

O ESTADO E OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA LEGITIMIDADE NA EXECUÇÃO DE SEUS ATOS

THE STATE AND THE PRINCIPLES OF LEGALITY AND LEGITIMACY IN THE EXECUTION OF THEIR ACTIONS

ADRIANA DO VAL ALVES TAVEIRA¹

RESUMO: O princípio da legalidade está expressamente previsto no texto constitucional, segundo ele 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. A legalidade, num Estado Democrático de Direito, funda-se na legitimidade, ou seja, o princípio da legalidade de um sistema só pode ser concebido se a lei é elaborada por órgão de representantes popular, caso contrário, não se pode concebê-lo por não estar fundamentado em um sistema jurídico-político legítimo. Para o Direito administrativo, o ato do Administrador Público, para ter plena legitimidade, deve conformar-se com a moralidade e a finalidade administrativa, a Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que tanto atende as exigências da lei, como se conforma com os preceitos da instituição pública. O princípio da legalidade em um sistema juspolítico legítimo não exige somente que as regras e as decisões que compõem o sistema sejam formalmente corretas. Ele exige que elas sejam conforme a certos valores, a valores necessários à existência de uma sociedade livre.

Palavras-Chave: Direito, legalidade, legitimidade.

ABSTRACT: The principle of legality is expressly provided for in the constitutional text, he says the public administrator is, in all its functional activity, subject to the commandments of the law and the requirements of the common good, and one can not remove or divert, under penalty of practice act invalid. The legality in a democratic rule of law is based on legitimacy, namely the principle of legality of a system can only be designed if the law is drawn up by representatives of popular body, otherwise we can not design it for not be based on a legal and legitimate political system. For administrative law, the act of the Public Administrator, to have full legitimacy, must comply with the administrative morality and purpose, the Administration is only legitimate that which is of legality and administrative probity in the sense that both meet the requirements the law as it complies with the requirements of public institution. The principle of legality in a legitimate system juspolítico not only requires that the rules and decisions that make the system is formally correct. He requires that they are conforming to certain values, the values necessary for the existence of a free society.

Key words: Right, legality, legitimacy.

Sumário: Introdução - 1 O Princípio da Legalidade - 2 A Legitimidade dos Atos do Estado - 3 Análise Conjunta Sobre os Princípios da Legalidade e Legitimidade - Conclusão - Referências.

¹TAVEIRA, Adriana do Val. Doutora em Direito pela Universidade Estadual Paulista. Professora adjunta da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. adriana_val_taveira@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Entendo importante iniciar o tema abordando o conceito e alguns aspectos sobre o princípio da legalidade e, num segundo momento, tratar do princípio da legitimidade em face dos atos estatais.

O Princípio da Legalidade nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias dos direitos individuais. A lei define esses direitos e estabelece os limites da atuação Estatal diante deles, em outras palavras, o princípio da legalidade é basilar em um Estado de Direito. Esculpido no texto Constitucional determina que “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer, alguma coisa, senão em virtude de lei.”

A análise conjunta desses princípios, apesar de complexa e abstrata, contribui para o aprofundamento do instituto do controle sobre os atos do Estado dentro do Sistema Constitucional, que compõe um sistema fundamentado sobre o princípio da divisão dos poderes, com respeito aos Direitos fundamentais do homem e demais normas próprias de um Estado Constitucional de Direito.

Conforme veremos, a abordagem conjunta desses conceitos só foi possível após um longo tempo de contribuições científicas que realizaram a aproximação e a inter-relação das disciplinas sociais, especialmente da política e do direito, graças a afirmação do poder como categoria fundamental a ambas. No entanto, apesar dos muitos trabalhos no sentido de dar um tratamento ao tema, ainda não há uma compreensão satisfatória do assunto.

Passemos, então, à análise do tema, primeiramente, verificando as características básicas de cada princípio e, posteriormente, analisando ambos conjuntamente.

1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A Constituição Federal prevê expressamente o princípio da legalidade no capítulo da Administração Pública e, segundo ele, 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

A Lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses. É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei.

Segundo MEIRELLES, “a legalidade, como princípio da administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum” (2004, p. 63) e, evidentemente, 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.

Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. As leis que regem o Estado são, normalmente, leis de ordem públicas, portanto, seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo de vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários. Tais normas são verdadeiros poderes-deveres, irrenegáveis pelos agentes públicos.

Esse princípio, a partir de 1965, pela Lei 4717, artigo 2º, alínea “c”, passou a ser positivado no sistema jurídico brasileiro e está hoje expresso no texto Constitucional. O ato do Estado que fere o princípio da legalidade está sujeito a

invalidação e a controle por meio dos chamados remédios Constitucionais, como o *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, *Mandado de Segurança* e por outros instrumentos.

2 A LEGITIMIDADE DOS ATOS DO ESTADO

O assunto torna-se um pouco mais complexo quando inserimos na análise a questão da legitimidade na execução dos atos do Estado.

A legalidade, num Estado Democrático de Direito, funda-se na legitimidade. Percebemos, então, que legalidade nem sempre se confunde com legitimidade; um ato pode ser legal, mas ilegítimo. Passemos a analisar essa questão.

Os regimes ditatoriais também atuam mediante leis; tivemos até recentemente uma legalidade extraordinária fundada em atos institucionais e em atos complementares, embasada no critério da força e não no critério da legitimidade. E isso é prova de que nem sempre a ordem jurídica é justa.

SILVA expõe que o princípio da legalidade de um sistema só pode ser concebido se a lei é elaborada por órgão de representantes popular, caso contrário, não se pode concebê-lo por não estar fundamentado em um sistema jurídico-político legítimo (SILVA, 2005).

É interessante a colocação de D'Entrève, legalidade e legitimidade cessam de identificar-se no momento em que se admite que uma ordem pode ser legal, mas injusta.

A doutrina propõe a recuperação entre o liame legalidade e legitimidade por bases diferentes, a partir do abandono da noção puramente formal de legalidade, passando a defini-la como: “a realização das condições necessárias para o desenvolvimento da dignidade humana”, conforme o que propõe a Constituição brasileira (art. 1º, III).

Segundo SILVA, o princípio da legalidade em um sistema juspolítico legítimo não exige somente que as regras e as decisões que compõem o sistema sejam formalmente corretas. Ele exige que elas sejam conforme a certos valores, a valores necessários à existência de uma sociedade livre (2005). Tarefa exigida no Estado brasileiro (art. 3º, I, CF).

Legalidade e legitimidade não podem indetificar-se senão quando a legalidade seja a garantia do livre desenvolvimento da personalidade humana.

3 ANÁLISE CONJUNTA SOBRE OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E LEGITIMIDADE

Uma análise conjunta dos institutos nos permitirá um melhor alcance do objetivo do tema proposto e uma compreensão mais aprofundada do princípio da legitimidade.

BOBBIO afirma que legalidade e legitimidade são atributos do poder, mas são qualidades diferentes deste: “a legitimidade é a qualidade do título do poder e a legalidade, a qualidade do seu exercício” (BOBBIO, 1996, p.78). Quando se exige que um poder seja legítimo, pergunta-se se aquele que o detém possui um justo título para detê-lo; quando se invoca a legalidade de um poder, indaga-se se ele é exercido segundo as leis estabelecidas. O poder legítimo é um poder cujo título é justo; um poder legal é um poder, cujo exercício é justo, se legítimo.

Segundo SILVA, o princípio da legalidade de um Estado de Direito deve assentar-se numa ordem jurídica emanada de um poder legítimo, até porque, se o poder não for legítimo, o Estado não será democrático de direito, conforme proclama a Constituição Federal brasileira em seu artigo 1º. Fora disso, teríamos uma legalidade

formal, mas não um princípio da legalidade (2005).

Para o Direito Administrativo, a ilegalidade do ato da Administração Pública ocorre quando os seus elementos ferem o dispositivo legal. MEIRELLES afirma que o ato do Administrador Público, para ter plena legitimidade, deve conformar-se com a moralidade e a finalidade administrativa; esclarece também que, a Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que tanto atende as exigências da lei, como se conforma com os preceitos da instituição pública. A Administração deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesse sociais (2004).

MOREIRA NETO expõe que a definição do Estado como Democrático de Direito pressupõe o reconhecimento de duas ordens distintas de referência ética: “a ético-política e a ético-jurídica” (1998, p. 5).

A legitimidade corresponde à ordem ético-política e representa uma ordem legitimada pela estabilização do poder em torno de valores consensualmente aceitos.

A legalidade corresponde a uma ordem ético-jurídica e representa uma ordem legalizada pela estabilização do poder positivado em normas coativamente impostas.

Embora a legalidade seja a qualidade do produto do poder para o direito e a legitimidade, a qualidade do produto do poder para a política e, embora o alto interesse pelo assunto entre sociólogos, políticos e juristas, a sistematização desse tema ainda aguarda um tratamento satisfatório.

No Brasil, José Eduardo Faria, citado por MOREIRA NETO, deu-nos grande contribuição para o tema, a partir de uma visão política da mais pura inspiração democrática. Segundo aponta, a distinção das duas ordens apareceu com maior ênfase a partir do século XVIII, em razão dos debates pós-revolucionários sobre a legitimidade da Monarquia francesa. Segundo o autor, “somente em 1922 a sociologia pôs em evidência a ordem legítima, através dos estudos de Max Weber, conceituando-a como um consenso geral sobre sua própria validade” (1998, p. 7). A legitimidade pode ser garantida de várias maneiras, classificando-as, assim, em garantias subjetivas, com fundamentos emocionais, racionais ou religiosos e, em garantias objetivas, apoiadas na convenção ou na lei, ou seja, a legalidade seria uma legitimidade objetivamente garantida.

Recentemente, BOBBIO reestruturou o conceito Weberiano de ordem com uma profunda investigação do dinamismo das relações entre as duas ordens, observando que nenhuma delas é estática em relação aos fatos sociais e, muito menos, entre si. Destaca, daí, o papel do consenso, como técnica social, imprescindível à dinâmica política (da legitimidade), para objetivar-se numa dinâmica jurídica (da legalidade) capaz de maximizar as potencialidades de um sistema político, possibilitando o equilíbrio, evitando um clima de tensão e garantindo o respeito e o ajustamento dos valores que correspondem, no sentimento coletivo, à aspiração de justiça (1996).

A conclusão que se impõe, sobre o pensamento de BOBBIO, segundo MOREIRA NETO, é que os sistemas jus-políticos de alto consenso, maximizam a legitimidade e podem funcionar com baixo nível de coerção, enquanto que os sistemas jurídicos de baixo consenso maximizam a legalidade e necessitam funcionar com alto nível de coerção (1998, p.7).

A fim de verificarmos esse paradoxo entre legitimidade e coerção, como resultado inversamente proporcional, tomemos como meio de explanação o “valor fundamental do Direito”, que, conforme expõe PAUPÉRIO, é a “Justiça”.

A “Justiça” possui como valores intimamente a ela ligados “a liberdade” e a “igualdade”, os quais propiciam a ordem e, como seu melhor resultado, a paz e a segurança.

A paz e a segurança levam ao bem comum, sem o qual não há sociedade humana legitimamente constituída, capaz de atingir seus próprios fins.

Quando o direito assegura a justiça, a segurança torna-se automática, não só para os indivíduos como para a sociedade, e esta se mantém num estado de alta legitimidade.

Quando, porém, lhe falta, por exemplo, a justiça social, a segurança já não se consegue espontaneamente, passando a ser fruto de medida de repressão da sociedade (coerção), que podem ser eficientes, mas não perdem nunca a característica de artificiais. Neste caso, conforme aponta o autor, tal segurança aproveita somente às classes dominantes. Esta, dissociada de um direito justo e, portanto, da justiça, apresentando um estado de baixa legitimidade. Assim, o princípio da legitimidade é diretamente proporcional à justiça, que por sua vez é diretamente proporcional ao bem comum.

Bem comum, segundo PAUPÉRIO, “é o conjunto organizado das condições sociais, graças às quais a pessoa humana pode cumprir seu destino natural e espiritual” (1981, p. 45). Não há bem comum sem comunicação do mesmo aos membros da comunidade, sem redistribuição. O bem comum não existe sem que se concretize o bem da comunidade e da pessoa humana.

A legalidade (sem legitimidade) é diretamente proporcional à força física, coerção que, por sua vez, é diretamente proporcional à injustiça, uma vez que somente se aproveita a uma classe dominante.

A meu ver, isso ocorre hoje no sistema brasileiro, basta verificarmos o excesso de legislação e a necessidade de grande fiscalização do Estado sobre as atividades dos particulares.

A substância da legitimidade, conforme José Eduardo Faria, citado por MOREIRA NETO, está na axiologia que suporta um sistema jus-político; o conjunto de valores que, aceitos, é capaz de gerar um harmônico poder social que, até certo ponto, poderá minimizar o exercício de sua expressão física – a força (1998).

Essa axiologia permeia, portanto, todo sistema jus-político; subjetivado na sua expressão de legitimidade e objetivada na de legalidade, dando-lhe coerência e estabilidade em meio a forças sociais simultaneamente coercitivas e dissociativas, conservadoras e revolucionárias, interna e externa que sobre ela atuam. Percebe-se que quanto mais estável se encontra a legitimidade de um sistema jus-político, menor é o uso da força para se impor a legalidade. Nota-se essa situação pela análise sobre os regimes ditatoriais militares instalados na América Latina a partir da década de 60, em que o uso da força ascendeu a fim de se impor uma legalidade extraordinária.

No Brasil, hoje, percebe-se um excesso de legalidade e essa situação ocorre talvez por alguma falha no sistema jurídico-político brasileiro, apesar de vivermos em um Estado constitucional de direito, vemos um excesso de legalidade sem eficácia.

Outro aspecto pertinente a este tema, e que deve ser levantado, é o uso abusivo das medidas provisórias pelo Executivo, que perverte a ordem constitucional, constrói um cenário de insegurança jurídica, demonstrando a existência de um sistema jurídico fora das propostas exercidas pelo princípio da legitimidade, que é, em princípio, o respeito à uma Constituição elaborada por um Poder Constituinte, formado por representantes do povo.

A enorme quantidade de medidas provisórias – de 2003 a 2007 foram 319, uma média de 64 por ano — baixadas pelo Governo Federal, sem observar os requisitos constitucionais de urgência e relevância previstos no artigo 62 da CF, desequilibra a repartição dos Poderes e debilita a democracia. Elas entopem e bloqueiam a pauta do Congresso, que perde sua própria agenda e se torna homologador de decisões do Executivo. Fazem com que prevaleçam os interesses do Governo em detrimento da legítima vontade popular, representada pelos Parlamentares. A consequência é a

descrença do povo nas leis, no sistema representativo, gerando um cenário de insegurança jurídica, ferindo o princípio da legitimidade.

Nestes 20 anos da atual Constituição Federal, essa tem sido a tônica dos sucessivos governos de 1968 para cá. Atentos, juristas de renome têm alertado constantemente para o perigo dessa prática por parte do Executivo, assim como têm defendido a necessidade de se estabelecer um freio na utilização indiscriminada e desmedida desse instrumento, que acusam de autoritário e usurpador das prerrogativas do Legislativo.

O constitucionalista BONAVIDES, citado no artigo do Jornal do Advogado é um dos juristas a emitir opinião neste sentido: "O uso abusivo de MPs traduz uma forma autoritária de governar" (2008, p. 14). O abuso das MPs é o maior exemplo de desrespeito à ordem constitucional e a marca mais clara da intromissão de um Poder no outro, gerando uma situação de incerteza institucional.

Esta situação gera instabilidade nas relações econômicas, profissionais e particulares, afetando de modo negativo tanto os investimentos internos quanto externos, trazendo prejuízos para o País.

Os reflexos indesejáveis desta situação de flagrante infração ao princípio da legitimidade é o bloqueio da pauta da Câmara em 2/3 dos dias de votação, segundo balanço feito na própria Casa Parlamentar e conforme elencado no artigo mencionado. Isso demonstra que está havendo um desequilíbrio entre as funções do Executivo e do Legislativo, levando à inevitável conclusão de que o presidente da República detém um poder indevido sobre o Congresso Nacional. Devemos lembrar que, segundo as regras atuais, quando uma medida provisória não é votada em 45 dias contados da sua publicação, ela obstrui os trabalhos do Plenário da Câmara, impedindo a discussão e aprovação de outros projetos.

CONCLUSÃO

A análise conjunta dos princípios legalidade e legitimidade nos possibilitou uma visão do sistema jurídico-político como um todo, conferindo-nos o entendimento de que a legalidade somente existe como princípio se houver efetivo respeito às instituições do Estado Democrático de Direito, que contribuem para o desenvolvimento humano de maneira completa e salutar.

Para que haja um respeito aos direitos humanos, tão reivindicados nos dias atuais, deve o Estado pautar-se pela execução de seus atos segundo às exigências do bem comum e com respeito aos valores intrínsecos ao bem-estar social, a fim de que haja uma harmonia entre o fim do Estado e o bem comum, certamente reivindicante de posturas estatais em prol de valores consensualmente aceitos e convergentes para a realização de uma sociedade justa.

Concluindo, a legitimidade é o conjunto de valores expostos e respeitados em um sistema jurídico-político, conferindo-lhe coerência e estabilidade e a legalidade, quando fundamentada na legitimidade, permite o exercício desse sistema jurídico-político de maneira pacífica e harmônica.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. São Paulo, Saraiva, 1999.

BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

_____. **Jornal do Advogado**: O uso abusivo de MPs. São Paulo: OAB ed., 331, 2008.

BUTGENBACH, André. **Théorie Générale des modes de gestion de service publique en Belgique**. Bruxellas, Maison Ferdinand Larcier, 1952.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. Paz e Terra, 2ª Edição, 1987.

_____. **O futuro da Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **Liberalismo e Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1998.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1996. 184 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FLEURY, Sonia. **Democracia, descentralização e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

HAMON, Francis, Michel Tropoer, Georges Burdeau; **Direito Constitucional**. Tradução de Carlos Souza. São Paulo: Manole, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado, 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**, 1988.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 17a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o Governo representativo**. Trad. Manuel I. de Lacerda Santos Jr. Brasília: Unb, 1981.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PAUPÉRIO, A. Machado. **Direito e Poder**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

Artigo recebido em: Setembro/2008

Aceito em: Novembro/2008