

¹Estado e Legitimidade: O estado de exceção, a legalidade e a legitimidade pressionados pela opinião pública estarão vivos em 4.300 A/C ?

Emerson de Lima Pinto²

Na sociedade contemporânea verificamos que quando de um mandato ou legislatura propugna por uma ordem estabelecida a partir na noção clássica de separação de poderes designamos de legítimo o poder político e jurídico que decorre desta situação. Nesse processo consubstancia-se uma espécie de acordo com os valores e normas desta ordem devem encontrar fundamentos num princípio de justiça (Direito natural) que funda uma tradição transcendente a arbitrariedade e as vontades particulares conviventes em comunidade. Equivale a sustentar que esta justificação se relaciona com um interesse ou bem comum público que atualmente tem se conduzido em direção a uma sociedade mais estatista (Direito Positivo).

No *caso dos exploradores de caverna* esse debate vem à superfície e destaca diversos problemas teóricos que se no ano 4.300 não estão resolvidos imagine o leitor como se processa em nossa realidade debutante do século XXI. Ainda direito natural e direito positivo apresentam uma tensão presente na cátedra do direito que, no entanto, tem sido permeada por diversos filósofos (Habermas/Heidegger/Gadamer) que tem contribuído neste debate.

A situação em análise apresenta uma espécie de suspensão do direito, o Estado de Exceção e, para pensarmos sobre tal condição torna-se fundamental abordarmos a legalidade e legitimidade. Para tanto, Cadernatori (1999, p. 93) diferencia os conceitos de legitimidade e legitimação. Ele considera o significado de legitimidade como “quotidianamente, dizer que um poder é legítimo equivale a assegurar que é justo e; que é merecedor de aceitação, isto é, significa atribuir-lhe valoração positiva”. Por outro lado, ele diz que para o poder ser legitimado “significa que de fato suscita consenso”.

¹ O texto será apresentado do modo conjunto com diversos colegas da Faculdade de Direito CESUCA em 2011/2.

² Advogado. Professor universitário na UNISINOS, UNILASALLE e CESUCA. Especialista em Ciências Penais PUC/RS. Mestre em Direito Público UNISINOS.

O princípio da legalidade tem por finalidade a concretização de um dos objetivos maiores do Estado de Direito, ou seja, “do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita”³, em outras palavras, significa a submissão da Administração Pública à legislação.

Assim, o princípio da legalidade denota, também, o sentido de garantia, em que existe a certeza jurídica de limitação do poder das autoridades estatais, tornando o poder objetivado aos ditames legais⁴:

*Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa*⁵.

O termo legitimidade pode ser entendido como produto final de um processo denominado legitimação, para Febbrajo, que divide o conceito de legitimidade em seis elementos:

1) um *legitimandum*, que é o sujeito passivo, individual ou coletivo; 2) um *legitimans*, que é o sujeito ativo, individual ou coletivo; 3) um *fundamento de legitimidade*, que é o critério com base ao qual um *legitimans* atribui legitimidade a um *legitimandum* (que esse critério seja efetivamente aplicado ou exibido ou não, servirá de distinção ulterior entre um fundamento de legitimidade real ou ideológico); 4) um *medium* da relação de legitimação que é o veículo que transporta e difunde a legitimação por vezes atribuída ao *legitimandum*; 5) um *público* que é o conjunto de sujeitos direta ou indiretamente interessados na relação de legitimação, e eventualmente no papel de jogar nas confrontações desta função de controle; e 6) um *ambiente*, que é o conjunto de fatores externos relevantes, capazes de desempenhar, nas confrontações de uma concreta relação de legitimação, uma influência eventualmente direta para ampliar ou distorcer os efeitos. (1984, p. 21) (grifo nosso)

O caso em tela inicialmente suscita eventual situação de legitimidade para os *espeleológicos*⁶, mas também, os problemas decorrentes do princípio democrático, a legitimidade só se dá nas democracias pelo critério numérico, diante da vontade da maioria, sob a expressão da soberania popular, pois surge do livre debate e da discussão racional. O governo afastado do processo decisório e após ávido a uma resposta simbólica e exemplar para sociedade. Nesse âmbito, o governo legítimo (pela narrativa do texto, após o holocausto

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 4.ed.rev.ampl.atual. com EC nº 19/98 (Reforma Administrativa) e EC nº 20/98 (Reforma da Previdência). Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris Ltda, 1999. p. 12.

⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo**. 9.ed.rev.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 141.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores. 2001. p. 83.

⁶ FULLER, Lon L. O caso dos exploradores de caverna. Tradução original do inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre, Fabris, 1976. pág.01

futurista, com rígida separação de poderes) é aquele que radica a vontade das maiorias se afirma de modo perverso (violação das minorias). E, aí passamos a (re)lembrar alguns dos dilemas enfrentados por nossos fictícios magistrados e, em especial, o magistrado Foster J:

*“A proposição segundo a qual todo o direito positivo fundamenta-se na possibilidade de coexistência dos homens parece insólita não porque a verdade que ela contém seja estranha, mas simplesmente em razão de que se trata de uma verdade tão óbvia e tão abrangente que raramente temos a ocasião de expressá-la em palavras. À semelhança do ar que respiramos ela penetra de tal modo a nossa vida que nos esquecemos de sua existência até que dela somos subitamente privados. Quaisquer que sejam os objetivos buscados pelos vários ramos do nosso direito, mostra-nos a reflexão que todos eles estão voltados no sentido de facilitar e de melhorar a coexistência dos homens e de regular com justiça e equidade as relações resultantes de sua vida em comum. Quando a suposição de que os homens podem viver em comum deixa de ser verdadeira, como obviamente sucedeu nesta extraordinária situação em que a conservação da vida apenas tornou-se possível pela privação da vida, as premissas básicas subjacentes a toda a nossa ordem jurídica perderam seu significado e sua coercibilidade”.*⁷ (grifo nosso)

Historicamente, pode-se dizer que o princípio da legalidade surgiu, ainda, no Estado Liberal, uma vez que a Administração Pública encontrava-se neutralizada politicamente, restando ao Estado a aplicação do direito legislado, ao invés das vontades pessoais do governante⁸. Diante disso, nasceu o princípio da legalidade administrativa, que continuou existindo por todas as outras formas de Estado e estabeleceu que o Poder Público deve se submeter aos ditames da lei.

O formalismo atuante no pensamento dos magistrados (FORSTER) de nosso caso aparece na seguinte assertiva:

“Se os trágicos acontecimentos deste caso tivessem tido lugar a uma milha dos nossos limites territoriais, ninguém pretenderia que nossa lei lhes fosse aplicada. Reconhecemos que a jurisdição tem base territorial. As razões desse princípio não são de nenhum modo óbvias e raramente são examinadas. Penso que esse princípio baseia-se na suposição de que só é possível impor-se uma única ordem jurídica a um grupo de homens.”⁹(grifo nosso)

Nessa linha de pensamento, José Afonso da Silva leciona:

“O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência de seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. [...] É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o

⁷ FULLER, Lon L. O caso dos exploradores de caverna. Tradução original do inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre, Fabris, 1976. pág.12-3.

⁸ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 96.

⁹ FULLER, Lon L. O caso dos exploradores de caverna. Tradução original do inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre, Fabris, 1976. pág.13.

*Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude da lei*¹⁰.(grifo nosso)

Portanto, entendendo o significado dos termos, a diferença é que o significado de legitimidade é considerado para o resultado de um processo de consenso ou adesão chamado de legitimação e, nesse sentido parece-nos contra-senso sustentar a tese no contrato firmado entre os homens presos. Contudo, ao (re)lembrarmos as condições do Estado Natureza que auxiliam a construção do contratualismo político presente no Estado Civil da transformação estatal em direção ao moderno.

É legítimo o que se faz de acordo com a lei. Por outro lado, BONAVIDES” (1995-1999, p. 115), de acordo com o conhecimento filosófico, a legitimidade “repousa no plano das crenças pessoais, no terreno das convicções individuais de sabor ideológico, das valorações subjetivas, dos critérios axiológicos variáveis segundo as pessoas. Neste âmbito, ela não responde aos fatos, à ordem estabelecida, mas inquire acerca dos preceitos fundamentais que justificam ou invalidam a existência do título e do exercício do poder e da regra moral, em que o poder dos governantes deve ser modificado para receber a aceitação dos governados.

O princípio da legitimidade é inerente ao direito, uma vez que a legislação determinou que todos os seus atos devem ser considerados legais e verdadeiros até que se prove o contrário¹¹. A presunção de legitimidade constitui, em nada mais do que, um princípio do ato administrativo, que encontra seu fundamento na presunção de validade que acompanha as ações administrativas realizadas pelo poder público. Tal presunção de veracidade é relativa, pois contra as ações administrativas cabe prova em contrário, pois cabe àquele que alega o ônus da prova¹².

Com a sociedade de massas do século XX toma a opinião pública, no entanto configuração inteiramente distinta tendo em vista o desenvolvimento da tecnologia de informação, visto que a opinião pública pode ser “criada”, “influenciada” ou formada, porém nunca “ignorada”. BONAVIDES adverte “alguns publicistas a vêem enfraquecida. Nós a vemos materialmente forte, abalada apenas do ponto de vista ético, pois as esperanças nela

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.419.

¹¹ ANJOS, Luís Henrique Martins. **Manual de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 62.

¹² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo**. 9.ed.rev.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 151.

depositadas como guardiãs da pureza e da legitimidade dos governos democráticos se desmancharam. Tão forte materialmente que a Ciência Política não pode ignorá-la, depois de haver entrado nos segredos de sua manipulação” o que fica claramente demonstrado nas preocupações do magistrado HANDY J.

A opinião pública e seu poder se apresentam com intensidade e, em determinados momentos, confundindo a força material da opinião, intacta ou aumentada, com a força moral, abalada e desprestigiada. Ao “criar” a opinião pública, “manufaturá-la” como um produto qualquer da técnica industrial, ministrando-a depois às instituições, para encaminhá-las neste ou naquele sentido, ao sabor das razões do Estado, das conveniências públicas, das idiossincrasias dos governantes por fragilizá-la terrivelmente.

O magistrado HANDY J analisa os argumentos e identifica as escolas filosóficas de seus colegas com adequação e, em sua fundamentação, de modo solar e didático, com cinismo pragmatismo traz ao debate o tema referente a opinião pública e seu peso no momento de decidir o caso. Demonstra sincera preocupação com a repercussão da decisão que será adotada e inclina-se a de modo populista a asseverar com tranqüilidade o que demonstra o desejo de uma opinião pública pré-formada.

“Portanto, é perfeitamente claro o sentimento da opinião pública frente ao caso. Aliás, poderíamos tê-lo sabido sem a sondagem, com base no senso comum ou mesmo observando que neste Tribunal há manifestamente quatro homens e meio, ou seja noventa por cento, que partilham da opinião comum.(...) Isto torna obvio não somente o que deveríamos, mas o que devemos fazer, se desejamos preservar entre nós e a opinião pública uma harmonia razoável e decente. O fato de declararmos estes homens inocentes não nos envolve em nenhum subterfúgio ou ardid pouco digno. Tampouco é necessário qualquer princípio de interpretação legal que não esteja de acordo com o modo de proceder deste Tribunal. Certamente nenhuma pessoa leiga pensaria que, absolvendo estes homens, nós tivéssemos desvirtuado a lei mais do que nossos predecessores o fizeram quando criaram a excludente da legítima defesa. Se uma demonstração mais detalhada do método seguido para harmonizar nossa decisão com o dis convicto de que meus colegas se horrorizarão por eu ter sugerido que este Tribunal leve em conta a opinião pública. Eles dirão que a opinião pública é emocional e caprichosa, que se baseia em meias verdades e que ouve testemunhas que não estão sujeitas a novo interrogatório. Eles dirão ainda que a lei cerca o julgamento de um caso como este de cuidadosas garantias, destinadas a assegurar que a verdade será conhecida e que qualquer consideração racional referente às possíveis soluções do caso será tomada em consideração. Advertirão que todas estas garantias de nada servem se for permitido que a opinião pública, formada fora deste quadro, tenha qualquer influência na decisão”.¹³ (grifo nosso)

¹³ FULLER, Lon L. O caso dos exploradores de caverna. Tradução original do inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre, Fabris, 1976. pág.61-2.

A opinião pública, deixando de ser espontânea (ou livre) e racional, para ser artificial e irracional, assinala assim em seu curso histórico duas distintas fases de “politização” intensiva: a do Estado liberal e a do Estado social (democrático-ocidental ou autocrático-oriental, de cunho marxista; num e noutro sempre o Estado da sociedade de massas). No entanto, em Habermas aprendemos:

*“... A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. **Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana.**”... “O limar entre a esfera privada e a esfera pública não é definido através de temas ou relações fixas, porém através de condições de comunicação modificadas. Estas modificam certamente o acesso, assegurando, de um lado, a intimidade e, de outro, a publicidade, porém, elas não isolam simplesmente a esfera privada da esfera pública, pois canalizam o fluxo de temas de uma para a outra. **A esfera pública retira seus impulsos da assimilação privada de problemas sociais que repercutem nas biografias particulares**”. (grifo nosso)*

O Estado de Direito que concebe garantias de acesso a bens e direitos, ou um Estado que positiva os direitos subjetivos vitais dos seres, é o Estado com o modelo de garantismo, Entretanto, no interior da mina nem o Estado de Direito e tampouco o garantismo estava presente ante o desespero e angústia que tornou os homens racionais (cientistas) bestas humanas.

Constituído em uma filosofia jurídica comprometida com a defesa de direitos, o garantismo propõe um modelo que promete mudanças, que compromete não apenas ao legislador, mas também aos juristas. Sua contribuição fundamental é a procura de obrigar aos juristas a desempenharem uma função crítica interna da lei e seus atos.

Assim, fica mais clara a conexão entre o povo, no seu aspecto subjetivo, e o direito público, uma vez que o poder do Estado vai nascer do povo, ou melhor, o titular do poder do Estado é o povo, que atua como órgão do próprio daquele. É dessa forma que o poder estatal vai encontrar legitimação, constituindo-se como condição permanente na formação concreta do próprio Estado e uma das funções necessárias da comunidade popular como elemento constitutivo estatal.

O equilíbrio dos poderes e a legalidade são lembrados pelo magistrado Keen J que possui o lugar da fala do pensamento dogmático e positivista neste julgamento. Em sua racional decisão assim se comunica com os demais membros da Corte:

“Esta é, porém, segundo **o nosso sistema constitucional, uma questão da competência do chefe do Poder Executivo e não nossa**. Desaprovo, portanto, aquela passagem do voto do presidente deste Tribunal em que ele efetivamente dá instruções ao chefe do Poder Executivo acerca do que deveria fazer neste caso e sugere alguns inconvenientes que adviriam se tais instruções não fossem atendidas. Isto é uma confusão de funções governamentais — uma confusão em que o judiciário deveria ser o último a incorrer. **Desejo esclarecer que se eu fosse o chefe do Poder Executivo, iria mais longe no sentido da demência do que aquilo que lhe foi solicitado. Eu concederia a estes homens perdão total**, pois (...)dos fatos deste caso. **No cumprimento dos meus deveres como juiz não me incumbe dirigir instruções ao chefe do Poder Executivo, nem tomar em consideração o que ele possa ou não fazer, a fim de chegar à minha própria decisão que deverá ser inteiramente guiada pela lei desta Commonwealth.**”¹⁴ (grifo nosso)

Cademartori citando Ferrajoli, assinala, que a expressão garantismo apresenta três acepções¹⁹: 1º) designa um modelo normativo de Direito, próprio do Estado de Direito, entendido aquele em três planos, a saber: “... *no plano epistemológico caracteriza-se com um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade e no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos*”; 2º) designa uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência normativas, entendidas as três como diferentes entre si; 3º) designa para o termo “justiça”, tendo em vista a redefinição dos conceitos de validade, efetividade e vigência (oportuno comentar que abaixo expressaremos a distinção entre norma justa, vigente, válida e eficaz, demonstrando a redefinição dos conceitos): “...*podemos chamar de “justiça interna” (ou “legal”) à correspondência entre vigência e validade no seio de cada ordenamento: das leis com respeito à constituição e das sentenças com respeito às leis; e “justiça externa” à correspondência entre validade e justiça, isto é, à adesão do ordenamento em seu conjunto a valores políticos externos*”.

No que diz respeito ao plano teórico-geral, o garantismo constitui-se pela importante distinção que pode se dar às normas jurídicas²⁰, conforme passamos, abaixo a descrever, nos termos colocados na obra o professor Cademartori: uma norma é “justa” quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo extra-

¹⁴ FULLER, Lon L. O caso dos exploradores de caverna. Tradução original do inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre, Fabris, 1976. pág.40-1

jurídico); uma norma é “vigente” quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito; uma norma é “válida” quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior; uma norma é “eficaz” quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).

O Estado de natureza e de exceção é trazido ao debate por FORSTER J com uma argumentação que ressoa em um primitivo jusnaturalismo, mas, que paradoxalmente também está adequada a novas escolas de direito em nossa sociedade atual. FORSTER J resgata alguns clássicos conceitos em suas razões de decidir do seguinte modo:

“A premissa segundo a qual os homens devem coexistir em um grupo encontra-se, portanto, à base do princípio territorial, bem como de todo o direito. Pois bem, eu sustento que um caso pode ser subtraído da esfera de abrangência coercitiva de uma ordem jurídica tanto por razões de ordem moral quanto por razões de ordem geográfica. Atentando aos propósitos do direito e do governo e às premissas subjacentes a nosso direito positivo, concluímos que estes homens, quando tomaram sua trágica decisão, estavam tão distantes de nossa ordem jurídica como se estivessem a mil milhas além de nossas fronteiras. Mesmo em um sentido físico, sua prisão subterrânea estava separada dos nossos tribunais e dos nossos oficiais de justiça por uma sólida cortina de rocha que só pôde ser removida depois dos maiores dispêndios de tempo e de esforço. (...) Concluo, portanto, que no momento em que Roger Whetmore foi morto pelos réus, eles se encontravam não em um “estado de sociedade civil”, mas, em um “estado natural”, como se diria na singular linguagem dos autores do século XIX. A consequência disto é que a lei que lhes é aplicável não é a nossa, tal como foi sancionada e estabelecida, mas aquela apropriada a sua condição. Não hesito em dizer que segundo este princípio eles não são culpados de qualquer crime. (...) O que estes homens fizeram realizou-se em cumprimento de um contrato aceito por todos e proposto em primeiro lugar pela própria vítima. Desde o momento em que se evidenciou que a situação extraordinariamente difícil em que se achavam tornava inaplicável os princípios usuais à regulação das relações entre os homens, tornou-se necessário para eles elaborar, por assim dizer, uma nova constituição apropriada a sua peculiar situação. (...) Tem sido reconhecido desde a Antigüidade que o princípio fundamental do direito ou governo deve ser encontrado na noção de contrato ou convênio.”¹⁵ (grifo nosso).

Embora o garantismo enquadre-se dentro do positivismo jurídico, caracterizado pela forma estatal do Direito e pela forma jurídica do Estado, obedecendo ao princípio da legalidade, a teoria garantista tem contornos próprios ao diferenciar substancialmente as normas entre “válidas”, “vigentes” e “eficazes”, interpretando a confusão existente nestes

¹⁵ FULLER, Lon L. O caso dos exploradores de caverna. Tradução original do inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre, Fabris, 1976. pág. 14-5.

conceitos, como um reducionismo, do que é denominado por Ferrajoli de “iuspositivismo dogmático”.

Os direitos de justiça abrangem direitos sociais de desenvolvimento que numa escala evolutiva introduzem os direitos da segunda e terceira geração. Justiça e liberdade são o binômio dos direitos fundamentais. Até aqui a legitimidade se submetia à legalidade e isso fica claro na visão do magistrado Keen J.

A segunda questão que desejo deixar de **lado diz respeito a decidir se o que estes homens fizeram foi “justo” ou “injusto”, “mau” ou “bom”**. Esta é outra questão irrelevante ao cumprimento de minha função, pois, como juiz, jurei aplicar não minhas concepções de moralidade, mas o direito deste país. Pondo esta questão de lado penso que posso também excluir sem comentário a primeira e mais poética porção do voto do meu colega Foster. O elemento de fantasia. (...) professores e delegação de poderes para elaborar nossas leis. Mas, insisto, **o problema real é mais profundo. Tanto no que se refere à lei, como no que respeita à exceção, a questão não está no suposto propósito da lei, mas no seu alcance**. No que concerne à extensão da legítima defesa, tal como tem sido aplicada por este Tribunal, a situação é clara: ela se aplica aos casos de resistência a uma ameaça agressiva à própria vida de uma pessoa. **E, portanto, bastante claro que este caso não se situa no âmbito da exceção, posto que é evidente que Whetmore não fez nenhuma ameaça contra a vida dos réus.**¹⁶ (grifo nosso)

Com a nova visão do Estado Constitucional a legalidade passou a ocupar um lugar secundário, inferior, subordinando-se a uma nova legitimidade, em ascensão que logo tomou a primazia e, traduzida em princípios, subiu ao cume da hierarquia normativa nos ordenamentos constitucionais.

“Quando prevaleciam por única constante na caracterização do Estado Moderno os direitos da primeira geração, a lei era tudo. Quando se inaugurou, porém, a nova idade constitucional dos direitos sociais, como direitos da segunda geração, a legitimidade – e não a lei – **se fez paradigma do Estatutos Fundamentais. No Constitucionalismo contemporâneo a Teoria da Norma Constitucional passou a ter, a nosso ver, a legitimidade por fundamento. A legitimidade é o direito fundamental, o direito fundamental é o princípio, e o princípio é a Constituição na essência; é, sobretudo, sua normatividade. Ou, colocado em outros termos; a legalidade é a observância dos valores e dos princípios**. Ambas se integram na jurisdicção e eficácia do sistema.”¹⁷

Esta distinção é importante, sobretudo, porque, como assevera o pensamento de FERRAJOLI em que pode acontecer que uma norma seja vigente e eficaz mesmo sendo

¹⁶FULLER, Lon L. O caso dos exploradores de caverna. Tradução original do inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre, Fabris, 1976. pág. 40-1

¹⁷ BONAVIDES, Paulo, Teoria do Estado, ed. 4, 2003, p. 32; 34-5

inválida, como pode acontecer que uma norma seja válida, mas nem por isso eficaz. O que é absolutamente incompatível com um Estado de Exceção uma vez que a ordem jurídica encontra-se numa espécie de suspensão. E, sobre o Estado de Exceção e anormalidade da lei CASTOR destaca:

“não podem ser apreendidas nem, compreendidas plenamente **no plano do direito por sua própria condição de excepcionalidade, caso contrário não seriam excepcionais. Por isso o estado de exceção criou-se como forma legal daquilo que não pode ser Legal. Tenta legitimar aquilo que não tem legitimidade, jurídica, ou seja, a exceção, e como consequência a arbitrariedade de quem decide a exceção.** (...) Na base da exceção encontra-se sempre uma vontade soberana que tem o poder de decretá-la, de forma mais ou menos arbitrária, suspendendo total’ ou parcialmente a ordem. A exceção revela o soberano. Ao decretar a exceção, o soberano sai das penumbras do direito e moase.como aquele que tem o poder de suspender o direito e impor uma ordem a partir de sua vontade soberana.”¹⁸.(grifo nosso)

O Estado de Exceção apresentou-se na caverna, ao invés do povo exercendo seu poder soberano representado pelo Estado por meio dos seus poderes constituintes foi improvisado em ambiente natural (caverna) o elemento foram artificial soberania exercida por todo povo da Polis por meio de uma distorcida realidade democrática. Não houve proclamação de guerra contra outro estado soberano, mas sim, legalizou-se uma espécie de nova ordem na qual o direito (existente no Estado exterior) acabou dando lugar a facticidade que impôs uma nova normatividade de legitimidade discutível.

Sobre o Estado de Exceção e a captura da vida humana CASTOR assevera:

(...) Agamben analisa que exceção não só revela o soberano, mas também que existem relação à vida humana. A vontade soberana não exerce sua soberania sobre: as coisas, as instituições, o território ou a riqueza, senão sobre à vida humana. A soberania só existe como vontade arbitrária-que captura. a vida humana sob a norma de ‘ua vontade. **Sem a captura da vida humana, a soberania se desmancha em seus fundamentos. Eis por que afirmar retoma a problemática com novas perspectivas. Há um consenso teórico que o estado de necessidade sobre ó qual se fundamenta o estado de exceção, não pode ter uma formulação jurídica pré-definida, pois ele (o estado de necessidade) se situa no Limiar do direito e a política. O estado de exceção coloca-se no limite da ordem e do direito; ele define os limiares que (des)velam os fundamentos políticos da ordem e a legitimidade de qualquer direito.** As medidas excepcionais encontram-se numa situação paradoxal já que é permanente. **Nos regimes absolutistas, como nos autoritarismos, a exceção norma, já que a norma emana da vontade soberana**

¹⁸ CASTOR, Ruiz. O estado de exceção como paradigma de governo. Revista IHU On-Line, edição 372, de 12.09.2011, p.39-40. disponível em [http](http://www.ihuonline.unisul.br).

que vigora com pleno arbítrio. O Estado de direito foi instituído para abolir a arbitrariedade da vontade soberana e em seu lugar instituir a lei, de forma isonômica. Porém, o que a tese de Agamben desvela é que o Estado de direito não conseguiu abolir plenamente a vontade soberana, senão que ela persiste oculta como potência do Estado para ser utilizada quando necessária. (...) **A figura do estado de exceção desvela a vontade soberana oculta nas penumbras do Estado de direito, pronta para ser invocada como técnica política de governo da vida humana. Cada vez que a ordem social estiver ameaça por qualquer pessoa ou grupo social,** poderá ser invocada a figura da exceção para suspender total o parcialmente o direito sobre essas pessoas. **A exceção retira o direito da vida e torna a vida humana pura vida nua, homo sacer.**¹⁹(grifo nosso)

Dessa forma, o princípio da legalidade pode ser considerado um dos mais importantes na atuação do Estado e da Administração Pública, não exclusivamente por ser um princípio constitucional e expresso, mas também porque “nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”²⁰. Em linhas gerais, “significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum [...]”²¹ que autoriza ao Chefe do Poder Executivo a proceder com o perdão caso os exploradores fossem condenados a morte, realidade e condenação e, esperança vã o perdão legal.

Ou seja, o princípio da legalidade impõe que a Administração Pública só faça o que a lei permitir, sendo que “qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação”²². Portanto, pode-se mencionar que uma das formas desta diretriz se expressar é através da fiscalização da atividade discricionária sempre contida pela lei no Estado legítimo, mas, ausente no estado de exceção. Agamben sinaliza que: “*entre os elementos que tornam difícil uma definição de Estado de Exceção, encontra-se, certamente, sua estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência. Dado o que é oposto ao estado normal, a guerra civil se situa numa zona de indecibilidade quanto ao estado de exceção, que é reposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos.*”²³.

Conclui-se, então, que a “Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativa, no sentido de tanto atender às exigências da lei como

¹⁹ CASTOR, Ruiz. O estado de exceção como paradigma de governo. Revista IHU On-Line, edição 372, de 12.09.2011, p.40. disponível em <http://www.ihuonline.unisul.br>.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 67.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 82.

²² GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 6.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 7.

²³ AGANBEN, Giorgio. Estado de Exceção. São Paulo:Boitempo, 2004 (Estado de Sítio).p.12

se conformar com os preceitos da instituição pública”²⁴. Portanto, os agentes públicos devem impor a sociedade os ditames da legislação, sem que prevaleçam os desejos, favoritismos ou perseguições políticas e pessoais em prol da concretização do bem estar e da vontade geral. No caso de qualquer desvio da competência do agente, seja pela invasão da competência do magistrado na atividade do Poder Executivo em 4.300 ou nos dias atuais, com maior cizânia, o ato deve ser invalidado e, conforme a situação, o autor da ação pode ser responsabilizado disciplinar, civil e criminalmente²⁵.

O princípio da legalidade é princípio essencial e formador do Estado Democrático de Direito, ou seja, é que o qualifica e lhe dá identidade. Assim, o Poder Público, em todos os atos devem estar submetidos às disposições legais, não podendo existir, para a ação do agente público, outra fonte que não a lei em nossa doutrina dominante, por essa razão, o magistrado (Keen J) é tão servo da Lei quanto concepção de vida (a sua) e de morte (dos espeleologistas) em razão do crime produzido no Estado de Direito que, é bem verdade, naquele momento estava distante dos infelizes.

Todavia, por fim, convém destacar que o princípio da legalidade pode sofrer restrições na sua aplicabilidade diante de circunstâncias excepcionais expressas na Constituição Federal. Para tais casos, o Presidente da República está autorizado a adotar providências incomuns para enfrentar a ocorrência atípica; é o caso, por exemplo, das medidas provisórias, da decretação do “estado de defesa” e do “estado de sítio”²⁶ mesmo em nossa sociedade contemporânea.

Portanto, diante das ações exercidas pelo Estado, há que ser sempre levado em consideração, que até prove em contrário, o ato administrativo é válido, devendo ser cumprido e respeitado pelos seus destinatários até a declaração de sua invalidade pelo judiciário ou pela própria Administração. E quanto ao caso? A quem assiste razão? No holocausto nazista convivemos com os *Sonderkommando*²⁷? A queda do avião nos Andes? A sobrevivência neste caso se impõe! Mesmo que ela provoque marcas tão profundas que melhor talvez tenha sido a

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ibidem*. p. 83.

²⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 6.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 8.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira da. **Curso de Direito Administrativo**. 13.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 76.

²⁷ AGAMBEN, Giorgio. O que resta de Auschwitz: O arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). São Paulo:Boitempo, 2008.p.34. A figura extrema da “zona cinzenta” é o *sonderkommando*. As SS recorriam a esse eufemismo – Esquadrão Especial – para nomear o grupo de deportados a quem era chefia da à gestão das câmaras de gás e dos fornos crematórios.

morte na morte.e não a morte em vida. No século XXI estamos mais perto de Hobbes do que de Rousseau? Pelo visto, no século XLIII também estaremos mais perto da barbárie. Mas vivos!

¹⁹ Idem, págs. 76, 77 e 79.

²⁰ Idem, págs. 79 e 80.