao ato estatal a dimensão política projetável, que nada mais é que uma derivação imanente da existencialidade institucional, que é imanente do Estado manifestada pela também supremacia estatal na ótica política.

⁹ REALE, Miguel *in op. cit.*, p. 249 e ss.

¹⁰ Em análise do dualismo entre Estado e Direito, Hans Kelsen também realiza, por derivação pontual a análise do Estado face ao Direito Privado que é pertinente neste estudo: "Na oposição, aceite pela teoria jurídica tradicional, entre Direito Público e privado, ressalta já com a maior clareza o forte dualismo que domina a moderna ciência do Direito e, como consequência, todo o nosso pensamento social: o dualismo de Estado e Direito. Quando a teoria tradicional do Direito e do Estado contrapõe o Estado ao Direito como uma entidade diferente deste e, apesar disso, o afirma como uma entidade jurídica, ela estrutura esta sua ideia considerando o Estado como sujeito de deveres jurídicos e direitos, quer dizer, como pessoa, atribuindo-lhe ao mesmo tempo uma existência independente da ordem jurídica. Assim como a teoria do Direito privado pressupõe originariamente que a personalidade jurídica do indivíduo precede lógica e cronologicamente o Direito objetivo, isto é, a ordem jurídica, assim também a teoria do Estado pressupõe que o Estado, enquanto unidade coletiva, é independente do Direito e até preexistente ao mesmo. Mas o Estado cumpre a sua missão histórica – ensina-se – criando o Direito, o "seu" Direito, a ordem jurídica objetiva, para depois se submeter ele próprio a ela, quer dizer: para se obrigar e se atribuir direitos através do seu próprio Direito. Assim o Estado é, como entidade metajurídica, como uma espécie de poderoso *macro-ánthropos* ou organismo social, pressuposto ao Direito e, ao mesmo tempo, sujeito jurídico que pressupõe o Direito porque lhe está submetido, é por ele obrigado e dele recebe direitos. É a teoria da bilateralidade e autovinculação do Estado que, apesar das patentes contradições que repetidamente lhe são assacadas, se afirma contra todas as objeções com uma tenacidade sem exemplo." (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. – 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradutor: João Baptista Machado, p. 315).

portador de uma nova ordenação espacial interestatal da terra centrada na Europa e, para tanto, a concepção de soberania foi absolutamente imprescindível, sendo o vocábulo *nomos*, como assentamento e ordenação concreta política e social¹¹.

6. A partir da estabilização de uma nova concepção de ente juspolítico-institucional no mundo pós-término da *auctoritas* papal¹², nasceram duas ordens de realidades, em uma convivencialidade simbiótica num mesmo ente: a *Política* e a *Jurídica* no Estado.

7. Há de se analisar a geneticidade dos atos estatais e, como tais, já nascem imanentemente diferenciados dos atos privados, em razão do fator político como ordem de realidade inerente ao Estado, diferente do poder de fato privado (MAURICE HAURIOU¹³). O núcleo do ato estatal tem que ser *esculpido de dentro para fora*¹⁴, na sua existencialidade institucional, em seu *nomos*.

¹¹ *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del "Ius Publicum Europaeum"*. Granada: Comares, 2002. Trad. Dora Schilling Thou, Colección: Crítica del Derecho, Sección: Arte del Derecho, v. 41, p. 35-36: "Nomos, en cambio, procede de *nemein*, una palabra que significa tanto "dividir" como también "apacentar". El nomos es, por lo tanto, la forma inmediata en la que se hace visible, en cuanto al espacio, la ordenación política y social de un pueblo, la primera medición y partición de los campos de pastoreo, o sea, la toma de la tierra y la ordenación concreta que es inherente a ella y se deriva de ella; en las palabras de Kant: "la ley divisoria de lo mío y lo tuyo del suelo", o en la fórmula inglesa que es una puntualización adecuada: el "radical title". *Nomos es la medida que distribuye y divide el suelo del mundo en una ordenación determinada, y, en virtud de ello, representa la forma de la ordenación política, social y religiosa. Medida, ordenación y forma constituyen aquí una unidad espacial concreta*. En la toma de la tierra, en la fundación de una ciudad o de una colonia se revela el nomos con el que una estirpe o un grupo o un pueblo se hace sedentario, es decir se establece históricamente y convierte a un trozo de tierra en el campo de fuerzas de una ordenación. Sólo en relación con un nomos de esta índole, y no con cualquier disposición o aun con una norma sofisticadamente separada de la *fisis* concreta, que como "tesis" en contrapuesta a la *fisis*, [...] E à p. 39: "[...] El nomos, en su sentido original, sin embargo, es precisamente la plena inmediatez de una fuerza jurídica no atribuida por leyes; es un acontecimiento histórico constitutivo, un acto de la *legitimidad* que es el que da sentido a la legalidad de la mera ley." (grifos nossos). Ver também: VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y Poder* – Kelsen y Schmitt frente a frente. México: Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009. Sección de Obras de Política y Derecho, p. 203 e ss.

¹² Ver N. BOBBIO *in op. cit.* p. 223-224.

¹³ *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Granada: Comares, 2003, Tradução, estudo preliminar, notas e adições: Carlos Ruiz del Castillo. Coleção: Crítica del Derecho. Seção: Arte del Derecho, p. 219.

¹⁴ DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional – Teoría General del Estado, El Derecho y el Estado, Las Libertades Públicas*. Granada: Comares, 2005. Tradução, prólogo e apêndice sobre "La Representación proporcional en España": José G. Acuña, Edição e

8. A existencialidade do ato estatal, que, numa temporalidade pré-jurídica estatal¹⁵, já é cratologicamente forjado e potencialmente instituível, é a *existencialidade-em-si*, o *ente-em-si*, a *pura facticidade histórica* moldável na relatividade tempo-espaco (ALBERT EINSTEIN¹⁶ e ROBERTO DROMI¹⁷), o *ser-no-mundo* com um mínimo de normatividade de natureza efêmera, aparente e, por que não, inautêntica. Inautêntica no sentido de conformidade plena da decisão política soberana.

estudo preliminar: "La Teoría Jurídica de León Duguit": José Luis Monereo Pérez e José Calvo González, Biblioteca Comares de Ciência Jurídica, Colección: Crítica del Derecho, Sección: Arte del Derecho, v. 62, p. 89 e ss.

¹⁵ Ver: HEIDEGGER, Martin. *Prolegómenos para una historia del concepto de tiempo*. 1. ed. -1ª reimpressão. Madrid: Alianza, 2007. Tradutor: Jaime Aspiunza, Coleção: Alianzaensaio.

¹⁶ "Las tres dimensiones básicas de la experiencia jurídica pudieran ser completadas por una *cuarta dimensión*. Es notorio que, en la física contemporánea, la teoría de la relatividad de Einstein há postulado al tiempo como una cuarta dimensión del universo. A diferencia de la mecánica clásica. La teoría de la relatividad concibe el espacio y el tiempo como coordenadas de un universo tetradimensional. Se ha advertido que la función del tiempo como nueva dimensión espacial no ha significado que el tiempo pase a ser concebido "como si fuese espacio", ya que el universo tetradimensional es, más bien, un universo de 3 + 1 dimensiones. La teoría de la relatividad, en definitiva, más que "espacializar" el tiempo lo que há hecho es "temporalizar" el espacio (ver Einstein, 1973; Russell, 1992). La consideración de la teoría de la relatividad invita a esbozar un cierto paralelismo entre la función que se asigna al tiempo en la nueva física y el papel de la historia en el derecho. También en el derecho pudiera hablarse de un *tetradimensionalismo*, es decir, de una experiencia jurídica integrada por tres (sociedad, norma, valor) más una (historia) dimensiones. Esta dimensión permite "temporalizar" a las otras tres, contextualizándolas históricamente. Desde una perspectiva puramente teórica o metodológica es posible una concepción "sincrónica" del tridimensionalismo jurídico, pero la imagen real y concreta de la experiencia jurídica es necesariamente "diacrónica" y, por ello, tetradimensional. Como toda actividad humana, la experiencia jurídica se desarrolla en el tiempo. El tiempo es un factor que gravita de forma inexorable en los procesos de creación, interpretación y aplicación del derecho." (...) "Desde esta perspectiva se puede advertir que el derecho es historia y, correlativamente que la historia es derecho. Lo primero há sido certeramente expresado por Gerhard Husserl, al indicar que "cada sistema jurídico representa una determinada fase en la historia dela humanidad. Los ordenamientos jurídicos tienen historia y ellos mismos son historia" (1955, 10). Lo segundo constituye el nervio de una obra estimulante de Guido Fassò que, precisamente, lleva por título *La storia come esperienza giuridica*; porque la experiencia jurídica constituye un ingrediente básico e insoslayable de los procesos sociales y culturales de los hombres que conforman la historia (1953, 5 ss. Y 144 ss.)." (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Teoría del Derecho* – una concepción de la experiencia jurídica. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2009, Colaboradores: Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas e Antonio Ruiz de la Cuesta, p. 40).

¹⁷ "Não há dúvida que a organização sistêmica do Direito, tanto público quanto privado, tem uma *razão histórica* incorporada no tempo e no espaço que estabelece sustentabilidade de vigência do Direito. [...] (DROMI, Roberto. *Sistema Jurídico e Valores Administrativos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p. 9) (grifos nossos).

9. Este *ser-no-mundo* está no mundo da natureza, que nele o *é* e está projetando inexoravelmente o que *é* para o mundo cultural, jurídico-normativo, a normatividade, dinamicizando-o e nele ingressando.

10. Há uma puntualidade temporal anterior à conformação normativa e naquele a existencialidade suplanta a normatividade numa temporalidade institucional e necessita *atingir uma decisão política*, sob pena de instabilidade institucional e insegurança jurídica¹⁸. É a presença da soberania política do Estado que se assenta e estabelece, tal como já afirmado acima, é o *nomos* do Direito Público.

11. Analisa-se o eu (o Estado) e o mundo e o eu no mundo concretamente na projeção institucional de seu ato, visualizando-se a migração do fato institucional e instituível já nesta temporalidade no Direito Público, publicizando aquele¹⁹. É a presença inexorável da soberania política já orientando a conduta estatal e o dever político de obediência ao Estado²⁰.

12. Há de se analisar a cratogeneticidade dos atos estatais e, como tais, já nascem imanentemente diferentes dos atos privados, já que aqueles *não possuem a dimensão política*, no sentido de filosofia política justificante do poder institucionalizado e

instituído, como *Auctoritas* e como *Potestas*. A primeira como uma ordem política mediata *na* e *sobre* a sociedade e Instituições e a segunda como uma ordem política imediata²¹.

13. Entendo, modestamente, que o ato estatal juspolítico-institucional possui atributos existenciais diversos dos atos privados, que foram forjados pelo Direito Romano e maturaram-se por dois milênios, diversamente dos atos estatais, que possuem, no máximo, 500 anos, se for dada a Nicolau Maquiavel a *consolidação inicial e possível da ideia de Estado*, dentro de sua realidade histórico-cultural²², logo há *ontologias* diferentes, *essências* diversas²³, mas puntualidades de interconexão.

14. Nascem duas vertentes ou dimensões da estatalidade dos atos: a política e a jurisdicional, *num mesmo ente existencial* instituído e instituível, marcado pela temporalidade. É a decisão ordenante e a gestão (governança e governabilidade) normativamente realizável, impulsionadora do Estado.

15. A geneticidade institucional primeira é a política, caracterizada pela existencialidade concretizante da decisão estatal, fazendo-se presente a democracia dinamicizadora da organicidade estruturante funcional do Estado, dando-lhe coesão sistêmica integrativa – *a unidade política do povo* (CARL SCHMITT²⁴), recebendo da normatividade, a atributividade jurídica *a posteriori*.

16. Há, portanto, uma *temporalidade ordenante* da geneticidade do ato estatal, que nasce, primeiramente, dentro do espectro da ordem material (Jean Rivero) instituída especialmente política, decisória, ressaltando a existencialidade institucional e, *posteriormente*, se adapta à normatividade jurídica, logo há um interregno intertemporal entre as duas

¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 250 e ss.

¹⁹ Neste específico tópico entendo que ressalta a representação política face à identidade face à presença dos agentes políticos Ministros de Estado, sendo entendido por representação, na lição de Carl Schmitt *in Teoría de la Constitución*, p. 209: “2. La representación no es un fenómeno de carácter normativo, no es un procedimiento, sino algo *existencial*. Representar es hacer perceptible y actualizar un ser imperceptible mediante un ser de presencia pública. La dialéctica del concepto está en que se supone como presente lo imperceptible, al mismo tiempo que se le hace presente. Esto no es posible con cualquier especie del ser, sino que supone una particular especie del ser. Una cosa muerta, desvalorizada o desprovista de valor, una cosa inferior, no puede ser representada. Le falta la superior especie de ser, que es susceptible de una elevación al ser público, de una *existencia*. Palabras tales como grandeza, alteza, majestad, gloria, dignidad y honor, tratan de acercar con esa singularidad del ser elevado y susceptible de representación. Aquello que sirve tan sólo a cosas privadas y a intereses privados puede, es cierto, ser representado; puede encontrar sus agentes, abogados y exponentes, pero no será “representado” en un sentido específico. O es real-presente o se encuentra personificado por un comisario, encargado de negocios, o plenipotenciario. En la representación, por contra, adquiere apariencia concreta una alta especie de ser. La idea de la representación se basa en que un pueblo existente como *unidad política* tiene una alta y elevada, intensiva, especie de ser, frente a la realidad natural de cualquier grupo humano con comunidad de vida. Cuando desaparece la sensibilidad para esa singularidad de la existencia política, y los hombres prefieren otras especies de su realidad, desaparece también la posibilidad de entender un concepto como el de representación.”

²⁰ BOBBIO, Norberto *in op. cit.*, p. 241.

²¹ SCHMITT, Carl, *In: Nomos* p. 20 e ss e na *Teoría de la Constitución*, p. 93, nota de rodapé 1.

²² CUEVA, Mario de la. *La Idea del Estado*. 5ª edição. México: Fondo de Cultura Económica e Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, Sección de Obras de Política y Derecho, p. 41 e ss; MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 10ª Edizione, rielaborata ed aggiornata. Padova: CEDAM, 1991, Manuali di Scienze Giuridiche, tomo I, p. 20 e ss; KRITSCH, Raquel. *Soberania: A Construção de um conceito*. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo e Humanitas – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2002. VIROLI, Maurizio. *De la Política a la razón de Estado – La adquisición y transformación del lenguaje político (1250-1600)*. Madrid: Akal, 2009, Tradução: Sandra Chaparro Martínez, Estudo preliminar: Sandra Chaparro e Rafael del Águila, Série: História Moderna.

²³ N. BOBBIO *in op. cit.*, p. 226-227.

²⁴ *Teoría de la Constitución*, p. 211.

vertentes dentro do mesmo ente, que se vislumbra com a congregação decisória política até ao revestimento jurídico do ato, conferindo-lhe a eficácia, a produção de efeitos jurídicos.

17. Neste tópico de existencialidade institucional do ato estatal já politicamente polido, resalto a presença da ordem²⁵ como fator de coesão existencial orgânico-sistêmica, situação esta que viabiliza e possibilita o ato estatal ter uma existencialidade política como tal. Os atributos existenciais geram projeções factuais ao mundo cultural. É a face da Ciência Política, da arte de governar, que não existe nesta dimensão, profundidade e qualidade nos atos privados e, se existente, apresenta-se ao mundo com expressão diversa.

18. O ato estatal é eficaz por si só, como derivação existencial da soberania política do Estado, consolidante na normatividade, na juridicidade.

19. Entendo, modestamente, que o plano da validade do Direito Privado representa a *legitimidade* no plano do Direito Público, que é imanente à existencialidade cratonomogenética do *nomos*, como juridicidade pré-estatal que assenta uma nova

ordem jurídica consolidante e recebe *a posteriori* a Normatividade.

20. Estou convicto que o plano da existência do ato estatal é único, sendo esta e ao plano da validade, na semântica do Direito Privado, um plano unitário em decorrência da própria essência cratonomogenética de qualquer ato estatal, contendo o *nomos* institucional, logo ato estatal existente já é ato eficaz como consequência da imanência política sua, é o *ser-em-si* histórico-institucional que já é factível, é o *ser-no-mundo* e *para-o-mundo*, é o já existencial de soberania política que está no mundo e exige por si próprio o dever político de obediência dos súditos do Estado, no sentido de garantia institucional mínima para a estabilidade institucional do Estado e a formação da unidade política do povo.

21. Há um mínimo e um máximo de existencialidade e normatividade que se intercalam em suas preponderâncias na dinâmica-dialética temporal, nascendo o ato estatal e em seu *nomos* existencial-institucional pela normatividade já harmônica e a veste formal do Direito.

22. A existencialidade institucional parte do *nomos* institucional pré-jurídico estatal em sua imanência política e histórica (tempo-espço).

23. Entendo que a posição schmittiana traz melhor visualização ao ato estatal ao concebê-lo também na historicidade institucional política concreta na mesma proporção que a normativa, variando a temporalidade.

24. Neste contexto surge a real semântica do que remotamente validade seria para o Direito Público, a Legitimidade política, que nesta ótica tem em sua origem na Filosofia, Teoria e Ciência Políticas (Giovanni Sartori – ver Elementos de Teoria Política), e que não tem qualquer sentido para o Direito Privado.

25. É a soberania política, como elemento de encerramento do sistema político (Norberto Bobbio) que confere a potência validante, de validação, legitimante, de conformidade com a normatividade, *que se impõe por si só*, que é uma decorrência da própria normatividade, logo entendo que o afirmado plano da validade no Direito Privado não tem qualquer pertinência de ser verificado no Direito Público, situação esta que conflita com a existencialidade política da supremacia estatal na suas dimensões sociológica, política e institucional (a tridimensionalidade estatal na acepção de Miguel Reale).

26. Não há possibilidade política-institucional para que haja o atributo da validade, que já é a normatividade legitimante, porém já há o *nomos*

²⁵ A ordem como elemento pré-estatal. Para Peter J. Steinberger (*The Idea of the State*. New York: Cambridge, 2004, p. 3 e ss) o Estado é estrutura de inteligibilidade e, se a Ordem é pressuposto existencial do Estado, a consciencialidade está diretamente vinculada à coerência com a pré-institucionalização do Estado. A Ordem tem a acepção de coexistência e convivência harmônica e possível da Sociedade, dentro da evolução histórico-cultural de uma Nação. Ordem pode ter a acepção diretividade das condutas humanas no sentido coexistencial possível da vida em agregação e aceitação social pela maioria daquele corpo social. A Ordem também pode ser vista como fator estruturante dinâmico da Sociedade, no sentido de mantê-la coesa como um todo e propiciar que os plúrimos estratos sociopolíticos possam conviver em uma harmonia possível. É uma existencialidade limitante já instituída, tendo o mínimo de coerência e coesão sistêmicas. É uma conjugação de conglobalidades sistêmicas entre a Sociedade e a Política (é a soberania política do Estado no sentido de momento de encerramento do sistema político (N. BOBBIO *in op. cit.*, p. 250-251), tal como a norma fundamental kelseniana. Há o sistema social coeso (Niklas Luhmann) e sobre ele aderido institucionalmente a soberania política – a *auctoritas* estatal, daí a coesão e a coerência, que ambos devem ser compreendidos como uma fenomenologia unificada que congloba áreas do conhecimento humano diversas. Não há em hipótese alguma submissão de uma por outra, mas metodologia de análise pertinente ao objeto do estudo. Daí é possível observar a governança e a governabilidade estatais da unidade política do povo. Ver: CENZANO, José Carlos de Bartolomé. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constiucionales, 2002, p. 95 e ss; DANTAS, Ivo. *Teoria do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 54 e ss; SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. 2. ed. Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo* – Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial. 13. ed. totalmente revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 400.

forjado, constituído na existencialidade institucional, logo *non há espaço de cratogeneticidade* para que a validade tenha sentido nos atos estatais, uma vez que o instituto juspolítico-institucional é a legitimação, a transmissão institucional do poder pelo Direito (Jolivet) da *Auctoritas* para a *Potestas*, do poder *mediato* para o *imediato*, instrumentalizado pelo ato decisório jurisdicional, logo o instituto jurídico da validade não é para o Direito Público e seus atos como expressão de supremacia política legítima, não tendo sentido e pertinência institucional.

27. Em síntese: a existencialidade é o *nomos* e a juridicidade confere o plano da eficácia²⁶.

2.1 O núcleo existencial do ato estatal e seus atributos

1. A existencialidade dos atos estatais possuem os seguintes atributos:

- a) o *nomos* (Carl Schmitt);
- b) a eticidade política (Norberto Bobbio);
- c) a supremacia estatal política (Miguel Reale e Carl Schmitt);
- d) a unidade política do povo (Carl Schmitt²⁷);

²⁶ A metodologia de análise se realiza em uma linha de temporalidade institucional de cratonogeneticidade do ato estatal até sua publicação. Inicia-se com o *nomos* existencial histórico, consoante a normatividade vigente, situação esta que não significa que o ato estatal está completo na sua temporalidade. Há uma centralidade política institucional imanente normativa pré-estatal de forja decisória final.

²⁷ Leciona Carl Schmitt in *Teoría de la Constitución* à p. 211 o conceito de unidade política: “3. La unidad política es representada como un todo. En esa representación hay algo que va más allá de cualquier mandato y de cualquier función. Por eso, no es representante cualquier “órgano”. Sólo quien gobierna tiene parte en la representación. El Gobierno se distingue de la Administración y de la gestión de negocios en que representa y concreta el principio espiritual de la existencia política. El Gobierno, según Lorenzo von Stein (*Verwaltungslehre*, pág. 92), lleva en sí “los principios”; actúa “en nombre de la idea de Estado”. Mediante esa especie de existencia espiritual, se distingue, tanto de un comisario establecido, como, por la otra parte, de un opresor violento. Con ideas de Justicia, utilidad social y otras normatividades, no puede comprenderse el hecho de que el Gobierno de una comunidad ordenada sea cosa distinta del poder de un pirata, pues todas esas normatividades pueden también corresponder al pirata. La diferencia consiste en que todo Gobierno auténtico *representa* la unidad política de un pueblo – no al pueblo en su realidad natural.” (grifos nossos). E às ps. 213-214: “En resumen, puede decirse: el Estado se basa como unidad política en una vinculación de dos principios de formación, el principio de la identidad (del pueblo consigo mismo como unidad política, cuando, por virtud de propia consciencia política y voluntad nacional, tiene aptitud para distinguir entre amigo y inimigo), y el principio de la representación, en virtud del cual la unidad política es representada por el Gobierno. Aplicación del principio de la identidad significa tendencia al mínimo de gobierno y de dirección personal. Cuanto más se aplique ese principio, tanto más se practica la resolución de los asuntos políticos

2. O *nomos*, como já disse Carl Schmitt, é o assentamento e estabelecimento de uma nova ordem, uma nova realidade concreta política-institucional de experiência imediata da ordem. E neste sentido o magistrado age na formulação e amoldagem da vontade governativa estatal, sem rupturas decisórias.

3. A ética estatal é diferente da ética comum, social²⁸.

4. Nesse tópico, faz-se inicialmente uma formatação metodológica para se atingir uma delimitação do conteúdo de uma ideia (BRUNTSCHLI *apud* ADOLFO POSADA – a ideia é o *puro pensado, a-histórico, a-temporal, a-espacial*, diferenciando-se do conceito, que é o histórico espaço-tempo) para os fins restritos deste estudo.

5. Partindo do texto *Ética e Política* de Norberto Bobbio in *Teoria Geral da Política*²⁹, cuja clareza e profundidade são suficientes para a exposição, afirma-se que há uma diferenciação entre a ética comum e a política, já historicamente apreciada por inúmeros pensadores, recebendo uma atributividade

“por sí”, gracias a un máximo de homogeneidad, naturalmente dada, o históricamente alcanzada. Esta es la situación ideal de una Democracia, según la supone Rousseau en el *Contrat social*. Se habla aquí de *Democracia directa o pura*, siendo de observar respecto de esta expresión que, propiamente, sólo hay Democracia directa, y lo indirecto no surge más que por la mezcla de elementos formales representativos. Allí donde todos están conformes, la decisión há de producirse espontáneamente, sin discusión y sin esenciales contraposiciones de intereses, porque todos quieren lo mismo. Pero esa situación há de considerars como simple construcción ideal del pensamiento, no como realidad histórica y política. El peligro de una aplicación radical del principio de la identidad estriba en que há de fingirse el supuesto esencial, la substancial homogeneidad del pueblo. El máximo de identidad no se da, pues, realmente, pero sí el mínimo de gobierno. La consecuencia es que un pueblo vuelve a caer, desde la situación de existencia política, en la situación infrapolítica, llevando una existencia simplemente cultural, o económica, o vegetativa, y sirviendo a un pueblo ajeno políticamente activo. Por el contrario: un máximo de representación significaría un máximo de gobierno; en tanto que pudiera actuar, se arreglaría con un mínimo de homogeneidad del pueblo, formando una unidad política con grupos humanos nacional, confesional o clasitamente distintos. El peligro de esta situación consiste en que es ignorado el sujeto de la unidad política, el pueblo, perdiendo su contenido el Estado, que no es nunca más que un pueblo en situación de unidad política. Sería entonces un Estado sin pueblo, una *res populi sin populus*.”

²⁸ Ver posição de Hans Kelsen in *Teoria General del Estado*. Granada: Comares, 2002, Tradução: Luis Legaz Lacambra, Estudio Preliminar: *Los Fundamentos del Estado Democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen*, José Luis Monereo Pérez, Biblioteca Comares de Ciência Jurídica, Colección: Crítica del Derecho, Sección: Arte del Derecho, v. 24, p. 43 e ss, no sentido de ser a Ciência Política como parte da Ética.

²⁹ *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. 1. ed. 12ª reimpressão. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2000, Organização: Michelangelo Bovero. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani.

particularíssima, já se descartando a moral ontologicamente analisada.

6. Há uma necessidade metodológica real e imperativa da separação assimétrica da Ética e da Política sem que uma se reduza à outra e vice-versa (N. BOBBIO *in op cit.* p. 184 e ss), sob pena de fracionamento da unidade política do povo (CARL SCHMITT³⁰), já acrescentando-se a separação institucional entre governantes e governados (Miguel Reale).

7. Afirma-se que há uma moral social e não individual, da exequibilidade dos deveres entre os integrantes sociais e do dever de obediência política ao Estado. Segundo Bobbio, hoje há na Filosofia Política uma discussão entre a Ética e a Metaética no sentido de sobreposição entre a ética comum e a política (N. BOBBIO *in op. cit.* p. 190³¹), prevalecendo a última no

pensamento hegeliano, que se adota neste estudo (N. BOBBIO *in op cit.* ,p. 192³²).

8. Entendo que a assimetria entre as vertentes éticas decorreu de uma razão especial de cada atividade e conduta humana, tal como é a política, assinalada e justificada por Bobbio *in op. cit.*, p. 189 e é o necessário para os fins deste estudo.

9. A existencialidade ética do ato estatal é a do próprio Estado, que tem sua *razão concreta*, na posição hegeliana³³, tal como expõe Bobbio *in op. cit.*, p. 192:

No parágrafo 337 dos *Lineamenti di filosofia del diritto*, ele resume breve, mas suficientemente,

um exemplo característico da filosofia prática de Croce, da segunda, na de Hegel.(...) e às ps. 231-232: “(...) Então, mais do que a imoralidade ou a amoralidade da política, ou de impoliticidade ou de apoliticidade da moral, *seria mais correto falar de dois universos éticos que se movem segundo critérios distintos de avaliação da ação segundo as diferentes esferas nas quais os indivíduos encontram-se agindo.* Desses dois universos éticos são representantes ideais (na prática pode haver confusões e sobreposições) dois personagens distintos que agem no mundo sobre caminhos destinados a quase nunca se encontrar: de um lado, o homem de fé, de convicções profundas, o profeta (pensemos na figura do profeta desarmado escarnecido por Maquiavel), o moralista, o sábio que olha a cidade celeste como a uma meta ideal, mesmo sabendo que não pertence a este mundo; de outro, o *condottiere*, o homem de Estado, o governante sagaz, o fundador de Estados, o “herói”, como o chamava Hegel, ao qual é lícito usar também de violência para imprimir a direção por ele fortemente desejada ao curso da história universal.” (grifos nossos)

³⁰ *Teoría de la Constitución*. 1ª edição, 5ª reimpressão. Madrid: Alianza, 2006, Tradução e Apresentação: Francisco Ayala, Epílogo: Manuel García-Pelayo, Alianza Universidad Textos, ps. 96-97. Afirma José Luis Monereo Pérez em estudo preliminar à obra *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del “Ius publicum europaeum”* já citada tem-se às fls. XLI-XLIII: “En el plano estrictamente jurídico, Schmitt se coloca frente al positivismo formalista (especialmente frente al normativismo de Kelsen), al considerar como elemento pre-jurídico que en la vida real existe un orden que es formalizado por el Derecho. El Derecho se encuentra determinado y prefigurado por el *nomos*, su misma fuente generadora es ese orden real concreto previo que ha sido formado en la vida de los pueblos en un espacio y tiempo determinado. Es ahí que el Derecho presupone un orden, esto es, un *nomos*. Para Schmitt existe, en efecto, una “unidad evidente de espacio y Derecho, de ordenación y asentamiento”. En este sentido el Estado aparece como *entidad portadora de una ordenación espacial* y esa presenta tanto una proyección interna como externa, ya que el próprio carácter interestatal del Derecho de Gentes europeo, en su configuración clásica, sólo es comprensible a partir de una amplia ordenación del espacio en que se basan los propios Estados. Según Schmitt, “el Estado es el *status político* de un pueblo organizado en el interior de unas fronteras territoriales”. El Derecho exterioriza mediante reglas jurídicas un orden interno de un pueblo situado en un espacio en un momento histórico determinado. De manera que ese *orden social se forma de modo esencialmente institucional*, y no es generado artificialmente sino atendiendo al mismo orden material que se refleja en la forma jurídica. El Estado es en el modo de pensar de Schmitt *la unidad política del pueblo*. Más precisamente es un determinado *status* de un pueblo, *el status de la unidad política*. El Estado es una situación la situación de un pueblo. Pero, para él, el Estado, “pieza brillante de forma europea y del racionalismo occidental”, es una instancia que se sitúa por encima de la sociedad. El Estado es una instancia de intermediación y arbitraje que ostenta un poder absoluto sobre la sociedad civil y reflejo de un poder soberano en el ámbito de las relaciones con otros Estados, lo que le permite ser “parte” de las guerras civiles e interestatales, para así llevar a cabo su función característica de garantizar una paz duradera.”

³¹ “Com relação ao problema das relações entre moral e política, uma das soluções possíveis é conceber moral e política com dois sistemas normativos distintos mas não totalmente independentes um do outro, e sim colocados um sobre o outro em ordem hierárquica. Naturalmente uma solução desse tipo pode ter duas versões: dos dois sistemas normativos, o moral é superior ao político, ou, então o político é superior ao moral. Da primeira versão pode-se encontrar

³² “Com maior razão, quem considerou o Estado não como *magnum latrocinium*, mas como o “racional em si e por si”, como o momento último da eticidade, a qual é por sua vez momento último do Espírito objetivo (da filosofia prática no sentido tradicional da palavra), teve de colocar os imperativos últimos do Estado acima dos imperativos da moral individual. O sistema de Hegel é um grande exemplo iluminador, também pela sua singularidade, da total inversão da relação entre moral e política que tivera uma de suas expressões máximas no pensamento kantiano. Serve, de fato, magnificamente para ilustrar uma forma de justificação da imoralidade da política distinta de todas aquelas examinadas até aqui: a moral no sentido tradicional da palavra não é por Hegel excluída do sistema, mas é considerada um momento inferior no desenvolvimento do Espírito objetivo que encontra sua realização na moral coletiva ou eticidade (da qual o Estado é portador).”

³³ KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: O político entre a especulação e a positividade*. Barueri: Manole, 2006, Tradução: Carolina Huang, p. 236-239. E nas palavras do próprio Hegel: “O Estado é a *substância ética consciente-de-si*, a união dos princípios da família e da sociedade civil; a mesma unidade que na família está como sentimento do amor é sua essência; mas que, ao mesmo tempo, mediante o segundo princípio, do querer que-sabe e por si mesmo atua, recebe a forma de universalidade [que é] sabida; esta, como suas determinações que se desenvolvem no saber, tem, para o conteúdo e o fim absoluto, a subjetividade que-sabe, isto é, quer para si mesma esse racional.” (*Enciclopédia das Ciências Filosóficas em compêndio (1830)*. São Paulo: Loyola, 1995, Tradução: Paulo Menezes e Pe. José Machado, Vol. III – A Filosofia do Espírito, Coleção: O Pensamento Ocidental, p. 306). Ver também de HEGEL: *Lineamenti di filosofia del Diritto – Diritto naturale e scienza dello Stato*. Milano: Bompiani Testi a Fronte, 2006. Tradução: Vincenzo Cicero, p. 417.

a sua doutrina em questão. O parágrafo começa assim: “Muito se discutiu durante um período, sobre a posição entre moral e política e sobre a pretensão de que a segunda se conforme à primeira”. Mas é uma discussão, dá a entender Hegel, teve sua época mas se tornou anacrônica, pelo menos desde que se principiou a compreender que o bem do Estado tem uma *justificação* completamente distinta do bem do indivíduo isolado: o Estado tem uma razão de ser *concreta* e somente essa sua existência concreta pode valer como princípio da sua ação, não um imperativo moral abstrato que prescindia completamente das exigências e dos vínculos impostos pelo movimento histórico, do qual o Estado – não o indivíduo isolado e tampouco a soma dos indivíduos isolados – é o protagonista. Daqui deriva, aliás, a conhecida tese de que apenas a História Universal, e não uma moral a-histórica colocada (por quem?) acima dela, pode julgar o bem e o mal dos Estados, dos quais depende a sorte do mundo, bem mais do que da conduta, por moral que seja, deste ou daquele indivíduo isolado. A partir desse ponto de vista, parece correto afirmar que, para Hegel, a moral individual é inferior, no que concerne à sua validade, à moral do Estado, e deve a ela ceder quando o dever histórico do Estado assim o exigir.³⁴

10. O magistrado age como instrumento institucional para afastar a ética comum, como elemento imanente da personalidade das partes para calibrar a Ética política, no sentido de viabilizar a governança e a governabilidade estatais.

11. A *supremacia estatal política* projeta o dever político de obediência aos comandos estatais pelos cidadãos, sociedade e instituições³⁵. É a afirmação da soberania ordenativa de condutas disciplinadas a serem obedecidas, inclusive pelo próprio Estado. A distrofia da ordem concreta estatal torna-se um

fator inibitório, impediendo do correto exercício de obediência à soberania estatal, daí a qualidade eugênica de imperativa utilização no instrumento de poder estatal.

12. É no Estado que se consolida a ordem juspolítica-institucional da Nação³⁶ e dela se desprende formando uma unidade concreta institucional e realizada via atos estatais, que o magistrado projeta um consenso possível e a necessidade da governabilidade política do Estado³⁷, logo, age como viabilizante institucional puntualizado nos atos estatais antes de receberem seu ingresso jurídico pleno³⁸.

13. A *unidade política do povo* no Estado³⁹, na dialeticidade temporal entre os princípios político-

³⁴ Ver: BOURGEOIS, Bernard. *O Pensamento político de Hegel*. São Leopoldo: Unisinos, 1999. Tradução: Paulo Neves da Silva, Coleção Idéias, vol. 1; WEBER, Thadeu, O Estado Ético, In: *Estado e Política – A Filosofia Política de Hegel*. DOTTI, Jorge E. et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, Revista Filosofia Política, Série III, n. 5, p. 101 e ss; BEISER, Frederick C. *The Cambridge Companion to Hegel*. 1. ed., 2ª reimpressão. New York: Cambridge, 1996, p. 211 e ss.

³⁵ MONEREO PÉREZ, José Monereo, In: “Soberanía y orden internacional en Carl Schmitt” - estudo preliminar. El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del “Ius publicum europaeum”, *op. cit.* p. XLIII sobre a acepção de soberania estatal e a obediência de todos de seus comandos. BOBBIO, Norberto *in op. cit.* p. 160-161 e 570: “Discurso não diferente deve ser feito em relação ao outro princípio fundamental cuja observância garante a conservação da paz: “As leis devem ser obedecidas”. Também este princípio é em si mesmo considerado um princípio moral, cujo fundamento deve ser buscado em algum argumento racional como aquele pelo qual nenhum grupo organizado pode sobreviver sem normas de caráter geral *super partes* (diferente dos contratos, que são *inter partes*) e sem que estas sejam em geral observadas (se se trata de proibições) ou executadas (se se trata de comandos) [...]”

³⁶ Leciona Carl Schmitt *in Teoría de la Constitución* p. 228: “Nación significa, frente al concepto general del pueblo, un *pueblo individualizado por la conciencia política de sí mismo*. [...] Si la Nación es concebida como sustancia de la igualdad democrática, resultarán de ello consecuencias prácticas de especial naturaleza. Un Estado democrático que encuentra los supuestos de su Democracia en la homogeneidad de sus ciudadanos, se corresponde en el llamado principio de la nacionalidad, según el cual una Nación forma un Estado y un Estado encierra dentro de sí una Nación. Un Estado nacionalmente homogéneo aparece entonces como lo normal; un Estado al que esa homogeneidad falta, tiene algo de anormal que pone en peligro la paz. El principio de la nacionalidad se convierte de este modo en supuesto de la paz y en “fundamento del Derecho internacional.”

³⁷ Leciona N. Bobbio *in op. cit.*, p. 214: “Nos últimos anos, os termos-chave da teoria do governo mudaram outra vez: não se fala de bom governo e mau governo, tampouco de governo máximo e governo mínimo, mas de governabilidade e ingovernabilidade. [...]”

³⁸ Ver: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: Arménio Amado, 1979, Tradução e Prefácios: L. Cabral de Moncada, Coleção Stvdium, p. 178-180 especialmente à p. 180: “[...] O direito positivo é, antes de tudo, chamado a “criar a paz nas relações humanas durante a luta das opiniões, ou enquanto dura a batalha entre os filósofos” (Anselm Feuerbach). Se a justiça é a segunda grande preocupação do direito, a primeira não pode deixar de ser a da segurança, da paz e da ordem social. “Antes quero ver praticada uma injustiça do que ter de sofrer a desordem” – dizia Goethe. E mais ainda: “é sempre preferível sofrer uma injustiça a que o mundo viva sem lei.” No mesmo sentido: JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México: Fondo Económico de Cultura, 2000, Tradução e Prólogo: Fernando de los Ríos, Coleção Política y Derecho, p. 323. BRENNAN, Geoffrey & BUCHANAN, James M. *The reason of rules – Constitutional political economy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. BUCHANAN, James M. *The Limits of Liberty – Between Anarchy and Leviathan*. Chicago: University of Chicago Press, 1975.

³⁹ MORTATI, Costantino. *In op. cit.* p. 20 e ss; BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 14: “Uma constituição pressupõe a unidade política do povo, que a gera pelo poder constituinte. O direito constitucional, de acordo com Isensee, é qualificado como direito político justamente porque tem como objetivo imediato garantir a unidade do povo. A doutrina publicista tradicional, no entanto, entende que o povo e o poder constituinte não têm lugar no direito constitucional, por não serem “categorias jurídicas”.

formais identidade e representação (CARL SCHMITT *in Teoría de la Constitución*, p. 205 e ss e, especialmente, p. 213-214⁴⁰) gera a ordenatividade e diretividade da realidade política-institucional, sendo um tónus da Ordem já na sua amoldagem jurídico-normativa, que se consolida na governança e governabilidade do

O que se esquece com esta visão é o simples fato de que as questões constitucionais essenciais são políticas, não podem ser decididas pelos tribunais.” E às p. 25-26: “O poder constituinte, para Carl Schmitt, é a origem concreta da forma política. É a própria exceção, sendo impossível de ser descrito em termos normativos. Seu fundamento é a vontade política existencial, cujo sujeito, na democracia, é o povo. A unidade política é formada pela decisão política fundamental do poder constituinte, que é pré-existente enquanto ser concreto, mas que só vem a existir efetivamente na decisão existencial. O povo, para Schmitt, está acima e além da constituição, entendendo, portanto, que o poder constituinte não se esgota, permanece existindo ao lado e acima da constituição, o que justifica a célebre distinção entre constituição e lei constitucional.” (grifos nossos) Leciona N. BOBBIO *in op. cit.*, p. 211 acerca do bom governo: “[...] o bom governo rege a coisa pública mediante a justiça e através da justiça assegura a concórdia entre os cidadãos e a paz geral. A idéia do bom governo entendido com o governo para o bem comum é e sempre será associada à idéia de que apenas o governo segundo a justiça impede a formação de desigualdades que, desde Aristóteles, eram a principal causa do surgimento das facções, e assegura aquela concórdia, ou unidade do todo, que é a condição necessária para a sobrevivência da comunidade política.” (grifos nossos)

⁴⁰ “6. En resumen, puede decirse: el Estado se basa como unidad política en una vinculación de dos contrapuestos principios de formación, el principio de la identidad (del pueblo presente consigo mismo como unidad política, cuando, por virtud de propia conciencia política y voluntad nacional, tiene aptitud para distinguir entre amigo y enemigo), y el principio de la representación, en virtud del cual la unidad política es representada por el Gobierno. Aplicación del principio de la identidad significa tendencia al mínimo de gobierno y de dirección personal. Cuando más se aplique ese principio, tanto más se practica la resolución de los asuntos políticos “por sí”, gracias a un máximo de homogeneidad, naturalmente dada, o históricamente alcanzada. Esta es la situación ideal de una Democracia, según la supone Rousseau en el *Contrat social*. Se habla aquí de Democracia directa o pura, siendo de observar respecto de esta expresión que, propiamente, sólo hay Democracia directa, y lo indirecto no surge más que por la mezcla de elementos formales representativos. Allí donde todos están conformes, la decisión há de producirse espontáneamente, sin discusión y sin esenciales contraposiciones de intereses, porque todos quieren lo mismo. Pero esa situación ha de considerarse como simple construcción ideal del pensamiento, no como realidad histórica y política. El peligro de una aplicación radical del principio de la identidad estriba en que ha de fingirse el supuesto esencial, la sustancial homogeneidad del pueblo. El máximo de identidad no se da, pues, realmente, pero sí el mínimo de gobierno. La consecuencia es que un pueblo vuelve a caer, desde la situación de existencia política, en la situación infrapolítica, llevando una existencia simplemente cultural, o económica, o vegetativa, y sirviendo a un pueblo ajeno políticamente activo. Por el contrario: un máximo de representación significaría un máximo de gobierno; en tanto que pudiera actuar, se arreglaría con un mínimo de homogeneidad nacional, confesional o clasistamente distintos. El peligro de esta situación consiste en que es ignorado el sujeto de la unidad política, el pueblo, perdiendo su contenido el Estado, que no es nunca más que un pueblo en situación de unidad política. Sería entonces un Estado sin pueblo, una *res populi sin populus*.”

Estado⁴¹, orientando a obediência de seus comandos já legítimos, tal como acima lecionou Hauriou, pois o Poder foi juridicamente transmitido.

14. Em síntese, a *nomogeneticidade* e *patologia* dos atos estatais tem que ser reanalisadas a partir da essência do Direito Público, com o atributo político imanente e não utilizar do Direito Privado para justificar a existência, validade e eficácia daqueles. Neste sentido, os atos estatais são *bidimensionais*, com o espectro político e jurídico, logo não há atos políticos e atos administrativos, mas *vertentes de uma mesma realidade concreta estatal*, uma vez que estes atos já contem um *nomos* ético político de supremacia estatal de obediência de todos, visando a unidade política do povo.

15. O magistrado age na realidade política concreta de cratonomogeneticidade dos atos jurisdicionais, calibrando a unicentralidade para a pluricentralidade de governança e governabilidade estatais, visando a estabilidade institucional possível, dentro de uma temporalidade política necessária⁴².

16. A normatividade estatal referente aos embargos de declaração são rígidas, pois há uma razão suficiente para assim ser, já que há limites políticos para apresentar a discussão da ordem estatal contida na decisão jurisdicional.

17. A patologia na decisão estatal é exceção, logo a rigidez é fator imprescindível de segurança juspolítica do Estado na conformação da ordem pré-instituinte juspolítica do Estado, na qualidade de Instituição organizacional política e mantenedora da unidade política do povo⁴³.

18. A nomogeneticidade jurisdicional há de apresentar a visibilidade⁴⁴ da ordem ao final para

⁴¹ DROMI, Roberto. *Sistema Jurídico e Valores Administrativos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p. 13-14.

⁴² “[...] Se quisermos perceber o que é uma sociedade humana na sua história e na sua estrutura, não basta olhar o vértice, mas é preciso descer da chamada “classe política” para as classes sociais. Não basta estudar os mecanismos institucionais, mas é preciso observar em que condições eles operam, e se a *dinâmica desses mecanismos* não se tornou muito mais difícil de ser compreendida devido a real influência dos poderes não imediatamente visíveis, mas substancialmente determinantes.” (NORBERTO BOBBIO *in op. cit.*, p. 395)

⁴³ Entendo que Instituição é uma realidade política ordenada no mundo fenomênico. É uma facticidade, um ser-no-mundo politicamente conglobante de vontades, formando uma unidade política já pré-ordenada, contendo um núcleo de poder legítimo para se estabelecer numa posição pré-jurídica estatal, amoldando-se numa constituição normativa, positiva.

⁴⁴ Visibilidade possui a mesma semântica que transparência e, neste sentido, leciona Régis Fernandes de Oliveira: “A transparência da coisa pública decorre do princípio republicano. Este pressupõe

sua *facticidade*, o ser no mundo, expressando o exaurimento do comando, logo há de se apresentar a coesão e limpidez da direção a seguir⁴⁵.

2.2 Da visibilidade do poder

1. Ato decisório estatal é ato de Poder, de supremacia estatal imanente ao seu ser existencial, logo a dimensão política se faz presente.

2. Neste sentido, qualquer que seja a distrofia ou patologia o risco de criar-se um vácuo de poder factível não se pode aceitar, já que também não é possível (IVES GANDRA DA SILVA MARTINS⁴⁶) e como derivação

temporiedade de mandatos e responsabilidade. Nem por outro motivo é que o art. 37 da CF estabeleceu que a Administração Pública deve obedecer a alguns princípios, dentre eles o da publicidade, com ele dá-se transparência ao comportamento do Poder Público; a publicidade pressupõe controle e este propicia o exercício democrático dos mecanismos de funcionamento dos poderes. Transparência significa que nada pode ficar escondido e às escuras. Tudo deve ser público e subordinado aos procedimentos formais e sociais de controle. Transparência é fundamentar as decisões e atos que as seguem, é motivar os comportamentos, é não agir de forma tresloucada, é utilizar-se de raciocínio persuasivo, é demonstrar as razões de sua conduta, é subordinar suas decisões aos controles instituídos na Constituição e nas leis, é buscar demonstrar os fundamentos das razões invocadas, é respeitar o diálogo, é aceitar a dissensão, é buscar o consenso pelo consenso. A transparência é reflexo e consequência dos princípios republicano e democrático. É sujeição à legalidade, à legitimidade e à moralidade. A transparência aceita a crítica, buscando a eficiência.” (*Curso de Direito Financeiro*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 469)

⁴⁵ Leciona Hans Kelsen: “(...) É preciso estabelecer se *in concreto* existe um fato que a norma geral determina *in abstracto*; e é necessário pôr um ato concreto de coerção – isto é, ordená-lo e depois executá-lo, – para este caso concreto, ato de coerção esse que é igualmente determinado *in abstracto* pela norma geral. Portanto, a aplicação de uma norma geral a um caso concreto consiste na produção de uma norma individual, na individualização (ou concretização) da norma geral. E, por isso, a função da norma geral a aplicar também pode consistir em determinar o conteúdo da norma individual que é produzida através do ato judicial ou administrativo, da decisão judicial ou da resolução administrativa. As normas gerais a aplicar pelos órgãos jurisdicionais e administrativos têm, portanto, uma dupla função: 1ª – a determinação destes órgãos e do processo a observar por eles; 2ª – a determinação do conteúdo das normas individuais a produzir neste processo judicial ou administrativo.” (*Teoria Pura do Direito*. 6. ed. – 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000, Tradução: João Baptista Machado, p. 256).

⁴⁶ *O Estado de Direito e o Direito do Estado e outros escritos*. São Paulo: Lex, 2006, p. 30: “O poder não admite vácuos. O vácuo de poder, todavia, tem sido uma característica constante de seu exercício, neste século. A rapidez das decisões, as interdependências dos países, os conflitos regionais, as dificuldades próprias ou criadas em cada nação, as influências ideológicas, o terrorismo, as contestações e toda a série de ingredientes, hoje conhecidos exigem de quem exerça a autoridade talento, conhecimento e vocação, e não apenas ambição. E se esta é comum a todos os que detêm, aqueles outros valores nem sempre constituem os dotes dos governantes. A tendência do exercício de um poder, que vive da repetição de idéias, muitas vezes não compreendidas, aliada a uma incapacidade crescente na solução dos problemas próprios de cada comunidade. O vácuo de poder não é privilégio dos regimes

deste vácuo haveria uma rarefação da normatividade ante à inexistência de possibilidade fática de cumprir a ordem estatal sem conhecer sua fonte de legalidade, da supremacia estatal da unitariedade política que se esvaieceria, além da perda de credibilidade.

3. É a visibilidade das tensões do poder⁴⁷, dos estratos sociais, dos fatores estáticos e dinâmicos de insegurança (Diogo de Figueiredo Moreira Neto)/ externalidades econômicas, dos dissensos políticos e demais.

de força. Pode surgir, nos regimes democráticos, debilitados pela corrupção, pela mediocridade ou que passaram a ser controlados por grupos menos patrióticos. E pode não surgir, nos regimes de força, quando liderados por pessoas com talento e capacidade suficientes para representarem as aspirações populares. O vácuo decorre, normalmente, de uma falta de visão histórica dos que detêm o poder, incapazes de viver o presente, na realidade nacional e internacional, e incapazes de projetar o futuro, a partir de uma intuição da evolução natural desta realidade, nos dois planos. O poder, em vácuo, normalmente, é exercido pela simples lógica do poder em si e se resume em governar, em ordenar, em mandar, em impedir que os adversários atinjam-no. O poder, em vácuo, é exercido, mediocrementemente, vendo fantasmas em todas as contestações e premiando os incapazes e pulsilâmines, que sempre o aderem sem oposições. O poder, em vácuo, afasta os mais capazes, pois estes podem derrubá-lo. O poder em vácuo, por fim, termina sendo vítima dos próprios meios utilizados contra seus adversários quase sempre na medida desses meios, sendo seu detentores eliminados violentamente, se usarem da violência ou apenas afastados, se apenas afastarem seus adversários na arena política. O mundo do século XX, que começa a necessitar de uma profunda revisão dos conceitos, estilos e normas de governo, praticamente vive no vácuo do poder, com as lideranças mundiais repetindo conceitos insuficientes para romperem o mundo futuro e b[iv]isando o fracasso daquilo que poderia ser realmente o estímulo de uma nova era para a humanidade, ou seja, a valorização da Organização das Nações Unidas. O poder exercido apenas nos limites soberanos, com uma dupla moralidade no âmbito nacional e internacional, com o que cinismo muitas vezes ganha foros de habilidade e o egoísmo passa a ser marca de preservação dos bens e valores nacionais, é o retrato mais melancólico de um mundo que, na medida em que se consciencializa da necessidade de uma verdadeira união para sobreviver aos desafios deflagrados, percebe que as lideranças mínimas para este esforço comum, pois, incapacitadas de repensar o presente, para assegurar o futuro do homem. Por esta razão, o vácuo de poder é irmão gêmeo das revoluções que nem sempre criam o poder sem vácuo.”

⁴⁷ “*O poder do Estado* é uno, pois resulta, necessariamente, da própria unidade nacional que o outorga. Suas *expressões funcionais* é que são diversas e diferentes. Assim, a *vontade do Estado* é a mesma em qualquer de suas manifestações, tanto na *lei*, quanto na *sentença* ou no *ato administrativo*, assim como em quaisquer manifestações autônomas constitucionalmente destacadas, como as das funções essenciais à justiça e as dos tribunais e conselhos de contas ou dos entes que conformam a Ordem dos Advogados do Brasil, de modo que o que varia é a *eficácia* atribuída a cada uma dessas expressões funcionais. Constitui-se, por isso, um *conjunto de atos portadores de vontade estatal*, como expressão da *diversidade de eficácias possíveis*, que a ordem jurídica atribui a cada um deles, conformando um *sistema articulado e hierarquizado*, cujo conhecimento é essencial para a prática profissional do Direito Administrativo.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo* – Introdução, parte geral e parte especial. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 568)

4. Nos embargos de declaração a visibilidade da desordem⁴⁸ se racionaliza e refina elegantemente no instrumento processual em seu já elemento imanente e essencial: a *ordem*. É esta visibilidade ordenativa do poder que se aclara como fator político da soberania ordenadora teleológica estatal, já que o processo é um instrumento de Poder (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁴⁹).

5. É a visibilidade do poder mostrando a *visibilidade da desordem* (ordem pública na acepção material – Jean Rivero) e *puntualidade distrófica* na estatalidade da ordem (*factibilidade* e *facticidade* ordenativas, no *abstrato* e no *empírico*), gerando-se na dinamicidade governativa processual um fator impediendo da sinergia cratológica estatal, rumo à pacificação social⁵⁰ e à estabilidade institucional. E, em assim o fazendo, está-se na arbitrariedade.

6. A visibilidade da desordem não pode ser parâmetro para a racionalidade do ato estatal, sendo situações logicamente imiscíveis e incongruentes entre si, pois racionalidade pressupõe harmonia, diretividade coerente-orgânico-teleológica-dopensamentohumano, de planejamento e previsibilidade de condutas.

7. É a visibilidade da desordem extroversa e potencialmente contida na ordem estatal, na qual não há uma certeza jurídica de diretividade a seguir-se. A *coercitividade* e a *coercibilidade* normativas (MIGUEL REALE⁵¹) são, no mínimo, bidirecionais, bidimensionais, logo há uma *patologia* na *factibilidade* e uma *distrofia* da *facticidade* da coação estatal e na realizabilidade do

Direito, que muitos simploriamente denominam, sob carga axiológica única, de *efetividade da jurisdição*. A produção, aplicação e certeza do Direito é um aspecto da eticidade normativa estatal⁵².

8. A ordem jurisdicional (estatal) há de ser clara e coerente para ser cumprida pelos súditos do Estado, já que é imperativamente uma *estrutura de intelegibilidade*, que é o próprio Estado (STEINBERGER).

9. Patologia na diretividade da ordem estatal é inaceitável, pois há de se possibilitar a viabilidade instrumental dos embargos de declaração, não se limitando exclusivamente à normatividade, na acepção jurídico-positiva⁵³, mas, principalmente, à *política*, ou seja, o sentido, a direção e a expansão cratológica da ordem estatal e seu cumprimento pelos súditos do Estado.

10. Analisa-se, portanto, o núcleo do instrumento processual: a *ordem*, que se forma até antes do próprio Estado⁵⁴, com a ambiência e a acomodação juspolítica-

⁴⁸ “É indispensável ter conhecimento da realidade das relações sobre as quais se projeta a eficácia dos provimentos gerados no processo, sob pena de inutilidade ou inadequação das soluções encontradas. E nada disso poderá ser obtido com segurança e acerto se não se tiver uma visão de todo o conjunto da ciência, de todos os seus institutos e dos princípios que a presidem. Se as soluções setoriais não ficarem amalgamadas nessa liga pelos princípios fundamentais e pela visão dos objetivos, o campo será propício à desordem, ao casuismo, à incoerência, e, como estamos no domínio de uma ciência normativa, ele estará aberto à injustiça. Essas observações põem em destaque a importância científica da consciência do objeto formal da nossa ciência do direito, particularmente na ciência do direito processual. Objeto e método implicam-se reciprocamente, e é necessário conhecer ambos para que conhecer se possam os verdadeiros caminhos da ciência eleita.” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. *Fundamentos*, p. 248-249).

⁴⁹ *A Instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92 e ss.

⁵⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo*. Processo de Conhecimento, Juizado Especiais Cíveis, Ações Coletivas, Recursos e Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. 2. ed. reformulada, atualizada e ampliada da obra Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 28 e 39

⁵¹ *Filosofia do Direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

⁵² O processo institucional de aplicação do Direito é o por ele regrado, racionalizado, insubstituível por outro diverso, sob pena de transformar-se o que é jurídico em outro ramo do conhecimento humano ou a ele acoplado de forma arbitrária, ou seja, uma simbiose constituída de metodologia una, racional e ordenativa, não sendo aceitável a substituir o Direito pela Política, quando é da Normatividade o momento de julgamento dos embargos de declaração. Ver KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. – 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradutor: João Baptista Machado, p. 78-79.

⁵³ Ver conceito lógico-jurídico e jurídico-positivo para Hans Kelsen in *op. cit.*, p. 260, como uma das acepções da Normatividade ante à atual Hermenêutica constitucional-Hermenêutica Filosófica.

⁵⁴ CENZANO, José Carlos de Bartolomé. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 95 e ss. Leciona José Luis Monereo Pérez em estudo preliminar a posição de Carl Schmitt: “En el plano estrictamente jurídico, Schmitt se coloca frente al positivismo formalista (especialmente frente al normativismo de Kelsen), al considerar como elemento pré-jurídico que en la vida real existe un orden que es formalizado por el Derecho. El Derecho se encuentra determinado y prefigurado por el *nomos*, su misma fuente generadora es ese orden real concreto previo que ha sido formado en la vida de los pueblos en un espacio y tiempo determinado. Es así que el Derecho presupone un orden, esto es, un *nomos*. Para Schmitt existe, en efecto, una “unidad evidente de espacio y Derecho, de ordenación y asentamiento”. En este sentido el Estado aparece como entidad portadora de una ordenación espacial y esa cualidad presenta tanto una proyección interna como externa, ya que el propio carácter interestatal del Derecho de Gentes europeo, en su configuración clásica, sólo es comprensible a partir de una amplia ordenación del espacio en que se basan los propios Estados. Según Schmitt, “el Estado es el status político de un pueblo organizado en el interior de unas fronteras territoriales”. El Derecho exterioriza mediante reglas jurídicas un orden interno de un pueblo situado en un espacio en un momento histórico determinado. De manera que ese orden social se forma de modo esencialmente institucional, y no es generado artificialmente sino atendiendo al mismo orden material que se refleja en la forma jurídico. El Estado es en el modo de pensar de Schmitt la unidad política del pueblo. [...]” (grifos nossos)

institucional⁵⁵, projetando a paz social possível, desejável e desejada.

11. Há uma análise da intimidade da desordem nos embargos de declaração, tornando e fazendo-se visível a desordem e sua múltipla diretividade poliédrica, sem sentido concretizável e antagônico organicamente nos capítulos dos atos estatais decisórios (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁵⁶).

12. A distrofia da Ordem material na diretividade da facticidade da determinação estatal é um fator impediante da derivação existencial, do *nomos*, é um limite derivante existencial do eu e mundo e o eu no mundo no sentido de assentamento e estabelecimento da institucionalização política da ordem estatal no atributo de condutibilidade dos súditos do Estado e da estabilização institucional do Estado, segundo sua Ética (G.W.F.Hegel), além da autopreservação do espaço vital de institucionalização da Normatividade.

13. Em síntese, o ato jurisdicional decisório há de apresentar uma visibilidade de poder claro e racionalmente factível na existencialidade humana⁵⁷, no sentido de estrutura de intelegibilidade que traz em sua nuclearidade o *nomos*, já institucionalmente viabilizado pela ordem, daí a imperatividade existencial e também normativa de impedirem-se patologias e distrofias de materialização da desordem⁵⁸, resolvendo via instrumento de impugnabilidade. Os embargos de declaração visam a acepticemia da desordem e sua

derivação existencial distrófica e, conseqüentemente, a eugenia nascente da ordem estruturante da *factibilidade* e *facticidade* do ato de poder do Estado.

Conclusão

1. Embargos de declaração visa trazer a visibilidade da desordem do Poder em sua nuclearidade: o *nomos*.

2. Há de existir instrumentos da Normatividade que viabilizem a *ordenatividade*⁵⁹, *facticidade* e *factibilidade* da ordem estatal aos súditos do Estado, que tem o dever político de obediência no seu cumprimento⁶⁰.

3. Os atos estatais não podem ter a metodologia de conhecimento e a hermenêutica de análise a partir do Direito Privado, mas do Direito Público, com a inexorável dimensão política do Estado, e, principalmente, a soberania que, na ótica interna, é a supremacia.

4. Entendo que patologias e distrofia de atos estatais se encontram somente nos planos de cognoscibilidade do objeto: o da existencialidade e o da eficácia, já que ato estatal não pode conviver com a instabilidade decisória de elementos seus que o inviabilizem de diretividade política e da formação da unidade política do povo.

5. São elementos dos atos estatais: o *nomos*, a eticidade política, a supremacia política estatal e a unidade política do povo.

⁵⁵ O elemento Ordem há de existir como um mínimo cognoscível, de ato consciencial para a organicidade possível e viável da Ordem, no sentido de estabilização mínima primária e formativa de integração para a gênese estatal.

⁵⁶ *Capítulos da sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35: "Definem-se portanto os capítulos de sentença, diante do direito positivo brasileiro e dessas considerações, como *unidades autônomas do decisório da sentença*. É no isolamento dos diversos segmentos do decisório que residem critérios aptos a orientar diretamente a solução dos diversos problemas já arrolados, quer no tocante aos recursos, quer em todas as demais áreas de relevância, já indicadas."

⁵⁷ A visibilidade da Ordem é imperativa para cada capítulo da sentença (=unidade elementar autônoma – Enrico Tulio Liebman e Cândido Rangel Dinamarco) visando a homogeneidade orgânica da ordem estatal contida no título jurídico, no ato estatal decisório. A estrutura morfológica capitular ordenada projetará a diretividade do instrumento de Poder do Estado visando a facticidade e a submissão a ela, daí a imperatividade que o Estado confere à visibilidade ser necessária como um fator de facticidade e governabilidade éticas, transformadoras do mundo e uniformizadora da unidade política do povo.

⁵⁸ A conduta processual de utilização excepcional dos embargos de declaração para fins exclusivos de prequestionamento é uma situação patológica reativa à engenharia jurídica de admissibilidade recursal, logo institucionalmente não é objeto deste estudo, pois admite-se a gerência estatal da regra, da normalidade e não de patologia, da exceção distrófica.

⁵⁹ Ver acepção de ordenatividade jurídica pela Teoria Geral do Direito – o Construtivismo Lógico-Semântico em CARVALHO, Paulo Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 359 e CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito* (O Construtivismo Lógico-Semântico). São Paulo: Noeses, 2009.

⁶⁰ "Pois a disciplina legal do processo, com o desenho dos procedimentos em abstrato e definição das situações ativas e passivas integrantes da relação jurídica processual, constitui, antes e acima de tudo, a disciplina do exercício do poder e um sistema de limitações a ele. O sistema constitucional não toleraria o juiz exercendo a jurisdição de-ofício (qualquer juiz, de qualquer localidade e ainda que envolvido com as partes ou com o próprio interesse em litígio), sem ouvir os interessados, com poderes absolutos e exclusivos na iniciativa e produção da prova, sem vinculações a requisitos de forma quanto aos atos que realiza, sem limitações quanto aos provimentos a proferir, sem o dever de motivá-los, sem publicidade nem a censura de órgãos superiores etc. No processo, e segundo a lei, o Estado-juiz é titular de situações jurídicas integradas na relação jurídica processual e é nos limites delas que o poder é por ele legitimamente exercido. Por outro lado, é nesses poderes-deveres, ou nessa autoridade exercida sobre as partes, que se legitimam os atos por ele realizados com vista ao ato final em preparação – e que é provimento jurisdicional por excelência (no processo cognitivo, a sentença de mérito)" (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Fundamentos*, p. 278)

6. Os embargos de declaração realizam uma eugenia da ordem estatal, projetando a ordem, a diretividade e a governabilidade à facticidade a ser cumprida.

Bibliografia

- ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo, Processo de Conhecimento, Juizado Especiais Cíveis, Ações Coletivas, Recursos e Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 2. ed. reformulada, atualizada e ampliada da obra Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BEISER, Frederick C. *The Cambridge Companion to Hegel*. 1. ed., 2ª reimpressão. New York: Cambridge, 1996.
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. 1. ed., 12ª reimpressão. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2000. Organização: Michelangelo Bovero. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani.
- BOURGEOIS, Bernard. *O Pensamento político de Hegel*. São Leopoldo: Unisinos, 1999. Tradução: Paulo Neves da Silva, Coleção Ideias, v. 1.
- BRENNAN, Geoffrey & BUCHANAN, James M. *The reason of rules – Constitutional political economy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.
- BUCHANAN, James M. *The Limits of Liberty – Between Anarchy and Leviathan*. Chicago: University of Chicago Press, 1975.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. São Paulo: Noeses, 2009.
- CARVALHO, Paulo Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- CENZANO, José Carlos de Bartolomé. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constiucionales, 2002.
- CUEVA, Mario de la. *La Idea del Estado*. 5. ed. México: Fondo de Cultura Económica e Universidad Nacional Autónoma de México, 1996. Sección de Obras de Política y Derecho.
- CUNHA, Paulo Ferreira. *Repensar a Política – Ciência & Ideologia*. 2. ed. revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2007.
- DANTAS, Ivo. *Teoria do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 1.
- _____. *Capítulos da sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DROMI, Roberto. *Sistema Jurídico e Valores Administrativos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.
- DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional – Teoría General del Estado, El Derecho y el Estado, Las Libertades Públicas*. Granada: Comares, 2005. Tradução, prólogo e apêndice sobre “La Representación proporcional en España”: José G. Acuña, Edição e estudo preliminar: “La Teoría Jurídica de León Duguit”: José Luis Monereo Pérez e José Calvo González. Biblioteca Comares de Ciência Jurídica. Colección: Crítica del Derecho, Sección: Arte del Derecho, v. 62.
- HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Granada: Comares, 2003. Tradução, estudo preliminar, notas e adições: Carlos Ruiz del Castillo. Coleção: Crítica del Derecho. Seção: Arte del Derecho.
- HEGEL, G. W. F. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em compêndio (1830)*. São Paulo: Loyola, 1995. Tradução: Paulo Menezes e Pe. José Machado, V. III – A Filosofia do Espírito. Coleção: O Pensamento Ocidental.
- _____. *Lineamenti di filosofia del Diritto – Diritto naturale e scienza dello Stato*. Milano: Bompiani Testi a Fronte, 2006. Tradução: Vincenzo Cicero.
- HEIDEGGER, Martin. *Prolegómenos para una historia del concepto de tiempo*. 1ª edição-1ª reimpressão. Madrid: Alianza, 2007. Tradutor: Jaime Aspiunza. Coleção: Alianzaensaio.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México: Fondo Económico de Cultura, 2000. Tradução e Prólogo: Fernando de los Ríos. Coleção Política y Derecho.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. – 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000, Tradutor: João Baptista Machado.

_____. *Teoría General del Estado*. Granada: Comares, 2002, Tradução: Luis Legaz Lacambra, Estudo Preliminar: *Los Fundamentos del Estado Democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen*, José Luis Monereo Pérez, Biblioteca Comares de Ciência Jurídica, Colección: Crítica del Derecho, Sección: Arte del Derecho, v. 24.

KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: O político entre a especulação e a positividade*. Barueri: Manole, 2006, Tradução: Carolina Huang.

KRITSCH, Raquel. *Soberania: A Construção de um conceito*. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo e Humanitas – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2009, Ariel Derecho.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Teoría del Derecho – una concepción de la experiencia jurídica*. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2009. Colaboradores: Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas e Antonio Ruiz de la Cuesta.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Estado de Direito e o Direito do Estado e outros escritos*. São Paulo: Lex, 2006.

MONEREO PÉREZ, José Monereo, In: “Soberanía y orden internacional en Carl Schmitt” - estudo preliminar. *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del “Ius publicum europaeum”*. Granada: Comares, 2002. Trad. Dora Schilling Thou. Colección: Crítica del Derecho, Sección: Arte del Derecho, v. 41.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo – Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*. 13. ed., totalmente revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 10ª Edizione, rielaborata ed aggiornata. Padova: CEDAM, 1991. Manuali di Scienze Giuridiche, tomo I.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

POSADA, Adolfo. *Tratado de Derecho Político*. Granada: Comares, 2003. Estudo preliminar: José Luis Monereo

Pérez, Coleção: Crítica del Derecho. Seção: Arte del Derecho, v. 33.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed., revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: Arménio Amado, 1979. Tradução e prefácios: L. Cabral de Moncada, Coleção Stvdvdm.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 5 ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 5. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Filosofia do Direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. 2. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del “Ius Publicum Europaeum”*. Granada: Comares, 2002, Trad. Dora Schilling Thou, Colección: Crítica del Derecho, Sección: Arte del Derecho, v. 41.

_____. *Teoría de la Constitución*. 1. ed., 5ª reimpressão. Madrid: Alianza, 2006. Tradução e apresentação: Francisco Ayala. Epílogo: Manuel García-Pelayo, Alianza Universidad Textos.

STEINBERGER, Peter J. *The Idea of the State*. New York: Cambridge, 2004.

VIANELLO, Lorenzo Córdoba. *Derecho y Poder – Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009. Sección de Obras de Política y Derecho.

VIROLI, Maurizio. *De la Política a la razón de Estado – La adquisición y transformación del lenguaje político (1250-1600)*. Madrid: Akal, 2009. Tradução: Sandra Chaparro Martínez, Estudo preliminar: Sandra Chaparro e Rafael del Águila, Série: História Moderna.

WEBER, Thadeu. O Estado Ético, in: *Estado e Política – A Filosofia Política de Hegel*. DOTTI, Jorge E. et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. Revista Filosofia Política, Série III, n. 5.