XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA DO ESTADO I

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

JOSEMAR SIDINEI SOARES

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T314

Teorias da democracia, direitos politicos, movimentos sociais e filosofia do estado I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Filomeno de Moraes Filho; Josemar Sidinei Soares; Lucas Catib De laurentiis.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-604-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da democracia e direitos políticos. 3. Movimentos sociais e filosofia do estado. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA DO ESTADO I

Apresentação

Apresentação

Os artigos aqui reunidos foram submetidos ao Grupo de Trabalho “Teorias da Democracia, Direitos Políticos, Movimentos Sociais e Filosofia do Estado I”, no XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI.

A presente publicação, assim, é resultado da prévia seleção de artigos e do vigoroso debate do referido grupo, no dia 8 de dezembro de 2022, tendo atuado como coordenadores os professores-doutores FILOMENO MORAES (UECE – aposentado), JOSEMAR SIDINEI SOARES (UNIVALI) e LUCAS CATIB DE LAURENTIS (PUC-Campinas). O evento teve como parceira institucional a Universidade do Vale do Itajaí e realizou-se do dia 7 a 10 dezembro do corrente ano, no campus da UNIVALI de Balneário Camboriú-Santa Catarina.

Os estudos abordam uma ampla gama de temas que, por sua vez, estão relacionados, centralmente, ao debate contemporâneo acerca da teoria democrática e suas implicações políticas e institucionais. Deste modo, foram apresentados e debatidos artigos, representativos de diversos programas de pós-graduação, mantidos por instituições de ensino superior distribuídas por todo o Brasil. O que, por sua vez, indica a larga abrangência e atualidade dos problemas examinados.

Assim, na qualidade de Coordenadores do Grupo de Trabalho, após a ampla discussão e rico debate, cabe-nos recomendar a atenta leitura dos textos aqui reunidos, dada a importância que cada um representa na pesquisa dos assuntos investigados.

PROF. DR. FILOMENO MORAES

(UECE – aposentado)

JOSEMAR SIDINEI SOARES

(UNIVALI)

LUCAS CATIB DE LAURENTIS

(PUC-Campinas)

DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO A TEORIA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

DEMOCRACY AND FUNDAMENTAL RIGHTS ACCORDING TO LUIGI FERRAJOLI'S LEGAL GARANTISM THEORY

Giovanna Beatriz Bortoto [1]

Resumo

O presente artigo tem como objetivo o estudo da democracia e dos direitos fundamentais a partir da teoria garantista desenvolvida por Luigi Ferrajoli. Para tanto, serão relacionados os direitos fundamentais com a ideia de democracia, analisando-se o seu regime jurídico e o papel da jurisdição na proteção e promoção dos direitos fundamentais à luz da garantismo. A referida teoria possui relevante arcabouço teórico que dá substrato à realização dos direitos fundamentais. Justifica-se o estudo pela necessidade de refletir uma teoria do direito capaz de resguardar formas de sustentação dos direitos fundamentais em face das mudanças socioeconômicas ocorridas nas últimas décadas. Adotou-se o método dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica. Concluiu-se que a teoria garantista de Ferrajoli é adequada a dar respaldo teórico aos direitos fundamentais em um ordenamento jurídico democrático, especialmente com o papel conferido ao Poder Judiciário na proteção dos referidos direitos, a partir da compreensão do constitucionalismo garantista.

Palavras-chave: Democracia, Direitos fundamentais, Garantismo, Jurisdição

Abstract/Resumen/Résumé

The present article has as it's object the democracy and the fundamental rights study starting from the Luigi Ferrajoli's legal garantism theory. Fundamental rights will be related with the idea of democracy as we analyse it's legal regime and the jurisdiction role in protection and promotion of fundamental rights under garantism. The theory has significant theoretical structure wich gives foundation to the realization of fundamental rights. The study justify itself by the need to reflect a legal theory capable of protecting sustention forms of fundamental rights towards the socioeconomic changes of the past decades. From bibliographic research the deductive method was chosen. It's conclude that Ferrajoli's legal garantism theory is the appropriate to give theoretical support to the fundamental rights in a democratic legal system especially with the role assigned by the Judiciary to protect theese rights from garantistic constitucionalism comprehension.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy, Fundamental rights, Garantism, Jurisdiction

[1] Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Ematra IX. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo os direitos fundamentais no âmbito do Estado de Direito atual, a partir da teoria do garantismo desenvolvida pelo Luigi Ferrajoli. Para tanto, o artigo é dividido em três capítulos, se iniciando pela revisão do conteúdo e das classificações que o Autor possui acerca da democracia e sua relação com os direitos fundamentais, especialmente no que se denomina democracia substancial no constitucionalismo garantista.

Após, no segundo capítulo, é realizada a distinção de três concepções dos direitos fundamentais, nos planos da teoria do direito, do direito positivo e da filosofia política, bem como os diferentes regimes jurídicos dos referidos direitos que são adotados nas Constituições rígidas promulgadas após o término da Segunda Guerra Mundial, em especial a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

Por fim, é realizada uma explanação sobre a crítica realizada por Ferrajoli sobre a contraposição entre princípios e regras a fim de compreender qual o papel exercido pela jurisdição, em especial a jurisdição constitucional, no âmbito da teoria do garantismo desenvolvida por Ferrajoli e do modelo de constitucionalismo por ele proposto.

Considerando os direitos fundamentais como uma conquista histórica, justifica-se o presente estudo pela necessidade de se investigar seus fundamentos teóricos e o modo em que podem (e devem) ser protegidos e promovidos, a fim de evitar o esvaziamento prático de seu conteúdo em um contexto social como o da atualidade, no qual ganha força uma retórica conservadora e liberal de flexibilização e relativização de direitos.

O estudo objetiva, portanto, a partir da pesquisa bibliográfica e utilizando-se do método dedutivo, analisar aspectos relevantes da teoria garantista a partir da compreensão das ideias de democracia e direitos fundamentais.

1. GARANTISMO E DEMOCRACIA: UMA RELAÇÃO INTRÍNSECA

Luigi Ferrajoli traz em sua obra duas dimensões para o conceito de democracia: a formal e a substancial. A dimensão formal (ou procedimental) é aquela dominante no que tange a compreensão de democracia. Trata-se de "um método de formação de decisões coletivas, ou um conjunto das regras que atribuem ao povo (ou seja, à maioria) o poder de – diretamente ou através de representantes – assumir decisões" (NEVES, 2012, p. 111).

Assim, a democracia no aspecto formal é o que fundamenta a elaboração de procedimentos capazes de garantir a vontade do povo. Fundamenta-se em quem toma as decisões e de que forma estas são tomadas, pouco importando o conteúdo destas. Logo, uma decisão tomada por uma maioria formal que optasse por suprimir direitos de uma minoria seria, por esta concepção, uma decisão democrática (NEVES, 2012, p. 111).

Trata-se de uma dimensão necessária à democracia, a qual não pode ser descartada. Sem a dimensão formal, não há como se falar em democracia, porém, por si só, esta não é capaz de reconhecer todas as características de um sistema político identificado como democrático. Assim ocorre, pois, a dimensão formal apresenta duas dificuldades: "a primeira é gerada pela incapacidade de tal concepção de dar conta das atuais democracias constitucionais, enquanto a segunda se refere à própria sobrevivência da democracia política" (NEVES, 2012, p. 112).

Tanto no plano empírico quando no plano teórico, a dimensão procedimental de democracia faz com que a ausência de limites materiais ou substanciais, isto é, aqueles relacionados ao conteúdo das decisões tomadas a partir de um procedimento legítimo, possa acarretar uma situação de ausência de democracia, já que é possível que os procedimentos democráticos, tomados pela maioria, acabem por eliminar seus próprios métodos democráticos (NEVES, 2012, p. 112). A democracia formal, portanto, se aplicada sem limites de conteúdo, pode se tornar autofágica.

Se faz necessária, portanto, a compreensão de uma dimensão substancial de democracia, de modo que:

> Essas contradições lógicas são apontadas para embasar a afirmação de que são necessários traços substanciais para toda definição teórica de democracia dotada de adequada capacidade explicativa. A democracia constitucional é, portanto, um paradigma complexo que adiciona à dimensão formal uma dimensão substancial da democracia, referente ao conteúdo ou à substância das decisões: aquilo que a qualquer maioria está, por um lado, proibido e, por outro, lhe é obrigatório decidir (NEVES, 2012, p. 112).

Neste aspecto, há a inclusão dos direitos fundamentais, tanto os que geram expectativas positivas quanto os que geram expectativas negativas (direitos sociais e individuais, respectivamente), na qualidade de normas substanciais as quais devem ser observadas na elaboração de outras normas, disciplinando seu conteúdo substancial e condicionando a validade das normas (NEVES, 2012, p. 112). Pode-se afirmar, portanto, que:

> [...] Ferrajoli acrescenta um novo elemento ao conceito de validade. Para ele, uma norma será válida não apenas pelo seu enquadramento formal às normas

> do ordenamento jurídico que lhe são anteriores e configuram um pressuposto para a sua verificação. A tal procedimento de validade, eminentemente formalista, acrescenta um dado que constitui exatamente o elemento substancial do universo jurídico. Nesse sentido, a validade traz em si também elementos de conteúdo, materiais, como fundamento da norma. Esses elementos seriam os direitos fundamentais (MAIA, 2000, p. 43).

Difere-se, portanto, do juspositivismo normativista de Hans Kelsen, segundo o qual "a validade de uma norma está em uma outra norma, que lhe é anterior no tempo e superior hierarquicamente, que traçaria as diretrizes formais para que tal norma seja válida", de modo que a validade existe a partir de um mecanismo de derivação entre as normas, na qual o procedimento formal de elaboração destas são os únicos elementos dentro do conceito de validade (MAIA, 2000, p. 43).

Ferrajoli diferencia, ainda, duas concepções de democracia considerando o procedimento de reforma da Constituição: a democracia majoritária (também chamada de plebiscitária) e a democracia constitucional. Enquanto a primeira privilegia tão somente a soberania popular, isto é, confere poder à maioria, enquanto a segunda se configura em um "pacto de convivência baseado na igualdade de direitos, no Estado Social – mais que liberal – de Direito, garantido pelas Constituições, contendo obrigações para os legisladores, de cuja observância depende a sua legitimação" (NEVES, 2012, p. 113).

Ferrajoli (2005, p. 90), sobre o consenso popular na democracia, afirma que:

> *Después de la derrota del nazismo y del fascismo, que fue el acontecimento de la época, se descubrió que el consenso popular del que habían gozado hasta los sistemas autoritarios no garantizaba en lo absoluto la calidad de la democracia contra la degeneración del poder político. Se redescubre entonces el valor de la Constitución como conjunto de metareglas impuestas a los titulares de los poderes públicos, aun que sean de mayoría, obligados por la misma a la recíproca separación y al respeto de los derechos fundamentales de todos, según la noción de "Constitución" formulada hace dos siglos por el artículo 16 de la Declaración de los derechos de 1789: Tout société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution (Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes está determinada, no tiene Constitución).*

Evidencia-se, portanto, que a democracia majoritária e a ideia de onipotência da maioria são incompatíveis com a própria compreensão de Constituição, considerando as consequências que surgem deste paradigma, quais sejam: "a desqualificação das regras e dos limites do Poder Executivo que é expressão da maioria, bem como a ideia de que o consenso da maioria legitima qualquer tipo de abuso" (NEVES, 2012, p. 113). Em contrapartida, afirma-se que

> [...] essência do constitucionalismo e do garantismo, ou seja, daquilo que tem se chamado democracia constitucional, reside precisamente no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder, que postula em consequência uma concepção de democracia como sistema frágil e complexo de separação e equilíbrio entre poderes, de limites de forma e de substância a seu exercício, da garantia dos direitos fundamentais e de técnicas de controle e de reparação contra suas violações (NEVES, 2012, p. 114).

Ferrajoli (2005, p. 90) afirma que esta compreensão dos direitos fundamentais acarretou em uma radical transformação paradigmática no direito moderno. O autor cita que ocorreu, com essa mudança, uma segunda revolução que modificou não apenas a natureza do direito, como também da política e da democracia. A primeira revolução jurídica na modernidade ocorreu com surgimento do Estado moderno a partir do princípio da legalidade e, por consequência, da onipotência do legislador. Deste entendimento se origina a ideia de validade das leis a partir de sua positivação, de modo que uma norma é originada a partir do procedimento previsto no ordenamento e, por consequência, da superação do jusnaturalismo.

A segunda revolução, por sua vez, após o fim da Segunda Guerra Mundial, ocorre com o surgimento das constituições rígidas que integram o Estado de direito com a sujeição de todos os Poderes à Constituição, inclusive o Poder Legislativo, não apenas no aspecto formal do procedimento de elaboração das normas, mas também de seu conteúdo. Há, assim, a formação do Estado constitucional de Direito, de modo que a validade da norma jurídica, além da observância das formalidades legislativas, decorre de sua coerência com os princípios constitucionais (FERRAJOLI, 2005, p. 92).

Ferrajoli (2012, p. 23) afirma, neste ponto, que a democracia constitucional se perfaz a partir do vínculo entre o positivismo jurídico e a democracia:

> Sob este aspecto, podemos falar de um nexo entre democracia e positivismo jurídico que se completa com a democracia constitucional. Este nexo entre democracia e positivismo geralmente é ignorado. Entretanto, devemos reconhecer que somente a rígida disciplina positiva da produção jurídica está em grau de democratizar tanto a sua forma quanto os seus conteúdos. [...] O segundo juspositivismo, aquele do Estado Constitucional de Direito, equivale a positivação do “dever ser" constitucional do próprio direito, que permite a democratização dos seus conteúdos, condicionando-lhe a validade substancial à sua coerência com aqueles direitos de todos, que são os direitos fundamentais, e sobre os quais se funda a dimensão substancial da democracia constitucional.

Os direitos fundamentais estão, na qualidade de normas substanciais, na “esfera do indecidível”, isto é, o que não pode ser decidido, nem mesmo pela maioria. Assim ocorre, pois, os direitos fundamentais encontram-se na qualidade de núcleo duro, de limites que não podem ser transpostos, tanto em face do poder público como do poder

privado, tanto no âmbito interno como no âmbito internacional. Tratam-se, no caso dos direitos individuais, de expectativas negativas, as quais não podem sofrer lesão ou redução, ou, no caso dos direitos sociais, de expectativas positivas, que obrigam a tomada de decisões que se orientam sua a realização (NEVES, 2012, p. 117).

Nas palavras de Ferrajoli (2005, p. 96),

> *En cualquier convención democrática hay dos cosas que se deben sustraer a las decisiones de la mayoría, porque son condiciones de la vida civil y razones del pacto de convivencia: antes que nada, la tutela de los derechos fundamentales, empezando por la vida y la libertad, que no pueden sacrificarse a ninguna voluntad de mayoría ni interés general o bien común; en segundo lugar, la sujeción de los poderes públicos a la ley, que es la garantía máxima contra el arbitrio y contra las violaciones de la misma voluntad de la mayoría que produjo la ley.*

Do exposto, evidencia-se a relevância do papel exercido pelos direitos fundamentais na teoria do garantismo concebida por Ferrajoli. Se faz necessário, portanto, compreender qual é o entendimento do autor quanto ao conceito e ao regime jurídico dos referidos direitos, o que se verá no capítulo a seguir.

2. O CONCEITO E O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO O GARANTISMO DE FERRAJOLI

Os direitos fundamentais são o centro da teoria garantista de Ferrajoli, o que pode ser percebido pela própria definição de democracia adotada pelo Autor. A democracia constitucional, isto é, o elo entre a democracia e o positivismo jurídico, tem seu conteúdo substancial preenchido pelos direitos fundamentais.

Sob este entendimento, quanto a questão referente a quais direitos devem ser considerados fundamentais, Ferrajoli apresenta três respostas. A primeira delas se encontra na teoria do direito, considerando fundamentais os direitos ligados a todos os seres humanos, de modo universal, caracterizados pela indisponibilidade e inalienabilidade. Trata-se do plano teórico-jurídico, no qual há universalidade, isto é, devem ser conferidos a todas as pessoas (CADEMARTORI, GRUBBA, 2012, p. 708).

A segunda resposta, por sua vez, está no plano no direito positivo, seja ele constitucional ou internacional, que estabelece como direitos fundamentais universais e indisponíveis aqueles positivados nas Constituições, da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 ou demais tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos (CADEMARTORI, GRUBBA, 2012, p. 708).

> Seguindo essa convicção normativista, o fundamento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, para além de qualquer transcendência ou transcendentalismo, reside na imanência dos direitos. Trata-se de uma concepção filosófica de caráter pós-hegeliano, que remete ao século 19, em que se renuncia à dimensão vertical do pensamento jurídico em proveito da pura horizontalidade. A fundamentação é pensada somente em relação a fatos concretos, cujos pressupostos fundantes da ordem jurídica são buscados em uma sociedade de base material-científica – escolas histórica, exegética e sociológica do direito. São direitos os que estão positivados como tais. Em virtude de poderem ser observados, não podem ser questionados. Simplesmente são postos por uma autoridade instituída e aí reside seu fundamento de legitimidade (CADEMARTORI, GRUBBA, 2012, p. 708).

Por fim, a terceira resposta é encontrada no plano da filosofia política, que oferece uma alternativa de viés normativo. Trata-se de "uma argumentação racional pautada por critérios metaéticos e metapolíticos, que reside em três critérios axiológicos decorrentes da experiência histórica do constitucionalismo nacional e internacional", quais sejam: o vínculo entre direitos humanos e paz, o vínculo entre direitos e igualdade, bem como a função dos direitos fundamentais como "leis do mais fraco" (CADEMARTORI, GRUBBA, 2012, p. 709).

Quanto ao primeiro critério acima elencado, Cadermatori e Grubba (2012, p. 710), a partir da teoria desenvolvida por Ferrajoli, afirmam tanto no plano interno como no plano internacional, a garantia dos direitos fundamentais é um instrumento assegurador da paz. Tanto a paz social como a paz entre os Estados encontram solidez na positivação dos direitos humanos nas Constituições, na forma de direitos fundamentais. No âmbito interno de um Estado, a "sistemática violação não justifica o dissenso, mas o conflito como exercício do direito de resistência, proclamados por muitas das constituições do século XVIII". Já o espectro internacional, do modo similar, a existência da paz entre os Estados é dependente de "garantias institucionais", tanto de desarme, como do exercício por parte da Organização das Nações Unidas de um monopólio de força, a partir de uma reforma democrática, além da existência do Tribunal Penal Internacional (CADEMARTORI, GRUBBA, 2012, p. 710).

O segundo critério, qual seja, a relação entre direitos fundamentais e igualdade, possui duas acepções. A primeira delas "refere-se a uma igualdade com relação ao direito de liberdade para garantir o igual valor das diferenças pessoais, ou seja, todos são igualmente livres de exercerem suas diferenças". Respeitadas as diferenças, todas as pessoas são consideradas iguais da qualidade de seres humanos. A segunda acepção, por seu turno, se relaciona com a igualdade material que se relaciona aos direitos sociais, que

tem como fundamento primordial a diminuição das desigualdades, sejam elas sociais ou econômicas (CADEMARTORI, GRUBBA, 2012, p. 711).

No que tange ao terceiro critério, a função dos direitos fundamentais como "leis do mais fraco", Cademartori e Grubba (2012, p. 712) afirmam que:

> Historicamente, todos os direitos humanos e fundamentais foram estabelecidos tanto em normativas internacionais quanto nas constituições, como o resultado de lutas e revoluções em prol de uma conquista contra a opressão e discriminação de uma situação de injustiça social que se tomava quase como natural, tendo como foco de lutas a liberdade dos trabalhadores e das mulheres. São direitos conquistados como limitações de correlativos poderes e pela defesa dos mais "fracos", dos oprimidos, contra a lei do mais forte, que regia em sua ausência. Tem-se, por conseguinte, uma coincidência entre fundamento axiológico e histórico dos direitos, com seu aspecto contingente no plano lógico e teórico.

Cumpre ressaltar que os três critérios que identificam axiologicamente os direitos fundamentais não são incompatíveis entre si. Em verdade, trata-se de critérios que se complementam e convergem para a mesma direção. Desta forma, o fundamento dos direitos fundamentais encontra-se na sua historicidade, isto é, na luta e na conquista de direitos concretos que correspondem a necessidades humanas, tanto os materiais quanto as imateriais (CADEMARTORI, GRUBBA, 2012, p. 714).

A partir da teoria desenvolvida por Ferrajoli, pode-se conceituar os direitos fundamentais como opostos aos direitos patrimoniais, sendo eles direitos universais, indisponíveis e inalienáveis, que são atribuídos diretamente pelas normas jurídicas a todos enquanto pessoas, quer se trate de direitos negativos (direitos de liberdade) ou direitos positivos (direitos sociais) (NEVES, 2012, p. 116-117).

Quanto ao regime jurídico dos direitos fundamentais, Esteves (2016, p. 222), ao se referir aos Estados sociais, elenca três formas, considerando o modo em que os direitos individuais e sociais são positivados (ou não) na Constituição. A primeira forma ocorre quando não há distinção entre os tipos de direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais, de modo que ambos se encontram positivados no texto constitucional e possuem a mesma aplicabilidade. É o que ocorre, por exemplo, na CRFB/1988.

A segunda forma, por sua vez, se dá quando, embora direitos sociais e direitos individuais sejam positivados na Constituição na forma de direitos fundamentais, exista a adoção de regimes jurídicos diferentes para cada um deles. A Constituição da República Portuguesa é um exemplo desta hipótese, na qual os direitos individuais e sociais estão localizados em títulos diferentes do texto, de modo que a Constituição atribui aplicabilidade direta apenas aos primeiros (ESTEVES, 2019, p. 223).

Por fim, existe um terceiro modo de regime jurídico dos direitos fundamentais, na qual apenas os direitos individuais são positivados no texto constitucional na forma de direitos fundamentais, sendo que os direitos sociais encontram positivação nas normas infraconstitucionais. Trata-se do exemplo da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

Quanto a esta diferenciação, Esteves (2016, p. 224) afirma que a CRFB/1988 "inclui direitos individuais e sociais entre os direitos fundamentais conferindo a ambos aplicabilidade imediata, conforme definido no §1º do art. 5º, de forma a vincular também o judiciário à realização destes direitos, o que significa dizer que são autossuficientes [...]".

Em sua teoria, Ferrajoli faz uma distinção quando aos conceitos de regra constitutiva e regras deônticas, as quais são sintetizadas por Esteves (2016, p. 171) do seguinte modo:

> *a) Regra constitutiva* é toda regra que disponha ou predisponha qualificações que determinam uma posição em um sistema deôntico; b) *regra deôntica* é toda regra que disponha ou predisponha uma figura deôntica associada a um dado comportamento comissivo ou omissivo, bem como a faculdade, proibição e obrigação definíveis a partir deles, ou ainda as expectativas pela ação ou omissão decorrentes das faculdades, proibições e obrigações decorrentes. (Grifo do autor).

A diferenciação entre regras constitutivas e deôntica acabam por fazer necessária outra classificação na tipologia normativa proposta por Ferrajoli, quais sejam, as normas téticas e as normas hipotéticas, de acordo com a disposição ou predisposição de uma situação jurídica. Deste modo, enquanto as regras téticas possuem a disposição de expectativas (positivas ou negativas), modalidade e status, as regras hipotéticas as possuem como predisposição. Logo, a primeira acaba por serem, por elas próprias, as referidas expectativas, modalidades ou status. Já a segunda, "se referem aos níveis imediato e mediato da prescritividade e da universalidade das regras" (ESTEVES, 2016, p. 171-172).

Esteves (2016, p. 188) ainda explica que, para o garantismo, "os direitos fundamentais apresentam-se sob um caráter formal, aceitando como fundamentais os direitos positivados e descritos na Constituição". Aos direitos fundamentais, portanto, é conferido caráter deôntico, de modo que "são entendidos como *expectativa* todos os direitos subjetivos, que Ferrajoli identifica como *positivos* e *negativos*, nos quais se enquadram os direitos fundamentais" (ESTEVES, 2016, p. 170).

A partir destas classificações, conclui-se que as normas constitucionais que trazem os direitos fundamentais em seu conteúdo e "que apresentam caráter abstrato, geral e com relativo grau de indeterminação são normas *tético-deônticas*, imediatamente prescritivas, cujas situações jurídicas não estão pré-dispostas, e sim dispostas como figuras deôntica associada a expectativas negativas e positivas" (ESTEVES, 2016, p. 183).

A partir deste ponto teórico, conclui-se que tanto os direitos individuais como os direitos sociais, os quais, a partir do garantismo, possuem a mesma atribuição jurídica deôntica de aplicabilidade imediata, independente do regime jurídico de positivação dos direitos sociais na Constituição, considerando o modelo de Estado social (ESTEVES, 2016, p. 185).

Outro aspecto relevante na teoria garantista é a forte normatividade atribuída às Constituições. Neves (2012, p. 114), sobre este ponto, dispõe que:

> Outro ponto relevante é o caráter rígido do constitucionalismo, ou a garantia dessa rigidez. Tal aspecto tem como consequência a sujeição de todos os poderes ao direito, inclusive o poder legislativo, no plano do direito interno e também do direito internacional. A rigidez das Constituições significa o reconhecimento de que estas são normas supraordenadas à legislação ordinária, através da previsão, por um lado, de procedimentos especiais para a sua reforma, e, por outro, da instituição do controle de constitucionalidade das leis por parte dos tribunais constitucionais (NEVES, 2012, p. 114).

Ferrajoli (2013, p. 23, ao tratar do que denomina "constitucionalismo rígido", afirma que "representa, portanto, um complemento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não apenas o "ser", mas também o "dever ser" do direito; e do Estado de Direito porque comporta a submissão, inclusive da atividade legislativa, ao direito e ao controle de constitucionalidade.

3. O APARENTE CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS O PAPEL DA JURISDIÇÃO NA TEORIA GARANTISTA

Para que seja possível analisar o papel exercido pela jurisdição à luz do garantismo de Ferrajoli, em especial na aparente incompatibilidade entre direitos fundamentais, é preciso compreender sua crítica à oposição entre princípios e regras. Tal contraposição é um dos suportes à teoria dos direitos fundamentais segundo o constitucionalismo principialista formulado por Ronald Dworkin e Robert Alexy e acarreta no enfraquecimento da normatividade da Constituição, opondo-se, portanto, ao constitucionalismo positivista e garantista desenvolvida por Ferrajoli.

> Segundo esta distinção, afirma-se, as normas constitucionais que formulam objetivos políticos e/ou valores morais e/ou direitos fundamentais têm a forma dos princípios, e não das regras. E, enquanto as regras se aplicam aos casos por elas previstos, os princípios — caracterizados, geralmente, pela maior indeterminação e generalidade além de sua maior importância — se respeitam, se pesam e se ponderam entre eles, sobretudo quando, como geralmente ocorre, se mostram conflitantes. (FERRAJOLI, 2012, p. 35)

Ferrajoli (2012, p. 36) considera essa distinção problemática relacionada a um aspecto empírico que ultrapassa suas bases teóricas, de modo que a concepção de princípio é caracterizada por uma incerteza e heterogeneidade. Existem, de fato, duas orientações do principialismo quanto ao grau de distinção, quais sejam, uma distinção forte e uma distinção fraca. A primeira é baseada nas diferenças ontológicas, estruturais ou qualitativas entre regras e princípios. Já a segunda, baseada no aspecto quantitativa se refere ao grau de diferenciação no caso concreto das particularidades.

Desta forma, características apontadas inicialmente aos princípios, tais como indeterminação, generalidade e ponderabilidade podem ser, no caso concreto, atribuídas às regras. De fato, Ferrajoli afirma que o comportamento da maior parte dos princípios refere-se às características atribuídas às regras (FERRAJOLI, 2012, p. 38).

Em resumo, Ferrajoli (2012, p. 41) defende que:

> Compreende-se, assim, que não existe uma diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e as regras: a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes. Por isto, a Constituição é definida, na sua parte substancial, não só como um conjunto de direitos fundamentais das pessoas, isto é, de princípios, mas também como um sistema de limites e vínculos, isto é, de regras destinadas aos titulares dos poderes. Precisamente, aos princípios consistentes em direitos de liberdade (universais ou *omnium*) correspondem as regras consistentes em limites ou proibições (absolutos ou *erga omnes*); os princípios consistentes em direitos sociais (universais ou *omnium*) correspondem a regras consistentes em vínculos ou obrigações (absolutos ou *erga omnes*). Direitos e deveres, expectativas e garantias, princípios em matéria de direitos e regras em matéria de deveres são, em suma, uns a face dos outros, equivalendo a violação dos primeiros, seja por comissão ou omissão, à violação das segundas.

Tal distinção, como dito, acarreta no enfraquecimento do "valor vinculante" dos princípios, mormente em sua dimensão constitucional, e, por consequência, em sua falibilidade. Há a relativização da normatividade dos princípios se distintos das regras, como pretendem os principialistas, pois os princípios não poderiam, efetivamente, sofrer violações, já que dependeriam das possibilidades fáticas e jurídicas do caso em concreto. Seriam, portanto, meras recomendações aos poderes, na forma de normas programáticas, mas não em deveres instituídos que devem, necessariamente, ser observados (FERRAJOLI, 2012, p. 38).

O mesmo se verifica pelo excessivo uso do método de ponderação de princípios adotado pelo constitucionalismo principialista, em detrimento do método de subsunção aplicado às regras. A ponderação, exercida como a escolha, por parte do julgador, do princípio que considera mais "pesado", isto é, mais importante, parte inicialmente das circunstâncias fáticas do caso concreto que justificam a aplicação de um ou de outro princípio, qualificando-os juridicamente. Por outro lado, as normas em sentido amplo, regras ou princípios, não possuem essa volatilidade e, por consequência, são sempre as mesmas e possuem o mesmo peso (FERRAJOLI, 2012, p. 41).

Há, portanto, com o uso exacerbado da ponderação e da proporcionalidade uma excessiva interferência da moral do julgador e do que este considera como ideal de justiça, e não propriamente do que está positivado. O que o garantismo de Ferrajoli pretende, em suma, é a separação do direito para com a moral a partir do resgate do positivismo para garantir que as decisões sejam estritamente conformadas com a Constituição e com a Lei.

Sobre o exposto, Esteves (2016, p. 189) afirma que "o garantismo não deixa de reconhecer a diferença de densidade existente entre estas normas, mas realiza um exercício de interpretação e aplicação normativa que nega a possibilidade de se realizar a ponderação ou qualquer outro tipo de derrogação dos direitos ou comandos descritos [...]".

> Ferrajoli não concorda que qualquer norma, mesmo que caracterizada como princípio devido a sua generalidade, possa ser derrogada, total ou parcialmente pelo Judiciário. Entendendo que toda a jurisdição é essencialmente aplicação e que consiste em denotar o que é constatado por ela com o suposto fático na norma aplicada. (ESTEVES, 2016, p. 191)

O garantismo, por sua vez, parte de um ponto anterior, qual seja, a inexistência de colisões ou conflitos entre os direitos fundamentais em abstrato, a partir de uma tipologia e de um fundamento axiológico, de modo que tais conflitos aparentes podem ser solucionados de modo racional no caso concreto, sem apelo à moral do julgador e afastando o método da ponderação, como já exposto. (ESTEVES, 2016, p. 196)

Na tipologia proposta por Ferrajoli, existe quatro formas em que podem se enquadrar os direitos fundamentais: a) direitos primários das pessoas: direitos humanos; b) direitos primários do cidadão: direitos públicos; c) direitos secundários das pessoas: direitos civis; e d) direitos secundários das pessoas: direitos políticos. A distinção mais importante é entre direitos primários e secundários, a razão pela qual não é possível existir conflito entre direitos fundamentais a partir da teoria garantista. Assim ocorre pois

> Ferrajoli estabelece uma hierarquia normativa entre os direitos fundamentais na qual os *direitos primários* são os direitos individuais e os direitos sociais, enquanto que os *direitos secundários* são apresentados como direitos de autodeterminação, divididos em *direitos civis* e *direitos políticos [...]* Esta hierarquização também deriva do entendimento de que *direitos primários* são necessidades ou interesses vitais, enquanto que os *direitos secundários* (direitos civis e direitos políticos) são instrumentais, e consubstanciados como poderes [...] (ESTEVES, 2016, p. 198)

No mesmo modo, Ferrajoli não concebe a possibilidade de conflito entre direitos primários, dentre os quais se encontram os direitos individuais e sociais, ainda que se encontrem o mesmo nível de hierarquia. Assim ocorre, pois, como visto, os direitos individuais se constituem expectativas negativas, enquanto os direitos sociais são expectativas positivas. Os primeiros são denominados "limites fundamentais", que se configuram como uma "proibição de não lesão", encontrando limitações não em outros direitos fundamentais, mas somente nas possibilidades financeiras do Estado titular desta obrigação. Já os segundos, chamados de "vínculos fundamentais", se constituem em "deveres absolutos", "obrigação de prestações", podem ser subdivididos em "direitos de imunidade", os quais são ilimitados, ou em "direitos de liberdade dos demais". Somente neste último caso, de modo excepcional, é que Ferrajoli reconhece a possibilidade de conflito entre os titulares dos direitos de liberdade, cuja solução é encontrada nos juízos de equidade – e não na ponderação/proporcionalidade (ESTEVES, 2016, 200-201).

O papel da jurisdição, portanto, está intimamente relacionado ao reconhecimento da forte normatividade das Constituições rígidas pelo constitucionalismo juspositivista e garantista. Ferrajoli (2012, p. 56) afirma, neste aspecto, que o garantismo

> Comporta, em síntese, o reconhecimento de uma *normatividade forte* das Constituições rígidas, em razão da qual, estabelecido constitucionalmente um direito fundamental, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ele em contradição e deve existir – no sentido de que deve ser encontrado através de interpretação sistemática, ou deve ser introduzido mediante legislação ordinária – o dever a ele correspondente, que compete à esfera pública. Trata-se de uma normatividade forte nos confrontos, em via primária, da legislação, à qual se impõe evitar as antinomias e colmatar as lacunas através de leis idôneas de regulamentação, e, em via secundária, da jurisdição, à qual se impõe remover as antinomias e apontar lacunas. Devemos, em suma, reconhecer que a Constituição é um projeto normativo em grande parte não realizado; e que é de mais plena concretização, sempre parcial e imperfeita, de sua normatividade que depende o futuro da democracia.

Se há uma relação intrínseca entre direitos fundamentais, Constituição e democracia, a jurisdição possui papel fundamental na sua realização, o que, conforme dito acima, ocorre de duas formas: remover as antinomias e apontar lacunas. Ferrajoli (2005, p. 95) considera que o sistema político atual e a ampliação das funções do Estado

social conferem a jurisdição uma nova atribuição: a defesa da legalidade conta o abuso de poder, de modo que:

> *Éste es un papel central, dado que la defensa de la legalidad equivale a la defensa del principio del Estado de derecho, que es la sujeción a la ley por parte de todos los poderes públicos y que constituye a su vez una premisa esencial de la democracia. Esto significa también transparencia, controlabilidad y responsabilidad en el ejercicio de las funciones públicas, igualdad de todos ante la ley, ausencia de poderes invisibles, de dobles Estados, de dobles niveles de acción política y administrativa.*

Deste modo, a jurisdição está intimamente ligada aos conceitos de democracia substancial e de direitos fundamentais concebidos por Ferrajoli, o que se conclui no dever da atividade jurisdicional de tutelar os direitos fundamentais e realizar um controle de legalidade e de transparência dos atos do poder público. Assim, a jurisdição também exerce papel de controle da democracia política e dos poderes políticos representativos, que encontram limite no controle judicial que, por sua vez, encontra sua legitimidade na lei. (FERRAJOLI, 2005, p. 95)

O controle de constitucionalidade exercido pela jurisdição constitucional de um país, independente do critério adotado (seja ele difuso ou concentrado) tem o escopo de garantir o cumprimento dos direitos fundamentais positivados na constituição, tanto os direitos individuais quanto os sociais, que, como já visto, possuem aplicabilidade imediata segundo a teoria garantista.

Não se pretende no presente estudo realizar uma análise pormenorizada dos mecanismos de controle, mas, a partir do exemplo do modelo delimitado pela CRFB/1988, é possível visualizar sua adequação à teoria dos direitos fundamentais proposta por Ferrajoli.

Existem, basicamente, dois modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade: o modelo difuso, no qual a atribuição de realizar o controle é conferida a todos os membros do Poder Judiciário, e o modelo concentrado, no qual existe apenas um órgão, uma corte constitucional, que realiza o referido controle. No caso da CRFB/1988, Esteves (2016) afirma que:

> O modelo jurídico-constitucional brasileiro, além de estabelecer objetivos do Estado de forma explícita e implícita, e de ter estabelecido um *regime jurídico dos direitos fundamentais* por meio do qual inclui os direitos sociais na categoria de direitos fundamentais, com aplicabilidade imediata destes direitos, também estabeleceu um duplo critério de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) orientado ao reconhecimento da existência de inconstitucionalidades em virtude do agir e pela falta de agir dos agentes estatais (inconstitucionalidade por omissão).

Desde modo, não apenas o juiz singular tem a possibilidade de decidir pela inconstitucionalidade no caso concreto, com efeito entre as partes, como também existem mecanismos jurídicos na forma de ações previstas no texto constitucional. Destaca-se, deste aspecto, a Ação Direita de Inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção, que conferem ao Poder Judiciário a necessidade de ter uma postura ativa que ultrapassa a mera anulação de leis inconstitucionais. O Poder Judiciário, assim como os demais poderes, está adstrito à realização dos direitos fundamentais e ao que Esteves (2016, p. 232) chama de comando-político jurídico da Constituição.

Em resumo, quanto ao papel da jurisdição segundo a teoria do garantismo, Neves (2012, p. 121-122) afirma que:

> Embora o autor reconheça o papel fundamental que tem a jurisdição no Estado constitucional no que concerne à tutela dos direitos fundamentais e ao controle dos poderes públicos, o preenchimento das lacunas e a resolução das antinomias nas quais elas se manifestam não são confiados ao ativismo interpretativo dos juízes. Para Ferrajoli, os juízes devem interpretar as leis à luz da Constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais. O paradigma teórico garantista envolve, portanto, a elaboração de limites e garantias também ao exercício do poder judicial. Isso porque, no Estado constitucional de direito, a atividade dos juízes está limitada pela lei e vinculada à Constituição. Por outro lado, a jurisdição constitucional assume também um papel de destaque no cenário garantista, uma vez que ao Poder Judiciário é atribuída a função de garantia ou tutela dos direitos fundamentais no regime democrático e ainda de controle do exercício legal dos poderes públicos.

Cumpre salientar que o preenchimento de lacunas e a resolução de antinomia, bem como o papel ativo na proteção e promoção dos direitos fundamentais e diretrizes constitucionais não pode estar atribuído ao ativismo de interpretação do julgador, segundo o garantismo concebido por Ferrajoli. Ao contrário do constitucionalismo principialista, já exposto, o julgador não possui o poder de criar normas aplicáveis ao caso concreto utilizando critérios morais que se encontram fora do ordenamento jurídico. A interpretação deve ser realizada em um viés positivista, à luz da Constituição, de modo que lacunas na estrutura do ordenamento não podem ser sanadas com uma decisão judicial.

Neste ponto, verifica-se que os efeitos concretos de uma decisão proferida em sede de Mandado de Injunção pelo Supremo Tribunal Federal só encontram fundamento à luz da teoria garantista de Ferrajoli pois tal possibilidade está positivada tanto na CRFB/1988, quanto na lei específica que o regulamenta (Lei nº 13.300/2016). Caso não existisse a previsão legal e constitucional destes dispositivos, não poderia o julgador criar

a norma no caso concreto, em uma posição de ativismo judicial, considerando o garantismo.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais encontram-se em uma posição central na teoria garantista desenvolvida por Luigi Ferrajoli. Por se encontrarem inseridos no conceito de democracia substancial (a qual se complementa com a democracia formal), os direitos fundamentais compõem a "esfera do indecidível", configurando-se como verdadeiros limites intransponíveis que devem ser observados por todos os poderes. Deste modo, os direitos fundamentais integram requisito de validade substancial/material, das normas, além da validade formal/procedimental consolidada por Kelsen.

Do mesmo modo, Ferrajoli revela a contraposição entre democracia majoritária e democracia constitucional, sendo que esta última valoriza a igualdade de direitos no modelo de Estado Social, no qual a Constituição insere os direitos sociais como obrigações impostas ao poder público.

Quanto à pergunta de quais direitos são fundamentais, Ferrajoli apresenta três respostas que fundamentam a existência dos direitos fundamentais: uma na teoria do direito, uma no direito positivo e uma na filosofia política. Nesta última, os três critérios analisados, quais sejam, a paz, a igualdade em suas duas acepções e as leis do mais fraco, são complementares e convergem para a consolidação da relevância dos direitos fundamentais no âmbito do garantismo.

A distinção entre regras constitutivas e deôntica e entre regras téticas a hipotéticas levam a conclusão de que os direitos fundamentais, sejam eles direitos sociais ou direitos individuais, na qualidade de regras tético-deônticas, possuem aplicabilidade imediata. Ademais, a tipologia estruturada por Ferrajoli entre direito das pessoas, direitos dos cidadãos, direitos primários e direitos secundários evidencia que são existe superioridade hierárquica entre os direitos sociais e individuais, de modo que ambos são considerados direitos primário das pessoas. Logo, os direitos sociais, na qualidade de vínculos fundamentais, e os direitos individuais, na qualidade de limites fundamentais, além de possuírem caráter deôntico e aplicabilidade imediata, estão no mesmo nível hierárquico.

Não há como se admitir, portanto, a existência de colisão entre direitos fundamentais e a derrogação de um deles em detrimento de outro, como se pretende pelo

critério da ponderação adotado pelo constitucionalismo principialista. O garantismo nega, desta forma, a ponderação que trabalha com critérios morais do julgador e seu senso de justiça, isto é, critérios que encontram fora do ordenamento jurídico.

Todo exposto converge ao papel da jurisdição a partir do parâmetro de forte normatividade das Constituições rígidas e do entendimento dos direitos fundamentais como regas deôntica, não meramente programáticas. Havendo uma relação fundamental entre democracia e direitos fundamentais, sendo que o segundo integra o conceito substancial do primeiro, à jurisdição é atribuída os seguintes papeis: tutela dos direitos fundamentais em uma posição ativa; controle de democracia política e dos poderes políticos representativos a partir do controle de legalidade e transparência do poder público; controle de constitucionalidade por ação e por omissão legislativa; e preenchimento de lacunas e resolução de antinomias.

Em todos os casos, a atividade jurisdicional, dentro da teoria do garantismo de Ferrajoli, deve se pautar em um viés positivista que nega a possibilidade de ativismo interpretativo do julgador, que não poderá criar normas a partir das conveniências e particularidades do caso concreto.

Por todo exposto, conclui-se que a teoria garantista de Ferrajoli é adequada a dar respaldo teórico aos direitos sociais e aos direitos individuais em um ordenamento jurídico democrático, considerando o caráter deôntico e aplicabilidade imediata a eles atribuído, o que é consolidado a partir do papel ativo conferido ao Poder Judiciário na proteção dos referidos direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GRUBBA, Leilane Serratine. O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos. **Revista de Direito GV**. São Paulo, v. 8, n.2, p. 703-726, jul./dez. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n2/v8n2a13.pdf. Acesso em: 16 jul. 2020.

ESTEVES, João Luiz Martins. **O comando político-jurídico da constituição: ideologia e vinculação hermenêutica.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación em el estado constitucional de derecho**. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

_____. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debat com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MAIA, Alexandre de. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli – notas preliminares. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 37, n. 145, p. 41-46, jan./mar. 2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/553/r145-05.pdf?sequence=4. Acesso em: 16 jul. 2020.

NEVES, Isadora Ferreira. Democracia, garantismo e direitos fundamentais: uma observação do papel da jurisdição no garantismo de Ferrajoli. **Revista Direito e Democracia**. Canoas, v. 13, n.1, p. 109/123, jan.jun. 2012. Disponível em: http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/viewFile/2636/1859. Acesso em: 16 jul. 2020.