

Legalidade *versus* legitimidade: uma perspectiva rousseauísta da questão

Legality versus legitimacy: a Rousseauist perspective of the issue

Marcio Morena Pinto

marciomorena@hotmail.com

Doutorando em Filosofia pela Universidade de Barcelona. Mestre em Filosofia pela USP

Resumo

O grande tema da teoria política de Jean-Jacques Rousseau que ficou plasmado no *Contrato Social* é o da fundamentação da legitimidade do Estado na soberania popular. O objetivo deste artigo é enfocar os conceitos de legalidade e de legitimidade sob uma perspectiva rousseauísta, diferenciando-os. Para tanto, nos auxiliaremos de algumas interpretações desses termos, tentando buscar no conceito de legitimidade adotado por Rousseau, no *Contrato Social*, algum tipo de vinculação a um valor moral e a um ideal de justiça que nos permitam não restringir legitimidade ao mero âmbito da legalidade, ou seja, do cumprimento das leis.

Palavras-chave: contrato social; legalidade; legitimidade; soberania; vontade geral.

Abstract

The most important theme of Jean-Jacques Rousseau's Political theory exposed through the Social Contract is the belief that the State can only be legitimate if it has been sanctioned by the people in the role of the sovereign. The objective of this paper is to focus the concepts of legality and legitimacy according to Rousseau's perspective, distinguishing them. For this purpose, some interpretations of these terms will be considered, in order to find in the concept of legitimacy adopted by Rousseau in the Social Contract any kind of relation with a moral value and a justice ideal which could not permit us to restrict legitimacy to the legality ambit, that is, the strict respect to the laws.

Key words: general will; legality; legitimacy; social contract; sovereignty.

Em razão da complexidade inerente aos conceitos de legitimidade e legalidade, os quais estão para além do campo de estudo da Filosofia Política, parece-nos plausível examiná-los também sob o ponto de vista do Direito, para que possamos melhor compreender os seus respectivos papéis na teoria desenvolvida por Jean-Jacques Rousseau em seu *Contrato Social*.

De acordo com as teorias contratualistas do período moderno, o governo era um produto concebido por um artifício humano e sua legitimação derivava da autorização das próprias pessoas que haviam "firmado" o pacto social que lhes permitia passar do estado de natureza para o estado de sociedade. Em Hobbes, por exemplo, a legitimidade do governo deveria fundar-se na segurança física e, de acordo com Locke, na proteção dos direitos naturais e no respeito às leis instituídas.

Rousseau tenta remediar as deficiências das teorias contratualistas anteriores à sua, afirmando que a autoridade política deveria ser legitimada na vontade geral do povo, único e verdadeiro soberano, não devendo trasladar-se a um corpo político, como ocorre nas teorias de

seus predecessores: "A soberania não pode ser representada pela mesma razão porque não pode ser alienada, ela consiste essencialmente na vontade geral e a vontade absolutamente não se representa" (ROUSSEAU, 1964, p. 429).

A soberania deve manter-se, portanto, no corpo social formado pelos cidadãos que a exercerão por meio do poder legislativo, o qual lhes compete exclusivamente. Em poucas palavras, a legitimidade do Estado, em Rousseau, fundar-se-á na soberania popular.

O conceito de legalidade em Rousseau, por sua vez, é relativamente simples, resumindo-se na conformidade das ações às leis positivas, cabendo, portanto, ao povo, ao corpo social individualizado, o cumprimento das leis que ele mesmo aprova, vez que lhe compete o poder legislativo.

Nosso propósito neste artigo é diferenciar os conceitos de legalidade e de legitimidade, auxiliando-nos de interpretações mais contemporâneas desses termos, de modo a buscar no conceito de legitimidade adotado por Rousseau no *Contrato Social* algum tipo de vinculação a um valor moral e a um ideal de justiça que nos permita não restringir legitimidade ao mero âmbito da legalidade, ou seja, do cumprimento das leis, como em geral se costuma fazer com esse conceito.

Não obstante, a interpretação mais difundida de legitimidade não se diferencia em nada da que se dá à legalidade, ou seja, ambas se restringem ao que está de acordo com as leis. Além disso, as definições propostas para esses conceitos costumam ser vagas, resumindo-se ao "que é fundado em direito, em razão ou em valor é legítimo" (COLAS, 1992, p. 565), ou seja, em tudo o que é fundado em um direito ou em uma razão que não possam ser violados sem que se esteja cometendo uma injustiça ou um despropósito.

Ao analisar a questão, Tenzer considera que a legitimidade não pode ser vista *a priori* como um conceito válido em política, muito menos ser reduzida à simples ideia de "uma autoridade fundadora que exprime a legalidade do poder e a licitude de suas intervenções" (TENZER, 1998, p. 161). Para ele, a ideia de legitimidade foi algo forjado pelos homens dentro de uma necessidade urgente de evitar a generalização da violência, momento em que se inventou uma série de representações legitimadoras (deuses, reis, povo soberano, proletariado, etc.) para que as pessoas consentissem em obedecer a um poder nascente.

Portanto, para esse autor, ao desaparecem essas figuras, ídolos ou ficções, também desapareceria a legitimidade em si, restando somente a possibilidade de fundar o poder em um sistema de normas e no interesse compartilhado entre os membros da sociedade, no que se refere à ação concreta do poder político. Tal concepção evidenciaria a insustentabilidade de uma legitimidade desvinculada da legalidade.

Atendo-se mais à seara jurídica, Bobbio tenta diferenciar os dois conceitos ao relacioná-los com o exercício do poder, dizendo que, na linguagem política, a legalidade representa um atributo ou um requisito do poder, o que implica que um poder seja legal, ou aja legalmente, ou,

ainda, que tenha o “timbre” da legalidade, quando seja exercido no âmbito ou de conformidade com as leis estabelecidas. A legitimidade, por outro lado, é a qualidade legal do poder:

[...] 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. (BOBBIO *et al.*, 1993, p. 674)

Na mesma linha, Burdeau diz que não se poderia conceber uma ordem política legítima despojada de uma constituição. É preciso que exista um conjunto de normas jurídicas que definam a organização fundamental do Estado. A constituição será, portanto, o fundamento da legitimidade de um governo (BURDEAU, 1972, p. 137).

O problema de limitar o conceito de legitimidade a um poder ou a um governo sustentado por meio de regras jurídicas e que age, portanto, em conformidade com as mesmas, é torná-lo excessivamente vago, desprovido de valores morais e de um ideal de justiça, porque uma lei pode perfeitamente ser imoral ou injusta, ou os dois ao mesmo tempo, sendo, apesar disso, legítima.

Logo, se limitarmos o conceito de legitimidade ao simples cumprimento de normas, é possível interpretar que o governo esteja agindo dentro da legalidade, ainda que não se atenha aos princípios de direito político fundamentais que orientam os governos na busca do bem comum.

Alertando sobre o perigo de uma valorização excessiva da legalidade em detrimento da legitimidade, Bonavides chama a atenção para a importância do texto constitucional, pois é esta lei suprema que limita o poder e organiza os Estados, definindo os direitos e as garantias fundamentais em prol do povo:

A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre garantia do poder livre da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana. (BONAVIDES, 1993, p. 344)

Ao se dissociar os dois conceitos, a legitimidade entra necessariamente num domínio do relativo, porque nenhum governo pode ser fundado exclusivamente na razão ou justificado em nome de uma racionalidade. Neste caso, seria preciso vincular a legitimidade à busca de um ideal para que o termo ganhe algum sentido no plano da ética, da moral e da justiça:

Un pouvoir légitime est un pouvoir qu'on considère comme légitime. Le consentement social, l'acceptation du pouvoir sont de l'ordre du fait, et les justifications a posteriori qu'on peut invoquer ne sont que de manières idéologiques de légitimer une réalité qui ne peut recevoir aucune justification absolue. Pourtant, sans recherche des critères de légitimité, il n'existe pas de politique possible. (TENZER, 1998, p. 173)

Não existindo essa busca, voltamos ao princípio, com uma definição restrita: o poder é considerado legítimo à medida que é fundado em uma lei que lhe confere o caráter de legitimidade, não resultando de qualquer reconhecimento de uma autoridade pessoal por parte dos cidadãos, apenas derivando de uma regra jurídica.

Weber chama a essa legitimidade de *legal-racional*, não a considerando como a melhor forma de legitimidade, mas concordando que é a forma contemporânea que melhor corresponde às sociedades desenvolvidas. Para ele, a legalidade deve ser a forma pela qual se reveste a legitimidade que, por sua vez, deve ter um caráter de garantia, fundando-se na apreciação individual dos cidadãos em relação ao poder ou ao governo constituído (WEBER, 1971, p. 222).

A respeito da legitimidade, Heller destaca a consciência moral e o discernimento da conduta do Estado por parte dos cidadãos, afirmando que, como acontece com toda a realidade social, o que interessa na conduta constitutiva do poder do Estado que os súditos seguem é o seu valor de consciência moral. Além disso, também importa o seu valor de ação política: "Evidentemente que a aceitação é tanto maior e mais reduzida é a coação quanto mais forte for o poder de conjunto e mais firme for a crença na legitimidade do direito formador de poder" (HELLER, 1968, p. 237).

Höffe vai dizer que a modernidade consiste na "eliminação progressiva de tudo o que é ético do raciocínio jurídico" (HÖFFE, 1991, p. 102), repousando sobre uma indiferença das leis em relação à metafísica, à religião e, como afirmava Carl Schmitt, também à moral, importando, neste caso, mais o fato e a legalidade que o valor que deveria revesti-los. Essa concepção faz do direito e das leis conceitos meramente procedimentais.

Ao estabelecer uma identidade entre Estado moderno e direito, Kelsen também se inclina a uma interpretação estrita do termo, considerando legítimo tudo o que estiver de acordo com as leis. Dessa maneira, o fato de que o poder do Estado moderno esteja juridicamente regulado, ou seja, repouse sobre uma ordem jurídica, já é razão suficiente para que seja legítimo. Sua concepção de ordem jurídica se define como uma ordem de obrigatoriedade caracterizada por uma presunção mínima de legitimidade que é inerente a toda regra de direito, devendo abster-se de todo julgamento de valor, conservando-se pura (KELSEN, 1991, p. 73).

O grande problema gerado pela aproximação dos dois conceitos se revela na falta de uma vinculação direta entre legalidade e valores morais e de justiça, pois a legalidade em si não produz necessariamente a moralidade ou, quando a produz, geralmente a produz inconscientemente. Por exemplo, no caso de um indivíduo que se comporte de acordo com as leis pelo simples temor a possíveis castigos que lhe possa infringir o Estado no caso de seu descumprimento. Parece óbvio que sua conduta correta será regida pelo medo e não por uma convicção pessoal.

Ao associar legalidade e moralidade, Kant vai dizer que a moralidade não depende de temor ou de qualquer fonte externa de pressão ao cumprimento da lei, pelo contrário, constitui-se pelo *amor à lei*, pelo respeito inerente ao dever (KANT, 2000, p. 160). Mas, de maneira geral, pode haver legalidade sem moralidade e moralidade sem legalidade, ao respeitar-se leis injustas e até mesmo imorais. Isso nos levaria a considerar que legalidade e moralidade são conceitos completamente independentes entre si.

Dizer que tudo que é legal é legítimo não significa o mesmo que dizer que tudo o que é legítimo é legal. A questão é que o alcance dessa legitimidade decorrente da lei não pode ser absoluto, como pretendem os defensores da ideia de que o Estado é o produtor único, racional e isento do Direito, porque a legitimidade deve decorrer também de um consenso social, de uma aprovação pela maioria do povo, nos moldes do conceito de vontade geral criado por Rousseau.

A ideia rousseauísta de que a legitimidade se produz pelo consenso social ganha cada vez mais corpo na atualidade, afastando a postura legalista predominantemente que imperava no meio jurídico-filosófico. Considera-se que o princípio da legalidade só pode ser válido à medida que seja fruto da vontade geral do povo e que as leis às quais se esteja respeitando a ele se destinem.

Para Wolkmer, “numa cultura jurídica pluralista, democrática e participativa a legitimidade não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como ‘reais’, ‘justas’ e ‘éticas’” (WOLKMER, 1998, p. 31). Weber, por sua vez, afirma que a legitimidade se reflete no fato de que uma ordem política dada pareça à maioria daqueles que nela se respalda digna de aprovação ou, em todo caso, obrigatória e, conseqüentemente, investida de certo valor, e não somente conforme à legislação vigente.

Sendo assim, a sociedade não pode considerar que leis que tenham sido aprovadas por meios fraudulentos, em prol de interesses específicos de uma minoria, sejam consideradas legítimas, ainda que previstas em um código de normas. Seria inconcebível considerar que a lei jamais deve ser contestada, ainda que seja injusta ou imoral.

Na teoria política concebida por Rousseau, o problema de interpretação que surge a partir desses dois conceitos, e que ainda hodiernamente muito se discute, não ocorreria em um primeiro momento porque o filósofo não prevê e está em desacordo com a ideia de representação do poder soberano e com a delegação do poder legislativo a terceiros, cabendo sempre ao próprio povo (o corpo soberano) a escolha de suas leis. Assim sendo, para Rousseau, legítimo é o Estado civil que, segundo seus fundamentos de direito político, foi instituído pelo povo através da vontade geral e legitimado por meio das leis também por ele aprovadas.

Mas, em um segundo momento, o próprio Rousseau questiona esse raciocínio, alegando que o povo nem sempre é capaz de escolher o que é melhor para si, deixando-se ludibriar, como ficou demonstrado no pacto proposto pelo rico em seu *Segundo Discurso*. Daí insistirmos em que na teoria política rousseauísta já não basta a simples aceitação popular de um corpo de leis para que estas sejam consideradas legítimas e possam respaldar o governo. Faz-se necessário também que exista um ideal de justiça a ser seguido que determinará a verdadeira legitimidade dessas leis e do governo por elas estabelecido.

Desse modo, para Rousseau, as leis, que devem provir do próprio povo e estarem fundadas em uma vontade geral que deve refletir os anseios da maioria da sociedade civil, devem buscar sempre a realização do bem comum.

Esse raciocínio nos permite dizer que legalidade e legitimidade não se apresentam como um grande problema na teoria política de Rousseau, porque toda a lei ao ser gerada, sendo a verdadeira expressão da vontade geral, já vem dotada de valores positivos e visará sempre à felicidade social de seus cidadãos, diferentemente do que ocorre quando o poder legislativo é delegado a uma minoria que acaba privilegiando seus próprios interesses.

Ao contrário do que ocorre no *Contrato Social*, na maioria das sociedades contemporâneas o poder é legal à medida que é conferido por uma lei, não resultando de nenhum reconhecimento direto por parte dos cidadãos, que se veem representados por órgãos legislativos que nem sempre legislam para o bem da maioria.

Estudando a questão em tela, Bastid diz que um governo fundado em uma estrutura normativa não é necessariamente considerado legítimo, muito pelo contrário, pode ser ilegítimo caso se contraponha abertamente às regras morais incontestáveis que servem de base a toda civilização (BASTID, 1967, p. 5).

Sua definição se aproxima da que nos oferece a teoria política de Rousseau, mas carece hoje em dia de validade porque, no plano das concretudes, a estrutura normativa pode ser considerada ilegítima do ponto de vista da moralidade e dos valores de justiça, mas não do ponto de vista da legalidade.

Para elucidar esse raciocínio é só pensarmos na quantidade de Estados que violam reiteradamente direitos considerados fundamentais pela maioria da sociedade internacional, mas que em suas legislações não estão sequer protegidos. Sob o estrito ponto de vista da legalidade, esses governos podem ser considerados perfeitamente legítimos, ainda que sejam imorais e injustos.

É muito difícil trasladar a teoria política de Rousseau à realidade de hoje, mesmo assim, podemos considerar, tomando seus fundamentos de direito político, que na seara democrática um regime político pode ser considerado legítimo quando a questão mesma da legitimidade permanece sempre aberta, ou seja, quando o poder se faz objeto de uma contestação permanente por parte do povo, não em relação à sua instituição em si, ou a seu fundamento legal, mas em relação a suas ações.

O que Rousseau faz e que garante a distinção entre legalidade e legitimidade em sua teoria política é situar a existência da legitimidade no momento da fundação do pacto social e da escolha do regime de governo a ser adotado, porque, apoiando a legitimidade no pacto fundador que constitui o governo, poderíamos supor que todas as leis daí derivadas viriam revestidas de certa legitimidade mínima originária.

Essa presunção mínima de legitimidade também fundamenta a política nas democracias contemporâneas, materializando-se por meio das cartas magnas de cada país que definem tanto

os modos de exercício do poder como os seus limites. Mas ainda se está muito distante do que Rousseau concebia como uma representatividade direta por parte do verdadeiro soberano: o povo.

Sob esse ponto de vista, a legitimidade não seria somente formal, sendo sinônimo de legalidade, já que a constituição não ignora os casos em que a legitimidade do poder deve ser suspensa; pelo contrário, muitas preveem mecanismos legais de dissolução do poder instituído. Mas na democracia a legitimidade continua confundindo-se com a legalidade, encarnando-se aquela nesta, o que significa que ao sair da legalidade se estaria caindo automaticamente na ilegitimidade.

Em Rousseau, o conflito entre legitimidade e legalidade se resolve então pelo deslocamento da legitimidade ao nível constitucional – se utilizarmos um vocabulário contemporâneo – ou ao momento da fundação da sociedade civil. Desse modo, a legalidade viria *a posteriori* e derivaria diretamente dessa legitimidade que, por sua vez, decorreria do consenso social, da vontade geral do povo, verdadeiro soberano e legitimador de todo poder ou forma de governo.

Esse argumento adotado por Rousseau de que a concepção de legitimidade se analisa em função de uma ideia de consenso geral advindo do soberano, que é o povo, reflete-se na passagem do *Contrato Social* em que ele chama República a todo Estado regido por leis, independentemente de ser uma monarquia ou uma aristocracia, precisando que “todo governo legítimo é republicano” (ROUSSEAU, 1964, p. 380). Nesse momento, ele não confunde legitimidade com legalidade, simplesmente define uma condição à existência daquela que se exprime, como em Aristóteles, em uma constituição, uma *politeia*.

A análise das condições de estabilidade e das causas da queda dos regimes refletidas em seu *Contrato Social* permitirá demonstrar que, apesar de fundada a legitimidade política na vontade geral do corpo soberano, um Estado pode tornar-se ilegítimo quando o poder executivo constituído passa a contrapor-se ao verdadeiro poder soberano que provém do povo, e, conseqüentemente, às leis por ele aprovadas, guiando-se unicamente pela satisfação de interesses privados. Percebe-se, por conseguinte, que sem legitimidade social não é possível existir a legitimidade política. É então o sentimento compartilhado de justiça o que fundaria a legitimidade?

O problema das teorias da legitimação ocorre na medida em que o legal não implica, *a priori*, nenhuma realização de um ideal de justiça. Em uma sociedade democrática, os objetivos acabam por fundar a legitimidade mais que as regras constitutivas, tornando-se necessária a existência desse ideal de justiça, ainda que no plano dos fatos não se possa concretizá-lo plenamente.

Essa é a grande mudança característica da vida política moderna. A busca desses ideais é o que inspirou Rousseau a desenvolver uma teoria caracterizada por princípios de direito político cuja finalidade é oferecer alguma regra de administração legítima e segura que sirva para a

organização de qualquer Estado, tomando os homens como são e as leis como podem ser (ROUSSEAU, 1964, p. 351).

Portanto, o problema de uma legalidade identificada diretamente à legitimidade não escapou aos olhos críticos de Rousseau, quem demonstrou por meio do pacto instituído pelo rico que legalidade e legitimidade são conceitos distintos e que um governo cujas leis estejam desprovidas de qualquer moralidade e valor de justiça não pode ser considerado legítimo. A ordem civil estabelecida no *Segundo Discurso* exemplificou claramente o caso de uma legalidade ilegítima, conseguida por meio de artil, de engodo, e que perpetuou a desigualdade favorecendo somente aos ricos.

No momento em que o rico se dirigiu à multidão confusa de pessoas grosseiras e fáceis de enganar e lhes propôs um acordo, depois de haver-lhes exposto os horrores de uma situação de guerra perpétua, o que ele visava era somente o seu próprio interesse, conseguindo com seu falso discurso consolidar suas propriedades privadas por meio de leis legitimadas pelo povo, mas vazias de qualquer conteúdo de moral e de justiça. Dessa maneira, concedeu-se à desigualdade um valor de instituição.

Com o *Contrato Social* Rousseau mostra outra perspectiva do conceito de legitimidade, criando o conceito de soberania popular, por meio da construção da ideia de uma vontade geral que tende a evitar os interesses particulares em conflito e a harmonizá-los, definindo e interpretando a vontade do conjunto do corpo social que deverá ser sempre o verdadeiro detentor do poder. Em síntese, a legitimidade do Estado idealizada por Rousseau funda-se no exercício da soberania popular plasmada nas leis.

Ao desvincularem-se os conceitos de legalidade e legitimidade, para a verificação da legitimidade nos restará somente o campo da moral, da justiça e da ética. E, sob este ângulo, podemos dizer que o consenso social será legítimo quando alcançado por um convencimento calcado nesses campos e que vise ao bem comum.

De qualquer forma, por mais que se busque distinguir os dois conceitos, está claro que uma legitimidade absoluta não existe tal qual uma objetividade em ciência. Consoante Bobbio:

Podemos dizer que a legitimidade do Estado é uma situação nunca plenamente concretizada na história, a não ser como aspiração, e que um Estado será mais ou menos legítimo na medida em que torna real o valor de um consenso livremente manifestado por parte de uma comunidade de homens autônomos e conscientes, isto é, na medida em que consegue se aproximar à ideia-limite da eliminação do poder e da ideologia nas relações sociais. (BOBBIO *et al.*, 1993, p. 679)

E Rousseau sabia bem disso desde o começo, tendo plena consciência de que seus princípios de direito político exigiriam uma adequação prática. Portanto, a legitimidade deve constituir-se mais como um ideal de justiça a ser perseguido, que deve estar de acordo com a vontade geral, desde que esta seja livre e não condicionada a um poder que não a reflita verdadeiramente.

Referências

- BASTID, Paul. 1967. "L'idée de légitimité". In: **Anales de Philosophie Politique de l'Institut International de Philosophie Politique**, n. 7. Paris: Presses Universitaires de France, p. 1-15.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. 1993. **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 2 v., 1322p.
- BONAVIDES, P. 1993. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 510p.
- BURDEAU, G. 1972. **Les libertés publiques**. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 457p.
- COLAS, D. 1992. Legitimité. In: DUHAMEL, O. e MÉNY, Y. **Dictionnaire constitutionnel**. Paris: Presses Universitaires de France, 1112p.
- HELLER, H. 1968. **Teoria do estado**. São Paulo: Mestre Jou, 374p.
- HÖFFE, O. 1991. **La justice politique**. Paris: Presses Universitaires de France, 397p.
- KANT, I. 2000. **Crítica de la razón práctica**. Madrid: Alianza Editorial, 345p.
- KELSEN, H. 1991. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 377p.
- ROUSSEAU, J-J. 1964. **Oeuvres complètes**. Paris : Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, v. 3, 1978p.
- TENZER, N. 1998. **Philosophie politique**. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 671p.
- WEBER, M. 1971. **Economie et société**. Paris: Plon, v. 1, 434p.
- WOLKMER, A. C. 1998. Uma nova conceituação crítica de legitimidade. In: GARCIA, M. (coord.) **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, a. 2, n. 5, p. 25-31, out./dez.