

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1985  
ANO 22 • NÚMERO 86

## Legitimidade do poder

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Professor Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade Federal de Minas Gerais

As análises em torno da natureza do poder sugerem inúmeras reflexões, sobre a sua importância na definição das estruturas políticas. Delas decorrem o que BERTRAND DE JOUVENEL denomina de luta entre o poder e a liberdade individual, rivais que disputam o espaço político. Os tipos diferentes de liberdade-resistência e liberdade-participação são definidos pela possibilidade que tem o cidadão de participar nos órgãos do poder político e contribuir, de maneira efetiva, na tomada de suas decisões.

O crescimento indiscriminado do poder é um fenômeno geral que afeta a todas as sociedades, qualquer que seja o regime político. Esse desdobramento do poder ocorre em diferentes formas políticas com o prodigioso avanço do Estado, a proliferação burocrática, o triunfo da autoridade central sobre os entes locais e o crescimento das formas de dominação econômica.

A sociedade moderna apresenta o espetáculo de uma imensa organização estatal, que decorreu do surgimento das formas de elaboração do poder. Esse tomou novas perspectivas com a doutrina da limitação do poder. MONTESQUIEU demonstrou a necessidade da existência dos contrapoderes quando observou:

“É uma experiência eterna que todo o homem que tem poder vê-se impulsionado a abusar do mesmo, chegando até onde encontrar uma barreira. As circunstâncias e a superficialidade reduzem todo o princípio da limitação do poder ao sistema formal da separação de poderes” (1).

Convém tomarmos algumas referências à noção de poder, para que possamos examinar as características de sua legitimidade. BURDEAU define o poder como uma força a serviço de uma idéia. É uma força nascida da vontade social preponderante, destinada a conduzir

(1) JOUVENEL, Bertrand. *El Poder*. Trad. de J. DE ELZABURU. 2.ª ed., Madrid, Editora Nacional, 1974, p. 364.

a comunidade a uma ordem social que considera benéfica e capaz de impor aos seus integrantes o comportamento necessário para tanto.

Nesta definição se destacam dois elementos. Força e idéia se interpenetram estreitamente. Parece-nos, portanto, que ela apresenta uma idéia exata da realidade. Se aquilo que pretendemos, como efeito, é isolar o duradouro no fenômeno do poder, enquanto se sucedem as figuras que exercem seus atributos, veremos que o poder é menos a força exterior que se coloca a serviço de uma idéia, do que a potência mesma de tal idéia<sup>(2)</sup>.

A noção de poder leva-nos à compreensão de seu relacionamento com a ordem jurídica, que por sua vez conduz à dicotomia poder e direito. O poder procede da representação de uma ordem social desejável. Esta ordem é acatada pelo grupo, de tal sorte que ele aceite a disciplina indispensável à sua realização.

O direito é instrumento de uma política que se efetiva através do poder:

“Com efeito, nada mais central para quem está preocupado com a ação do que o poder, e nada mais pertinente, no campo da filosofia do direito, enquanto objeto de investigação, do inter-relacionamento entre a serenidade do pensamento e a tensão da vontade, voltada para a ação, do que as contradições e ambigüidades que caracterizam as relações entre direito e poder na experiência jurídica”<sup>(3)</sup>.

É nesse sentido que não devemos eliminar do direito o conceito de poder, reduzindo-o a uma categoria jurídica pura:

“o poder, por mais que se queira evitar esta conclusão, marca sempre um momento de livre escolha, de **interferência decisiva** no processo de positivação do direito em geral e de um direito em particular”<sup>(4)</sup>.

A relação entre direito e poder é tema imprescindível na reflexão jurídico-política, quando o direito passa a ser instrumento de governo e de realização do exercício do poder.

É a correlação entre direito e poder que leva à legitimidade do poder e à justiça da norma.

Como atributo essencial da definição das estruturas políticas, o poder é um fenômeno complexo e multiforme.

(2) BURDEAU, Georges. *Méthode de la Science Politique*. Paris, Dalloz, 1959, pp. 188/189.

(3) LAFER, Celso. “Direito e poder na reflexão de Miguel Reale”. *Revista do Serviço Público*. Fundação Centro de Formação do Servidor Público, a. 39, v. 110, n.º 1, jan./mar. 1982, p. 35.

(4) REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 3.ª ed., SP, Martins, 1972, p. 100.

DUGUIT realça que o poder público tem como fim realizar o direito. Sua legitimação ocorre quando é exercido de conformidade com o direito<sup>(5)</sup>.

Entende o publicista francês que, constituído o poder político, as ordens desse poder só serão legítimas se estiverem de conformidade com o direito. O emprego da coação material por parte do poder não é legítimo, senão quando destinado a assegurar a sanção prevista pelo direito. Ninguém tem o direito de mandar nos outros. Os atos dos governantes só podem impor aos governados, desde que estejam de conformidade com o direito. Desta indagação surge outra: qual é o fim do Estado, ou melhor, do poder político? O poder político tem como finalidade realizar o direito.

Outras indagações surgem dessa conclusão. Que é o direito? Qual o direito consagrado que se torna respeitável e acatável? Qual o conteúdo desse direito? O direito é apenas o conjunto ou resultado das regras de conduta estabelecidas pela autoridade competente?

É a legitimidade que vem dar embasamento a esse direito proclamado ou definido. Dela é que decorre a legalidade. As teorias do poder político podem ser sintetizadas em dois tipos essenciais: aquelas que se fundam sobre um poder de fato, proveniente da tradição ou comando atual constrangedor e absoluto e o que está assentado no direito, isto é, sobre a escolha expressa ou tácita de toda a comunidade nacional. Esta tem o direito de participar na elaboração dos contornos do poder, suas limitações, controles, enfim, de sua legitimidade. A autoridade política não é uma simples força, deve observar condições como:

1ª) as que decorrem de sua origem e de sua titularidade legal. A legitimidade provém da escolha e do consentimento do grupo social, que aceita ou reconhece aqueles que exercem o poder e as formas institucionais sob as quais o mesmo é praticado. Supõe, sempre, as formas de controle e a aprovação final;

2ª) deve representar todos os segmentos da sociedade, dessa condição decorre a autenticidade.

O tema da legitimidade do poder é visto como um problema político e uma questão jurídica, que leva também às incursões acerca do princípio da legitimidade da resistência<sup>(6)</sup>.

(5) DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris, 1921, t. I, pp. 518/519.

(6) PARODI, Dominique. *Le Problème Politique et la Démocratie*. Paris, Presses Universitaires de France, 1945, pp. 5 e ss.; BRASIL, Francisco de Souza. *O Poder — Sua Legitimidade*. *Revista de Ciência Política*. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, vol. 7, n.º 3, jul./set. 1973, pp. 65 e ss.; ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Instituições Políticas*. SP, Editora Atlas, 1982, pp. 107 e ss.; *Conceito Político e Jurídico de Legitimidade*. Mesa-Redonda do Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas. *Revista de Ciência Política*. V. 22, n.º 2, abr./jun. 1979, pp. 47 e ss.

Em trabalho clássico, *Legalität und Legitimität*, publicado em 1932, CARL SCHMITT refere-se à neutralidade axiológica do princípio do sistema funcionalista da legalidade. Esse pronunciamento permite incursões sobre determinados sistemas que são consagrados sob uma pretensa legalidade:

“Assim, conclui que o “positivismo jurídico, com seu ponto de vista de que “antes de tudo se não de cumprir as leis”, deixou inermes os juristas alemães em face das leis de conteúdo arbitrário e injusto”. Segundo esta concepção, o fundamento das normas jurídicas residiria no fato de dispor-se da força necessária para impor a sua vigência. Mas o poder de impor a observância de uma norma pode talvez servir para fundar um “ter que” (müssen), jamais um “dever” (sollen) ou um valor (gelten). “Na verdade, toda a norma jurídica contém um valor, independente de seu conteúdo, pois sua simples existência enseja ao menos a segurança jurídica. Mas esta não é nem o único, nem o valor decisivo que cumpre ao direito realizar. Junto a ela há outros dois valores que são a conveniência e a justiça.”

Ademais, se é impossível estabelecer-se de maneira precisa uma linha divisória entre as leis que não exprimem o direito — casos de “arbitrariedade legal” — e aquelas que, apesar de seu conteúdo injusto, conservam a validade, uma outra delimitação pode ser feita de modo preciso: “quando não se pretende de nenhum modo realizar a justiça, uma vez que a igualdade, que constitui seu núcleo, é conscientemente deixada de lado na formulação do direito positivo, as normas assim elaboradas não constituem apenas um direito injusto, mas carecem da própria natureza jurídica” (7).

MAX WEBER elaborou uma classificação dos poderes, cuja legitimidade surge de três fontes diferentes:

**a) legitimidade tradicional**, que se baseia na tradição, própria das sociedades conservadoras. Suas instituições derivam da força do hábito e da obediência;

**b) legitimidade carismática**, que surge do atrativo especial que o titular do poder exerce sobre os governados. Vários são os líderes carismáticos para essa forma de efetivação do poder. Essa legitimidade pode surgir com caráter irracional, mas pouco consistente;

**c) legitimidade racional** funda-se em idéias, valores, considerações de meios e fins. Procura sustentar-se em uma ideologia coerente

(7) AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Limites e Justificação do Poder do Estado*. Petrópolis, Vozes, 1979, pp. 188/189; SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*. Trad. de JOSE DIAS GARCIA. Madrid, Aguilar, 1971.

que explica por que deve exercer o poder sobre os demais. Para esse tipo de legitimidade, o poder retira sua validade de normas que regulam sua aquisição, exercício e limitações. A fonte do poder explica-se pela razão (8).

A justificação do exercício do poder pelo Estado está na legitimidade geral de todo o exercício de suas formas de atuação.

A legitimidade é um conceito paralelo ao de legalidade, mas não tem o mesmo conteúdo e a mesma justificação. A legitimidade de uma instituição não corresponde à sua conformidade com a legalidade posta.

A legitimidade é um conceito essencial do direito, mas torna-se imprescindível a definição de sua natureza. O legalismo na ciência jurídica teve sua apoteose na codificação. Esta representou o seu maior triunfo. O Código expressava o máximo das condições formais de racionalidade e logicidade que a lei continha. Impunha-se ao jurista o excesso do legalismo, por via do puramente exegético (9).

A fé na legitimação imanente da legalidade tornou-se insustentável, quando foram propostos novos argumentos para a sua justificação.

O poder do Estado é legítimo quando é aceito pelos destinatários das normas jurídicas.

A legitimidade encarrega-se de promover a justificação material-racional do poder estatal. NIKLAS LUHMANN, em seu estudo **Legitimação mediante Procedimento**, mostra como o procedimento judicial, legislativo e eleitoral contribuem, essencialmente, para a legitimidade do poder estatal (10).

Esses procedimentos devem ser encarados como substanciais à teoria da legitimidade do poder. Essa não pode desconhecer como fator essencial a representatividade, que garante a estabilidade e sustentação do regime político pelo consenso social, através dos instrumentos típicos da representação política: os partidos políticos.

A eficiência social é o fator adicional à legitimidade política. Tem como pressuposto a capacidade do Estado em equacionar as questões econômicas e sociais, com o objetivo de possibilitar a todos os segmentos da sociedade oportunidades iguais de participação na riqueza socialmente produzida.

(8) WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México, FCE, 1964, tomo I, pp. 172 e ss.

(9) LEGAZ Y LACAMBRA, Luís. *Humanismo, Estado y Derecho*. Barcelona, Bosch, 1960, pp. 87 e ss.

(10) KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. Trad. de EUGENIO BULYGIN. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, pp. 13 e ss.

O poder político adquire sua legitimidade mediante a aceitação geral expressa, através do consentimento. Tem ele necessidade de credibilidade, através da participação e fiscalização dos governados.

O desenvolvimento da consciência política da comunidade torna mais exigível a procura da legitimidade, em todas as formas de institucionalização do regime. Dentro dessa perspectiva, DABIN acentua que nenhum governo se faz respeitar apenas pelo prestígio da força. Materialmente forte ou débil, o governo está condenado à impotência quando não goza da adesão da maioria dos governados. O fundamento do exercício do poder legítimo encontra o seu apoio na obediência espontânea. Esta ocorre quando, por meio da representação, que se realiza de maneira regular e periódica, se articulam os interesses e as opiniões da comunidade. Desses mecanismos decorre o fundamento da legitimação do poder por meio de substituições legítimas.

A natureza e as características essenciais do poder não podem fugir à sua justificação e legitimação, isto é, à qualificação axiológica de sua origem e de sua tramitação. A justificação do poder político é complementada pelo princípio da **legitimidade** e pelo fenômeno da **legitimação**. Um refere-se ao modo de **transmissão do poder** e outro ao **exercício atual do próprio poder**. O poder é legítimo quando a sua origem não é espúria, nem resultante da usurpação. Sua constituição e transmissão ocorrem de conformidade com a lei consentida e aceita pelos destinatários da ordem jurídica. O poder de fato, cuja origem não é legítima, não se ajusta às leis discutidas, aceitas e consentidas, é resultante de um golpe.

A doutrina do poder político, sua natureza, origem, estrutura e funcionamento, em um regime de direito devem ter apoio na sua legitimidade <sup>(11)</sup>.

O conceito de legitimidade, como escreve NORBERTO BOBBIO, é um tema clássico da teoria política. Lembra que após MAX WEBER, a única obra que conhecia, dando tratamento ao problema da legitimidade como tema central da teoria política, foi a de GUGLIELMO FERRERO, publicada na França em 1945 (**Pouvoir. Les Génies Invisibles de la Cité**. Paris, Plon, 1945).

A definição de legitimidade interessa à teoria geral da política e à teoria geral do direito, mais especificamente à teoria do poder.

(11) BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Tomo II. L'État. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, pp. 170 e ss.; ORLANDI, Hector Rodolfo. *Ciencia Política. Teoría de la Política*. Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, pp. 47 e ss.; AGESTA, Luís Sanchez. *Principios de Teoría Política*. 3.ª ed., Madrid, Editora Nacional, 1970, pp. 252 e ss.; URIBE, Héctor González. *Teoría Política*. México, Editorial Porrúa, 1972, p. 365; DABIN, Jean. *Doctrina General del Estado. Elementos de Filosofía Política*. Trad. de HÉCTOR GONZÁLEZ URIBE e JESÚS TORAL MORENO. México, Editorial Jus, 1946, p. 74.

O princípio da legitimidade é um conceito fundamental da teoria geral da política, do ponto de vista da teoria geral do direito.

BOBBIO entende que a **legitimidade**, como a **legalidade**, é um atributo do poder. O primeiro problema de uma teoria da legitimidade é a distinção entre esses dois termos. Na linguagem dos juristas são adotados como sinônimos e estão a indicar a conformidade com que a lei estabelece. Ao criticar o uso promíscuo, considera **legitimidade** e **legalidade** como termos que indicam dois requisitos diversos do poder: a **legitimidade** é o **requisito da titularidade**, ao passo que a **legalidade** é o **atributo do exercício do poder**.

O poder é legítimo quando aquele que o detém o recebeu por justo título. A legalidade decorre de que vem sendo exercido com base na lei que o criou. O poder legítimo é um poder cuja titulação é justa, ao passo que o legal configura-se pelo justo exercício. A legitimidade é a perspectiva que destaca o titular do poder. A legalidade está ligada ao governado:

“Mi pare superfluo avvertire che la distinzione tra legittimità del titolo e legalità dell’esercizio corrisponde alla tradizionale differenza tra due forme di tirannia: **tyrannia absque titulo**, e **tyrania quoad exercitium**” (12).

A distinção entre a regularidade do título e a regularidade do exercício é encontrada em todo o ordenamento jurídico: leis, atos administrativos, decisões judiciais, até o ato de poder negocial pode ser impugnado e invalidado como ilegítimo ou ilegal seja pela falta de título ou pelo defeito ou excesso no seu exercício. Essas reflexões levam a certas conclusões:

a) das considerações desses dois requisitos, como necessários, mas não suficientes, deriva a teoria de que um poder, para ser justo, deve ser legítimo no que diz respeito ao título e legal no que tange ao seu exercício;

b) das considerações dos dois requisitos, como suficientes, mas não necessários, deriva a teoria de que um poder pode ser legítimo sem ser legal, ou legal sem ser legítimo.

Discute-se se um poder é legítimo, apenas pelo fato de ser legal, conclusão que corresponderia à teoria do Estado de direito. É criticável o entendimento de que para a teoria do Estado de direito não é necessário que o poder seja legítimo, basta que ocorra seu exercício legal, de conformidade com as previsões estabelecidas em lei.

---

(12) BOBBIO, Norberto. *Studi per una Teoria Generale del Diritto*. Torino, G. Giappichelli-Editore, 1970, pp. 83 e ss.



Surge daí que a teoria geral do poder encontra a teoria geral da norma jurídica, que distingue os dois requisitos fundamentais da norma jurídica: justiça e validade:

“Rispetto alla teoria del potere, legittimità e legalità hanno la stessa funzione che giustizia e validità rispetto alla teoria della norma. I termini sono scambiabili. Come la giustizia è la legittimazione della norma, così, al contrario, la validità è la sua legalità; come la legittimazione è la giustizia del potere, la legalità é, al contrario, la sua validità. Allo stesso modo che un potere può essere legittimo, così una norma può essere giusta senza essere valida, e valida senza essere giusta” (13).

BOBBIO dá relevo a duas teorias:

— A teoria segundo a qual uma norma, para ser válida, deve ser justa; a validade decorre do fato de ser justa (teoria do direito natural, em sua expressão mais radical);

— a teoria oposta, pela qual a norma pode ser válida sem ser justa; é justa pelo simples fato de ser válida (teoria do positivismo jurídico, considerada em sua expressão mais radical).

Tomando os dois requisitos do poder e da norma, BOBBIO explica:

1) a legalidade do poder pressupõe a validade da norma através da qual o poder é exercido: a validade da norma torna possível o juízo sobre a legalidade ou ilegalidade de um poder;

2) a validade da norma pressupõe a legitimidade do poder: norma válida é aquela que emana de um poder legítimo;

3) a legitimidade do poder pressupõe a justiça da norma emanada daquele poder: poder legítimo é, em última instância, aquele emanado sobretudo de norma justa (14).

Por esse entendimento, a legalidade leva à validade, a validade à legitimidade, a legitimidade à justiça.

O problema da justificação do poder e da justificação da norma não são apartados, desde que aceitemos o poder e a norma como as duas faces de uma medalha. O poder nasce da norma e produz a norma, ao mesmo tempo que a norma nasce do poder e produz outro poder.

Como terceiro atributo do poder, bem como da legitimidade e da legalidade, está a **efetividade**. A efetividade decorre do poder; a **eficácia** da norma.

(13) BOBBIO, Norberto. *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, ob. cit., pp. 84/85.

(14) BOBBIO, Norberto. *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, ob. cit., p. 85; STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*. Trad. de MONIQUE NATHAN e ERIC DE DAMPIERRE. Paris, Librairie Plon, 1964.

A efetividade de um poder, como prova de sua legitimidade, surge através das principais teorias da justificação do poder:

- 1 — o poder deriva de Deus (*vox populi vox Dei*);
- 2 — o poder deriva do consenso;
- 3 — o poder deriva de uma tradição ou de uma prescrição histórica. A tradição manifesta-se na obediência contínua;
- 4 — a teoria realística do poder, segundo a qual o fundamento do poder é a força.

Os três caracteres da norma jurídica — **justiça, validade e eficácia**, apesar de apresentarem suas particularidades, não se confundem, mas concorrem para a formação da noção do que é direito <sup>(15)</sup>.

Para PASSERIN D'ENTRÈVES, também, as palavras "legalidade" e "legitimidade" não tiveram, na linguagem jurídica corrente, um significado claramente definido e diferenciado. Legal e legítimo são utilizados, indiferentemente, para indicar a maneira de atividade do Estado, de conformidade com as regras particulares do sistema jurídico ou as diretivas gerais estabelecidas pela Constituição. Crê, em sua exposição, que o vocábulo "legitimidade" é uma denominação que é utilizada para descrever, em termos gerais, as condições de **validade** do poder, seu "título" para dar as ordens e para exigir obediência daqueles que se encontram na obrigação de obedecer. Nesse sentido, a legitimidade pressupõe a legalidade, isto é, a existência de um sistema jurídico e de um poder, estabelecendo as ordens, de conformidade com as regras estabelecidas. Ela fornece igualmente a justificação da legalidade, conferindo ao poder a confirmação de sua autoridade. É uma qualificação ulterior, acrescentada à força que exerce o Estado em nome da lei.

O problema das relações entre legalidade e legitimidade, ao longo dos tempos, é considerado como uma das questões de base, relativas ao Estado. A importância da legalidade não ocorre apenas para os estudos de teoria jurídica, mas para o exame do Estado. O princípio da legalidade está ligado às concepções modernas de Estado. A própria noção de sistema constitucional decorre do reconhecimento da necessidade da luta contra o governo arbitrário e a necessidade de definir a ação do Estado dentro de limites legais precisos. A antiga idéia da primazia do direito transforma-se em prática institucional. Dessa orientação decorrem dispositivos especiais que estabelecem uma justiça administrativa, a revisão judiciária, com a finalidade de proteger a legalidade contra os abusos, não apenas do Poder Executivo,

(15) BOBBIO, Norberto. *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, ob. cit.; *idem*, *Teoria della Norma Giuridica*. Torino, G. Giappichelli-Editore, 1952; *idem*, *Qual Socialismo? Debate sobre uma Alternativa*. RJ, Paz e Terra, 1983; LEVI, Alessandro. *Teoria Generale del Diritto*. Padova, CEDAM, 1950; BOBBIO, Norberto. *La Teoria delle Forme di Governo nella Storia del Pensiero Politico*. Torino, G. Giappichelli-Editore, 1978.

mas, também, do Legislativo. Essa idéia de legalidade é o fundamento do Estado, inspirando as fórmulas **Government under Law**, **Stato di diritto**, **Rechtsstaat**, admitidas, por muitos, como a melhor expressão do Estado moderno, do que ele pretende ser ou a razão pela qual suas determinações são aceitas como legítimas.

Com razão indaga PASSERIN D'ENTRÈVES que espécie de legitimação oferece a legalidade. A legalidade é aí considerada como inerente à noção de poder, como força exercida de conformidade com o direito ou em seu nome.

Esse publicista propõe a “qualidade jurídica” da lei, o aspecto substantivo e não somente formal da legalidade. Legitimidade e legalidade identificam-se, apenas, na medida que a legalidade, ela própria, é uma afirmação de valores. A noção de **Rechtsstaat** ou de “Estado de Direito” não pode ser deliberadamente deformada para justificar as formas de tirania as mais perversas, com prejuízo do conteúdo de valor, que apenas este, justificaria a identificação de legalidade à legitimidade. A “neutralidade ética”, aceita como condição do trabalho científico, desde que toda referência aos valores e ao “conteúdo” foram declarados supérfluos, para a compreensão do direito e mesmo incompatível com uma interpretação correta, a única justificação de todo sistema jurídico consistiria em definir sua **efetividade**, isto é, sua própria existência positiva. A questão da legitimidade passou por transformação essencial. O princípio da efetividade tornou-se a **nova regra da legitimidade**. Passou-se a distinguir entre uma legitimação jurídica do poder e uma legitimação moral. A legitimação moral para certos juristas, os positivistas ortodoxos, é considerada como uma questão ideológica, ou mesmo de opinião pessoal. A legitimação jurídica, apenas ela, é levada em conta para os teóricos do direito: pouco importa que o princípio coercivo da ordem jurídica esteja em uma “norma de base” ou em uma “instituição”. Duas escolas despontam desses segmentos: o “normativismo” e o “institucionalismo”.

O “princípio da legitimidade”, para KELSEN, constitui a validade de um certo sistema de normas, determinado unicamente pelo sistema ao qual elas estão ligadas.

A procura de uma base legítima para o poder não é uma indagação apenas acadêmica, destituída de sentido. É a enquete fundamental da filosofia política (16).

Convém distinguir o “poder legítimo”, do “poder formal”, sendo que este pode apenas esgotar-se através de seu estabelecimento, sem

(16) D'ENTRÈVES, Alexandre Passerin. *La Notion de l'État*. Trad. de JEAN R. WEILAND. Paris, Éditions Sirey, 1969, pp. 177 e ss.; *idem*, *La Dottrina dello Stato. Elementi di Analisi e di Interpretazioni*. 2.<sup>a</sup> ed., Torino, G. Giappichelli-Editore, 1967, pp. 203 e ss.; KELSEN, Hans. Trad. de EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, Im-

(continua)

justificação e legitimidade. A definição jurídica do poder decorre da análise de sua fonte. As noções tradicionais de legitimidade, assentadas na **vontade de Deus**, na **eleição ou no processo de escolha**, na **herança do sangue** ou na **cooptação** pretendem dar reconhecimento de sua legitimidade, isto é, são “legítimos”, pelo que possuem o **direito de governar**.

As explicações da legitimidade nem sempre correspondem a todo o conteúdo que o vocábulo deve conter. Algumas perdem-se nos critérios formais, outras são substancialmente incompletas. As bases que justificam a legitimidade devem partir dos destinatários, de suas aspirações, de sua existência concreta, do homem situado.

O direito de governar pressupõe uma base “legal-racional” de legitimidade, como nos fala WEBER, que decorre de procedimentos de escolha ou das eleições. Essas pressupõem um tipo de lei básica ou de Constituição.

DOLF STERNBERGER, em trabalho publicado na **International Encyclopedia of the Social Sciences**, vol. IX, desenvolveu uma exposição que reconhece que a legitimidade é a fundamentação de um poder governamental que é exercido tanto com a consciência por parte do governo, de que ele tem o direito de governar, quanto com um certo reconhecimento desse direito por parte dos governados.

Como qualificação do poder, a legitimidade dá-lhe razões convincentes, pelo que os ocupantes desse poder são olhados como tendo o direito à posição de governantes. O governante legítimo terá maior capacidade de enfrentar os desafios políticos.

O princípio democrático, acolhido nas Constituições, deve exprimir a identificação do povo como sujeito do poder. A democracia pode identificar-se com a participação consensual do povo em regime de liberdade e igualdade na formação dos órgãos do poder e no exercício de suas funções. É nesse sentido que a concepção democrática contrapõe-se à autocrática. Esta configura-se pela “auto-investidura” no poder, mediante a utilização de métodos unilaterais de acesso.

(continuação da nota 16)

prensa Universitária, 1949; *idem*, **Teoría General del Estado**. Trad. de LUIS LEGAZ LACAMBERA; México, *idem*, **Théorie Pure du Droit. Introduction a la Science du Droit**. Trad. de HENRI THEVENAZ; Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1953; *idem*, **A Justiça e o Direito Natural**. Trad. de JOÃO BAPTISTA MACHADO. Arménio Armado — Editor, Sucessor, Coimbra, 1979, 2.<sup>a</sup> ed.; EBENSTEIN, William. **La Teoría Pura del Derecho**. Trad. de J. MALAGON e A. PEREÑA. Fondo de Cultura Económica, México, 1947; VILANOVA, Lourival. **Fundamentos do Estado de Direito**, **Revista de Direito Público**, SP, Editora Revista dos Tribunais, n.º 43-44, jul./dez., 1977, p. 29; MIAILLE, Michel. **L'État du Droit. Introduction à une Critique du Droit Constitutionnel**. François Maspero, Presses Universitaires de Grenoble, 1978.

O consentimento faz parte do caráter constitutivo e da base do poder, tanto no momento de sua **assunção**, como no do **exercício**, quando opera de maneira democrática. As autocracias têm a força como caráter constitutivo. Estabelecem a base do poder e seu exercício dentro desses padrões.

Após reconhecer que a noção de legitimidade é um dos elementos fundamentais do poder, DUVERGER propõe explicações em torno das ideologias da legitimidade.

A legitimidade, como qualidade que apresenta o poder, torna-se válida desde que assuma a imagem de poder aceita por uma certa sociedade. As ideologias decorrentes da legitimidade refletem o interesse daqueles que as desenvolvem e aceitam. Diversos sistemas de legitimidade se opõem, daí que nenhum governo é considerado como legítimo por todo o mundo. O poder pode ser tido como legítimo por uma parte da população e ilegítimo para outras parcelas da sociedade. Existe uma legitimidade democrática, uma legitimidade liberal, uma legitimidade socialista ou uma legitimidade comunista<sup>(17)</sup>. Todas elas procuram a sua justificação, explicando as formas de exercício do poder que consagram.

Como método político de governo e de exercício do poder, a democracia apresenta modalidades diferentes que procuram esclarecer a sua própria legitimidade.

Na elaboração da teoria democrática, são apontados dois elementos essenciais: a vontade política do povo, detentor do poder e seu exercício, através da sua participação na organização da estrutura estatal, de modo que seus interesses sejam respeitados.

A legitimidade do poder não se esgota na simples consagração de elementos exteriores e formais. Os direitos e as liberdades democráticas, institucionalizados por via da democracia clássica, são insuficientes para uma plena legitimidade do poder. Essa insuficiência tem gerado várias críticas à democracia formal. Os níveis econômicos e de bem-estar determinam a consciência política. A democracia formal não é uma democracia real, nem consegue dar autenticidade à legitimidade do poder. A democracia econômica é precisamente o exercício do poder econômico pelo povo, isto é, pela maioria. A democracia política atende apenas a um dos aspectos inerentes à legitimidade do poder. A democracia econômica deve levar à autogestão dos bens. Os mecanismos da democracia política são insuficientes para assegurar uma democracia econômica total. A utilização dos mecanismos da democracia política poderá levar à uma democratização do poder estatal e sua legitimação, através de mudanças sociais e econômicas. A democratização real e sobretudo econômica faz surgir novos direitos e liberdades em benefício do indivíduo e que não

(17) DUVERGER, Maurice. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. 5ª ed. espanhola, Barcelona. Ediciones Ariel, 1970, pp. 29/30.

eram atendidos pela democracia formal. Esses direitos e liberdades não se situam apenas no plano puramente político, concernentes unicamente à organização do poder e ao direito de voto, mas devem efetivar-se nos domínios econômicos, sociais e culturais. Esses direitos permitem ao povo a aquisição de um poder econômico e cultural, condição indispensável para o desenvolvimento de uma verdadeira democracia, para que surja um homem mais completo e mais livre.

O verdadeiro fundamento da democracia real é a democratização econômica. A democracia econômica necessita de um sistema de poder econômico no qual o povo trabalhador tenha direção e participação. Nas autocracias econômicas esse poder está com uma minoria, a classe dirigente minoritária (18).

A legitimação do poder atinge certas características nos diversos regimes políticos. Necessita que sua efetivação decorra de certos padrões essenciais. A democracia política aponta algumas de suas características, se bem que não atendam a uma democracia real:

a) a consagração dos direitos fundamentais do homem, como idéia básica para a organização do poder legítimo;

b) a comunidade política deve ser a frente autêntica, originária e legítima de todo poder;

c) a legitimação do poder completa-se pela sua limitação e controle, que se efetiva através de sua divisão e distribuição, sem que esses mecanismos sejam instrumentos do individualismo político e econômico;

d) o princípio da legalidade não pode sobrepor-se ao da legitimidade;

e) os instrumentos da estabilidade democrática não podem estar à disposição de minorias oligárquicas.

A legitimidade do poder ocorre quando este tem o objetivo de estabelecer uma sociedade democrática. As expressões do poder político, suas formas constitucionais, suas maneiras de organização, fixam as modalidades de participação política.

Quanto mais ampla e completa é a participação política e econômica, mais legítima é a atuação do poder. As formas de participação traduzem a intervenção e o controle do cidadão no domínio especializado dos assuntos públicos. A participação não se limita apenas à participação eleitoral. Essa é a forma mais elementar de participação.

(18) LUKIC, Radomir. *Théorie de l'État et du Droit*. Trad. de MARC GJIDARA. Paris, Dalloz, 1974, pp. 234 e ss.; FRIEDRICH, Carl J. *La Democracia como Forma Política y como Forma de Vida*. Trad. de SANTIAGO MARTINEZ HABA e G. WASSERZIEHR DE MARTINEZ. 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 1966. Ob. cit., pp. 40 e ss.

A estrutura de poder fixa as modalidades, os sujeitos e níveis de participação, que vão dar legitimidade ao regime político:

a) **sujeitos da participação:** o indivíduo e os grupos;

b) **participação política institucionalizada e informal:** as eleições (através do corpo eleitoral), pelos sistemas eleitorais; participação por meio de instituições políticas da democracia semidireta (iniciativa, referendun, plebiscito, etc); Partidos Políticos; sindicatos; grupos de interesses e grupos de pressão;

c) **níveis de maior ou menor participação:** participação direta na elaboração das decisões; participação coletiva organizada <sup>(19)</sup>.

As expressões do poder político, isto é, suas formas constitucionais, materializam-se através de sua organização. A forma que assume, democrática e autoritária, é que lhe dará legitimidade ou não.

A vida política assenta-se em dois elementos essenciais: os governantes que exercem as funções governamentais, e os governados, que executam o controle dessas atividades.

A participação política varia nos diferentes regimes, ao mesmo tempo que se apresenta sob múltiplas formas <sup>(19)</sup>.

É necessário que o governo seja legítimo. Para tal é preciso que sua atuação política, econômica e social seja aceita pela totalidade dos governados, destinatários últimos da ordem política e jurídica. A legitimidade governamental implica na coincidência e aprovação da política feita pelos governantes, de acordo com a vontade dos governados. Esse comportamento propicia o ajustamento dos requisitos da legalidade do governante e de sua legitimidade. Um governo legal, em sua origem, pode tornar-se ilegítimo, desde que sua política não coincida mais com a opinião pública <sup>(20)</sup>.

A legitimidade de um governo que decorre de sua origem e exercício do poder, ao lado de sua legalidade devem estar intimamente relacionadas. Um governo que pratica política contrária às aspirações dos governados perde sua efetividade, condição da legitimidade <sup>(21)</sup>.

Apesar das distinções entre legitimidade e legalidade, não são poucos os autores que aceitam a sinonímia dos dois conceitos. CHARLES CADOUX, ao tratar do **princípio da legalidade**, conclui:

“É um princípio não escrito mas fundamental que legitima a autoridade dos governantes. Contribui para a estabilidade das instituições e permite que cada um conheça seus direitos e deveres.

(19) BADIA, Juan Ferrando. *Democracia frente a Autocracia. Hacia una Democracia Económica, Social y Política*. Madrid, Tecnos, 1980, pp. 175 e ss.

(20) BADIA, Juan Ferrando. *La vida política democrática: sus factores*. *Revista de Estudios Sociales*, N.º 7, jan./abr. 1973, pp. 61 e ss.; FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. Editora Perspectiva S/A, 1978; CANOTILLO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 2.ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1980, pp. 134-135.

O tema da legitimidade do poder é examinado há bastante tempo, mas permite ainda diversas interpretações. Ao tratar do significado do que denomina “princípio da legalidade”, sem descartar da legitimidade, CADOUX o esquematiza como: todos os atos jurídicos cometidos pelo Estado por suas pessoas físicas e morais, que devem estar de conformidade com o direito positivo em suas variadas fontes, principalmente tendo em vista a Constituição. É uma garantia essencial para os governados e realiza o Estado de direito.

Respeitar o princípio da legalidade é, pois, de acordo com esse entendimento, acatar a hierarquia dos atos cuja pirâmide constitui o direito positivo.

Esse mesmo princípio é encontrado nos Estados marxistas sob a denominação de **legalidade socialista**. Mesmo os regimes de exceção, temporária ou indefinida, procuram justificar-se através de uma **legalidade constitucional de crise** (22).

A legitimidade democrática teve assento no modelo liberal, transformado na base do sistema oficial de determinados valores políticos, na maior parte dos Estados contemporâneos, mesmo quando alguns deles foram submetidos a regimes autoritários. A consagração desses princípios democráticos contribuiu para a elaboração da teoria da legitimidade do poder. Mas novas concepções políticas, que refletiram sobre a própria definição da organização estatal, não deixaram de realizar profundas influências na definição da legitimidade do poder. Não decorre ela apenas nas maneiras de estruturação do poder e seus limites.

Expressões como “democracia governada” e “democracia governante”; “democracia participada” e “democracia participante”; “sistema representativo” e “sistema participativo” revelam as novas tendências sobre as transformações do Estado contemporâneo, com reflexos na definição do que se entende por legitimidade do poder.

O sistema político dos Estados ocidentais, no regime liberal democrático, expressa-se através do poder político que recebe sua legitimação do corpo eleitoral. Esse dado e outros promovem a estruturação da democracia política (23).

- (21) FABRE, Michel-Henry. **Principes Républicains de Droit Constitutionnel**. 2.<sup>a</sup> ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 13.
- (22) CADOUX, Charles. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. Théorie Générale des Institutions Politiques**. Paris, Cujas, 1980, pp. 142/143.
- (23) DUVERGER, Maurice. **Institutions Politiques et Droit Constitutionnel. 1 — Les Grands Systèmes Politiques**. 13.<sup>a</sup> ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1973, pp. 62 e ss.; LECHNER Norbert. Principio de legalidad y participación popular. **Boletín Informativo de Ciencia Política**. Madrid, n.os 11-12, dezembro de 1972, abril de 1973, pp. 35 e ss.



A proporção que surgem novos entendimentos sobre a conexão entre sistema econômico e sistema político, são necessárias novas perspectivas e métodos para a teoria constitucional:

“Los valores básicos a los que debía servir el Estado de Derecho liberal burgués, a través de su orden jurídico, eran los derechos individuales y, más específicamente, la libertad individual, la igualdad, la propiedad privada, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal. Tal criterio coincidía con el sistema de las concepciones políticas y de los intereses de los grupos y estratos dominantes, de manera que la dimensión axiológica de la legitimidad se correspondía con su dimensión sociológica, es decir, había una adecuación entre la idea válida del derecho y los intereses de los estratos que, dadas las condiciones históricas, estaban en condiciones de establecer el derecho.

El Estado social no niega estos valores, pero les da un nuevo significado y los complementa con otros criterios axiológico-políticos. En realidad, ninguno de los valores antes mencionados há tenido una significación unívoca y permanente a lo largo de la historia, sino, todo lo mas, una coincidencia en una idea básica susceptible de distintas configuraciones” (24).

A legitimidade do poder decorre não apenas da consagração dos mecanismos institucionais da democracia clássica, mas do reconhecimento de direitos econômicos e sociais que tornam possível a participação política e econômica nos bens e oportunidades que a sociedade deve oferecer.

A autenticidade e garantia dessa legitimidade dependem, também, de instrumentos processuais internos, dirigidos à proteção dos direitos humanos. As instituições tutelares desses direitos devem ser ampliadas através da consolidação de uma jurisdição constitucional que possa impedir todos os momentos que maculam a legitimidade do poder. Esses instrumentos tutelares dos direitos fundamentais da pessoa humana devem conter todas as formas de atuação ilegítima do poder (25).

(24) GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Alianza Editorial, 1980, p. 55; ZAMPETTI, Pier Luigi. *La Participación Popular en el Poder*. Madrid, EPESA, 1977, p. 19; FORSTHOFF, Ernst. *Stato di diritto in trasformazione*. Milano, Giuffrè, 1973; CONDE, Enrique Alvarez. *El Régimen Político Español*. Madrid, Tecnos 1983, p. 35; HAMON, Léo. *Obra coletiva. Mort des dictatures?* Paris, Economica, 1982.

(25) FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980.