

## O PRÍNCÍPIO DA LEGITIMIDADE DO PODER

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA

*“Il n'existe au monde que deux pouvoirs: l'un illégitime, c'est la force, l'autre légitime, c'est la volonté générale”.*

BENJAMIM CONSTANT

Na evolução do pensamento político, as instituições estão sempre vinculadas ao *status quo* social, como a sua principal consequência; daí ter razão Marx, quando, contrariamente a Hegel, admite o *primado do fato sobre a idéia*, no sentido de que aquele propicia essa última e não vice-versa, de sorte que os estudos políticos têm que se alicerçar numa base concreta que lhes dê validade, assim como a Econometria procurou dar base fática à Economia Matemática, embora ambas, nas análises econômicas, substituíssem o raciocínio lógico pelo raciocínio matemático. A observação é oportuna, ainda mais quando nos atemos a um exame de alguns fundamentais institutos políticos e de alguns aspectos relevantes da história das doutrinas políticas. Aliás, não é outra a orientação do movimento prodeísta, que procura elucidar as gerações mais novas, através de um realismo político bem dosado e de uma crítica construtiva, acerca de urgentes problemas, fazendo-as amadurecer sobre os mesmos, a fim de que seja possível a formação de uma elite dirigente devidamente esclarecida de suas funções.

Surgiu esse movimento do idealismo do Padre Felix Mourlion, em 1935, que se inspirou em Pio XI.

“*Pro Deo aut contra Deum*”, proclamara o Sumo-Pontífice: “eis o eterno desafio: dele depende a sorte do mundo. Na vida inteira: na política e na economia, nas ciências e nas artes, na vida pública, como na particular,

tanto no Oriente como no Ocidente; em toda parte se põe o mesmo problema". Não é outro, aliás, o objetivo da chamada "Teologia da Libertação", embasada numa fé criadora.

Essa ordem de considerações leva-nos a ingressar na questão da classe política, que será examinada oportunamente, pois se existe uma ideologia, ou se constata a presença de uma doutrina política enraizada, sobretudo na legitimidade, é curial que elas se manifestem por meio da classe política que, na sua visceral significação, deve identificar-se com a elite dirigente, que não se confunde com a aristocracia, por sua natureza que permite a abertura, possibilitando a circulação de valores.

É importante que essa classe política e a mensagem ideológica que transmita se apoiem, como dissemos, na legitimidade, que é, no magistério de Oscar Tenório ("Considerações sobre o Poder Político", in *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, nº 15), "a grande questão teórica de imediata repercussão no domínio da prática". Esse princípio exposto por Talleyrand, no Congresso de Viena, como bem narra o Marquês de Villa-urruia,<sup>1</sup> adotado por Fabre D'Olivet, mas já pressentido por Santo Agostinho e por Rousseau, permitiu a restauração do poder monárquico, na França ("sirve de divisa a los que condenan la soberania de los pueblos", advertiu Bernardo Monteagudo, teórico de uma liga de Estados hispano-americanos), e a sua manutenção na Europa siderada pela Grande Revolução e pela fascinante aventura napoleônica, filha nem sempre leal aos mandamentos daquela ("Desde o momento em que a legitimidade, representada por Carlos X traiu seu princípio e faltou a seus juramentos", escreveu o Príncipe de Benevente, em suas *Memórias*, "havia que buscar a salvação da França e salvar ao menos, se possível, o princípio monárquico-independente da legitimidade").

Referindo-se ao famoso Conclave de 1815, Antonio Truyol (*Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*, pág. 142, Coimbra, 1952) notou, com sagacidade, que, embora trouxesse ele alguma estabilidade política, olhava "mais o passado do que para o futuro".

Ao contrário de Metternich, a Talleyrand, escrevemos,<sup>2</sup> "talento causticante e individualidade sagacíssima, faltava um *leit motiv* para sua vida". Suas razões condutoras eram egoístas, explorando as oportunidades, ao âmago, revestindo-se, continuamente, de uma ética de circunstância. Apesar disso, não se pode pôr em dúvida a importância histórica de sua atividade política, defendendo princípios, como a Legitimidade do Poder, praticamente por ele inventado, e o da Não-Intervenção.

Enquanto a Legalidade (*Potestas*) importa apenas na adequação do comportamento ou da ação ao comando legal, que deve regê-los, a Legitimidade

(*Auctoritas*), cuja crise pode propiciar a ditadura, exige que eles se apóiem nos próprios objetivos da coletividade, em suas tradições e costumes forjados pela vida em comum (o Direito Canônico, por motivos óbvios, é estranho a essa distinção), estruturando o poder como *idéia* e não como *crença*, atendida a classificação de Gasset, deduzida que é individualmente. Para Francisco Trusso (*De la Legitimidad Revolucionaria a la Legitimidad Constitucional*, pág. 1, B.A., 1968) a legalidade encerra “*um concepto puramente formal, referente a la aplicación de un derecho positivo determinado*”, enquanto a legitimidade, “*abarca un conjunto de “creencias comunes” de aceptación popular*”.

Adverte Radbruch: “*todo nuevo estado de Derecho debe desarrollarse del anterior por la via jurídica, sin que en el proceso de la historia pueda haber rupturas e soluciones jurídicas de continuidad. Tal es, en efecto, el sentido del llamado principio de la legitimidad*” (*Introducción a la Filosofía del Derecho*, pág. 128, Fondo de Cultura, 1965).

Sobre essa última repousa, em última análise, a positividade do direito, que depende do consentimento geral.

Hans Welzel (“El Problema de la Validez del Derecho”, in *Derecho Injusto y Derecho Nulo*, em colaboração com Radbruch e Eberhard Schmidt, pág. 111, Madrid, 1971) deixa clara “*la recepción que la legislación del gobernante tiene que encontrar en la conciencia jurídica del pueblo, para convertirse en Derecho positivo*”.

A questão poderia envolver uma reação jusnaturalística contra o positivismo, partindo da *idéia*, como diz Radbruch, “*de que hay leyes que no son Derecho y que hay Derecho encima de las leyes*”. Contudo, legitimidade e direito natural não são sinônimos, nem esse integra, obrigatoriamente, aquela. “A legitimidade”, ensina Paulo Bonavides, “é a legalidade acrescida de sua valorização”, a fé na legalidade (Weber), o “consenso valoral”, o *jus ad auctoritatem*, a crença na lei (Lacambra) acrescentando J.C. Oliveira Torres, que, “em torno da fidelidade foi construída a teoria da legitimidade. Um governo é legítimo, explica ele, quando os cidadãos lhe dão apoio; um governo legítimo é fiel às liberdades e direitos do povo”. Para Dolf Sternberger (*Fundamento y Abismo del Poder*, pág. 32), legítimo “*es el gobierno emanado de elecciones libres*”. É viável a hipótese de existirem governos legais e legítimos, governos legais e ilegítimos e governos momentaneamente legítimos e ilegais, mesmo porque a nova ordem das coisas criará sua própria legalidade. Os outros Estados não podem manifestar opiniões sobre a legitimidade do poder de um Estado. A Santa Fé, todavia, tem entendido que o fato de manter relações com o detentor do poder, não implica em reconhecer sua legitimidade

(*Bulla Sollicitudo Ecclesiarum*). Sob um crivo jurídico, é exata a distinção feita por J.P. Galvão de Sousa,<sup>3</sup> abalizado autor também de importante obra de ciência política: <sup>4</sup>“A instabilidade política reinante nestas nações decorre, em grande parte, do conflito entre um direito constitucional abstratamente elaborado e o direito histórico permanente transgredido. Daí a *Legalidade* espúria sem foros de *Legitimidade* nacional, ou, como se diz na França, a oposição entre o “país legal” e o “país real”. À legalidade esvaziada de um conteúdo histórico se poderia aplicar a expressão de Odilon Barrot: “*la legalité nous tue*”.

Consequência dessa inocultável situação foi o ensinamento de Alberto Torres: “O nosso país precisa, de uma vez por todas, formar um espírito e uma diretriz prática, que o conduza, salvando-o do atravancamento de opiniões e das tendências particulares e sistemáticas, em que está dividido e organizar e pôr em movimento as suas próprias forças”.<sup>5</sup> (Pregando a necessidade de uma revisão da Constituição, pois o Código Orgânico, então vigente, era mera construção teórica, e, apresentando um projeto, longamente meditado, Alberto Torres evidenciou não ter “verdadeira nacionalidade um país que não tem a sua política e não há verdadeira política que não resulte do estudo racional dos dados concretos da terra e da sociedade, observados e verificados pela experiência”, *A Organização Nacional*, pág. 214, Cia. Editora Nacional, 1933; as idéias desse perspicaz pensador político têm tido, aliás, indisfarçável influência em nossa evolução institucional, assegurando forte presidencialismo, dentro de uma Federação que torna, praticamente Províncias, suas Unidades componentes; Torres preconizou, ainda, o Mandado de Segurança, o atendimento aos fins sociais da lei e preocupou-se com a edificação da elite governante, propondo a criação de uma Faculdade de Altos Estudos Sociais e Políticos, idéia posteriormente, encampada por Fernando Nobre; o ponto que, todavia, reputou ele o mais importante de sua doutrina foi a instituição de um quarto poder: o *Coordenador* — como Bolívar apregoava o *Poder Moral* e o *Poder Eleitoral* — além de um sistema tricameral — adotado, aliás, pela Constituição da Nicarágua, no art. 7º — que, na República, só tivemos com a natureza do Senado, na Constituição de 1934 e, para alguns, com a restauração do parlamentarismo, pela Emenda nº 4 à Constituição de 1946). Foi, também, esse o ensinamento de Oliveira Viana ao pugnar por um “idealismo orgânico”, embasado na experiência, censurando, em decorrência, o “idealismo utópico”, a grave enfermidade de nossas cartas constitucionais, que nisso não seguiram os rumos da Carta dos Estados Unidos. “Nenhuma dessas constituições”, acentou no ilustre sociólogo (*O Idealismo da Constituição*, pág. 13, Rio, 1927), “se assentou sobre bases argamassadas com argila da nossa realidade viva —

da nossa realidade social — da nossa realidade nacional”. Sentindo a ameaça das abstrações teóricas, e das imitações insensatas, em matéria política, sem quaisquer raízes na verdade dos fatos, advertiu Afonso Pena Júnior, após 1930: “Não há maior perigo para as construções revolucionárias do que a sedução pelas doutrinas exóticas “de último berro”, e a inconsiderada transplantação de instituições avessas à estrutura moral decorrente dos fatores históricos do País”.

(Elaborou Guerreiro Ramos, a sua noção da “Redução Sociológica” exatamente para, metodologicamente, possibilitar uma autoconsciência da Sociologia Brasileira, reconhecendo, todavia, que o seu teorizar “não representa momento final de um processo de indagação”, pág. 13, 2ª ed. Entretanto, a contribuição do arguto sociólogo representa a primeira tentativa efetiva de instauração de um conhecimento sociológico em bases nacionais. Assim como o pensamento de Husserl, inseriu-se na cultura contemporânea, influenciando no próprio Guerreiro Ramos, a sua tese pode ter ampla aplicação nas variadas formas de comportamento intelectual. O poeta Haroldo De Campos, que a utilizou no âmbito estético, bem a resume: “Forma-se em dadas circunstâncias uma “consciência crítica”, que já não mais “satisfaz” com a “importação de objetos culturais acabados”, mas cuida de “produzir outros objetos nas formas e com as funções adequadas às novas exigências históricas”; essa produção não é apenas de “coisas”, mas ainda de “idéias”). Pontes De Miranda, <sup>6</sup> aliás, pregou sempre a necessidade de uma concepção científica do direito, isto é, apoiada nas realidades. Por ser a norma jurídica, fundamentalmente, uma “norma de cultura” como relata Mayer, acreditamos que o estudioso do Direito Constitucional, pela complexidade desse ramo da ciência jurídica, que se lastra na observação comparativa, na história, e na realidade social, não pode se alhear desse debate, motivo pelo qual discordamos da respeitável opinião de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, que considera escapar o mesmo “à competência do jurista enquanto jurista”.<sup>7</sup>

Hodiernamente, o princípio da legitimidade que, na sua origem, refletia uma posição monárquica, no sentido de que toda dinastia que exercia o poder, tinha o direito de conservá-lo, tem sido retomado por aqueles autores que desejam a restauração da realeza. É o caso de Jacques Valdour, <sup>8</sup> de Carlos Selvagem, <sup>9</sup> que defende a tese de ser a monarquia o único regime capaz de criar e de manter elites pela sua renovação permanente, como, aliás, pregava Antonio Sardinha, e, entre nós, de Arlindo Veiga dos Santos, líder do movimento patria-novista e João Camilo de Oliveira Torres que, após demonstrar a necessidade de buscar um princípio de legitimidade universalmente válido, pondera: “na minha opinião, este deveria ser aquele princípio geral que foi a

causa normal da nacionalidade, que constitui a Nação ao formar-se, sem o qual ela não existiria”. E conclui: “O nosso talvez seria o império, isto é, a monarquia de base popular”.<sup>10</sup>

O debate, para nós, é superado em virtude do ritmo da História que tende a republicanizar os poucos Estados ainda monárquicos que remanescem. Mesmo as chamadas monarquias republicanas (de limitações vigorosas ao poder real) e eletivas (como o é a da Malásia e como o foram as da Polônia, da Suécia, de Veneza e Gênova) são hoje interessantes peças de mostruário político. “É de ser encampado, por isso, o pensamento de Madame Stael pela qual *“los realistas constitucionales solo han profesado una idea que los republicanos deben rechazar: la monarquía hereditaria”*”.<sup>11</sup>

Teoria conciliadora foi o *Doutrinarismo*, bem exposta por Morey Otero,<sup>12</sup> que visava salvar o *Legitimismo*.

A Legitimidade, tomada, pois, em seu aspecto histórico (e não sociológico), é hoje um retrocesso de sabor medieval e sebastianista que posterga significativas conquistas políticas. Consignou bem Fouché, a respeito de Talleyrand: “Não percebeu, todavia, que ao se desligar da Revolução e de seus princípios perdia o apoio e a ajuda que dela havia obtido e que ao preconizar as máximas da legitimidade monárquica, reabria aos Bourbons as portas que a Revolução lhes havia cerrado”, ensejando que se considerasse subversivos o liberalismo e os movimentos de independência, o que agradava à Espanha, apoiada pela Santa Aliança.

A legitimidade, por sua vez, do poder constituinte acarreta a legitimidade dos poderes constituídos, “as forças codificadas na Constituição”, na expressão de Fernando Nobre,<sup>13</sup> saudoso pensador político, cujo idealismo em fundar um governo democrático sob novas bases, que permitissem a paz universal, representa para todos exemplo a ser imitado.

A repartição do poder estatal único, por uma didática política, representa mesmo o fundamento do estado democrático, como o desejavam os constituintes norte-americanos, pelo advento do sistema de *checks and balances* que mereceu, de A.P. Soares de Pinho, significativo estudo,<sup>14</sup> pelo que, razão sobejou a Benjamin Cardoso, que encarava o direito como experiência, pelo seu embasamento sociológico (“o direito”, atestou Reale, “não é só experiência, mas só pode ser compreendido como experiência”), quando em rumoroso pleito<sup>15</sup> expôs que “a doutrina da separação dos poderes não deve ser encarada com rigor pedante, mas com elasticidade de julgamento”. Interessante a observação de Juari D. Silva (“Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais”, in *Arquivos do Ministério da Justiça* nº 92): “Na verdade, a denominada “divisão de poderes” é uma construção de índole política e de

natureza pragmática com a qual não se deve confundir a “distinção de funções”, de caráter técnico-jurídico”.

Ninguém melhor que Ferrero, estudou o princípio a que vimos nos referindo.<sup>16</sup> Encara ele quatro situações diversas: a *Legitimidade*, a *Ilegitimidade*, a *Pré-Legitimidade* e a *Quase-Legitimidade*. Os princípios da Legitimidade, para Ferrero, são “justificações do poder, isto é, do direito de mandar” e são em número de quatro: o *eletivo*, o *hereditário*, o *aristo-monárquico* e o *democrático* que se “entremisturaram através dos séculos, combatendo-se ou colaborando uns com outros” (ob. cit., págs. 27 e 28).

Como assevera o ilustre historiador, cada fase tem, na verdade, um só princípio de ilegitimidade que se “harmoniza sempre com os costumes, a cultura, a ciência, a religião, os interesses econômicos de uma época” (ob. cit., pág. 53). Garret, que possuía alta sensibilidade no trato das questões públicas e que era simpático à monarquia limitada, admitindo, todavia, o intervencionismo estatal, uma vez que “a fiscalização pertence ao Governo, porque é do interesse geral da sociedade comum” (*Discursos Parlamentares*, pág. 160, Lisboa, s/d), proscrescia a formação hereditária do corpo legislativo, optando, como O’Connell, por um sistema misto, do qual participasse a vontade popular através da eleição, e a nomeação régia.

No pensar de Ferrero, a pré-legitimidade “é a mais difícil das provas a que pode ser submetido um Estado”, eis que “no período da pré-legitimidade, o princípio de legitimidade, em vez de sustentar o poder, tem necessidade de ser sustentado por ele contra as oposições abertas ou ocultas com que tropeça” (ob.cit., pág. 131), notando-se um descompasso entre o Estado democrático e a Nação autoritária.

O governo pré-legítimo não é ainda um governo legítimo. FERRERO exemplifica a hipótese com a República Espanhola de 1931 e com a de Weimar, uma vez que, nessa última, parte consideravelmente grande da Alemanha se negava a aceitar “as instituições republicanas e a fórmula democrática de legitimidade que as justifica: sufrágio universal e soberania do povo”. Henrich Brulning chegou a afirmar: “tínhamos uma república, mas não havia republicanos”.

A Guizot se atribuiu a paternidade da palavra “quase-legitimidade”, com que se batizou a “Monarquia de Julho” na França. “Não há só governos legítimos e governos ilegítimos”, considera Ferrero (ob. cit., pág. 198): “entre uns e outros há governos que, sem serem legítimos, podem contar com consentimentos bastante largos para não serem obrigados a impor-se, como os governos ilegítimos, só por meio da força, da corrupção e da mistificação.

Com relação aos poderes ilegítimos, Ferrero a eles se refere como aqueles “que governam como se pudessem ser obedecidos” (ob. cit., pág. 194), vinculando-se à doutrina dos governos de fato, os quais, todavia, como já aflorado, em sentido estrito, são os que se impõem, “para lá de toda a consagração jurídica” (Fessard), nada obstante que representem um princípio legítimo, buscando a juridicidade, como poderia ligá-los à ascensão política dos militares (Jorgen Rasmussen — *O Processo Político*, pág. 99, Rio, 1973).

*Tantum si amari possunt*, escreveu Santo Agostinho, numa linguagem profunda e bela, referindo-se às hetaíras, tendo Lord Acton dito que “todo poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente”.

O problema da Legitimidade é basilar na Ciência Política. Sem ele, as instituições não teriam consistência, nem duração, e seriam com aquelas cidades dos pescadores de Sumatra, flutuando sobre as ondas. Ensina mesmo Vincenzo Guelli que ele constitui o conteúdo da normação constitucional, recebendo dela o valor jurídico.

O “princípio constitucional”, pondera o autor citado, “não coincide com o princípio da legitimidade, mas dá aos órgãos do Estado um critério diretivo, expresso precisamente pelo princípio da legitimidade”.<sup>17</sup>

## NOTAS

1. *Talleyrand*, Madrid, 1926.
2. *Safra Obscura*, pág. 75, Pongetti, 1963.
3. *Raízes Históricas da Crise Brasileira*, pág. 47, Ed. Vozes, 1965.
4. *Política e Teoria do Estado*, Ed. Saraiva, 1957.
5. *O Problema Nacional Brasileiro*, pág. XXI, Imprensa Nacional, 1914. Em estudo sobre ALBERDI, advertiu MATIENZO: “*El problema de la organización de un país es mucho mas difícil que el de la independencia nacional*”.
6. *Os Novos Rumos do Direito*, 1923. Rio de Janeiro.

Partindo do pensamento positivista. PONTES DE MIRANDA distingue as três fases do conhecimento: a empírica, a racional e a indutiva, na qual se estrutura a Ciência positiva do Direito, e que é um síntese das demais. Formando-se o espaço social das relações sociais, vale dizer da “matéria ou energia social”, coexiste ele com o direito.

Doutrina PONTES (*Introdução à Política Científica*, pág. 175, Garnier, 1924) que com pertinência às relações sociais e aos processos de adaptação, entre os quais está o direito, conhece-se dois princípios fundamentais: “o da crescente dilatação e integração dos círculos sociais e o da progressiva diminuição do *quantum* despótico”.

Segundo o eminente pensador, são os legisladores empíricos ou racionalistas que, por incúria ou insensatez provocam as revoluções.

7. *O Estado de Sítio*, pág. 7, São Paulo, 1964.

8. “Se não for restabelecida a monarquia, e brevemente, perecerá a sua obra milenária”. *A Concepção Monárquica do Estado*, pág. 111, Reconquista, 1956.

9. *O Problema das Elites no Mundo Moderno*, Lisboa, 1944.

10. “A Questão da Legitimidade”, in *Estado de São Paulo*, 1962.

11. *Reflexiones sobre la Paz*, 2ª ed., Espasa-Calpe, 1964.

12. *Constitución Anotada de la República Oriental del Uruguay*, pág. 68, 8ª ed., Montevidéu, 1924. O Doutrinarismo, em face do grande incremento tomado pela teoria da soberania popular, sustentava que “*la soberanía reside por igual en el pueblo y en el rey, y que és preciso que ambos lleguen a un pacto para determinar que parte corresponde a cada uno en el ejercicio desa misma soberanía*”.

13. *Sucintas Reflexões à Margem da Encíclica Mater et Magistra*, pág. 59, São Paulo, 1961. Também desse autor, *Governo Demófilo*, 1945, e *Os Mistificadores da Democracia*.

14. *Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira*, Niterói, 1961. A respeito, igualmente FRANCISCO SÁ FILHO, *Relações entre os Poderes do Estado*, Borsoi, 1959.

15. Panamá Refining Co. versus Ryan.

16. *O Poder*, Pongetti, 1945. Ver DJACIR MENEZES, “Poder e Legitimidade”, in *Rev. de Ciência Política*, nº 18. Por vezes, a legitimidade é artificialmente fabricada. ANTÔNIO GRAMSCI mostrou com a teoria da “hegemonia”, que a classe dominante procura embasar-se no consentimento ativo dos dominados, educados a dá-lo “pelas escolas, pelas igrejas e pelos intelectuais que trabalham em favor da classe dominante” (WATKINS e KRAMNICK, *A Idade da Ideologia*, pág. 99, Ed. Univ. de Brasília, 1981).

17. *O Regime Político*, pág. 63, Coimbra, 1951.