



5 LEGITIMIDADE DE ORIGEM E DE EXERCÍCIO

Palestra proferida pelo dr. Rodrigo R. Pedroso aos 26 de outubro de 2020 no Centro de Estudos de Direito Natural "José Pedro Galvão de Souza"

Dr. Rodrigo Rodrigues Pedroso


Formado em Direito pela Universidade de São Paulo, em 2001. Inscrito na OAB/SP desde 2002. Membro do corpo jurídico da USP desde 2009, atuou como responsável pelo escritório regional da Procuradoria Geral no Quadrilátero da Saúde / Direito, e na área Patrimonial. Atuou na Procuradoria Judicial Trabalhista. Atualmente em afastamento, exercendo a função de Assessor Especial do Ministro do Ministério da Mulher e dos Direitos Humanos – Governo Federal.



LEGITIMIDADE DE ORIGEM E DE EXERCÍCIO

As palavras *legitimidade* e *legalidade* têm a mesma etimologia: ambas vêm do latim *lex, legis* – lei. A ser assim, o *legítimo* seria simplesmente o que está conforme à lei e seu sentido equivaleria ao de *legal*. Com efeito, em muitos casos o uso abona essa equivalência de sentido entre o *legítimo* e o *legal*. No direito das sucessões, chama-se *legítima* a porção da herança de que o testador, por lei, não pode dispor. No direito penal, a *legítima defesa* é aquela que, exercida nos limites da lei, vale como excludente de ilicitude. No direito processual, *legitimidade* é a autorização legal para ingressar como parte em juízo. No direito brasileiro de família, anterior à Constituição de 1988, falava-se também na filiação *legítima*, que era a procedente de pais legalmente casados entre si.

Não obstante essa sinonímia primitiva, o uso introduziu progressivamente uma distinção de sentido entre os termos *legalidade* e *legitimidade*, como se significassem coisas diferentes, que necessitam palavras diferentes para ser nomeadas. Segundo essa distinção, *legitimidade* significaria uma



legalidade superior ou um *sentido mais profundo da legalidade*. Essa distinção conceitual traz consigo a consciência ou a desconfiança de que nem tudo o que é legal é legítimo. A legitimidade seria, então, uma *instância que transcende a legalidade*, que vai além do meramente legal.

Nesse sentido, legitimidade seria um conceito que poderíamos aplicar não somente às leis, como também às autoridades que fazem e executam as leis, assim como aos próprios regimes políticos. Ou seja, a legitimidade de que estamos falando tem a ver com o *direito de mandar* e o *dever de obedecer*. Pois pode mandar apenas quem tem poder legítimo e só o poder legítimo deve ser obedecido.

As ideologias dominantes em nossa época tratam de maneira diversa do problema da legitimidade. No marxismo, o problema deixa de fazer sentido, na medida em que essa filosofia considera o Estado, o direito e a própria moral como produções meramente ideológicas, que mascaram as relações materiais de opressão e exploração. Por outro lado, o liberalismo, ou liberal-democracia, logrou moldar o senso comum sobre a questão da legitimidade, a ponto de inscrever suas teses na grande maioria das constituições atuais, entre elas a do Brasil.



Nosso senso comum é Rousseau: o povo soberano é a fonte última e suprema do poder. Fora da legitimidade democrática não há legitimidade, só é legítima a ordenação social que procede da vontade do povo, sem referência ou subordinação a um critério objetivo de justiça. Tudo o que o povo quer é legítimo e só é legítimo o que o povo quer, seja qual for o conteúdo normativo, de modo que o absolutismo democrático de Rousseau desaguou no formalismo jurídico kelseniano.

A Constituição brasileira de 1988, embora invoque a proteção de Deus em seu preâmbulo, inscreve no seu artigo primeiro a fórmula agnóstica: “Todo o poder emana do povo”. Ora, se ao povo pertence todo o poder, por que pedir a proteção de Deus? Não deixa de ser curioso o fato de serem pouquíssimos os que percebem essa contradição.

A concepção cristã e bíblica de legitimidade não é democrática, mas teocrática: «*non est enim potestas nisi a Deo*» - “não há poder que não venha de Deus” (Rm 13, 1). Concepção de legitimidade ressaltada pelo próprio Cristo quando responde a Pilatos: “Tu não terias poder algum sobre mim, se te não fosse dado do alto” (Jo 19, 11). Aliás, as relações da democracia com o cristianismo são

problemáticas desde que ela preferiu Barrabás a Jesus Cristo (cf. Mt 27, 20-25; Mc 15, 6-14; Lc 23, 17-23). O fato é que não dá para acreditar ao mesmo tempo em Rousseau e na Bíblia.

Mas onde está a falha, se é que há alguma, do raciocínio de Rousseau, de sua concepção de legitimidade, que foi perfilhada pelas constituições de quase todos os países e também pelo senso comum do homem ocidental?

Rousseau postula que o estado de sociedade não é o estado de natureza do homem. Este seria uma situação de radical individualismo, em que todos seriam “livres e iguais”. Esses indivíduos livres e iguais por natureza reunir-se-iam e, por um ato voluntário, um acordo de vontades, um contrato social, construiriam a sociedade e, com ela, as leis e o direito. Ou seja, a sociedade seria uma criação de indivíduos livres e iguais, um artifício voluntário, uma invenção humana. Por isso, Rousseau não admite outra legitimidade que não a democrática. A sociedade e, com ela, as instituições e as leis, seriam o produto da vontade de indivíduos livres e iguais: “*La loi est l’expression de la volonté générale*”, diz o art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, inspirada no pensamento de Rousseau.



Ocorre que a concepção de legitimidade de Rousseau tem todas as características de explicação mítica. O contrato social é um *mito* no sentido estrito do termo: uma narrativa fantástica com que se pretende explicar a origem de alguma coisa. Rousseau tenta explicar a origem da sociedade e do Estado pelo contrato social, como os índios explicam a origem da mandioca pelo sepultamento da filhinha de um cacique. Por aí dá para a gente entender que as constituições democráticas do mundo estão baseadas num mito inventado por um genebrino do século XVIII.

Efetivamente, se existe um fato bem comprovado, é que o estado de natureza do homem é o estado de sociedade. O estado de natureza de Rousseau nunca foi visto ou testemunhado. Os homens sempre se conheceram vivendo em sociedade. A vida social é o modo de viver humano. “Quem vive só, bastando-se a si mesmo, é Deus ou fera”, diz Aristóteles na tradução do padre Vieira. O homem não vive em sociedade porque quer, mas porque necessita, por imposição da própria natureza. O estado de natureza não é o caos, mas existe uma ordem natural da sociedade humana.

Os homens não nascem livres e iguais, mas numa situação de extrema

dependência. Este é um fato evidente para quem quer que tenha segurado o próprio filho recém-nascido no colo. E crescem e se desenvolvem nessa relação de dependência recíproca com seus semelhantes. Essa dependência recíproca entre os homens é governada pela justiça, virtude que ordena o homem nas coisas que se relacionam a outro.

A dependência recíproca entre os homens faz com que o bem do outro seja condição para o meu próprio bem. Não obtenho o meu bem senão pelo bem do outro: se preciso de sapatos, devo entregar ao sapateiro algo que tenha o mesmo valor. Assim, é necessária a justiça para que cada um entregue o equivalente do que recebe. Nesta concepção, o homem não é apenas um indivíduo, mas uma *pessoa*, ou seja, um indivíduo com direitos a ser respeitados e que manifesta e desenvolve seu caráter e sua natureza na cooperação com os outros.

A justiça tem três espécies: a justiça comutativa, a que correspondem os deveres recíprocos das pessoas entre si; a justiça distributiva, a que dizem respeito os deveres da sociedade para com seus membros; e a justiça legal, relacionada com os deveres dos membros da sociedade para com o todo social de que fazem parte.




O gênio de Estagira definia a sociedade como a divisão dos ofícios e a convergência dos esforços. Existe sociedade onde quer que haja indivíduos desempenhando funções diferentes, mas que confluem para um mesmo escopo geral. Esta é uma concepção *orgânica* da sociedade, que a concebe por analogia com o próprio corpo humano, concepção semelhante àquela que o Apóstolo dos Gentios tinha da Igreja como corpo místico de Jesus Cristo: “Assim como num só corpo temos muitos membros, e nem todos os membros têm a mesma função, assim, ainda que muitos, somos um só corpo no Cristo e cada um de nós membros uns dos outros” (Rm 12, 4-5).

Numa sociedade saudável, ou seja, *justa*, o escopo geral para que todas as atividades particulares devem convergir é o *bem comum*. Do contrário, teríamos o que se chama de sociedade *leonina*, em que nem todas as partes saem beneficiadas. É a orientação para o bem comum o critério que Aristóteles aplica para julgar a legitimidade dos regimes políticos: são legítimos e justos os regimes que naturalmente realizam o bem comum (a realeza, a aristocracia e a república), são corruptos e injustos os regimes incapazes de realizar o bem comum (a democracia, a oligarquia e a tirania). Portanto, o bem comum é o

conceito-chave para esclarecer o problema da legitimidade.

É preciso frisar que tanto a ideologia marxista como a liberal negam a existência e a objetividade do bem comum. O marxismo porque vê a sociedade irremediavelmente cindida em interesses antagônicos de classe, enquanto para o liberalismo só existem os interesses individuais, que se agregam em maiorias eleitorais momentâneas e na volubilidade da assim chamada opinião pública.


Bem comum tem a ver com lei. Lei natural e bem comum são conceitos distintos, mas intrinsecamente ligados. Com efeito, S. Tomás de Aquino define lei como sendo a ordenação da razão dirigida ao bem comum e promulgada pela autoridade competente. Aquilo que sempre e em qualquer circunstância se dirige ao bem comum constitui a lei natural que, por isso, não admite equidade nem exceção, sendo sempre imutável e indispensável. Podemos dizer que a lei natural é a *estrutura universal do bem comum*: por diversas razões, o bem comum dos brasileiros é distinto do bem comum dos portugueses, porém a lei natural integra o bem comum de ambos os povos como sua estrutura universal. As leis humanas são legítimas na medida em que são conformes à lei



natural e não há outra maneira de legitimá-las.

É pelo conceito de lei natural que a concepção aristotélico-tomista se concilia com a concepção bíblica de legitimidade teocrática: efetivamente, a autoridade competente que a promulga é Deus, autor da natureza e supremo legislador do universo, fonte de toda legitimidade. Aliás, Tomás de Aquino chama Deus de “*bonum commune omnium*” (*Suma Teológica*, segunda parte da segunda parte, questão 26, artigo 3), Bem comum do universo, Fim último a que tendem todas as coisas, primeiro Mover imóvel, que a tudo move sem ser movido e move como o que é amado, por atração, enquanto todas as outras coisas não movem senão sendo movidas.


Neste ponto, mais não podemos fazer que repetir a lição de S. João XXIII: “A paz na terra, anseio profundo de todos os homens de todos os tempos, não se pode estabelecer nem consolidar senão no pleno respeito à ordem instituída por Deus. (...) A autoridade não é força incontrolável, é sim faculdade de mandar segundo a sã razão. A sua capacidade de obrigar deriva, portanto, da ordem moral, a qual tem Deus como princípio e fim. (...) Desta maneira fica salvaguardada também a dignidade pessoal dos cidadãos.



Obediência aos poderes públicos não é sujeição de homem a homem, é sim, no seu verdadeiro significado, homenagem prestada a Deus, sábio Criador de todas as coisas, o qual dispôs que as relações de convivência se adaptem à ordem por Ele estabelecida. Pelo fato de prestarmos a devida reverência a Deus, não nos humilhamos, mas nos elevamos e enobrecemos, porque servir a Deus é reinar” (encíclica *Pacem in terris*, nn. 1, 47, 50).


“Já que a autoridade é exigência da ordem moral e promana de Deus, caso os governantes legislarem ou prescreverem algo contra essa ordem e, portanto, contra a vontade de Deus, essas leis e essas prescrições não podem obrigar a consciência dos cidadãos. ‘É preciso obedecer antes a Deus que aos homens’ (At 5, 29). Neste caso, a própria autoridade deixa de existir, degenerando em abuso do poder; segundo a doutrina de Santo Tomás de Aquino: A lei humana tem valor de lei enquanto está de acordo com a reta razão, derivando, portanto, da lei eterna. Se, porém, contradiz a razão, chama-se lei iníqua e, como tal, não tem valor de lei, mas é um ato de violência” (S. João XXIII, *Pacem in terris*, n. 51).

Havendo tratado da legitimidade das leis, passemos à questão correlata da legitimidade dos governantes.



Não existe sociedade sem governo, ou seja, sem um órgão de direção que possa querer, falar e agir em seu nome, vinculando todos os seus membros. Se a sociedade é, como diz Aristóteles, divisão dos ofícios e convergência dos esforços, há a necessidade de um órgão que tenha por ofício ordenar todas as atividades particulares para que concorram ao mesmo objetivo geral, contendo as divergências e desenvolvendo as convergências. Nem mesmo a mais simples e básica das sociedades, a família, está isenta dessa necessidade, haja vista a instituição do pátrio poder. Sem um órgão de direção que a represente como um todo, não há sociedade, mas apenas, quando muito, uma *comunidade* de interesses ou bens. Uma multidão qualquer não é sociedade, a menos que possua um órgão de direção que lhe sirva de princípio de unidade de ação. Em outros termos, sociedade é comunidade organizada.

Nesse contexto, revela-se não só ideológico, como também autocontraditório, o conceito hegeliano de “sociedade civil”, definido em essência como o de uma sociedade sem governo, remanescente do quimérico estado de natureza de Rousseau e significando em política o mesmo que um “círculo quadrado” ou uma “reta curva” em geometria. É bom frisar que o grande Aquinatense usou



a expressão *societas civilis* exclusivamente como sinônimo de *societas política*, de modo que, para os verdadeiros discípulos de Aristóteles e S. Tomás de Aquino, não existe sociedade civil fora do Estado.

O direito de governar, como qualquer outro direito subjetivo, é legítimo se conta com *justo título*, ou seja, se resulta de um fato particular a que as leis daquela sociedade política, em conformidade com a lei natural, atribuem esse efeito. Essa é a chamada *legitimidade de origem*.

Quem governa uma sociedade sem que seu poder derive de justo título chama-se *usurpador*. Entretanto, mesmo quem tenha empolgado o poder sem justo título pode, pelo *exercício*, legitimar sua autoridade, visto que o que importa em última instância é o bem comum. Afinal, todos têm o dever de cooperar ao bem comum; sendo o governo, independentemente dos títulos de sua origem, indispensável para realizar o bem comum, é dever de todos os cidadãos obedecê-lo, dentro dos limites da lei natural. E, como ao dever corresponde o direito, se os cidadãos lhe devem obediência, esse governo, mesmo ilegítimo na origem, adquire o direito de ser obedecido para bem comum e, portanto, legitimidade. Essa legitimidade nasce de uma necessidade social e não do ato de



usurpação, a tal ponto que, caso esse governo, ilegítimo de origem, conduza a sociedade a uma situação de ordem e prosperidade que estivesse ameaçada pela restauração do detentor do justo título, este perderia qualquer legitimidade que pudesse alegar. Como disse o papa S. Zacarias, na carta em que reconheceu Pepino, o Breve como rei dos francos, após este haver destronado a dinastia merovíngia: “Julgamos melhor chamar de rei aquele que detém o poder do que o que dele foi despojado”.

O poder temporal está sempre fundado na força material – porque, obviamente, não poderia basear-se na fraqueza. O poder pertence a quem tem força para conservá-lo e exercê-lo. Não obstante, a legitimidade do poder não vem do fato de ser poder, mas de sua sujeição à lei natural e ao bem comum. Essa sujeição transforma o fato do poder no direito de mandar. O bem comum preceitua a todos o dever cívico de respeitar qualquer parcela de poder nas mãos de quem estiver, sem opor aos erros e abusos das autoridades estabelecidas senão os recursos legais ou, no limite, a recusa pacífica de qualquer colaboração no cumprimento de ordens contrárias à lei divina e natural. No entanto, mesmo a legitimidade de origem pode ser perdida pelo mau exercício do governo, quando este se torna uma

ameaça ao bem comum, que deve ser removida mesmo que isso custe a deposição do governo injusto.

A aquisição e o exercício do poder estão sempre vinculados a determinados fatos. Ora, à providência divina, que segundo S. Tomás é a execução do plano de Deus nas criaturas, estão subordinados todos os fatos, de modo que Deus é a origem de todo poder legítimo, tanto *in abstracto* (como autor da lei natural), como *in concreto*, pela livre disposição com que ordena os acontecimentos terrenos.

Em última instância, o bem comum é o que mais importa para a legitimidade do poder e das leis. Como as melhores flautas devem ficar com os que as tocam melhor, assim também o direito de mandar compete a quem está em melhores condições concretas de realizar o bem comum. E, num regime eleitoral, é no candidato que apresenta as melhores condições de realizar o bem comum que os eleitores estão em consciência obrigados a votar. O estadista é aquele que impõe e sabe impor, com prudência e energia, sobre os interesses particulares dos indivíduos e das classes sociais, o bem comum e o interesse nacional.

