



## A CONFIANÇA E O DIREITO

**Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave\***

A confiança – nas pessoas e nas instituições – é um dos sentimentos que movimenta a história. A presença ou ausência de confiança leva a contornos completamente distintos nas sociedades, fazendo surgir institutos diferenciados e/ou instituições diferenciadas.

Vejam os casos do controle de constitucionalidade das leis (e aqui se considera também o sistema de common law inglês). O marco histórico que aprendemos sobre o controle de constitucionalidade é o famoso julgamento realizado em 1803 pela Suprema Corte americana, proclamado pelo Chief Justice Marshall no caso *Marbury v. Madison*, em que se afirmou a superioridade da Constituição em face da lei ordinária. Assim, havendo confronto entre a lei e a Constituição, esta última deve prevalecer.

Na verdade, este foi o primeiro caso em que a Suprema Corte americana se afirmou competente – e efetivamente exerceu essa competência – para realizar o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos emanados dos demais poderes constituídos (legislativo e executivo). O fundamento deste julgamento está no *Federalista 78*, escrito por Hamilton, em que afirma que as leis são feitas pelos representantes do povo, os quais não estão autorizados a contrariar a Constituição, obra do próprio povo (poder constituinte originário).

Neste mesmo artigo, Hamilton defende que atribuir ao judiciário este poder de anular as leis e atos inconstitucionais não o torna superior ao legislativo e ao executivo: apenas demonstra que o poder do povo é superior ao poder dos representantes do povo.

---

\* Graduada e mestra pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutoranda em Processo Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora e Coordenadora do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande Norte (UFRN).

E na Inglaterra, da mesma forma, a confiança no judiciário permitiu o desenvolvimento do sistema de *common law*, em que os diversos documentos históricos que compõem a chamada “constituição inglesa” são concretizados pelo judiciário. Até mesmo o princípio da soberania do parlamento, um dos pilares do sistema jurídico inglês, foi de certa forma “relativizado” após a assinatura do *Human Rights Act* em 1998 e a criação da Suprema Corte britânica em 2009.

Curioso destacar que a primeira vez em que se falou em controle de legitimidade de atos normativos em face das prescrições do *common law* ocorreu antes do famoso caso americano acima destacado. Em 1608 foi julgado o caso Bonham, em que Edward Coke considerou que as leis inglesas devem respeitar o *common law*, sob pena de nulidade. Com a Revolução Gloriosa de 1688 a chamada “doutrina Coke” deixou de ser aplicada, dando lugar ao princípio da *soberania do parlamento*.

E ao lado desta confiança no judiciário, que permitiu o estabelecimento do *judicial review*, está a falta de confiança no judiciário, cujo exemplo é o caso francês, em que o judiciário não possui qualquer competência no que toca ao controle de constitucionalidade.

A Revolução Francesa, tida por muitos como ícone do respeito aos Direitos Humanos por força da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, teve como característica o rompimento total com o antigo regime, caracterizado pelo absolutismo monárquico e concessão de privilégios a determinadas classes.

Com a tomada da Bastilha, as ideias de separação das funções estatais desenvolvidas por Montesquieu ganharam espaço, tendo a lei um lugar central no novo sistema: as leis, elaboradas pelos representantes do povo (na verdade, representantes dos burgueses), passaram a ser o ponto central do governo. Governantes e governados passaram a ser regidos pelo império da lei. Nascia o princípio da legalidade, conferindo igualdade formal a todos e submetendo os governantes aos ditames das leis.

Essa crença no princípio da legalidade decorreu da excessiva confiança no legislativo (os efetivos representantes do povo, os “fabricantes de leis” nas palavras de Dalmo Dallari) e da desconfiança nos juízes, que antes da Revolução Francesa eram parciais e defensores dos interesses das classes privilegiadas.

Assim, após a Revolução, acatou-se inteiramente a doutrina da separação dos poderes de Montesquieu, reservando-se aos juízes a competência exclusiva de ser a “boca da lei”. Se houvesse conflito entre duas leis, ou dúvida ou necessidade de interpretação, os juízes deveriam se reportar ao Legislativo, nos termos do art. 12 da Lei Revolucionária de 1790.

A falta de confiança levou também à criação, na França, de um sistema de controle de constitucionalidade diverso daquele desenvolvido nos Estados Unidos. O controle da constitucionalidade das normas francesas é realizado exclusivamente pelo Conselho Constitucional, um órgão político formado por nove membros (três indicados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado), além dos ex-presidentes franceses, nos termos do art. 56 da Constituição de 1958.

Na França, até hoje, não se permite que juiz algum deixe de aplicar uma lei por reputá-la contrária ao bloco de constitucionalidade (que inclui, além da Constituição de 1958, o prefácio da Constituição de 1946, a Carta do Meio Ambiente de 2004 e a Declaração dos Direitos do Homem de 1789). E mais, até a reforma constitucional de 2008, que começou a vigorar apenas em 2010, sequer o controle repressivo de constitucionalidade era admitido.

A falta de confiança, se levada ao extremo, leva ao medo, ao terror, à catástrofe: e para combater o medo são cometidas as maiores atrocidades (como exemplo recente podemos citar a “guerra contra o terror” nos Estados Unidos, que justificou a dizimação de civis em países como o Afeganistão e Iraque, além da morte de inúmeros soldados americanos na guerra por eles mesmos produzidas).

No nosso caso, a total desconfiança no legislativo e no executivo (curiosamente, desconfiamos dos dois Poderes em que somos nós os únicos responsáveis pela escolha dos membros de cúpula) nos levou a depositar toda a credibilidade no judiciário.

Adotamos o *judicial review* americano desde a primeira Constituição republicana, por força da influência de Rui Barbosa, admirador do modelo estadunidense de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 também prevê o controle repressivo judicial da constitucionalidade das normas, o que demonstra a confiança nacional nos órgãos do judiciário. Ocorre que a Carta de 1988 também previu a possibilidade de controle repressivo por parte do executivo, à medida que prevê, no art. 23, I, a competência comum à União, Estados, Municípios e Distrito Federal para zelar pela guarda da Constituição, o que permite ao chefe do executivo deixar de aplicar norma que repute inconstitucional. O controle repressivo realizado pelo legislativo limita-se às medidas provisórias, nos termos do art. 62, §5º., CF.

É certo, entretanto, que o descrédito no legislativo e no executivo permitiram o agigantamento do controle judicial de constitucionalidade no Brasil. Além dos contornos traçados pela Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988, o poder de controle do judiciário foi aumentado sensivelmente pelas Emendas Constitucionais (em especial as

emendas 03/93 e 45/2004) e também pelo próprio STF em suas decisões (com destaque para a interpretação dada ao art. 52, X no HC 82.959-7/SP, Rcl 4335/AC e ADI 3345-0/DF).

Podemos afirmar, assim, que a confiança nos juízes e no judiciário brasileiro, aliada à conjuntura de desconfiança no legislativo e executivo nacionais tornaram o STF o grande “guardião da Constituição” brasileira.