

LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: DISTINÇÃO

**Edilson Alves de França,
Procurador Regional Eleitoral e Professor da UFRN e
UnP.**

INTRODUÇÃO

Não se faz dificultoso observar que as grandes questões políticas que têm tradicionalmente dividido os povos e provocado conflitos armados, além de acirradas lutas partidárias - *questões de forma de governo, de sucessão, de participação dos partidos na administração pública, de resolução dos problemas religiosos, administrativos, sociais, econômicos, etc* - vão cedendo espaço, quanto ao valor que representam para a segurança das nações, a um problema novo e de grave alcance prático.

Têm-se notado, portanto, que o espírito de reivindicação econômica que atualmente se expande, desde os sem-terras até setores representativos dos meios de produção, parece voltar-se contra a ordem pública dos Estados, talvez porque seja nela que se encontre o apoio das "**situações adquiridas**" e da forma atual de distribuição das riquezas. Diante dessa conjuntura, entre outras questões que possam defluir, desponta a necessidade de se esboçar o correto entendimento dos termos legitimidade e legalidade. E, para isso, nada como se aprofundar na análise distintiva que é feita pela doutrina entre os dois termos em referência. A similitude, ainda que parcial, é enfatizada, sobretudo, pelos doutrinadores italianos, conforme veremos mais adiante. Por seu turno, a melhor doutrina administrativa francesa, pouco preocupada com a expressão legitimidade, cuida apenas da legalidade, consoante se colhe de referências feitas por vários autores brasileiros.

Assimilando mal a posição francesa, no nosso meio jurídico, inclusive entre eméritos professores locais, há os que entendem que a discussão é acadêmica, bizantina e que não vale a pena considerá-la. Mas a diferença existe sim, em qualquer ramo do direito brasileiro e, principalmente no que tange ao poder estatal. Assim, aproveitando a oportunidade que nos é oferecida por essa prestigiosa revista, passamos a enfocar a questão, sob a ótica das correntes que identificam o verdadeiro significado do termo legitimidade, afastando-o da enganosa equiparação à legalidade.

CONCEITO DE LEGALIDADE

Segundo leciona DE PLÁCIDO E SILVA¹, derivando do latim, de **legalis**, legalidade significa e exprime a circunstância de coisa ou do ato "*que se mostra dentro da ordem jurídica, ou é decorrente de preceitos de lei.*" Constitui-se, portanto, "*...a ação exercida dentro de ordem jurídica, ou na conformidade das regras e solenidades prescritas em lei.*"

Essa definição coincide, pelo que se pode colher, com o ensinamento de PEDRO NUNES² que explicita ser a legalidade a "*Qualidade do que é legal; conformidade com as normas jurídicas...*". Ambas as definições, com singularidade, prendem-se ao caráter latino da palavra (**legalitas, legalitatis**), exprimindo o sentido daquilo que é conforme à lei. Daí, razão ao emérito professor NELSON SALDANHA³ ao asseverar que legalidade, derivando de **lex, legis**, desde sua etimologia, vincula-se a um sentido de correção. É seu o dizer posto no sentido de que "*O legal se apresenta, na própria representação do homem comum, como algo correspondente ao devido, ao correto, ao certo, ao aceitável.*"

Por seu turno, BOBBIO⁴, voltado para o contexto político, assevera ser a legalidade "*um atributo e um requisito do poder*", justificando, assim, o fato de referirmo-nos a um poder como legal, quando se age legalmente ou se tem presente a marca da legalidade, ou seja, "*...quando é exercido no âmbito ou de conformidade com leis estabelecidas ou pelo menos aceitas.*"

No mesmo passo, acresce o professor PAULO BONAVIDES⁵ que "*A legalidade nos sistemas políticos exprime basicamente a observância das leis, isto é, o procedimento da autoridade em*

¹ SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 4. ed. São Paulo: Forense, 1975, v. 2, p. 920.

² NUNES, Pedro. Dicionário de tecnologia jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 524.

³ SALDANHA, Nelson. Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia jurídica. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 167.

⁴ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola. Dicionário de política. Tradução Carmem Varriale. 8. ed. Brasília: Editora UNB, s.d., vol. 2, p. 674.

⁵ BONAVIDES, Paulo. Ciência política, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1986. p. 111.

consonância estrita com o direito estabelecido." Reforça, assim, a concepção de que a palavra reflete a noção de que todo poder deve atuação consentânea com o regramento legal vigente.

Com relação a nossa doutrina administrativa, desponta a posição de CAIO TÁCITO⁶ que, seguindo o pensar dos autores antes citados, assinala que *"a legalidade é a observância da lei, que vincula a manifestação de vontade do administrador, estabelecendo um nexo de causalidade entre o resultado do ato e a norma de direito."*

Referindo-se a duas circunstâncias que procura realçar, MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, citado por ODETE MEDAUAR⁷, leciona:

"...constitui o princípio da legalidade uma condição fundamental limitadora do exercício do poder administrativo. Assume nos regimes jurídicos organizados e de proteção aos administrados dois aspectos fundamentais: a) de respeito à lei como ela é e naquilo que ela disser; b) de conter na atividade administrativa os possíveis excessos da Administração."

No direito alienígena, as definições oferecidas não divergem da posição da doutrina brasileira, conforme se colhe de observação feita pela referida professora paulista⁸. **Verbis:**

"Para Vedel "a legalidade é a qualidade do que é conforme à lei" (Droit Administratif, 1973, pág. 266). Indicando a legalidade como um dos aspectos essenciais do Direito administrativo francês, Paul-Francis Benoit afirma que "tanto as competências como as obrigações próprias da Administração são exercidas e assumidas de acordo com as regras gerais estabelecidas ou diretamente pela própria constituição, ou por leis e decretos segundo as modalidades previstas pela constituição; eis o que se denomina "princípio da legalidade", que domina toda a ação administrativa (Le Droit Administratif Français, 1968, pág. 77)."

Novamente, com a reconhecida autoridade de sempre, NORBERTO BOBBIO⁹, sem divergir do que até aqui se disse, acresce que *"... entende-se por princípio de legalidade aquele pelo qual todos os organismos do Estado, isto é, todos os organismos que exercem poder público, devem atuar no âmbito das leis."* Ou, em outras palavras, traduz a noção de que todo poder estatal deverá atuar sempre de conformidade com as regras jurídicas vigentes."

Pelo que se pode concluir, é o Estado constitucional que viabiliza o princípio da legalidade, entendendo-se este, também, como a limitação imposta ao próprio Estado de não poder exigir que o cidadão proceda, senão com base na lei. Desse modo, a própria conduta estatal não há como refugir desse princípio de dupla significação, conforme o dizer do Prof. CELSO RIBEIRO BASTOS¹⁰, ao assim discorrer sobre o tema.

Verbis:

"A sua significação é dúplice. De um lado representa o marco avançado do Estado de Direito, que procura julgar os comportamentos, quer individuais, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão. De outro, o princípio da legalidade garante o particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário. Instaura-se, em consequência, uma mecânica entre os poderes do Estado, da qual resulta ser lícito apenas a um deles, qual seja o Legislativo, obrigar os particulares."

.....

No fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei."

⁶ TÁCITO, Caio. Curso de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Forense, 1979. p. 165.

⁷ MEDAUAR, Odete. Legalidade e legitimidade em direito administrativo, Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, n. 3, p. 173-176, mar. 1988.

⁸ Ibid. p. 172.

⁹ BOBBIO, Norberto, OB. CIT. P. 675.

¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. Dicionário de direito constitucional, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 93.

É sem divergir dessa idéia, portanto, que a nossa Carta Magna consagrou o princípio da legalidade, enunciado na garantia de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. É verdade que mencionada reserva legal se afigura mais marcante em alguns ramos do direito do que em outros, entretanto, seja com o rigor do direito penal (art. 1º, do Código) ou do direito tributário, seja com o caráter de reserva absoluta de lei formal, como no direito administrativo, o fato é que o princípio da legalidade consagrado pela Constituição, constitui-se viga mestra do nosso ordenamento jurídico, voltada tanto aos comportamentos sociais como às atividades estatais, representando, como disse RUI BARBOSA¹¹, "o oxigênio da nossa atmosfera profissional".

CONCEITO DE LEGITIMIDADE

Com a clarividência de sempre, num enfoque inicial, BOBBIO¹² refere-se a linguagem comum onde vislumbra dois significados para o termo legitimidade. Um genérico outro específico. No primeiro, relewa o sentido de justiça ou de racionalidade, lembrando, como exemplo, a referência que se faz a legitimidade de uma decisão ou de uma atitude. No segundo, o significado específico, lembra o Estado como o ente mais presente no conceito do termo em referência.

É nesse contexto que o festejado mestre assevera:

"...podemos definir Legitimidade como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo o poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado."

Por seu turno, com proficiência invulgar, PAULO BONAVIDES¹³ leciona que a legitimidade, por ter sua concepção influenciada pelas crenças de um tempo que orientam a manifestação do consentimento e da obediência, pode ser conceituada como a legalidade acrescida de sua valoração.

O sempre lembrado NELSON SALDANHA¹⁴, sem divergir do Professor PAULO BONAVIDES, assinala que o termo legitimidade abriga uma espécie de "ênfase qualitativa especial" no referencial ético que encerra. Diz o mestre pernambucano:

"...Legitimar é, sob certo aspecto justificar: dar um fundamento a uma pretensão, uma opinião, uma relação. Seu sentido se acha freqüentemente preso a um dado formal (pode por exemplo estar ligado ao da legalidade ou a algo equivalente), mas em princípio a exigência de legitimidade vai além, e aponta para um nível mais fundo. Assim, o legítimo pode ser o verdadeiro o genuíno, o originário, aludindo a uma qualificação específica, que abrange um plano normativo mas ultrapassa-o. Historicamente, todas as instituições contêm em si suas próprias formas de legitimação, que as justificam e as ajudam a impor-se: Legitimação religiosa, ética, jurídica, etc."

SÍNTESE DISTINTIVA

Com efeito, postas as definições de legalidade e legitimidade, afigura-se evidenciada a distinção entre os dois termos. De forma simples e objetiva poder-se-á repetir MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO¹⁵ asseverando que "legalidade é a situação ajustada ao direito positivo, enquanto legitimidade refere-se ao direito ideal ou sociologicamente definido, desobrigado de coincidência com o direito positivo. A conclusão, portanto, é aquela repetida por muitos: Nem sempre, ou nem tudo o que é legal é legítimo".

¹¹ BARBOSA, Rui. Discursos, orações e conferências. 1. ed. São Paulo: Livraria Editora Itacema Ltda., 1969. v. 1, p. 341.

¹² BOBBIO, Norberto. ob. cit., p. 675.

¹³ BONAVIDES, Paulo. ob. cit., p. 115.

¹⁴ SALDANHA, Nelson. ob. cit., p. 172.

¹⁵ FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. Enciclopédia Saraiva de direito, vol. 48, Verbete Legalidade, 1. ed. São Paulo: Saraiva, s.d., v. 2, p. 674.

BOBBIO¹⁶, mais uma vez, depois de reconhecer que nem sempre a distinção dos termos se faz presente, lembra que a referência a legalidade deve ser feita quando se trata de exercício de poder, enquanto legitimidade refere-se a sua qualidade legal. Acresce, nesse passo, que *"...o poder legítimo é um poder cuja titulação se encontra alicerçada juridicamente; o poder legal é um poder que está sendo exercido de conformidade com as leis. O contrário de um poder legítimo é um poder de fato; O contrário de um poder legal é um poder arbitrário."*

A respeito da distinção em comento, o Prof. PAULO BONAVIDES¹⁷ alude a doutrina francesa mais moderna, esclarecendo que, quanto a legalidade e legitimidade dos governos, ela se distribui em três posições que são assim sintetizadas. **Verbis:**

"...1) a legalidade é tão-somente questão de forma; a legitimidade, questão de fundo, substancial, relativa à consonância do poder com a opinião pública, de cujo apoio depende (Burdeau);

2) a legitimidade é noção ideológica, a legalidade, noção jurídica; do ponto de vista, porém, da ordem constitucional positiva as duas noções coincidem ou se confundem: "um governo é legal, conseqüentemente legítimo, sob o aspecto do direito, desde que se estabeleça de modo regular, conforme as regras da ordem estatutária nacional", a saber, ao instituir-se de acordo com a Constituição em vigor; caso porém venha a contrariar essas regras, que deverão presidir igualmente ao seu funcionamento, semelhante governo deixará de ser legal, perdendo também sua condição de legítimo;

3) legalidade é a conformação do governo com as disposições de um texto constitucional precedente, ao passo que a legitimidade significa a fiel observância dos princípios da nova ordem jurídica proclamada; a legalidade será assim um conceito formal, a legitimidade, um conceito material, de maneira que, segundo essa posição, um governo de fato far-se-á eventualmente legítimo se proceder segundo as regras por ele mesmo estabelecidas, fundamentando uma nova ordem política ou constitucional (Duverger)."

Ainda no tocante a distinção aqui abordada, não se faz exaustivo repetir a advertência do Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁸ ao lembrar D'ENTREVE na afirmação de que legalidade e legitimidade deixam de identificar-se a partir do momento em que se admite que uma ordem pode ser, ao mesmo tempo, legal e injusta.

Segundo o mestre, a possibilidade de resgate do vínculo entre legalidade e legitimidade, somente será viável com o abandono da idéia *"puramente formal da legalidade"* para defini-la como *"a realização das condições necessárias para o desenvolvimento da dignidade humana"*, uma vez que o princípio da legalidade não cinge-se à exigência de que regras e decisões afigurem-se formalmente corretas. *"...Ele exige que elas sejam conformes a certos valores, a valores necessários à existência de uma sociedade livre", tarefa exigida expressamente do estado brasileiro (art. 3º, I)."*

No âmbito do direito administrativo, ninguém melhor do que HELY LOPES MEIRELLES¹⁹ para identificar a distinção entre legalidade e legitimidade. Segundo o saudoso professor, como princípio, a legalidade *"...significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso"*. Acresce o mestre do direito administrativo que *"Além de atender à legalidade, o ato do administrador público deve conformar-se com a moralidade e a finalidade administrativas para dar plena legitimidade à sua atuação. Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que tanto atende às exigências da lei como se conforma com os preceitos da instituição pública."*

Diante do exposto, ainda que insistam alguns em ter a diferença entre legalidade e legitimidade como meramente acadêmica ou bizantina, afigura-se evidente a importância dessa distinção. Os significados dos dois termos são inconfundíveis. E se do ponto de vista histórico, podemos dizer que mencionada diferenciação não foi feita pelo direito romano, por exemplo, não menos correto é afirmar-se que

¹⁶ BOBBIO, Norberto, ob.cit., v. 02, p. 674.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo, ob. cit. p. 118.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 371.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 82.

desde 1815, como lembra PAULO BONAVIDES²⁰ a distinção fluiu do pensamento europeu, sobretudo quando acentuou-se "...o antagonismo que a França monárquica passou a testemunhar entre a legitimidade histórica de uma dinastia restaurada e a legalidade vigente do código napoleônico."

Como se pode concluir, seja do ponto de vista histórico ou filosófico, seja sob o enfoque sociológico ou jurídico, a distinção entre legalidade e legitimidade faz por merecer a análise que aqui se procurou fazer.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. ob. cit., p. 113.