

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 31 • n.º 124
outubro/dezembro — 1994

Editor:
João Batista Soares de Sousa



SENADO FEDERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária

ANTONIO CARLOS WOLKMER

Não é possível pensar e estabelecer uma ordem política e jurídica exclusivamente na força material do poder. Por trás de todo e qualquer poder, seja ele político ou jurídico, subsiste uma condição de valores consensualmente aceito e que refletem os interesses, as aspirações e as necessidades de uma determinada comunidade. Esta adequação do poder, frente às práticas históricas da vida cotidiana marcada por processos de dominação social, aceitação e obediência coletiva, bem como a justificação de estruturas normativas, projeta a problematização da temática legitimidade e legalidade. Trata-se de uma questão clássica que, ainda que tenha seu ponto nuclear na filosofia política, avança, com larga implicação no âmbito da Teoria Geral do Direito. Tendo em vista a estreita relação entre Direito e Poder Político, torna-se essencial que a ordem legal, que organiza e justifica o exercício do poder de uma sociedade, venha a ser justa e moralmente compartilhada pelos membros da comunidade. Ora, enquanto os cientistas políticos discutem a legitimidade como representação de uma teoria dominante do poder e sua valorização no que se refere à autoridade, dominação, soberania e obediência, os juristas tendem tradicionalmente a identificar e apresentar como sinônimos as expressões legalidade e legitimidade, ou seja, ambas expressam genericamente uma conduta ou realidade combatível com a existência e a submissão a um corpo sistematizado de leis.

A análise convencional dos juristas de associar legitimidade e legalidade, ou mesmo privilegiar esta sobre aquela, leva-nos a discutir o problema da legitimidade no Direito, o que seja o Direito legítimo e redefinir seu aspecto conceitual, delineando os horizontes de uma teoria

Antonio Carlos Wolkmer é Professor Titular de História das Instituições Jurídicas dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da UFSC. Doutor em Filosofia do Direito e da Política. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ) e sócio efetivo do Instituto dos Advogados do RG. Autor do livro: "Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito" (São Paulo: Alfa-Omega, 1994).

crítica da legitimidade. Para se chegar a esta proposta impõe-se revisar o dualismo *legitimidade/legalidade* nos seus aspectos de conceituação, formação histórica, diferenças, evolução doutrinária e critérios para uma nova fundamentação da legitimidade

Primeiramente, cumpre assinalar que a legalidade reflete fundamentalmente o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva. Compreende a existência de leis, formal e tecnicamente impostas, que são obedecidas por condutas sociais presentes em determinada situação institucional. Como afirma Angel S. de la Torre, a legalidade projeta-se concretamente "como a esfera normativa contida em expressões ou signos expressivos dos deveres e direitos dos sujeitos da atividade social, subjetivamente como fidelidade dos sujeitos sociais ao cumprimento de suas atividades dentro da ordem estabelecida necessariamente no grupo humano a que pertencem."¹ De outra feita, Paulo Bonavides lembra que a legalidade refere-se ao "procedimento da autoridade em consonância estrita com o Direito estabelecido (...) movendo-se em consonância com os preceitos jurídicos vigentes ou respeitados rigorosamente a hierarquia das normas, que vão dos regulamentos, decretos e leis ordinárias até a lei máxima e superior, que é a Constituição. O poder legal representa por consequência o poder em harmonia com os princípios jurídicos, que servem de esteio à ordem estatal."²

Já a legalidade incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos. Acima de tudo, a concretização da legitimação supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com as acepções do justo advogadas pela coletividade. O fato é que, como assevera Eros R. Grau, a legitimidade é comprovada quando ocorrer a adequação "entre o comando nela substanciada e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado."³ Certa-

mente, há sempre que ter em conta, como ensina J.J. Canotilho que a legitimidade, enquanto conceituação tradicional de um poder ou de uma organização política, pode tanto simbolizar a *legitimidade do título* quanto a *legitimidade intrínseca*. Em sua explicitação, a legitimidade por razões de *título* é quando "as pessoas ou órgãos do poder (soberano, governo, parlamento) dispunham de um, 'justo título', (sucessão, nomeação, eleição) baseado em costumes e princípios comumente aceitos." No que toca à *legitimidade intrínseca* está em questão "a natureza, 'justa', ou, 'injusta', do poder, não só ou nem sequer principalmente a respeito do título, mas quanto aos fins, aspirações ou valores prosseguidos pelos poderes."⁴

Parece claro até aqui que legitimar não deixa de ser uma justificação relacionada ao Direito e ao Estado que tem um forte apelo de teor ideológico e intenta produzir integração. Como decorrência da integração social, que envolve a aceitação ou não de uma legitimidade, projeta-se o chamado processo de legitimação, cuja manifestação aparece não por temor ou obediência, mas porque os atores sociais reconhecem tal condição como boa e justa.

Para Elías Díaz faz-se necessário escolher dentre as múltiplas manifestações que podem assumir a legitimidade, as legitimidades que são mais libertadoras ou mais opressoras, legitimidades, mais deformantes ou menos ideológicas, legitimidades que permitem uma maior ou menor integração, etc.⁵ Certamente, a legitimidade possibilita a coesão de uma organização social, criando, como assinala Elías Díaz, as reais condições de adesão e conformidade. Entretanto, essa "operação pode ser (...) mais ou menos negativa ou positiva, segundo sejam as condições de liberdade, igualdade, bem-estar e pleno desenvolvimento humano em que se realiza tal integração, ou seja, conforme sejam as condições que configuram e caracterizam tal coletividade."⁶

No que se refere à formação histórica, as expressões legitimidade e legalidade foram confundidas e poucas vezes distinguidas tanto no Direito romano quanto na esfera do Direito canônico. Somente no século XVIII, com as discussões políticas pós-revolucionárias, é que

¹ DE LA TORRE, Angel Sanches. "Legalidade", in Benedicto Silva (Coord.), *Dicionário de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: FVG, 1986, p. 673.

² BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.114.

³ GRAU, Eros Roberto. "Direito, Conceitos e Normas Jurídicas". São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1988, p. 38. Vide também: Carl J. Friedrich. *Tradição e Autoridade em Ciência Política*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974, pp. 94-103.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim G. *Direito Constitucional*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 115-116.

⁵ Cf. DÍAZ, Elías. *De la Maldad Estatal y la Soberania Popular*. Madrid: Debate, 1984, p. 26.

⁶ Idem. *ibidem*.

ganhou importância e ficou clara a distinção entre legitimidade e legalidade. O impasse entre legitimidade de um governo representado pela monarquia constitucional e os liberais progressistas que, inspirados nos ideais da Revolução Francesa, sustentavam a importância da legalidade de um governo respaldado pelo Código Napoleônico. Uma vez que a legitimidade ficou associada ao poder monárquico, com a crise francesa, abriu-se caminho para o repúdio daquela e o predomínio dos adeptos da legalidade. A partir de então, substituiu-se a legitimidade, ou seja, toda legitimidade veio a repousar na legalidade e não mais, como anteriormente havia sido consagrado pela tradição, a legalidade fundada na legitimidade.⁷

Essa orientação inicial evoluiu, posteriormente, na teoria social contemporânea, para uma aproximação entre legitimidade e legalidade, representada pela chamada legitimidade legal racional. Certamente que este mérito coube a Max Weber que não só soube distinguir uma legitimidade apoiada na racionalidade da lei de outras legitimidades geradas por critérios de religião, tradição, carisma e emoção, como, sobretudo, tendo presente o papel do consenso, estabeleceu a conexão entre as noções de legitimidade e legalidade. De fato, a legalidade "seria uma legitimidade objetivamente garantida, idéia que, quando foi expressa, era original, multidisciplinarmente inovadora e decretava a obsolescência de todas as teorias que confundiam ou identificavam os dois conceitos, mormente a visão do positivismo jurídico (...)"⁸ É preciso reconhecer, como adverte Elías Díaz, que Weber, ainda que sob uma perspectiva liberal, reabilitou e atribuiu um caráter de validade universal à noção de legitimidade, categoria que durante quase todo o século XIX havia sido utilizada num sentido muito particular pela filosofia conservadora.⁹

No que se refere à uma diferenciação simplificada entre as idéias de legalidade e legitimidade é mister assinalar que:

a) Legalidade: compreende uma "qualidade do exercício de poder." Trata-se de uma conceituação exclusivamente jurídica, cuja condi-

ção técnico-formal é essencial para a existência do próprio Direito, revelando-se estruturalmente dogmática, porquanto a autoridade de suas disposições estão em conformidade com um texto legal positivo. A legalidade enquanto possibilidade para um Estado de Direito assenta-se numa suposta neutralidade axiológica e na universalidade de princípios adequados à ordem e à segurança, sendo alimentado, em grande parte, pelo ideário liberal-burguês. Assim, a legalidade é o exercício de certa ação em sintonia com certos limites das leis preestabelecidas.¹⁰

b) Legitimidade: entende-se como uma "qualidade do título de poder." Implica numa noção substantiva e ético-política, cuja existencialidade move-se no espaço de crenças, convicções e princípios valorativos. Sua força não repousa nas normas e nos integrantes majoritários de uma dada organização social. Enquanto conceituação material, legitimidade conduz uma situação, atitude, decisão ou comportamento inerente ou não ao poder, cuja especificidade é marcada, pelo equilíbrio entre a ação dos indivíduos e os valores sociais, ou seja, a prática da obediência transformada em adesão é assegurada por um consenso valorativo livremente manifestado sem que se faça obrigatório o uso da força. Na tradição política ocidental, dependendo do tipo de Poder Estatal, sempre houve a necessidade de uma legitimidade, que estivesse sujeita a critérios de consensualidade, jamais funcionando na absoluta liberdade, pois, em grande parte, foi e tem sido um fenômeno forçado, deformado e manipulado.¹¹

Com isto, pode-se afirmar que a concepção legitimidade, como escreve Lúcio Levi, expressa "uma situação de um valor de convivência social. A situação a que o termo se refere é a aceitação do Estado por um segmento relevante da população; o valor é o consenso livremente manifestado por uma comunidade de homens autônomos e conscientes. O sentido da palavra legitimidade não é estático, e sim dinâmico; é uma unidade aberta, cuja concretização é considerada possível num futuro indefinido (...). Em cada manifestação histórica da legitimidade vislumbra-se a promessa, até ago-

⁷ Cf. SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971, p. XXIV-XXV; BONAVIDES, Paulo. Op. cit., pp. 116-117; GRAU, Eros R. Op. cit., p. 39.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de F. *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 4.

⁹ Cf. DÍAZ, Elías. Op. cit., pp. 51-52.

¹⁰ Cf. GRAU, Eros R. Op. cit., pp. 42-45; BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 123; BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Edición de Afonso R. Miguel. Valencia: Fernando Torres, 1980, pp. 308-309.

¹¹ Cf. LEVI, Lúcio. "Legitimidade", in Norberto Bobbio et al. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, p. 678.

ra sempre incompleta na sua manifestação, de uma sociedade justa, onde o consenso, que dela é a essência, possa se manifestar livremente sem interferência do poder ou da manipulação e sem mistificações ideológicas.¹²

No avanço histórico-evolutivo da categoria legitimidade, não se pode deixar de revisar alguns estudos teóricos importantes associados a cientistas sociais e juristas. Se certos autores realçaram a identificação entre legalidade e legitimidade, muitos privilegiaram ora uma, ora outra acepção.

O primeiro significativo tratamento da legitimidade, que acabou tornando-se um marco de referência na Filosofia política contemporânea, foi aquele efetivado por Max Weber. Os critérios e as categorias weberianas tornaram-se o ponto de partida para um discussão sistemática do tipo de legitimidade das sociedades democráticas ocidentais. De fato, Weber, ao tratar da questão do poder, identificou como elemento essencial da dominação a noção de legitimidade. A dominação não se apoiaria tão-somente na força, na violência e na coação, mas sobretudo, no consenso acerca da crença nos valores que embasam as imposições e as determinações advindas dos governantes. Weber montou uma tipologia de legitimidade que acabou se tornando clássica: a legitimidade racional, a tradicional e a carismática. A legitimidade tradicional é aquela que descansa nas crenças cotidianas e na santidade das tradições representada pelo comando daquelas pessoas que exercem a autoridade. A legitimidade carismática apoia-se nas qualidades pessoais, na mistificação, no heroísmo e na exemplaridade de um indivíduo (príncipe, guerreiro, santo ou chefe político), bem como nas ordenações ou instituições por ele criadas ou reveladas. A legitimidade racional repousa na crença da "validez de um estatuto legal e na competência objetiva, disposição de obediência no cumprimento de deveres conforme (...)" as prescrições impessoais e objetivos ditados por autoridade legalmente instituída.¹³

Ainda que não se possa afirmar peremptoriamente que Weber tenha assumido uma postura positivista de submeter a legitimidade à legalidade, mas contribuições e ênfases sobre a legalidade racional-legal abriram caminho para inúmeras interpretações que vieram identificar e confundir legitimidade com legalidade. princi-

palmente por parte dos publicistas ou juristas em geral.

No rol de uma perspectiva jurisdicista importa situar a postura rigorosamente formalista de Hans Kelsen que, além de ter dado uma ínfima consideração ao tema de legitimidade, restringiu-a à mera consequência da ordem jurídica posta. Assim, a legitimidade "está intimamente ligada ao princípio da eficácia. Para ele, a validade da nova ordem jurídica (...) está em sua eficácia, ou seja, em termos estritamente jurídicos, a norma jurídica, para ser válida, deve produzir efeitos. (...) a eficácia de uma ordem jurídica é apenas uma das condições de sua validade, e não o seu fundamento (...). O fundamento último de validade de um ordem jurídica, (...) segundo Kelsen, reside na 'norma fundamental' pressuposta."¹⁴

Já Carl Schmitt procurou conceber a legitimidade como manifestação da vontade de uma comunidade política soberana. Assim, ao priorizar a comunidade como fonte da existencialidade do Estado e do Direito, Schmitt reforça a idéia do primado do político sobre o jurídico, situando a justificação do poder pelo critério da "vontade" ou da "decisão política". Naturalmente, o decisionismo do publicista alemão acentua que o político antecede e prevalece sobre o jurídico, ficando claro que a legitimidade resulta diretamente de uma decisão política concreta, soberana e reconhecida, seguindo-se que sua natureza não depende de uma base jurídica maior. Igualmente é a decisão política fixada pela comunidade política que se revelará como pressuposto determinante da legitimidade de de uma estrutura legal vigente.¹⁵

Por fim, distanciando-se de Kelsen e Schmitt, Hermann Heller merece ser lembrado por sua proposta dialética que integralizou os aspectos político e jurídico. Em seu ecletismo histórico-sociológico, Heller procurou não só distinguir legitimidade de legalidade sem subordinar a primeira à segunda, como ainda apregoou a necessária fundamentação da legitimidade de legalidade sem subordinar a primeira à segunda, como ainda apregoou a necessária fundamentação da legitimidade conforme certos princípios inerentes à ética e à justiça. A problematização da legitimidade em Heller passa a ser considerada sob dois níveis: o da existenciali-

¹⁴ CASTRO FARIAS, José F. de. *Crítica à Noção Tradicional de Poder Constituinte*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988. p.82-3.

¹⁵ Cf. CASTRO FARIAS, José F. de. Op. cit., p. 87.

¹² Idem, ibidem.

¹³ WEBER, Max. *Economia Y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p.707-16, 1057.

dade e o da normatividade. Isso quer dizer que para que exista a legitimidade do poder não é suficiente, para Heller, "que se verifique a consonância com os fatores reais que influenciam a estrutura de poder; é preciso haver um sistema de valores que justifiquem o poder."¹⁶

Além da breve revisão de algumas das mais expressivas interpretações, há de se consignar certos critérios que se pode assinalar como essenciais para a fundamentação da legitimidade. Tratando de desenvolver uma legitimidade distinta da legalidade e apoiada na valoração histórico-cultural, Eros R. Grau entende que a legitimidade é o elemento básico para estabelecer um Direito legítimo. Escreve ainda Eros R. Grau que determinados critérios como "paternidade" (o poder da família), "eficácia" (realismo social) e "procedimento" (obtenção de decisões satisfatórias) têm sido utilizados tradicionalmente como base da legitimidade mas sem contudo, presentemente, darem uma resposta plenamente satisfatória.¹⁷ Neste sentido, a legitimidade (principalmente quando referida ao Direito) encontra seu substrato numa autoridade decorrente de padrões e princípios histórico-culturais "que tenham sido adotados pelo todo ou pelo grupo social destinatário do Direito positivado."¹⁸

Mais recentemente, examinado os pressupostos de validade da constituição numa sociedade democrática e pluriclassista, José Joaquim G. Canotilho reconhece duas modalidades de fundamentação da legitimidade: a) fundamentação por *competência e procedimentos* e b) fundamentação por *consenso*.

A legitimidade por *competência e procedimentos* é aquela que se impõe não por critérios de valores, de verdades e de justiça, mas por ser originada de um "sistema regular e funcionalmente ordenado (...)", bastando "o procedimento ser regular (legal) para o resultado ser justo (...). A legitimidade derivada, hoje, da 'sistematicidade', tal como outrora derivava da legalidade. As conseqüências seriam, tendencialmente, as mesmas: a aceitação de decisões (...) 'em conformidade com o sistema', procurar-se-ia na capacidade funcional do mesmo sistema."¹⁹ De outro modo, a legitimidade por consenso está associada à idéia de autonomia e de

democracia, bem como se assenta "na justiça do contrato social". Seja como for, o pacto dos cidadãos "é a única possibilidade de se superar a subjetividade individual e chegar a uma consensualidade informada pelos princípios de justiça." Ora, como assinala J.J.G. Canotilho, do processo de autodeterminação ética do sujeito alcança-se a autodeterminação da política democrática.²⁰

De outra parte, aqui também, deve ser incluídas as constatações de Elías Díaz que parte de uma preocupação de que a validade e a eficácia (processos de legitimação) de um ordenado jurídico dependem de um determinado sistema de interesses e valores diretamente imbricado com a relação participação-adesão dos cidadãos. Portanto, é inevitável para a efetiva legitimidade do Direito que este seja criado através da prévia participação dos cidadãos (geral, livre e democrática) e que a legislação seja produto das reais necessidades comuns e orientada para o interesse geral.²¹ Assim sendo, para a edificação da legitimidade (consecução de fins justos e legítimos) que sustentará uma legalidade do Estado democrático socialista é, segundo Elías Díaz, imprescindível admitir alguns critérios de fundamentação, tais como: a) a necessidade de se adotar o critério das maiorias; b) o total respeito à liberdade crítica individual e das minorias; c) a efetiva conexão entre liberdade e igualdade; d) a realização da liberdade, da segurança e da igualdade nos postulados ético-políticos dos direitos humanos mediante um verdadeiro controle coletivo do mercado e da propriedade dos meios de produção; e) finalmente, o estabelecimento de um socialismo democrático não dogmático e sujeito à constante revisão crítica.²²

Concebidos tais critérios de fundamentação como ponto de partida, cabe avançar na formulação crítica de uma nova legitimidade capaz de superar as limitações e as incongruências da tradição jurídico-formalista que reduz e confunde sempre a legitimidade com o princípio da legalidade. Trata-se de romper com a lógica dominante de que o processo de legitimação do poder estatal se identifica necessariamente com o processo de legalização do exercício do poder.²³ É

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim G. Op. cit., p.117.

²¹ DÍAZ, Elías. *Sociología y Filosofía del Derecho*. 2 ed. Madrid: Taurus, 1980. p. 25.

²² Cf. DÍAZ, Elías. *Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático*. Madrid: Civitas, 1979.

²³ Cf. PARRAGUEZ, Manuel Jacques. "Legati-

¹⁶ CASTRO FARIAS, José F. de. Op. cit., p.83-4.

¹⁷ Cf. GRAU, Eros R. Op. cit., pp.49-50.

¹⁸ GRAU, Eros R. Op. cit., p.51.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim G. Op. cit., p.117.

uma nova legitimidade enquanto expressão da vontade e do justo reconhecimento da comunidade, que determina e fundamenta em definitivo os horizontes de uma nova legalidade institucionalizada.

Enfim, a construção crítica de uma legitimidade democrática²⁴ que venha fundamentar o Poder político e o Direito justo tem seu ponto de referência deslocado da antiga lógica de legitimação, calcada na legalidade tecno-formal para uma legitimidade “instituinte”, formada no justo consenso da comunidade e num

sistema de valores aceitos e compartilhados por todos. Não se trata mais de identificar e reduzir o conceito de legitimidade ao aspecto simplesmente jurídico, ou seja, a estrita vinculação com a validade e a eficácia enquanto produção de efeitos normativos. Numa cultura jurídica pluralista, democrática e participativa, a legitimidade não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como “reais”, “justas” e “éticas”.²⁵

lismo y Derechos Humanos. Un desafío para el uso alternativo del Derecho”. In: Oscar Correas (Ed.). *Sociologia Jurídica en America Latina*. Oñati: IISL, 1991, pp. 227-9.

²⁴ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova Cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1993, cap. V.

²⁵ Idem, *ibidem*.