

O JUDICIÁRIO COMO UM QUASE GUARDIÃO? REFLEXÕES SOBRE UMA JURISDIÇÃO ADEQUADA AO REGIME DEMOCRÁTICO

THE JUDICIARY AS AN ALMOST GUARDIAN? REFLECTIONS ABOUT AN APPROPRIATE JURISDICTION TO A DEMOCRATIC REGIME

Vandré Sesti Macedo¹

RESUMO: o presente artigo reflete sobre os parâmetros de uma adequada prestação jurisdicional em um regime democrático contemporâneo, apresentando aportes políticos para responder se o judiciário, de um modo geral e com as suas determinadas competências, possui autonomia para resolver qualquer matéria ou se encontra algum tipo de limite de atuação em relação aos outros dois poderes. Utiliza-se, para essa reflexão, de uma noção contemporânea de democracia e outra de guardianship, comparando-as com a atuação e o papel do poder judiciário, especialmente do brasileiro. Através dessa comparação, questiona-se sobre a possibilidade de o judiciário ser um quase guardião, debatendo as consequências práticas dessa constatação e levantando uma série de questionamentos sobre a sua legitimidade em um regime democrático.

PALAVRAS-CHAVES: democracia; guardianship; judiciário.

ABSTRACT: this paper reflect the parameters of a proper adjudication in a contemporary democracy, responding if the judiciary in general, and their specific perks, has the autonomy to resolve any type of matter or find some limits compared to the other two state branches. It is used, for this reflection, a contemporary notion of democracy and one of guardianship, comparing them with the performance of the judiciary, especially the brazilian. Through this comparison, wonders about the possibility of the judiciary being a “almost-guardian”, debating the practical consequences of this eventual finding and raising a series of questions about their legitimacy in a democratic regime.

KEYWORDS: democracy; guardianship; judiciary.

INTRODUÇÃO

O foco do direito contemporâneo está em compreender o problema da interpretação jurídica ou, especificamente, de como se dá a correta prestação jurisdicional. Desde a metade do último século, diversos juristas e filósofos², amparados por teorias multidisciplinares³, apontaram para a vagueza e para a ambiguidade existentes na linguagem jurídica, mostrando como ela é o desdobramento de problemas encontrados na linguagem ordinária e técnica. Para descobrir como interpretar corretamente dentro do judiciário se buscou e ainda se busca respostas em teorias que discorrem a respeito da compreensão humana, acerca da própria linguagem ou, em outro viés, sobre como interpretar adequadamente um texto.

Porém, não podemos esquecer que o problema da interpretação jurídica possui uma série de concausas para o seu bom entendimento, que vão além da ciência do direito ou das análises linguísticas. Os reflexos de uma determinada cultura sobre uma sociedade, de certas

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS e advogado. E-mail: vandre@live.com.

² Sobre a evolução da ciência do direito no último século remetemos o leitor à LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito, volume 2: o século XX*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, passim.

³ Sobre as matrizes filosóficas e sociológicas comumente utilizadas no estudo da ciência do direito remetemos o leitor à STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

instituições ou, ainda, de regimes políticos, são exemplos razoáveis de concausas que influenciam substancialmente nos resultados de uma interpretação judicial ou na formação do sistema jurídico, seja ele interno ou externo⁴. O que não justifica, portanto, que o aporte teórico para a sua análise venha prioritariamente da filosofia da linguagem.

Por isso, para tratar sobre o problema da interpretação jurídica, nosso estudo buscará um caminho alternativo à filosofia do conhecimento: ele buscará compreender os limites e as possibilidades de uma adequada prestação judicial, convencional ou constitucional, a partir de uma noção contemporânea de democracia. Com ela, poderemos ver como os pressupostos de um regime democrático real permitem atribuímos critérios para uma interpretação jurídica, apontando os limites do poder judiciário, em termos de interpretação, dentro de um contexto democrático e do balanço entre os três poderes. Sugerimos, para isso, a noção de democracia defendida por Dahl, em sua obra *A democracia e seus críticos*⁵.

A escolha desse autor e de sua obra é fruto de duas constatações preliminares: embora uma teoria sobre a decisão jurídica também busque os limites e as possibilidades de uma jurisdição adequada, é difícil encontrar nela uma exposição sobre a perspectiva política subjacente ao regime democrático ou aos instrumentos necessários para a manutenção dessa ordem. Parece-nos que a ordem política é constituída de modo entrelaçado ao sistema jurídico, tendo justificativas em sua formação que influenciarão na elaboração das diversas diretrizes jurídicas. Em razão disso, parece-nos fundamental perguntar se a origem do poder detido pelo judiciário, tanto o decisório quanto o normativo, não possui correlação com as instituições fundamentais de uma democracia e se não decorre da própria noção de democracia a aceitabilidade de decisões jurídicas que inovem no sistema externo do direito.

Além disso, se a atuação de um tribunal se dá, já que tomamos um Estado considerado democrático como modelo, dentro de um regime democrático pré-determinado, parece-nos natural considerar que é a ideia de democracia arraigada a esse Estado e aos seus processos democráticos que irá balizar o caráter da decisão judicial. É claro que dentro desses processos estarão inseridos os ditames constitucionais, dentre outros elementos constitutivos dessa concepção pré-determinada de democracia. Logo, se considerarmos que os processos democráticos são os institutos essenciais para a manutenção da sua respectiva ordem, também deveremos considerar que é a adequação do judiciário a eles que irá refletir a postura mais ou menos democrática desse Estado. Mas caberá, então, descobrirmos quais são os elementos

⁴ Sobre a diferenciação entre sistema interno e externo do direito remetemos o leitor à LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito, volume 1: das origens à escola histórica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. XIX-XX e 416-424 e Id. *Sistema e estrutura no direito, volume 2*, op. cit., p. 2-10.

⁵ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, passim.

essenciais ao regime para podermos descrever como o judiciário deverá atuar para manter a ordem democrática em consonância a eles. Isso, caso se verifique que ele deve, efetivamente, manter-se em consonância a qualquer processo democrático. Retomaremos essas ideias e alguns de seus desdobramentos à frente.

A outra constatação diz respeito às críticas lançadas às decisões judiciais e à própria tarefa de interpretar: mesmo que haja controvérsias sobre uma matéria, é comum observar que os debatedores remeterão a certeza de seu posicionamento, em última análise, a preceitos democráticos que eles creem estar sendo efetivados ou a uma noção abstrata de democracia que supostamente estaria dotada de sentido e, que, com base nesse suposto significado imanente, respaldaria as suas opiniões. O fato de apontarem uma incoerência jurídica a uma falsa noção de democracia denota como o jurista não detém um conceito de democracia firme o suficiente para validar qualquer tese sobre a natureza de uma decisão jurídica.

É preciso reconhecer que determinadas análises, como uma pautada pela hermenêutica filosófica, poderiam atenuar a carência significativa do termo nesses casos, mas seriam dependentes de um contexto situacional que escaparia do âmbito da sua própria teoria. Seria, então, fundamental discorrer sobre as causas reais que dão suporte ou que geram a crítica de determinada postura judicial.

Partindo dessas constatações, ainda, poderíamos questionar se haveria a possibilidade de formular uma única definição para o termo democracia e conseqüentemente encontrar uma resposta exclusiva para o problema da interpretação jurídica baseada em tal definição. Uma resposta positiva nos parece improvável e nos levaria a uma análise simplificada da interpretação jurídica, enquanto uma resposta negativa demonstraria como a dificuldade existente em definir o termo democracia não permite apoiarmos uma tese acerca da decisão jurídica apenas sobre a terminologia da democracia.

Sendo assim, nosso estudo será dividido em três partes: em uma primeira parte estudaremos o sentido do termo democracia, através de uma exposição sucinta de sua natureza. Para cumprir esse objetivo, utilizaremos o pensamento de Dahl, demonstrando as diferenças existentes entre uma democracia ideal e outra real, além de expormos as instituições e certas particularidades que o autor considera fundamentais para caracterizarmos um regime democrático. Parece-nos imprescindível, em um estudo desses, a busca de algumas delimitações terminológicas iniciais, que nos guiarão durante o restante da discussão.

Em uma segunda parte conceituaremos a guardiania, expondo as suas principais características e elencando algumas vantagens e desvantagens desse tipo de regime em relação ao democrático. A concepção de um governo de guardiães será um paralelo a ser

estabelecido à democracia e, após, ao judiciário, sobretudo em um período em que a limitação do poder de decidir judicialmente, em sua força normativa ou vinculante, é questionada perante os outros dois poderes estatais, o legislativo e o executivo.

Além disso, conceituar a guardiania nos permitirá observar como os preceitos democráticos são, de início, avessos à ideia de um governo de pessoas detentoras de conhecimentos e de virtudes superiores, que ditariam as regras de convivência de dada comunidade, ou, para utilizarmos uma categoria típica da democracia, da maioria. Observaremos também as semelhanças dessa concepção com o processo de escolha dos magistrados e a sua liberdade de decidir. Dizemos isso, pois veremos, no ponto seguinte, se existe a possibilidade de compatibilizarmos os preceitos da guardiania aos processos democráticos descritos nesse item.

Adentrando em nossa terceira parte, faremos algumas comparações que nos permitirão constatar se o judiciário age efetiva ou eventualmente como um quase guardião. Caso se constate a manifestação desse tipo de conduta pelo/no judiciário, apontaremos a sua pertinência e como ela poderia ser inserida dentro da noção de democracia. Ao fim, teceremos alguns comentários à atuação judicial e às críticas comumente lançadas a ela.

1 DA DEMOCRACIA IDEAL A REAL: A PERSPECTIVA DE REGIME DEMOCRÁTICO DE DAHL

A dificuldade de adotar um único sentido para o termo democracia resulta, sobretudo, da quantidade de teorias sobre a conceituação ideal desse regime ou daquelas que buscaram descrever democracias reais em seu próprio tempo e espaço. Para nos ajudar a compreender o amálgama que denominamos como democracia é válido relembrar as suas origens, que atribuíram em certo grau o sentido ao que imaginamos ser uma democracia. Elas também nos permitirão explicar uma importante dicotomia de nossa reflexão, entre democracia real e democracia ideal.

A primeira manifestação democrática foi vista nas cidades-Estados da Grécia clássica; uma segunda pode ser encontrada na tradição republicana derivada de Roma e das cidades-Estados italianas da Idade Média e também da Renascença; uma terceira, nas instituições oriundas do governo representativo e uma quarta, por fim, através da lógica da igualdade política⁶.

⁶ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 18.

As maiores contribuições para o termo ainda são aquelas advindas da antiguidade, retiradas das práticas democráticas atenienses. Mas, curiosamente, “existe uma ironia no fato de que as ideias [democráticas] vem menos dos escritos ou discursos dos defensores da democracia [...] e mais de seus críticos”⁷, nos quais se incluem Aristóteles⁸, um adversário moderado da democracia, e Platão⁹, um forte oponente desse regime, que o condenava por considerá-lo o governo dos ineptos. Desse fato devemos observar que a influência da democracia ateniense em todos os períodos históricos posteriores à antiguidade é o resultado de uma perpetuação no tempo de algumas instituições que costumamos considerar ideais ao visualizarmos um regime democrático na prática. Foi pela crítica à forma excelente de uma democracia que uma visão perfeita de sociedade foi projetada e incutida pelo senso comum, em detrimento da realidade da vida política como era de fato na Grécia¹⁰. Retomaremos a oposição entre uma democracia real e ideal à frente, demonstrando as insuficiências e os problemas de tomarmos os critérios ideais como condição de possibilidade de uma democracia real.

Agora, devemos observar quais são as condições ideais e essenciais, consideradas pelos gregos, que caracterizam uma democracia. Eles acreditavam que os cidadãos de uma democracia deveriam compartilhar um sentimento de bem geral que não estivesse em contradição evidente com os seus interesses particulares. Com isso, evitar-se-iam diversos conflitos dentro de uma mesma cidade-estado. Dessa condição adveio uma segunda: a de que os cidadãos deveriam ser notavelmente homogêneos quanto às suas características gerais, compreendendo-se com isso tanto os recursos econômicos, a quantidade de tempo livre, as convicções religiosas, os níveis de educação, a raça, cultura ou etnia, evitando, do mesmo modo, a geração de conflitos dentro da *polis*.

Como uma terceira condição, estabeleceram que o corpo de cidadãos da *polis* deveria ser reduzido, idealmente menor do que os cinquenta mil da Atenas de Péricles. Desse modo, evitar-se-ia a heterogeneidade e se estimularia o conhecimento da cidade-estado por todos. Permitir-se-ia também que as reuniões contassem com um grande número de cidadãos politicamente capazes. A quarta condição referia que os cidadãos deveriam ser capazes de se reunir e decidir de forma direta sobre leis e sobre os cursos de ação política da *polis*. Porém, a sua participação não se limitaria às reuniões de uma assembleia, mas incluiria uma participação ativa na administração da cidade, de forma que todos, ao menos uma vez na vida,

⁷ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 18.

⁸ Cf. ARISTÓTELES. *Política*. Madrid: Gredos, 1988, passim.

⁹ Cf. PLATÃO. *A república*. São Paulo: EDIPRO, 1994, passim.

¹⁰ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 26.

ocupassem algum cargo político de importância. Por último, a cidade-estado deveria permanecer completamente autônoma¹¹, sendo governada unicamente pelos seus próprios cidadãos, com vistas ao bem geral eleito por eles próprios.

Apesar da influência desmedida desses pressupostos, os ideais e as instituições modernas também foram moldados pelos requisitos encontrados na tradição republicana do início da modernidade, pela noção de representatividade e pela crença na igualdade política. Não é creditada a essas concepções a devida relevância para a caracterização do que é democracia, sendo preciso dizer que as suas contribuições estão na incorporação de novas instituições ao processo democrático, inalcançáveis se a democracia fosse pensada apenas com base nas condições ideais da Grécia antiga.

Da tradição republicana sobressaiu o entendimento de que o homem é um animal social e político por natureza e que somente encontrará na vida associativa as razões que lhe permitem gozar de uma vida plena ou satisfatória. Também de que os cidadãos devem ser iguais em certos aspectos, determináveis pela cultura e pelas instituições englobadas por essa cultura. Ainda; de que também é natural a escolha de líderes competentes para governar a maior parte do povo, a fim de diminuir o seu medo e de aumentar a sua confiança no Estado¹².

Dos governos representativos foi retirado principalmente o entendimento de que, pelo fato de o espaço territorial dos governos modernos ser muito amplo em comparação às pequenas cidades-estados, o povo deveria eleger representantes para proceder à tomada de decisões, de uma forma indireta e não mais direta¹³.

E da crença na lógica da igualdade política foi construído o pensamento de que todos os membros de um Estado são adequadamente qualificados para participar, em pé de igualdade, com os outros cidadãos no processo de governar determinado Estado, salvo algumas exceções, referentes à ideia de capacidade política. A lógica da igualdade e as suas exceções podem ser exemplificadas a partir das proibições de participação da vida política observadas no decurso da história, como ocorreu com os escravos, com as mulheres ou, como ainda é comum, com as crianças¹⁴.

É difícil visualizarmos na prática um governo democrático se considerarmos apenas os pressupostos ideais citados até agora. Diante deles, convém fazermos alguns questionamentos que iniciarão a nossa reflexão sobre o que é, na realidade, um regime democrático: é possível compartilharmos um sentimento de bem público, como

¹¹ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 26-29.

¹² Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 36-41.

¹³ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 41-46.

¹⁴ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 46-50.

pressupunham os atenienses, em um Estado contemporâneo, se considerarmos o tamanho de seu território? Também é preciso dizer que ao lado da concepção de bem público residem as convicções próprias de cada sujeito, tanto sobre o significado de bem quanto aquelas referentes aos objetivos de vida e aos interesses particulares, incoerentes com outras concepções individuais. E como poderemos, diante dessas dificuldades, crer na homogeneidade de características de um povo que eventualmente habite nesse Estado?

Sabemos que o mundo de hoje é caracterizado por uma pluralidade de indivíduos, com perfis multívocos¹⁵. Em países em que há um acentuado desnível de renda e também de intelectualidade política, como poderíamos projetar uma forma direta, ou indireta, mas satisfatória, de participação popular, que preencha minimamente os requisitos ideais de uma democracia? Ou então, quais seriam os traços fundamentais que deveriam ser considerados na análise de aptidão de um cidadão para ele poder exercer o direito de voto ou ser reconhecido como um representante do povo? E por último, em que se constituiria modernamente a noção de igualdade política?

Ao tentar responder essas perguntas acabaríamos iniciando um esboço do que percebemos na prática como sendo uma democracia, através dos elementos institucionais e de processos democráticos observados no cotidiano. Tais elementos e processos são o resultado de um consenso generalizado ou, dizendo de outro modo, de um conhecimento compartilhado intersubjetivamente por nós em relação a nossa democracia ou, comparativamente, com outra. Por isso, convém salientar que uma visão de ordem social ideal não deve ser confundida com a realidade da vida política, sendo essencial para o estabelecimento de um sentido prático do termo o contexto no qual a democracia real está assentada¹⁶.

Mas por que é imprescindível separarmos pontualmente o real do ideal para a análise significativa do termo? Por que no mundo real – e essa resposta é de Dahl – as democracias “nunca são plenamente democráticas: ficam invariavelmente aquém dos critérios democráticos em alguns aspectos”¹⁷. O que não impede, contudo, que as consideremos democracias de fato. Mas existiriam aspectos essenciais para uma democracia se acabamos de dizer que não podemos contar com padrões na busca de uma definição? Apontamos, provisoriamente, para a existência de certos padrões que podem ser estabelecidos, mas em um nível de abstração que nos permita a compatibilização deles com a realidade.

¹⁵ Sobre o perfil do homem moderno remetemos o leitor à BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Sobre as implicações do perfil do homem moderno nas relações de poder dentro de um Estado contemporâneo remetemos o leitor à CHEVALLIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

¹⁶ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., passim.

¹⁷ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 280.

Para compreendermos melhor isso será interessante observarmos alguns critérios estabelecidos por Dahl na caracterização de uma democracia. Mas antes, é necessário referirmos a distinção de bens ou de interesses democráticos feita pelo autor. Pois é a partir dela que será desenvolvida a sua noção de democracia. Essa distinção consiste na separação dos bens ou dos interesses intrínsecos ao processo democrático, daqueles que lhe são externos, mas necessários a ele. Um exemplo que ilustra o primeiro tipo de bem é o direito à livre expressão¹⁸, que independentemente do tipo de Estado ou de política interna relacionada a ele, é requisito fundamental para vermos configurada uma democracia real. Um exemplo de bem externo ao processo democrático, mas necessário a ele, por sua vez, pode ser encontrado nas diretrizes educacionais de um Estado, cuja eficiência é o elemento indiscutivelmente identificador de uma maior coerência ou participação na vida política estatal¹⁹, atribuindo ao Estado o seu grau de democratização. Ao lado desses dois tipos de bens encontraremos outros que contribuem para a realização do ideal democrático, mas que poderão ser relativizados, por não serem essenciais a ele. Como exemplo, o autor cita a tendência de se presumir a inocência de supostos criminosos, permitindo-lhes um julgamento justo e equânime²⁰.

O problema principal dessa distinção será, então, o de descobrirmos quais são os interesses correspondentes a cada categoria de bem ou como ocorre o seu processo de determinação. Dahl lançará a seguinte sugestão como uma solução possível: considerar que “o interesse ou o bem de uma pessoa são (*sic*) qualquer coisa que essa pessoa escolheria com a compreensão mais plena possível da experiência resultante dessa escolha e de suas alternativas mais relevantes”²¹. Dizendo de outro modo, esse critério – o da “compreensão esclarecida” – dependeria de um processo moral de simpatia esclarecida, em que “tentamos apreender os desejos, vontades, necessidades e valores de outros seres humanos e, por experimentos do pensar, tentamos imaginar o que eles escolheriam fazer se compreendessem as consequências de suas escolhas”²².

O caráter inegavelmente romântico dessa sugestão nos revela a aleatoriedade do processo de escolha dos bens ou dos interesses democráticos, bem como a de seus critérios ou de suas instituições básicas. A aleatoriedade resulta das características históricas de suas construções, dependentes de uma série de concausas internas e externas ao sujeito, em sua relação com o seu tempo e espaço. Através dessa compreensão, poderemos perceber mais

¹⁸ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 266.

¹⁹ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 281-284.

²⁰ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 284-288.

²¹ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 286.

²² DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 286.

uma vez a importância de se pensar historicamente uma concepção de democracia, afastando-a de idealizações, sobretudo da natureza da democracia grega.

Também poderemos nos deter à análise dos critérios e das instituições, que, considerando a particularidade histórica e psíquica dos bens ou dos interesses públicos, Dahl considera como padrões a serem observados ao pensarmos contemporaneamente um regime democrático. Iniciaremos com a exposição resumida dos quatro critérios básicos descritos pelo autor²³, para passarmos, após, à análise das instituições correlacionadas a eles.

O primeiro dos critérios está subentendido nos motivos arraigados à igualdade de voto. Segundo Dahl, se os bens ou os interesses de todos devem ser pesados de uma forma igualitária e se cada pessoa adulta é, normalmente, o melhor juiz de seus interesses, isso significa que todos os membros adultos são qualificados para participar da tomada de decisões coletivas de caráter vinculativo que afetem os seus bens ou os seus interesses. Em contrapartida, nenhum dos membros será mais qualificado do que os outros ao ponto de que lhe seja confiada a incumbência exclusiva de tomar tais decisões²⁴.

O segundo critério é o da participação efetiva de todos os cidadãos qualificados a tomar decisões públicas. Todos devem ter uma oportunidade adequada e igual de expressar suas preferências quanto ao resultado final da pauta discutida, colocando-as, ainda, na agenda política e defendendo os seus motivos para endossar um resultado e não outro²⁵. Caso negássemos a algum cidadão politicamente capaz a oportunidade de participar efetivamente do processo de escolha de suas preferências, estaríamos rejeitando, de acordo com Dahl, o princípio da igual consideração de interesses, que também é sustentáculo do ideal da compreensão esclarecida e da igualdade de voto.

O terceiro critério se refere à noção de compreensão esclarecida. Conforme já deixamos entredito, os juízos sobre a existência, a composição ou os limites de uma democracia são altamente contestáveis ou então dependentes de uma dada conjectura social. E uma vez que o esclarecimento de um indivíduo está inserido no campo da moral, poderíamos livremente opinar que determinados sujeitos são visivelmente mais qualificados do que outros para governar, que grande parte dos indivíduos tende a cometer erros na análise dos meios

²³ Embora o autor diga, em *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 171, que são cinco os critérios que embasam uma democracia, descreve somente quatro, retificando aquela asserção posteriormente, fazendo constar então como sendo quatro os critérios essenciais, na p. 188. Ainda, na p. 353, apresenta uma tabela ilustrativa onde consta um quinto critério, o da inclusão, embora não o tenha descrito de forma sistemática, como procedeu com os outros quatro. De qualquer modo, o critério da inclusão se subentenderia dentro dos princípios forte da igualdade e da compreensão esclarecida, já referidos no decorrer do presente texto, podendo ser esmiuçado também na p. 188-209.

²⁴ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 164 e 172-175.

²⁵ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 170-171.

necessários para atingir determinados fins, ou, ainda, que escolhem os fins que certamente rejeitariam se fossem mais esclarecidos.

Dizemos isso para ilustrar como o esclarecimento é algo polivalente. Ele não é único e depende de um processo de formação que necessita de informação. Os modos mais comuns de transmissão de informação se manifestariam, dentro de um regime democrático, nos debates públicos ou nas diretrizes educacionais. Sendo assim, em suma, e citando Dahl, “cada cidadão deve ter oportunidades iguais e adequadas de descobrir e validar [...] a escolha acerca da questão a ser decidida que sirva aos interesses do cidadão”²⁶, através de procedimentos que o permitam a aquisição de uma compreensão dos meios e dos fins necessários para atingir o interesse público.

O último critério diz respeito ao controle da agenda. Por controle da agenda Dahl se refere à oportunidade exclusiva do próprio povo resolver como as questões serão colocadas na pauta de assuntos a serem decididos mediante o processo democrático. Os cidadãos devem ter o poder de decidir democraticamente as questões que consideram importantes, sendo o controle da agenda, ou do “critério do controle final”, um dos principais parâmetros para se atribuir a liberdade democrática permitida pelo Estado em relação ao conteúdo que é livremente estipulado pelo seu povo²⁷.

Os quatro critérios são indicativos adequados para formularmos um rascunho a respeito do que é um regime democrático. Mas a simples insinuação de um deles, ou mesmo de todos eles em conjunto, não nos daria a garantia de que um Estado possui um maior ou menor grau de democratização em relação a outro que utilize os mesmos critérios. Dahl reconhece tal insuficiência ao comentar que a sua teoria, caso considerasse apenas esses critérios como base para a classificação de uma democracia, estaria radicalmente incompleta²⁸. A abstração desses critérios permitira que encontrássemos eventualmente contradições entre os próprios critérios estabelecidos e outras insuficiências decorrentes dos problemas reais encontrados na vida política. Para sanar essa incompletude, Dahl propõe, ainda que calcado sobre esses mesmos critérios básicos, a seguinte tese: compreender uma democracia enquanto uma poliarquia.

Uma poliarquia, dentre outras classificações atribuídas comumente ao termo²⁹, é conceituada por Dahl como uma ordem política que contém as instituições necessárias ao processo e ao regime democrático em grande escala, incluindo aí os quatro critérios

²⁶ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 176.

²⁷ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 177-179.

²⁸ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 182.

²⁹ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 346-347.

elencados. Pautado em dois elementos que afirma serem constitutivos de qualquer poliarquia, e que dão a ela a sua forma inaugural – a mudança de escala dos Estados e a representação do povo por governantes eleitos –, o autor analisa as instituições que a compõe para deduzir, a partir dessa análise, que elas são as mesmas que formam uma democracia real.

Segundo ele são sete as instituições que dão forma a uma poliarquia e que devem coexistir para que um governo possa assim ser classificado: 1) os funcionários eleitos são constitucionalmente investidos do controle político das decisões governamentais; 2) estes funcionários são escolhidos em eleições frequentes, conduzidas de modo justo, nas quais a coerção é relativamente rara; 3) praticamente todos os adultos tem o direito de votar na eleição dos funcionários do governo; 4) praticamente todos os adultos tem o direito de concorrer a cargos eletivos no governo, embora os limites de idade possam ser mais altos para ocupar o cargo do que para o sufrágio; 5) os cidadãos tem o direito de se expressar, sem o perigo de punições severas, quanto aos assuntos políticos de uma forma geral, o que inclui a liberdade de criticar os funcionários do governo, o governo em si, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia dominante; 6) os cidadãos tem o direito de buscar soluções alternativas de informação, contando com fontes de informação alternativas protegidas por lei e; 7) para alcançar seus vários direitos, inclusive os relacionados acima, os cidadãos possuem o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, inclusive partidos políticos ou grupos de interesse³⁰.

A poliarquia é escolhida pelo autor em razão do amplo leque de direitos humanos e de liberdades que nenhuma alternativa de governo vista no mundo real proporciona. Se por um lado o controle das decisões exercido pelos cidadãos fica aquém da democracia participativa da antiguidade, a capacidade dos cidadãos de vetar a reeleição e as políticas dos funcionários eleitos é um meio viável para evitar práticas indesejáveis ou até mesmo autoritárias. Naturalmente que mesmo diante dessas instituições e de suas consequências mais ou menos favoráveis algumas questões cruciais ainda devem ser levantadas.

Responder o que é bem comum ou apontar os limites entre ser democrático e ser burocrático, ou até mesmo oligárquico, continuará sendo fundamental para compreendermos o que são bens individuais e coletivos e expormos as intenções subjacentes a cada tipo de interesse, revelando quão democrático, ou atento às expectativas coletivas, é o governo. Questionar-se desse modo, observando os critérios básicos e as instituições poliárquicas de Dahl, permitir-nos-á refletir sobre o papel do judiciário em uma democracia contemporânea e

³⁰ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 352.

a demonstração de como os aportes teóricos e práticos de uma democracia são os mesmos impostos à questão fulcral de uma teoria da decisão jurídica: quais são os critérios de adequabilidade para procedermos a uma interpretação adequada?

Porém, antes de passarmos a essa questão, faremos uma excursão sobre o conceito de guardiania, que nos revelará a justificativa daqueles que defendem a existência de indivíduos cujo intelecto superior ou mais esclarecido os dotaria da capacidade de governar, decidindo o que é mais benéfico para toda a coletividade e, quiçá, para a satisfação individual. Essa justificativa servirá de base para a nossa discussão posterior, em que debateremos sobre a inversão do princípio da maioria em uma guardiania e se ele poderá ser relativizado em uma democracia para a consecução de determinados fins democráticos.

2 A NATUREZA DE UM GOVERNO DE GUARDIÃES

A guardiania – ou governo de guardiães – é uma alternativa aparentemente avessa ao ideal democrático e aos seus princípios, especialmente ao do controle da maioria, da igualdade forte e da compreensão esclarecida. De acordo com essa concepção, não se pode creditar às pessoas comuns a guarda de seus próprios interesses e, sobretudo, a de interesses de uma sociedade inteira. Os indivíduos seriam, em sua maioria, naturalmente desqualificados para governar. Desse modo, e segundo Dahl, os críticos da democracia e adeptos da guardiania afirmariam que a pressuposição dos democratas de que todos os indivíduos adultos, com capacidade política, são qualificados para governar deveria ser substituída pelo pressuposto contrário: “o de que o governo deve ser confiado a uma minoria de pessoas especialmente qualificadas para governar em razão de seu conhecimento e de sua virtude superiores”³¹.

A guardiania é claramente sustentada sobre uma noção de hierarquia. O termo hierarquia deve ser entendido aqui como todas as formas de domínio pelas quais os líderes exercem um grau muito alto de controle sobre os não líderes. Indo de encontro à ideia democrática de controle coletivo, em menor ou maior nível, a guardiania é considerada como a forma de governo rival da democracia por excelência. Porém, conforme lembra Dahl, mesmo que a guardiania seja frequentemente utilizada como uma justificativa para regimes “autoritários, corruptos, ineptos e brutais de todos os tipos, os argumentos em sua defesa não desmoronam simplesmente em razão dos abusos práticos”³².

³¹ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 77.

³² Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 78.

Isso por que caso dadas ideias democráticas fossem submetidas aos mesmos testes práticos realizados pelos críticos da guardiania, elas não corresponderiam fielmente ao que prometem, revelando incongruências entre os seus princípios e também descasos dos governantes com os seus governados. Por isso que é pertinente conhecer as principais visões da guardiania³³, considerando os seus padrões ideias e os reais, do mesmo modo como fizemos anteriormente com a democracia.

Platão é responsável pelo exemplo ideal mais célebre: o do governo de filósofos³⁴. Para ele, o conhecimento político constituía a ciência soberana, a arte suprema³⁵. Naturalmente que a essência dessa arte era o conhecimento político ou o conhecimento do bem da comunidade, da pólis. Assim, se nem todos os indivíduos possuem a mesma perfeição técnica ou excelência em seus ofícios ou artes, nem todos tem a mesma perfeição técnica ou excelência na arte de fazer política. Se a habilidade de um médico ou de um carpinteiro é desenvolvida com treinamento, também requer preparo e treino o aperfeiçoamento da habilidade de governar e de fazer política. A excelência dessa arte seguiria, de acordo com Platão, a mesma lógica de desenvolvimento de outras habilidades ou de ofícios. O governo da polis somente deveria ser exercido por indivíduos excelentes nessa arte, completamente devotados à busca da verdade e decididos a atingir o bem coletivo, mesmo em detrimento de seus interesses individuais, ou, ao menos, não possuir nenhum interesse próprio que seja incompatível com o bem da polis. Assim, aliando a busca da verdade e do conhecimento, o que caracterizaria um bom filósofo, à dedicação de um verdadeiro rei, ter-se-ia um governo perfeito e incutido na consecução dos interesses coletivos – daí o porquê do governo de filósofos ou do rei-filósofo.

A concepção platônica de guardião dificilmente seria vista em nosso mundo, pois exigiria um nível de seleção e de educação dos guardiões que provavelmente a inviabilizaria. Contudo, e a lembrança vem de Dahl, acaso existisse um governo desse tipo, pelo fato de os guardiões terem sido escolhidos e terem a excelência na/da arte política, haveria um consentimento imparcial dos governados³⁶, sendo, nesse caso, uma ótima forma de governança.

Da concepção de Platão é preciso saltar dois mil anos, para chegarmos às ideias marxianas e leninistas, que compõem a segunda grande concepção de um governo de guardiões. Essa nova concepção possui particularidades que destoam cabalmente da platônica,

³³ Utilizaremos as três visões citadas por Dahl, em *A democracia e seus críticos*, op. cit.

³⁴ Cf. PLATÃO. *A república*, op. cit., 471c-502c.

³⁵ Cf. PLATÃO. *Diálogos*. Madrid: Gredos, 1992, p. 276.

³⁶ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 80.

principalmente pelo contexto histórico na qual foi concebida. Contudo, as suas prerrogativas básicas são semelhantes às de Platão, na medida em que pressupõem um grupo de indivíduos dotados de conhecimentos e virtudes superiores para administrar um grande grupo de governados.

Podemos resumir esses pressupostos do seguinte modo: a classe trabalhadora ocupa uma posição histórica singular, sendo explorada e reprimida pelos grandes industriais. A sua libertação envolve a inauguração de uma sociedade sem divisão de classes sociais baseadas na não propriedade dos meios de produção. Nessa sociedade sem a divisão de classes, a propriedade e todos os bens de consumo seriam socializados e os indivíduos não sofreriam com a exploração econômica, livrando-se da opressão causada pelo paradigma da mais-valia. O grau de liberdade e de oportunidade de desenvolvimento pessoal estaria além das possibilidades fornecidas por épocas anteriores.

Analisando a sociedade da época poderíamos concluir que seria irreal pensar que uma classe trabalhadora, “moldada pela exploração, a opressão e a cultura dominante do capitalismo poderia entender suficientemente bem suas próprias necessidades, interesses, potencialidades e as estratégias que sua libertação exigiria”³⁷. O conhecimento de causa para transformar a sociedade capitalista em socialista, e, posteriormente, em comunista, estaria num grupo de revolucionários dedicado, incorruptível e organizado. Uma vanguarda. De modo semelhante à concepção platônica, os membros do partido de vanguarda deveriam ser recrutados e treinados com o objetivo de alcançar o bem comum da sociedade, que diferentemente do rei filósofo e da polis, apenas seria alcançado com a libertação do proletário e a comunhão de todos os bens de consumo e de produção. E assim como os guardiões platônicos, a função de liderança do partido de vanguarda teria o consentimento, implícito ou expresso, da maioria da população, constituída pela própria classe trabalhadora.

Outra concepção de guardiania, mais moderna e alheia à filosofia e à ciência política, é encontrada na psicologia *behaviorista* de Skinner³⁸. Segundo o autor, o conhecimento que um guardião detém advém da ciência do comportamento humano, que está nas mãos do psicólogo da modernidade. O rei-filósofo ou o membro do partido de vanguarda é substituído pelo “rei-psicólogo”³⁹, cujo conhecimento científico-comportamental permitiria a realização de todo o potencial humano, tanto individual quanto em grupo. Sendo assim, se um grupo de indivíduos se submetesse a esse guardião, abandonaria os esforços vãos e autoderrotistas de

³⁷ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op.cit., p. 80.

³⁸ SKINNER, Burrhus Frederic. *Para além da liberdade e da dignidade*. Lisboa: Edições, 1974, passim.

³⁹ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 81.

governar a si mesmo, desistindo de ilusões mais ou menos democráticas e consentindo por livre e espontânea vontade em serem governadas por ele, de forma gentil e esclarecida.

Mesmo diante das diferenças existentes entre as três teorias da guardiania, decorrentes de aspectos temporais, espaciais e históricos, o que nos chama a atenção é a proposta de substituição do autogoverno, e, portanto, do ideal distintivo da democracia, por uma alternativa de controle social heterônomo. É preciso dizer, porém, que os defensores da guardiania na modernidade concordam, geralmente, com a necessidade de existência de um Estado, embora a ideia advinda do marxismo-leninismo dite expressamente o contrário.

Além disso, as visões modernas da guardiania costumam aceitar, de acordo com o que descreve Dahl⁴⁰, o axioma de que todos os homens devem receber igual consideração. Com isso minimizariam a alegação de que a guardiania se tornaria um governo de cunho autoritário. Entretanto, mesmo diante dessas ressalvas, o governo de guardiões ainda recai no problema da determinação moral e, sobretudo, na dificuldade de sustentar o discurso de que um grupo pequeno de pessoas altamente qualificadas detenha racionalmente o conhecimento necessário para servir ao bem de todos.

Outra noção salientada pelos defensores da guardiania é a de que ela é distinta da ideia corriqueira de meritocracia. Enquanto esta ideia expressa a noção de que um corpo de funcionários selecionados exclusivamente por mérito e por competência deve exercer as funções de governança dentro de um Estado – que também pode ser democrático – sob o controle de outros – um gabinete, um presidente, uma assembleia legislativa, etc. – a guardiania se refere a um tipo de regime substancialmente diferente, no qual o Estado é governado por líderes que não estão sujeitos de modo algum a processos democráticos, não sofrendo, assim, nenhuma forma de constrangimento em seu poder ou autoridade.

Em suma, são dois os pontos-chaves para termos uma adequada compreensão da guardiania: o primeiro é o pressuposto de que as pessoas normais não possuem qualificações necessárias para governar e o segundo é o de que apenas uma minoria é moralmente competente e possui o conhecimento técnico ou instrumental necessário para governar⁴¹. Por competência moral devemos entender a qualidade de compreender adequadamente os fins, metas e objetivos que um governo deve se esforçar para atingir, além da disposição do indivíduo-guardião de efetivar ou de buscar tais metas. Por conhecimento técnico devemos entender a capacidade dos indivíduos-guardiões em buscar ou conhecer os melhores meios para atingir os fins desejados para efetivar a sua governança. Sendo assim, nenhum dos

⁴⁰ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 82.

⁴¹ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 86-99.

pressupostos se bastaria isoladamente, sendo necessária a junção deles para visualizarmos um bom guardião na prática.

De outro lado, e essa afirmação vem dos críticos da guardiania, as condições de possibilidade impostas à capacidade moral e ao conhecimento técnico de um verdadeiro guardião são quase impossíveis de serem satisfeitas na realidade. O conjunto de verdades morais, filosóficas, históricas e psicológicas necessárias ao guardião é tratado pelos teóricos da guardiania como uma verdade objetivável, típica de um conhecimento científico das ciências da natureza, como acontece com a matemática. Por isso que dizem que esse saber é uma ciência ou uma arte, cujo conhecimento pode ser adquirido pelo estudo e a sua perfeição obtida através de treinamento prático ou teórico. Contudo, tratam também de dizer que somente uma parcela mínima de pessoas pode adquirir esse conhecimento.

Essas constatações soam, assim, paradoxais. Se o conhecimento da arte política está à disposição de qualquer pessoa, todas aquelas que se dedicassem a obtê-lo poderiam ser expertas nessa arte. Contudo, as proposições morais normalmente não recebem o mesmo tratamento dispensado às proposições científicas. Essa discussão adentra no campo da filosofia, onde não há mais, desde a viragem-linguística operada ainda no círculo de Viena⁴², nenhuma crença congruente na possibilidade de chegarmos a juízos morais absolutos ou ontológicos, afastados da história⁴³ ou de alguma forma de consenso ou acordo racional entre os homens⁴⁴. Se um juízo moral fosse objetivável, ele também seria demonstrável para todos os indivíduos, que, desse modo, convencer-se-iam racionalmente e agiriam, ao menos teoricamente, do modo pré-determinado por essa suposta investigação moral com uma característica objetiva.

Porém, os estudos apontam para a não existência de fundamentos últimos em proposições morais. O que não quer dizer que o conhecimento moral esteja totalmente ligado ao subjetivo, ao arbitrário ou ao gosto. Entre o extremo da subjetividade e da objetividade encontramos alternativas que apontam para os efeitos da cultura, da tradição, do convívio

⁴² Sobre as principais teorias a respeito da linguagem no círculo de Viena, com as suas consequências para a filosofia e para o embate entre as ciências da natureza e do espírito, cf. WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, passim.

⁴³ Uma das teses em que a história atua como um vetor para a compreensão humana é proposta por Gadamer. Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, passim, e GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2010, passim.

⁴⁴ Habermas sustenta que o consenso ou o acordo racional obtido entre os homens é causa suficiente para observarmos o compartilhamento de pensamentos de modo intersubjetivo. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, passim, HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, passim. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004, passim.

social e do acordo mútuo no entendimento moral e intersubjetivo do homem. A partir dessas categorias o homem adquire conhecimentos e compreende o mundo de um modo mais ou menos adequado, embora mesmo esse modo seja precário e moldável por fatores externos à própria pessoa.

Trataremos com mais detalhes sobre a crítica à guardiania no próximo item, ao examinarmos os reflexos dos pressupostos da democracia e da guardiania no Judiciário e na decisão jurídica, com o intuito de verificar se o órgão jurisdicional e as suas decisões se encaixam no perfil de um Estado democrático. Por enquanto, convém apenas salientarmos a importância do conceito de guardiania para a ciência política e para a parcela da filosofia que estuda a origem do conhecimento. Importa para a primeira pelo fato de apontar os requisitos imprescindíveis ao homem na busca de um bom governo, construindo as bases e contribuindo com o entendimento, que também é variável, sobre o bem comum ou o interesse coletivo, elevando-os sobre o interesse individual. Importa para a segunda, por sua vez, por debater indiretamente a origem do conhecimento e o caráter da moral, atraindo a referida parcela da filosofia para a política e demonstrando, ainda, a sua imprescindibilidade nos estudos interdisciplinares e a sua natureza particular enquanto ciência do espírito.

3 O JUDICIÁRIO COMO UM QUASE GUARDIÃO? REFLEXÕES SOBRE UMA JURISDIÇÃO ADEQUADA AO REGIME DEMOCRÁTICO

O poder judiciário surgiu historicamente com a dupla função de limitar o poder político emanado pelo legislativo e pelo executivo e de defender os direitos fundamentais positivados nas constituições da modernidade. Por isso que o seu desenvolvimento está intimamente relacionado ao processo de constitucionalização⁴⁵. Com a inclusão de novos direitos nos ordenamentos constitucionais⁴⁶, inclusive de direitos políticos e de organização de prerrogativas dos três poderes estatais, o judiciário adquiriu relevância, aumentando as suas competências e, conseqüentemente, a quantidade de situações ou de matérias que poderia resolver.

⁴⁵ Cf. MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 24.

⁴⁶ Bonavides sugere a seguinte classificação para os direitos positivados nos ordenamentos constitucionais da modernidade: diz ser de primeira geração “aqueles direitos civis e políticos da velha e clássica raiz liberal; os de segunda categoria, os direitos sociais; os de terceira, o direito dos povos ao desenvolvimento e outros correlatos, pertinentes à qualidade de vida dos seres humanos e, por derradeiro, nessa seqüência evolutiva, os de quarta dimensão, ou seja, o direito à democracia, universalizado como o mais alto direito político do gênero humano, fundado, para sua concretização, no pluralismo e na livre informação”. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 316.

E foi através da reformulação e do aumento de direitos e de deveres nas constituições que pudemos observar também um fenômeno até então atípico para o estudo do direito: determinados direitos e deveres, em razão de suas imprecisões semânticas e pragmáticas, foram considerados abstratos e carentes de interpretação. Esses direitos e deveres se referiam, normalmente, a aspectos psicológicos da vida em sociedade, cujo sentido dependia de um contexto situacional não abrangido unicamente pelo texto contido em seus dispositivos. Eles necessitavam, com efeito, de interpretação, tarefa que coube ao judiciário, empurrando, ainda mais, os limites de sua atuação e lhe permitindo decidir sobre matérias que adentravam na competência dos outros dois poderes. É o caso dos direitos à vida, à dignidade da pessoa humana, à honra, entre outros que não possuem uma significação única e permanecem como objetos de investigações que tentam dotá-los de sentido.

Como vimos, o aumento do poder do judiciário ocorreu de modo paralelo a dois fatos históricos ímpares para o problema da interpretação jurídica: o processo de constitucionalização, com a hierarquização e a prevalência de normas constitucionais em nível superior ao de infraconstitucionais, e a descoberta, na filosofia, da vagueza e ambiguidade linguísticas.

O problema da interpretação jurídica é um desdobramento das pesquisas realizadas na área da linguística, pertencendo à filosofia. As considerações mais adequadas a esse respeito, de como precisar o sentido de uma palavra ou de uma oração, jurídica ou extrajudicialmente, apontam para uma série de alternativas, embora todas demonstrem a característica variável de frases ou de expressões com certo grau de abstração e como a sua significação se dá com base em situações concretas ou na cultura ou no consenso. Como já referido, sobre tais alternativas não trataremos nesse estudo.

A hierarquização de normas, por sua vez, trouxe outro problema à tona: o da legitimidade do judiciário. A constituição, como uma norma superior, passou a ditar diretrizes de atuação dos três poderes, de modo mais ou menos determinado. Entre essas diretrizes, fez constar as prerrogativas e o rol de competências atinentes a cada um deles. Contudo, as particularidades de determinados casos – aliada à imprecisão linguística das disposições legais, infraconstitucionais ou constitucionais – criou uma zona gris de legitimidade entre os poderes. Interessante notar como há uma curiosa interrelação entre a imprecisão da língua e o direito. Assuntos que comumente eram legislados ou decididos pelo executivo, por estarem atrelados à prática política, adentraram no judiciário, que resguardado sob a prerrogativa de não se eximir de sentenciar, passou a decidir e a normatizar diversos tipos de condutas.

Já que citamos a noção de legitimidade, convém esclarecermos três pontos: em primeiro lugar, que tal noção, considerada de modo tradicional, diz respeito somente à autorização legal, e, no caso dos processos de constitucionalização, constitucional, para determinado ente exercer as funções para as quais é considerado competente. Porém, essa discussão é ultrapassada, pois a constituição, efetivamente reconhecida como uma norma superior que elenca taxativamente as competências dos três poderes não apresenta controvérsias sobre a legitimidade do judiciário em exercer uma justiça convencional ou de controle constitucional, a fim de evitar qualquer tipo de antinomias ou de ameaças aos direitos fundamentais atinentes ao regime democrático – no caso de uma democracia constitucional.

Em segundo lugar, que essa noção assume hoje uma feição claramente linguística, especialmente semântica e pragmática. Os esforços teóricos se concentram na busca de explicações para o que é prioritariamente tarefa legislativa ou executiva, ou então, o que pode ou que deve ser objeto de decisões judiciais. As dicotomias entre questões de princípio e questões de política, ou entre questões sensíveis à escolha e questões insensíveis à escolha, elaboradas por Dworkin, são exemplos esforço teórico. O que não quer dizer, também, que essas teorias não apresentam aspectos teóricos pertencentes à filosofia política.

Acerca da teoria de Dworkin, Brito comenta que as "matérias sensíveis à escolha são aquelas cuja solução depende essencialmente da distribuição de preferências entre o povo"⁴⁷, relacionando-se, por exemplo, à escolha de onde devem ser gastos os fundos públicos, se em educação ou em saúde. Às matérias que possuam essa familiaridade cabe a atuação do executivo e do legislativo, por representarem o povo na continuidade de suas manifestações volitivas decorrentes do princípio da maioria, casos em que não deveria ocorrer a intervenção do judiciário. Ao contrário, as matérias insensíveis à escolha são aquelas onde não há relevância na vontade da maioria, em razão da repercussão gerada pelo assunto e da necessidade de qualificação técnica e de imparcialidade para tratá-las. Podemos citar como exemplos a discussão sobre a pena de morte ou os casos a respeito da discriminação de eventuais minorias. Nesses casos, o judiciário seria o ente com as atribuições técnicas para agir, sobretudo pelo fato de "decidir o que é correto e não o que é popular"⁴⁸. Como podemos perceber, permeando essa ideia está subentendida a questão democrática, representada pela referência expressa ao princípio da maioria, e em determinado sentido, pressupostos da guardiania.

⁴⁷ BRITO, José de Souza e. *Jurisdição constitucional e princípio democrático*. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 40.

⁴⁸ FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 91.

Em terceiro lugar, que, embora a justiça constitucional seja mais evidente ao falarmos de legitimidade e compreenda a parcela esmagadora de decisões polêmicas⁴⁹, a justiça convencional também sofre com decisões judiciais inadequadas ou que eventualmente inovam no ordenamento jurídico. Por essas razões, o nosso estudo se volta igualmente para as questões de vulto menor, incidindo suas ideias tanto para a justiça constitucional quanto para a convencional.

Sendo assim, e de posse das concepções de democracia e de guardiania, parece-nos interessante transformar a pergunta que normalmente é feita quando há referência à interpretação jurídica, retirando-a do enfoque filosófico e a inserindo no espectro político proposto: ao invés de perguntarmos quais são os direitos ou os interesses que devem ser protegidos ou criados por cada poder estatal, devemos questionar se, quando os direitos e os interesses democráticos não podem ser adequadamente protegidos ou criados por meios compatíveis com o processo democrático, é uma alternativa viável garantir tal proteção por autoridades não sujeitas ao processo e ao controle democráticos.

Essa modificação é necessária em função do seguinte raciocínio: o judiciário prolata, ou deveria prolar, as suas decisões dentro de um contexto democrático, subordinando-se às leis infraconstitucionais e constitucionais, que contém as premissas e os processos democráticos de um Estado. Porém, não é democraticamente controlado, pois possui a autoridade final sobre questões substantivas e procedimentais, mesmo que elas não possam ser apontadas com a devida clareza. E ao contrário do legislativo e do executivo, cujos membros são eleitos por um processo de escolha atento ao princípio da maioria, contando indiretamente com a participação do povo para legislar, os membros do poder judiciário não são submetidos a um processo democrático de escolha pautado por esse mesmo princípio e tampouco ao da igualdade forte ou ao da compreensão esclarecida.

A natureza definitiva de uma decisão judicial – e por isso os problemas da interpretação jurídica e dos limites entre os poderes são mais marcantes perante a justiça constitucional e envolve as cortes supremas – deriva de sua autoridade para declarar a incompatibilidade ou a inconstitucionalidade da legislação sancionada pelo legislativo ou dos atos exarados pelo executivo e, ainda, do poder de criar normas de conduta temporárias. Dahl cita⁵⁰ a Suprema Corte dos Estados Unidos como um exemplo excelente desse controle e o classifica como um quase guardião, pela sua eficiência como instrumento para imposição de decisões coletivas e pela sua autoridade para declarar a ilegalidade ou a nulidade de leis.

⁴⁹ Remetemos o leitor às notas de rodapé de nº 52-56.

⁵⁰ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 298.

Refere, ainda, que a maioria dos juristas americanos toma como ponto pacífico o fato de que um judiciário vigilante, com a capacidade para derrubar políticas nacionais realizadas pelo legislativo e executivo, e com a disposição para fazer isso, é essencial para a preservação de direitos fundamentais e do regime democrático⁵¹.

Assim, analisando a atuação do judiciário brasileiro nos últimos anos – e considerando inicialmente como um quase guardião o órgão ou entidade que não esteja submetido ao processo democrático, mas esteja inserido dentro de uma democracia, com capacidade para dispor regras de conduta, mesmo sobre eventuais políticas nacionais – podemos enquadrá-lo como um quase guardião. O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo⁵², a não revisão da lei de anistia⁵³, a edição de súmula para normatizar o uso de algemas em presos⁵⁴ e a autorização de pesquisas com células tronco⁵⁵, são exemplos que demonstram como as decisões da justiça brasileira inovaram no cenário nacional, ao normatizar condutas que seriam passíveis de análise e de resolução pelos outros dois poderes. Serve-nos como exemplo, ainda, entre outras ações que estão em curso perante o Supremo Tribunal Federal, a ação relacionada à constitucionalidade das terras dos índios quilombolas⁵⁶.

Em todos esses casos é possível perceber algumas particularidades sobre a atuação de um quase guardião em seu relacionamento com os pressupostos do regime democrático ou de uma poliarquia. Parece haver uma razão entre a autoridade exercida pelo quase guardião e a exercida pelo povo e por seus representantes eleitos: quanto mais amplo e abstrato é o direito ou o interesse sujeito a uma decisão final pelo quase guardião – judiciário – menor é o poder de controle sobre esse direito ou interesse advindo do processo democrático. Embora comumente se atribua à ideia de atuação judicial apenas uma restrição negativa à desobediência legal, o judiciário – o brasileiro ou o americano – através de suas cortes supremas estabelece políticas positivas, impondo as medidas que julgar necessárias para concretizar os direitos fundamentais e alcançar o que consideram ser o interesse público. Por

⁵¹ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 299.

⁵² Cf. os acórdãos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Perceito Fundamental nº 132, que tramitaram perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro e foram julgadas em maio de 2011.

⁵³ Cf. o acórdão da Arguição de Descumprimento de Perceito Fundamental nº 153, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro e foi julgada em abril de 2010.

⁵⁴ Cf. a decisão no Habeas Corpus nº 91.952, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro e foi julgado em agosto de 2008.

⁵⁵ Cf. o acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro e foi julgada em maio de 2008.

⁵⁶ Cf. a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239, em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro.

isso que Dahl afirma que “quanto mais amplo o escopo dos direitos e interesses que os quase guardiães estão autorizados a proteger, mais eles devem assumir a função de criar legislação e cursos de ação política”⁵⁷.

Contudo, essa solução e essa forma de atuação encontram alguns óbices. Nos sistemas federalistas a tendência é existir uma corte superior com a autoridade para derrubar apenas as leis de unidades federativas inferiores que violem a constituição. Além disso, se compararmos a quantidade de regimes federalistas democráticos com a de regimes de caráter unitário, constataremos que aqueles são poucos em relação a estes, e, entre eles, são poucos os que permitem um controle irrestrito, inclusive sobre as políticas nacionais⁵⁸. Por isso que para demonstrar a imprescindibilidade de um judiciário com um poder de veto até mesmo sobre leis aprovadas pelo poder legislativo nacional é necessário provar que os países democráticos que possuem cortes superiores que não detêm controle de constitucionalidade não são realmente países democráticos ou, então, que não são tão democráticos quanto àqueles que possuem o controle judicial.

É evidente não ser possível provar nenhuma dessas duas hipóteses, em face da própria natureza do regime democrático e da sua interrelação com um contexto socioeconômico determinado. Além disso, também não há como provar que os direitos e interesses fundamentais são mais bem protegidos nas poliarquias com uma quase guardiania do que em uma poliarquia sem um judiciário quase guardião. Naturalmente que em um país sem quase guardiões o povo precisaria exercer um grau maior de controle sobre as decisões políticas ou sobre a própria agenda, contando, também, com processos democráticos mais eficazes, em relação àqueles países com um judiciário quase guardião, para garantir a observância dos direitos fundamentais que julgue invioláveis.

Outro óbice curioso para um judiciário quase guardião, ainda, está no fato de que as cortes supremas normalmente se tornam parte da coalizão política que obtém a maioria nas eleições nacionais, prejudicando, com isso, o ideal de atuação de um órgão que deveria permanecer alheio a influências externas. Ademais, na ocorrência de nomeação de juristas pelos outros poderes, para integrar certo cargo de relevância dentro do judiciário, aqueles reconhecidamente opostos ao perfil político da maioria tendem a não ser nomeados. Desse

⁵⁷ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 300.

⁵⁸ São exemplos de sistemas federalistas com controle judicial de constitucionalidade, inclusive sobre políticas nacionais, a Austrália, a Áustria, o Brasil, o Canadá, a Alemanha e os Estados Unidos. A Suíça é um exemplo de sistema unitário com controle superior apenas sobre a legislação cantonal – regional – apenas. São casos de sistemas federalistas que não contam com um controle de constitucionalidade a Bélgica, a Nova Zelândia, o Reino Unido, a Finlândia e a Holanda. Quanto aos sistemas unitários, algumas disposições de controle judicial de constitucionalidade existem na Dinamarca, França, Islândia, Irlanda, Itália, Japão e Noruega. Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 571.

modo, uma interpretação jurídica para questões de relevância pública não destoaria das diretrizes do governo eleito democraticamente e, teoricamente, estaria também sobre o controle da maioria, não se enquadrando dentro do conceito da quase guardiania. Nesses casos, pelo fato de a quase guardiania restar, em menor ou maior grau, subsumida nos processos democráticos estatais, deixaria de ser classificada assim classificada.

Por isso, tomando os pressupostos da guardiania, temos que argumentar que os quase guardiões deveriam se encontrar isolados da opinião pública predominante, conseguindo mobilizar os recursos e o conhecimento necessários para impor os seus pontos de vista, apesar da oposição de eventuais maiorias políticas ou populares. Contudo, esse isolamento parece improvável e é também questionável. Improvável por ser mais factível pressupor que um judiciário quase guardião se mantenha, em última análise, na retaguarda, adiando ações políticas até o eventual domínio de uma maioria. Nesse caso, haveria mesmo a necessidade de um judiciário quase guardião? Sua tarefa de controle não estaria ameaçada? Ou, ainda, se a função fosse apenas de evitar uma mudança na política nacional, não existiriam meios mais viáveis e menos arbitrários para fazê-lo? E esse isolamento seria questionável pelo fato de não podermos precisar adequadamente quais são os conteúdos que podem ser decididos por um quase guardião dentro de um contexto democrático.

Contudo, diante disso, parece-nos viável apresentar a alternativa sugerida por Dahl para tornar a quase guardiania uma solução atrativa e até mesmo compatível com o regime democrático. Será necessário considerar mais uma vez a distinção entre os interesses ou direitos intrínsecos ao processo democrático, os outros extrínsecos a ele, porém necessários, e os não necessários, mas viáveis para a consecução do princípio da igualdade intrínseca e igual consideração de interesses⁵⁹. Dahl salienta que como os critérios do regime democrático não especificam como devem ser conduzidos os processos democráticos ou o que deve ser decidido a partir deles, a competência de veto ou de criação de critérios pela via jurídica não seria algo incompatível com a democracia. Uma corte com autoridade para declarar leis inconstitucionais deveria observar fielmente os direitos ou os interesses intrínsecos ao processo democrático, agindo com uma ampla liberdade e com fervor para preservá-los.

Conforme fossem se distanciando desses direitos e adentrando na segunda ou na terceira categorias, o papel dos quase guardiões deveria ser reduzido. No caso da segunda categoria, de direitos ou de interesses externos ao processo democrático, mas necessários a ele, o veto ou a criação de normas não constituiria, aparentemente, uma violação ao processo

⁵⁹ Cf. DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, op. cit., p. 303.

ou ao regime democrático. Os direitos e os interesses englobados nessa categoria seriam essenciais à democracia, e, portanto, estariam sob a proteção de um judiciário quase guardião. Contudo, ao adentrar na terceira categoria, o quase guardião deveria se manter silente. Uma vez que os direitos e os interesses necessários ao processo e ao regime democrático já estão sob a proteção do quase guardião e dizem respeito às duas categorias anteriores, as questões substantivas decididas além delas reduziria o escopo do processo democrático, atribuindo uma margem de atuação desmedida ao judiciário.

Apesar de interessante, essa sugestão também nos remete à imprescindibilidade do ato de interpretar. Descobrir quais são os direitos e os interesses de cada categoria dependerá de uma análise semântica e, sobretudo, pragmática. Mas, caso aceitássemos a tipologia de direitos e de interesses proposta por Dahl como premissa válida, independentemente da necessidade de interpretação, estaríamos aceitando também como plausível a ideia de um judiciário quase guardião, com uma ampla liberdade para decidir determinadas questões e com pouca liberdade para outras, de acordo com a classificação de bens.

Mas, para demonstrarmos a dificuldade de proceder a uma classificação desse feito, e nos reportando mais uma vez à atuação da justiça brasileira, convém perguntarmos, a título exemplificativo, como seria enquadrado o direito à união estável homoafetiva dentro dessas categorias. O argumento jurídico de que “o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica”⁶⁰ é suficiente para permitir que o judiciário estenda o direito à união estável às pessoas de um mesmo sexo? Trata-se de um direito inerente ao processo democrático ou, ainda, externo a ele, mas necessário? Parece-nos, nesse caso, que a “desigualação jurídica” advinda da proibição da união estável não impacta negativamente no princípio da igual consideração de interesses ou na igualdade de votos, não estando, desse modo, dentro das duas primeiras categorias de direitos e interesses. Sendo assim, o judiciário brasileiro, mesmo pautando-se sobre a dignidade da pessoa humana, pronunciou-se a respeito de um tema que deveria, preponderantemente, ser alvo de uma discussão política no âmbito do legislativo, por ser um direito que pertence claramente ao terceiro grupo de direitos e interesses.

Embora essa decisão em particular nos soe substancialmente adequada e atenta aos ditames democráticos, é preciso questionar também o que aconteceria na hipótese de ser proferida uma decisão que viole direitos ou interesses fundamentais, restringido a liberdade individual ou coletiva, ou ainda, aumentando o poder de determinado ente ou do próprio

⁶⁰ Cf. a ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro.

governo. Se optássemos por uma quase guardiania judicial, adotando os pressupostos acima, seria errado limitar o processo democrático somente porque ele pode ser, ou de fato é, empregado para prejudicar direitos ou interesses fundamentais. Do mesmo modo, não seria correto exigir uma previsibilidade de interpretações do judiciário quase guardião, pois mesmo dentro dos limites constitucionais poderia haver um entendimento que eventualmente não agrade a maioria. Nesse caso, o quase guardião estaria resguardado pela premissa de deter um conhecimento esclarecido e a competência para decidir de acordo com ele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partimos o nosso estudo da constatação provisória de que o problema da interpretação jurídica adequada, que é debatido atualmente através de bases teóricas lançadas pela filosofia da linguagem, apresenta concausas que ditam em menor ou maior grau a sua condição. Apontamos, dentre elas, a imprecisão da noção de democracia como um fator de permanência desse problema, pelo fato de juristas utilizarem em suas interpretações princípios que consideram democráticos para as validarem, embora não atribuam um significado único para o termo democracia ou não especifiquem quais são os seus pressupostos.

Consideramos, assim, que caso adotássemos um significado contemporâneo de democracia, poderíamos discutir se as decisões observadas na atualidade seguem realmente os pressupostos de um regime democrático real e se contribuem para a compreensão da interpretação jurídica adequada. Sugerimos como parâmetro teórico a noção de democracia proposta por Dahl. Para aprofundar a discussão, propomos considerar também a guardiania, uma solução política oposta à democracia e aos seus princípios, como um elemento de comparação, em razão de semelhanças que julgamos existirem entre a atuação de um guardião e de um magistrado. Desse modo, através de uma reflexão que ponderou tanto os aspectos da democracia, da guardiania e das competências atribuídas aos três poderes, procuramos responder quais são os critérios que determinam a correção de uma decisão jurídica em âmbito político.

Dissemos, resumidamente, quanto à democracia, como é enganoso pensar o seu conceito a partir de um modelo idealizado, demonstrando que um regime democrático real inevitavelmente possuirá imperfeições teóricas e práticas em comparação a ele. Nesse sentido, salientamos ser improvável medir o grau de perfeição de uma democracia real, em função de seus fatores constitutivos, embora termos apontado para pressupostos gerais que nos permitam distinguir um governo democrático de outro não democrático.

Antes de apontarmos os pressupostos gerais de uma democracia real, referimos como a classificação de direitos ou de interesses de Dahl – intrínsecos ao regime democrático, ou extrínsecos, mas necessários a ele, ou, também, dispensáveis, mas que contribuem para a sua concretização – influência na compreensão das matérias que possuem prioridade na arte política e, ainda, que essa compreensão ocorre através do princípio da compreensão esclarecida, dependendo claramente de um ato interpretativo.

Após, elencamos os quatro critérios essenciais de uma democracia para o autor, que, embora representem as bases de um regime democrático real, estão longe de esgotar as suas condições de possibilidade, em termos de instituições e de processos democráticos. Por isso que, socorrendo-nos de Dahl, propomos, ainda, pensar uma democracia real enquanto uma poliarquia, passando à análise das instituições observadas nesse tipo de governo, para o aproximarmos do significado que buscamos para o termo democracia.

Com esses pressupostos em mente, conceituamos a guardiania. Através da inversão do pressuposto democrático de que todos os indivíduos adultos, com capacidade política, são qualificados para governar, para o de que o governo deve ser confiado a uma minoria de pessoas especialmente qualificadas para governar em razão de seu conhecimento e de sua virtude superiores, sustentamos que a noção de hierarquia está na base dessa forma de governo. Chamamos a atenção, em suma, para o principal aspecto da guardiania, o da substituição do autogoverno, e, portanto, do ideal distintivo de uma democracia, para uma alternativa de controle social heterônomo.

Além disso, demonstramos, assim como fizemos anteriormente com a noção de democracia, que os modelos ideais da guardiania não detêm correspondências fiéis com a realidade ou com os acontecimentos históricos. Mas referimos que o principal indício prático da guardiania reside no pressuposto de que as pessoas normais não são aptas a governar, por não possuírem a competência moral e o conhecimento técnico ou instrumental necessários. Ao falarmos sobre a competência moral, tecemos as críticas comumente feitas à guardiania: de que é impossível satisfazer na prática o requisito moral ou intelectual exigido para se ocupar o cargo de guardião. Ainda, que a ilusão de existir um ser dotado de virtudes superiores recai em um paradoxo, pois se o conhecimento da arte política está à disposição de qualquer pessoa, todos que se dedicassem a essa arte poderiam ser expertos e, portanto, virtuosos, o que faz desmoronar a tese de que somente alguns devem governar muitos.

De posse dessas duas concepções – de democracia e de guardiania – passamos ao debate sobre a interpretação jurídica e o perfil do judiciário contemporâneo. A questão principal se referiu aos limites do poder decisório e normativo atribuído ao judiciário e como

compatibilizá-los com as competências do legislativo e do executivo. Como preferimos não enfrentar os problemas típicos da filosofia da linguagem, a nossa análise se restringiu, naturalmente, à legitimidade, entendida como a competência para se manifestar diante de determinado caso ou matéria, sem ocasionar um conflito perante outro órgão com igual capacidade. Embora nossa análise tenha retratado casos da justiça constitucional brasileira e citado a Suprema Corte dos Estados Unidos, procuramos deixar claro que a reflexão serviria para casos da justiça convencional – mesmo que esses casos fossem posteriormente analisados em instâncias superiores.

Sendo assim, ao invés de perguntarmos quais são os direitos ou interesses que devem ser protegidos ou criados por cada poder estatal – problema atrelado à filosofia da linguagem – questionamos se, quando os direitos e os interesses democráticos não podem ser adequadamente protegidos ou criados por meios compatíveis com o processo democrático, é uma alternativa viável garantir essa proteção por autoridades não sujeitas ao processo ou ao controle democráticos.

Essa questão suscitou a seguinte linha de raciocínio: o judiciário prolata – ou deveria prolar – suas decisões dentro de um contexto democrático, subordinando-se às leis infraconstitucionais e constitucionais, que contém as premissas e os processos democráticos de um Estado. Porém, não é democraticamente controlado, pois possui a autoridade final sobre questões substantivas e procedimentais, embora elas não possam ser apontadas com clareza sem a devida interpretação. E ao contrário do legislativo e do executivo, cujos membros são eleitos por um processo de escolha atrelado ao princípio da maioria, contando indiretamente com a participação do povo para legiferar, os membros do judiciário não são submetidos a um processo democrático de escolha pautado por esse princípio, e tampouco ao da igualdade forte ou ao da compreensão esclarecida.

Essa autoridade judicial nos permitiu asseverar que o judiciário detém o título de quase guardião. Não podemos considerá-lo um guardião por estarem ausentes alguns requisitos da guardiania e pela presença de outros relacionados ao próprio processo democrático, e, sobretudo, pela sua inserção e subordinação a uma democracia real ou ao documento constitucional. Contudo, o controle final sobre os atos dos outros dois poderes e a possibilidade de impor determinados direitos, como observamos com os casos citados da justiça brasileira, é indício suficiente de que o judiciário possui dada autonomia que não é restrita pelos processos democráticos.

Mas essa autonomia foi questionada. Um poder decisório ilimitado provavelmente geraria uma série de decisões não democráticas. Nesses casos, seria propício permitir ao

judiciário quase guardião um poder decisório e de criação de normas de conduta? Parece-nos que um povo que permita ou consinta com a atribuição de um poder amplo para o judiciário deve estar ciente de que certas decisões poderão ser antidemocráticas perante uma maioria eventual, mas democráticas segundo o entendimento do quase guardião ou, então, da minoria cujo entendimento dos quase guardiões é respaldado. Se for justamente a vantagem intelectual e moral que distingue o guardião do cidadão comum, não é possível restringir o poder decisório dele somente quando uma decisão não soar perante determinado grupo como a mais adequada.

O inverso também é válido, pois um povo que restrinja a liberdade de atuação do quase guardião deve ser mais ativo politicamente para resguardar seus direitos ou, então, contar com instrumentos mais eficazes para o controle dos atos da vida política. Mas independentemente disso, ainda devemos considerar que não há como prever as matérias ou os casos que podem ou não podem ser decididos definitivamente pelo judiciário, ou que devem ser objeto de diligências pelos outros dois poderes. A discussão, até esse ponto, deve se restringir a viabilidade de permitir ao judiciário o exercício de um poder de quase guardiania, ou, ao contrário, de retirá-lo desse poder. Caso questionemos diretamente esse limite, estaremos implicitamente admitindo essa forma de controle, e, portanto, passando a discutir somente o caráter da matéria que estará sendo discutida. Essa é a linha tênue que distingue a discussão relacionada à interpretação jurídica daquela referente à própria atividade judicial.

Contudo, e com a intenção de tornar a quase guardiania judicial uma solução atrativa, Dahl propõe a alternativa, ainda no âmbito de uma teoria política, de que a autonomia do judiciário para decidir determinadas questões dependerá sempre do tipo de bem ou de interesse tutelado, observando-se sempre a sua classificação. Assim, aqueles direitos ou deveres que foram imprescindíveis à manutenção do regime democrático devem ser sempre preservados, mesmo sob uma atuação proativa do judiciário. Porém, na medida em que esses direitos e deveres se afastarem da esfera do essencial, a atuação do judiciário deverá se restringir, por se tratar de questões que não interferirão no regime democrático e cuja resolução dependerá da vontade e do interesse de uma maioria e não de um quase guardião.

De qualquer modo, é preciso reconhecer que o problema da interpretação jurídica apresenta duas fases distintas e bem delineadas. Devemos questionar, em um primeiro plano, se é viável um judiciário que goze de certa autonomia. Caso respondamos positivamente, passaremos a enfrentar um típico problema de interpretação, para determinarmos quais são as matérias essenciais e quais não são essenciais – se optarmos pela classificação de Dahl. Além

disso, não será conveniente reconsiderarmos essa autonomia em decorrência de uma interpretação específica, ou, ainda, de uma inclusão de direitos em uma ou outra tipologia, pois com a atribuição dessa competência passamos a correr o risco de não satisfazer determinadas maiorias – ou minorias.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Política*. Madrid: Gredos, 1988.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRITO, José de Souza e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CHEVALLIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

_____. *Verdade e método II: complementos e índice*. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Verdade e justificação*. Ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito, volume 1: das origens à escola histórica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Sistema e estrutura no direito, volume 2: o século XX*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martinez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

PLATÃO. *A república*. São Paulo: EDIPRO, 1994.

_____. *Diálogos*. Madrid: Gredos, 1992.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Para além da liberdade e da dignidade*. Lisboa: Edições, 1974

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.