

Teoria Garantista dos Direitos Fundamentais

Guarantee Theory of Fundamental Rights

Rodrigo Pereira Moreira¹

Igor G. Araújo Apolinário²

Victória Cardoso Carrijo³

Rebeca Barbosa Moura⁴

Resumo: O garantismo é uma teoria geral do direito esboçada pelo italiano Luigi Ferrajoli e pode ser aplicada aos Estados que possuem constituições rígidas e que protegem os direitos fundamentais, ou seja, Estados Constitucionais Democráticos de Direito. O presente artigo parte da seguinte problemática: *a teoria dos direitos fundamentais, sob a perspectiva garantista, pode ser aplicada à Constituição Federal de 1988 substituindo a teoria principialista?* Os objetivos específicos do artigo são: (i) analisar os fundamentos da teoria garantista de Luigi Ferrajoli como vínculos e limites ao exercício do poder estatal; (ii) estudar a estruturação e funções dos direitos fundamentais em uma concepção garantista; (iii) verificar a possibilidade de aplicação da teoria garantista dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Utilizou-se o método dedutivo, pois a pesquisa parte de uma premissa geral, consubstanciada no garantismo como uma teoria geral do direito, até a verificação de sua aplicação especificamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Luigi Ferrajoli; Garantismo Constitucional; Limites ao Direitos Fundamentais.

Abstract: Guaranteeism is a general theory of law outlined by the Italian Luigi Ferrajoli and can be applied to States that have rigid constitutions and protect fundamental rights, that is, Constitutional Democratic States of Law. This paper starts from the following problem: can the theory of fundamental rights, under the guaranteeist perspective, be applied to the 1988 Federal Constitution replacing the principialist theory? The specific objectives of this paper are: (i) analyze the foundations of Luigi Ferrajoli's guarantee theory as ties and limits to the exercise of state power; (ii) study the structure and functions of fundamental rights in a guaranteeist

¹ Doutorando em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Professor de Direito da Universidade Estadual de Goiás (UEG). Coordenador do Grupo de Estudos “Direitos da Pessoa Humana”. Artigo desenvolvido dentro de projeto de pesquisa na UEG.

² Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade LEGALE. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Goiás. Foi bolsista de Iniciação Científica. Membro do Grupo de Estudos “Direitos da Pessoa Humana”.

³ Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade FACUMINAS. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Goiás. Foi bolsista de Iniciação Científica. Membro do Grupo de Estudos “Direitos da Pessoa Humana”.

⁴ Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade FACUMINAS. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Goiás e Relações Internacionais pelo Centro Universitário Internacional. Foi aluna de Iniciação Científica. Membro do Grupo de Estudos “Direitos da Pessoa Humana”.

conception; (iii) verify the possibility of applying the guaranteeing theory of fundamental rights in the 1988 Federal Constitution. The deductive method was used, since the research starts from a general premise, embodied in guaranteeism as a general theory of law, until the verification of its application specifically in the Brazilian legal system through.

Keywords: Luigi Ferrajoli. Constitutional Guarantee. Limits to Fundamental Rights.

1. Introdução

O garantismo é uma teoria geral do direito esboçada pelo italiano Luigi Ferrajoli e pode ser aplicada aos Estados que possuem constituições rígidas e que protegem os direitos fundamentais, ou seja, Estados Constitucionais Democráticos de Direito.

Por ser uma teoria com uma aplicação forte no Direito Penal, o garantismo é carregado de preconceitos que dificultam o seu entendimento e aplicação em outros ramos do Direito.⁵ Isso ocorreu por conta da publicação de um livro de relevância internacional que trabalha o garantismo na perspectiva penal e processual penal.⁶ Contudo, neste artigo, o foco será o estudo da teoria garantista como mecanismo de visibilidade e aplicação dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, não apenas imbricado na sua relação com o Direito Penal.

Ante essa exposição inicial do garantismo, o artigo parte da seguinte problemática: a teoria dos direitos fundamentais, sob a perspectiva garantista, pode ser aplicada à Constituição Federal de 1988 substituindo a teoria principialista?

Como objetivo geral, tem-se o estudo da teoria garantista, proposta pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, aplicável aos Estados Constitucionais Democráticos de Direito e à sua concepção dos direitos fundamentais.

⁵ PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo:** limites e resistências ao poder de punir. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón:** teoría del garantismo penal. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011.

Para se alcançar o objetivo geral proposto, é necessária a observação de três objetivos específicos: (i) analisar os fundamentos da teoria garantista de Luigi Ferrajoli como vínculos e limites ao exercício do poder estatal; (ii) estudar a estruturação e funções dos direitos fundamentais em uma concepção garantista; (iii) verificar a possibilidade de aplicação da teoria garantista dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.

No desenvolvimento deste estudo, utilizou-se o método dedutivo, pois a pesquisa parte de uma premissa geral, consubstanciada no garantismo como uma teoria geral do direito, até a verificação de sua aplicação especificamente no ordenamento jurídico brasileiro por meio da interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

2. Garantismo e Limites do Poder.

Luigi Ferrajoli é um filósofo analítico do direito, mas com suas diferenças para a tradição formalista, pois renuncia a uma teoria pura ou formal do direito, ou seja, simplesmente descritiva. O autor acredita ser possível colocar em prática uma teorização rigorosa da ordem jurídica atual, incluindo a divisão normativa em níveis de hierarquia, com a passagem de um Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito.⁷

Em uma concepção geral, o garantismo trata dos limites e vínculos impostos a todos os poderes, seja público ou privado, político ou econômico, em nível estatal ou internacional, por meio da Constituição, das leis e dos direitos fundamentais.⁸ A teoria garantista abre a possibilidade de resolver

⁷ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Prólogo**. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: La ley del mas debil*. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2010, p. 10.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **II paradigma garantista: filosofia e critica del diritto penale**. 2ª ed. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016, p. 6.

questões, há séculos, problemáticas para o direito, tais como: legitimidade, legalidade, existência, vigência, validade e eficácia do Direito.⁹

Para Luigi Ferrajoli, o Estado Garantista de Direito é a melhor alternativa para a imposição de limites aos poderes. Nesse ponto, é que reside a crítica do autor a um estado de direito em sua concepção clássica, haja vista que, em seu nascimento, a perspectiva inicial não conseguiu resolver os problemas da legalidade, publicidade e controle das atividades estatais.¹⁰

Assim, o Estado de Direito pode ser dividido em dois modelos. O primeiro é reconhecido como Estado Legislativo de Direito, consubstanciado no momento em que se reconhece a legalidade como o único critério de identificação de um Direito válido e existente, sem a necessidade de avaliação de justiça das leis. A lei é justa simplesmente, porque posta por uma autoridade que possui competência normativa para tanto (critério meramente formal).¹¹

O segundo modelo é denominado Estado Constitucional de Direito, baseado no desenvolvimento do Estado moderno que passa a contar com constituições rígidas, hierarquicamente superiores às leis e que condicionam a validade de todos os atos normativos infraconstitucionais. A validade de uma norma não depende apenas da sua forma de produção, como determinado pelo paradigma paleojuspositivista, mas também necessita estar de acordo com as disposições constitucionais e, principalmente, de direitos fundamentais.¹²

Essa passagem de modelos de Estado de Direito também remonta à mudança de paradigma do princípio da legalidade, que constrói todo o edifício da democracia constitucional e pode ser dividido em duas

⁹ MORENO CRUZ, Rodolfo. Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. **Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política**, n. 4, p. 3-39, julio, 2006.

¹⁰ MORENO CRUZ, Rodolfo. Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. **Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política**, n. 4, p. 3-39, julio, 2006.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 16.

¹² FERRAJOLI, Luigi. Passado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 18.

perspectivas: (i) a mera legalidade; e (ii) a legalidade estrita. A primeira forma está ligada ao Estado Legislativo de Direito e entende que toda norma, com exceção do Poder Constituinte, depende de uma norma supraordenada como fonte de sua produção. A validade e a produção de efeitos de uma norma dependem apenas da obediência ao procedimento de elaboração estabelecido pela norma superior, sem nenhuma análise de conteúdo (dimensão formal de validade).¹³

O princípio da legalidade estrita, conectado ao Estado Constitucional de Direito, adiciona uma dimensão material/substancial na observação da validade de uma norma. Dessa maneira, a norma superior, além de condicionar apenas a forma de elaboração do ato normativo, também condiciona o seu conteúdo e efeitos. Os limites e vínculos (direitos fundamentais) estabelecidos pela Constituição devem ser obedecidos pela norma inferior sob pena de invalidade.¹⁴

O Estado Constitucional de Direito abrange tanto os direitos fundamentais individuais ou liberais (primeira dimensão) quanto os direitos sociais (segunda dimensão). Isso diferencia a teoria de Ferrajoli das demais perspectivas estatais, como demonstra Rodolfo Moreno Cruz:

*Por otro lado, el Estado de derecho garantista se diferencia de cualquier otro Estado porque es un Estado social y no exclusivamente un estado liberal. Es decir, el Estado de derecho liberal se preocupaba por la limitación del poder pero no se interesó por satisfacer las desigualdades económicas, culturales y sociales de los individuos. Su propuesta viene a llenar ese vacío ofertado por el Estado liberal. Por ello no duda en calificar a su Estado de derecho como un Estado liberal mínimo y un Estado social máximo.*¹⁵

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – teoria del diritto e della democrazia**: 1. Teoria del diritto. Laterza: Roma-Bari, 2012, p. 434.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – teoria del diritto e della democrazia**: 1. Teoria del diritto. Laterza: Roma-Bari, 2012, p. 435-436.

¹⁵ MORENO CRUZ, Rodolfo. Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. **Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política**, n. 4, p. 3-39, julio, 2006. Tradução live: “Por outro lado, o Estado de Direito Garantista difere de qualquer outro Estado por ser um Estado social e não exclusivamente liberal. Ou seja, o estado de direito liberal preocupava-se com a limitação do poder, mas não estava interessado em satisfazer as desigualdades econômicas, culturais e sociais dos indivíduos. Sua proposta vem preencher essa lacuna oferecida pelo Estado liberal. Por essa razão, ele não hesita em descrever seu Estado de Direito como um Estado liberal mínimo e um Estado social máximo.”

É por isso que Ferrajoli entende que a função de uma Constituição é garantir direitos fundamentais a todos, incluindo frente à vontade da maioria (função contramajoritária). A Constituição não possui o condão de expressar uma homogeneidade cultural ou uma identidade coletiva, mas sim estabelecer direitos que garantam uma convivência pacífica entre todos os sujeitos. A igualdade no exercício de direitos fundamentais liberais e sociais é a fonte de legitimidade de uma Constituição.¹⁶

Isso faz com que os direitos fundamentais, ao mesmo tempo que legitimam o poder popular, também possam ser utilizados para limitar:

(...) o paradigma garantista representa limitações ao exercício do poder popular no regime democrático, ainda que ressoe paradoxal, haja vista que a democracia está assentada juntamente no povo como fonte de poder. (...) os direitos fundamentais ressalvados na Constituição têm como escopo a manutenção do poder popular, mas também o limita.¹⁷

Como se pode observar, a teoria garantista se preocupa de forma central com a limitação dos poderes, não exclusivamente estatais e, para isso, elege a Constituição e o Estado de Direito como formas exponenciais para o seu controle. Os direitos fundamentais funcionam como guias para a imposição de limites e vínculos ao exercício dos poderes. Os direitos individuais contribuem para a limitação negativa de ação, enquanto os direitos sociais geram deveres estatais para redução das desigualdades.

Ainda dentro da limitação de poder por meio do Estado Garantista de Direito, Ferrajoli constrói uma de suas mais importantes contribuições: a distinção entre direitos e garantias, estabelecendo que os direitos subjetivos (fundamentais) podem existir sem as obrigações ou proibições correspondentes que são suas garantias.¹⁸

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 18.

¹⁷ CHAGAS, Richardson Hermes Barbosa; BATISTA NETO, Dilson Cavalcanti. Garantismo constitucional e democracia: o dilema da maioria penal e da proteção integral da criança e do adolescente. *Rev. Cadernos de Direito*, Piracicaba, vol. 16, n. 31, p. 237-256, jul-dez, 2016, p. 247.

¹⁸ RIVERA, Joaquin Armando Mejía. *Aportes teóricos para promover los Derechos Sociales desde el pensamiento de Luigi Ferrajoli*. Honduras: Casa San Ignacio, 2012.

Essas garantias são divididas em dois níveis. As garantias primárias são deveres e obrigações estabelecidas em função de um direito e consistem em uma expectativa de não lesão ou expectativa positiva de prestação. As garantias secundárias são as intervenções judiciais de reparação (responsabilização) e de nulidade dos atos que violam as garantias primárias. Daí o surgimento da expressão “garantismo” que é um sistema de vínculos e limites a todos os poderes.¹⁹

Assim sendo, nesse modelo de paradigma constitucional, há quatro principais postulados. O primeiro postulado é o da legalidade, já tratado anteriormente, o qual, no antigo paradigma do Estado Legislativo, era parcialmente inativo por se tratar apenas da sujeição da lei à autoridade legitimada na sua produção. Após o paradigma constitucional, esse viés tem uma alteração, haja vista que, além de princípio normativo, o postulado da legalidade também é princípio lógico, ou seja, onde quer que exista um poder deve existir normas primárias, não só formais, mas também substanciais a fim de regular o exercício do poder, aplicando limites e vínculos que consistem nas garantias primárias relativas aos direitos e interesses presentes na Constituição, impondo a separação dos poderes e impedindo a sua concentração e confusão.²⁰

O segundo princípio é o da plenitude deontica, determinando que direitos ou interesses estabelecidos por normas primárias devem ser acompanhados de poderes-deveres introduzidos como suas garantias primárias (proibições de lesões e sua tutela). É também uma forma de afirmar a normatividade dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, que, por sua vez, dizem respeito a expectativas positivas ou negativas, as quais resultam em obrigações e proibições correlatas que exigem das leis a

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Dei diritti e delle garanzie**. Bologna: Il Mulino, 2013, p. 12.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **La democrazia através de los derechos**. Madrid: Trotta, 2014, p. 57.

necessidade de regulamentação sob pena de produzir lacunas responsáveis por uma ineficácia estrutural.²¹

O terceiro postulado é o da jurisdição que impõe a ideia de que, onde há regras e garantias primárias, também devem existir regras secundárias que protegem as garantias primárias de violações. Isso posto, as garantias secundárias ou jurisdicionais são condições necessárias para a eficácia das garantias primárias, porque, só assim, há um controle das violações dos direitos. Com efeito, os juízes estão sujeitos apenas à lei constitucionalmente válida graças à possibilidade do controle judicial de constitucionalidade. O princípio da jurisdição, conjugado com o da legalidade estrita, permite que normas infraconstitucionais inválidas possam ser controladas de maneira formal e material.²²

A acionabilidade (acesso à justiça) é o último princípio de formação do Estado Constitucional Garantista. Esse postulado menciona que, havendo jurisdição, é preciso garantir que as garantias secundárias sejam ativadas pelos titulares dos direitos, seja de forma individual, seja de forma coletiva.²³

Como se pode observar, todo o arcabouço teórico do garantismo é baseado em uma constituição rígida que é utilizada como forma de limitação dos poderes. O garantismo é uma teoria voltada para a proteção das minorias (no sentido quantitativo e qualitativo) vulneráveis perante o poder público ou privado. Isso significa que, a princípio, é possível a sua aplicação à Constituição Federal do Brasil de 1988 e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais nela previstos, desde que resguardadas as especificidades próprias do ordenamento jurídico brasileiro alicerçado no referido diploma normativo.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos**. Madrid: Trotta, 2014, p. 58.

²² FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos**. Madrid: Trotta, 2014, p.59.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos**. Madrid: Trotta, 2014, p. 60.

3. Conceito, Fundamentos e Classificação dos Direitos Fundamentais.

A conceituação de direitos fundamentais estabelecida por Luigi Ferrajoli é eminentemente formal, pois os direitos fundamentais são todos os direitos dos quais as pessoas são titulares enquanto pessoas naturais (universalidade), enquanto cidadãos, enquanto pessoas com capacidade civil ou enquanto cidadãos com capacidade civil.²⁴ Não estabelece, portanto, quais são os direitos fundamentais em cada ordenamento e nem o seu conteúdo.²⁵

Os direitos humanos designam aqueles direitos dos quais são titulares todas as pessoas naturais, como a liberdade e a igualdade. Os direitos públicos são os direitos dos cidadãos, não sendo aplicáveis aos estrangeiros. Os direitos civis dizem respeito às pessoas que possuem capacidade civil, cujo maior exemplo é a autonomia privada. Já os direitos políticos designam os direitos dos cidadãos que possuem capacidade civil, como o direito de votar e ser votado.²⁶

Esses direitos fundamentais consistem em limites e vínculos estabelecidos pela Constituição Federal. São limites enquanto direitos individuais que impõem um dever de não lesão. São vínculos em relação aos direitos sociais que estabelecem uma obrigação de prestação material.²⁷ A junção das duas garantias forma o Estado Constitucional na medida em que une os direitos fundamentais do Estado Liberal e do Estado Social.²⁸

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – teoria del diritto e della democrazia**: 1. Teoria del diritto. Laterza: Roma-Bari, 2012, p. 727.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 19-20.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – teoria del diritto e della democrazia**: 1. Teoria del diritto. Laterza: Roma-Bari, 2012, p. 738.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – teoria del diritto e della democrazia**: 1. Teoria del diritto. Laterza: Roma-Bari, 2012, p. 773.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – teoria del diritto e della democrazia**: 1. Teoria del diritto. Laterza: Roma-Bari, 2012, p. 775. Surge, destarte, alguns elementos que indicam esta definição de direitos fundamentais como aceitável, quais sejam: (a) os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoa vs Estado); (b) a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual); (c) sua posição no sistema jurídico, definida pela supremacia constitucional ou

Por consequência, não se pode deixar de retornar ao ponto em que os direitos fundamentais realizam a passagem do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito. O primeiro utiliza o critério da legalidade como único e exclusivo para identificar um direito válido, observando apenas a legitimidade para fazer as leis. O segundo, por sua vez, entende que a validade do direito não depende apenas da forma em que a lei foi produzida, mas também do seu conteúdo que não pode violar os direitos fundamentais que estão previstos nas constituições rígidas. Desse modo, a jurisdição pode sancionar como inválida uma lei que não observa os limites e vínculos estabelecidos pela constituição em relação aos direitos fundamentais.²⁹

Vale observar que as prestações ditas pelos direitos fundamentais nem sempre são direcionadas à ação. Existem também as prestações negativas, tendo o Estado que se abster de interferir em aspectos particulares da vida dos indivíduos,³⁰ buscando alcançar e se vincular ao princípio da dignidade humana. E diante do caráter substancial e superior dos direitos fundamentais, normas que os contradigam, mesmo quando formalmente produzidas, são inválidas e politicamente ilegítimas.³¹

Ademais, os direitos fundamentais funcionam como recursos de caráter substancial, impostos pelas cartas constitucionais, ancorados à sua funcionalidade positiva e direcionados ao Direito, legitimam, com isso, seus procedimentos.³² Por essa razão, são normas substanciais que condicionam e disciplinam as composições e os significados da produção das demais normas.³³

fundamentalidade formal (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 6ª Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018, p. 53).

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 16-18.

³⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 65-66.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos**. Madrid: Trotta, 2014, p. 44.

³² SMIZMAUL, Gustavo Paulino. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Impetra, 2011, p. 136

³³ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos**. Madrid: Trotta, 2014, p. 90.

Isso significa a passagem de uma concepção formal de democracia para uma perspectiva substancial de democracia. A primeira diz respeito à utilização dos direitos políticos (votar e ser votado) para a participação da vontade popular na formação do governo.³⁴ A segunda busca a diminuição da arbitrariedade e do abuso estatal por meio do reconhecimento de direitos de liberdade e direitos sociais para o fortalecimento da democracia.³⁵

Tal questão se desenrola no sentido do que Ferrajoli intitula de esfera do não decidível, que nada mais é que do que um direito negativo, sendo que não pode o Estado, ou até mesmo um particular, violá-lo.³⁶ Voltado, sobretudo, aos direitos de liberdade e sociais, tal preceito, segundo Ferrajoli, só pode prosperar em comunidades onde as constituições sejam rígidas, como no caso do Brasil. Nas palavras do autor:

La dimensione sostanziale della democrazia non è altro, infatti, che la sua dimensione garantista o costituzionale: consiste nelle garanzie dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, cioè in quegli insiemi di limite e vincoli che disegnano quella che ho chiamato la *sfera del no decidibile*: di ciò che no può essere deciso, cioè la lesione dei diritti di libertà, e di ciò che no può non essere deciso, cioè la soddisfazione dei diritti sociali.³⁷

Vale pontuar, ainda, que a política se subordina ao direito, existindo limitações dentro de um Estado Constitucional.³⁸ Limitações essas que figuram uma das bases dos direitos fundamentais, precipuamente

³⁴ COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 55-57.

³⁵ COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 82-83. No mesmo sentido: FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 17-19.

³⁶ CAMPOS, Luciana Oliveira; OHLWEILER, Leonel Pires. Estado Democrático de Direito e a participação Popular no Brasil: Uma Análise a Partir do Conceito de Luigi Ferrajoli. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Unijuí, n. 15, vol. 8, p. 255-271 2020, p. 263-264.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Dei diritti e delle garanzie**. Bologna: Il Mulino, 2013, p. 127. Tradução livre: “De fato, a dimensão substancial da democracia não é outra senão a sua dimensão garantista ou constitucional: consiste nas garantias dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, isto é, no conjunto de limites e vínculos que designam aquilo que eu chamei de *esfera do não decidível*: aquilo que não pode ser decidido, ou seja, a lesão aos direitos de liberdade, e o que não pode deixar de ser decidido, isto é, a satisfação dos direitos sociais.”

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos**. Madrid: Trotta, 2014, p. 21.

quando diz respeito à soberania e atuação popular, e que dão esteio para a concretização do sistema garantista.

Tais limites assegurados são necessários para a manutenção e continuidade da própria democracia política, suprimindo a possibilidade da ascensão de governos nazistas e fascistas por meio de lacunas e interações legais. Até porque, das maiorias podem emanar leis injustas.³⁹

Logo, mesmo um parlamento democraticamente legitimado pode criar normas que prejudiquem minorias e indivíduos.⁴⁰ Tal concepção, por sua vez, causa estranheza, motivado pelo fato de *per si* democracia significar um poder emanado do povo. Entretanto, como analisado, a adoção de limites materiais garante e dá legitimidade ao próprio método democrático.⁴¹

Trindade, ao tratar das ideias de Ferrajoli, aponta, sob o plano da teoria do direito, a sustentação de um paradigma formal e cujo modelo normativo se mostre capaz, independente dos seus conteúdos, de funcionar como técnica de tutela dos princípios e direitos fundamentais e que tenha condição de defender as constituições democráticas.⁴²

Dessa forma, sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais, não há verdadeira democracia, sendo aqueles uma condição de existência desta.⁴³ Esse contexto cristaliza e justifica a posição do

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos**. Madrid: Trotta, 2014, p. 36-38. Essa função contramajoritária dos direitos fundamentais também é ressaltada em outras concepções teóricas, muitas vezes tratados como trunfos contra a maioria (Dworkin). Os direitos fundamentais, então, funcionam como posições jurídicas face ao Estado, Governo democraticamente eleito, o que, em um regime político baseado na regra da maioria, significando um trunfo contra as maiorias (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 18-19.)

⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 6ª Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018, p. 27.

⁴¹ MENDONÇA, Matheus Thiago Carvalho. Garantismo: constitucionalismo, direitos fundamentais e democracia. Uma análise das limitações conceituais desse paradigma. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 1, n. 16, 2019.

⁴² TRINDADE, André Karan. Discutindo o Garantismo de Luigi Ferrajoli: Seis questões sobre direito e democracia. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, vol. 6, n. 3, 2011. p. 1235

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra 2006. p. 20.

Garantismo, consoante a visão da democracia como um valor, o qual, dada sua condição, deve ser apreciado e protegido pelas próprias constituições.⁴⁴

Nessa esteira, é possível verificar que, apesar de apresentar uma concepção formal de direitos fundamentais, até para permitir a utilização do garantismo como uma teoria geral aplicável a todos os Estados com constituições rígidas, Ferrajoli não abre mão de estabelecer limites e vínculos materiais para o exercício do poder público e privado. Embora não se possa dizer de antemão quais serão os direitos fundamentais que cada constituição irá prever em seu ordenamento (por isso uma concepção formal), esses direitos, quando previstos, não podem ser violados em seu conteúdo e servem como alicerces da democracia contemporânea.

Sobre a fundamentação dos direitos fundamentais, Ferrajoli afirma que a justificação desses direitos não está neles mesmos, mas nos fins que estes buscam realizar ao serem tutelados pelo ordenamento jurídico. São, assim, uma técnica racionalmente idônea para garantir determinados critérios axiológicos sugeridos pela experiência histórica do constitucionalismo nacional e internacional. Esta relação entre meios e fins é a de racionalidade instrumental, ou seja, o nexó que liga os direitos fundamentais aos critérios axiológicos.⁴⁵ Esses critérios são: (i) dignidade da pessoa humana; (ii) igualdade; (iii) paz; e (iv) tutela do mais fraco.⁴⁶

O fundamento axiológico da dignidade da pessoa humana⁴⁷ é explicado por Ferrajoli com base na filosofia kantiana. Para Immanuel Kant,

⁴⁴ MENDONÇA, Matheus Thiago Carvalho. Garantismo: constitucionalismo, direitos fundamentais e democracia. Uma análise das limitações conceituais desse paradigma. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 1, n. 16, 2019.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 317.

⁴⁶ Num primeiro momento Ferrajoli incluía, dentre os critérios, a democracia substancial, todavia nos seus últimos escritos, o autor retirou a democracia como critério axiológico e a alocou como critério de validade, colocando em seu lugar a dignidade da pessoa humana como um novo critério axiológico.

⁴⁷ Ingo Sarlet retrata que na Alemanha, sob a influência de Günther Düring, começou a defesa de um sistema de direitos fundamentais que não tivesse nenhum tipo de lacuna, haja vista a derivação desses direitos a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais seriam a concretização da dignidade humana nos seus diversos aspectos. Todavia, essa teoria foi criticada por Konrad Hesse observando que nem todos os direitos fundamentais possuem uma fundamentação direta na dignidade da pessoa humana. Por isso, entende-se hoje que o sistema de direitos fundamentais não é lógico-dedutivo, ou seja, fechado, mas um sistema aberto e flexível a novos conteúdos (SARLET, Ingo Wolfgang.

ou uma coisa tem um preço e pode ser substituída por um equivalente, ou possui uma dignidade, não admitindo nenhum tipo de equivalência. Dessa maneira, o ser racional possui um fim em si mesmo e, portanto, dotado de dignidade, não podendo ser tratado como um meio para realização de outra vontade.⁴⁸ Nesse diapasão, os direitos fundamentais que garantem a dignidade da pessoa humana são: (i) todos os direitos de liberdade;⁴⁹ e (ii) todos os direitos sociais.⁵⁰

A igualdade jurídica indica que todos devem ser titulares das mesmas situações que a lei dispõe de forma universal. Isso implica igualdade de direitos e igualdade de deveres. Os direitos fundamentais com fundamento axiológico na igualdade são aqueles que “garantindo as diferenças pessoais e reduzindo as desigualdades materiais, asseguram o (igual) valor ou a (igual) dignidade de todas as pessoas”.⁵¹

O terceiro fundamento axiológico é o da paz, reconhecido desde 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Inspirado na teoria de Thomas Hobbes, esse critério indica que se deve proteger a vida para se garantir a paz, e deve-se superar a guerra para assegurar o direito à vida. Quanto maior proteção aos direitos de liberdade, à integridade pessoal e aos direitos sociais, mais sólida será a paz.⁵²

O último critério axiológico é o da tutela do mais fraco ou lei do mais fraco. Todos os direitos fundamentais se justificam na proteção das pessoas mais fracas frente aos mais fortes. Assim, têm-se: (i) o direito à vida frente ao

A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 70-72).

⁴⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009, p. 239.

⁴⁹ A autonomia para Kant é o fundamento da dignidade da pessoa humana ou de qualquer outro ser racional, ou seja, a ideia de autonomia precede à própria noção de dignidade e tem como significado a capacidade de todo ser racional de ser legislador universal e estar, simultaneamente, submetido à legislação por si criada (WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 312).

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 105.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 329-333.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 356.

mais forte fisicamente; (ii) os direitos de liberdade contra os mais fortes politicamente; e (iii) os direitos sociais contra os mais fortes economicamente.⁵³ Isso faz com que os direitos fundamentais estejam ao abrigo frente à força do mercado e da política.⁵⁴ Segundo Ferrajoli:

Se puede de hecho afirmar que, historicamente, todos los derechos fundamentales han sido establecidos, en las distintas cartas constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que en cada ocasión han roto el velo de normalidade y naturalidade que ocultaba una precedente opresión o discriminación: de los derechos de libertad (...) a los derechos sociales.⁵⁵

Nesse ponto, percebe-se que uma grande divisão na categoria de direitos fundamentais é a separação entre direitos individuais (ou de liberdade) e os direitos sociais. Os primeiros instituem proibições e os segundos impõem vínculos aos poderes constituídos.

Os direitos individuais derivam da tradição do Estado de Direito Liberal em que esse é limitado apenas por proibições e garantias negativas, ou seja, com fundamento em deveres públicos negativos. As prestações nos direitos individuais são negativas e servem para limitar a atuação estatal que não pode violar o direito à vida e as demais liberdades. Esses direitos também são considerados invioláveis, inderrogáveis, indisponíveis e inalienáveis.⁵⁶

Os direitos do Estado Liberal são utilizados na defesa contra a violência, a censura ou outras formas de impedimento do exercício de liberdade praticadas pelos sujeitos públicos ou privados. Esses direitos garantem o exercício da liberdade e da igualdade jurídica (formal).⁵⁷

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 106.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 362.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. **Cuestiones Constitucionales**, Cidade do México, n. 15, p. 113-136, 2006, p. 127. Tradução livre: “É possível afirmar de fato que, historicamente, todos os direitos fundamentais foram estabelecidos, nas distintas cartas constitucionais, como resultado de lutas e revoluções que em cada ocasião romperam o véu da normalidade e naturalidade que ocultava uma antiga opressão ou discriminação: dos direitos de liberdade [...] aos direitos sociais.”

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 860-861.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – teoria del diritto e della democrazia**: 1. Teoria del diritto. Laterza: Roma-Bari, 2012, p. 746.

No entanto, a problemática trazida por Ferrajoli gira em torno da garantia de tais direitos individuais, uma vez que seria necessária uma revolução jurídica e política para alcançar a realização da proteção desses direitos, isso porque, muitas vezes, os indivíduos nem percebem que houve uma violação, principalmente em relação à tutela dos bens vitais naturais e artificiais. Nas palavras de Ferrajoli:

En definitiva, el lenguaje de los derechos individuales es inadecuado, por sí solo, para sugerir las técnicas de tutela de los bienes vitales naturales y las formas de acceso a los bienes vitales artificiales, poniendo los primeros a cubierto de lesiones y haciendo a unos y otros accesibles a todos. Lo es sobre todo para las poblaciones de los países más pobres: las que más sufren las devastaciones de los bienes vitales naturales causadas por los países más ricos y la falta de los artificiales, y que no tienen un juez al que pedir justicia, ya porque tal juez no existe o bien porque no cuentan con medios para recurrir a él. De aquí la necesidad de integrar el paradigma garantista de los derechos fundamentales con una dimensión nueva y cada vez más urgente e inderogable de la democracia y del constitucionalismo: la directa garantía de aquellos bienes vitales que constituyen el objeto de los correspondientes derechos fundamentales.⁵⁸

A outra espécie de direitos fundamentais são os direitos sociais, os quais derivam do avanço do Estado social, que passa a reconhecer como direitos essenciais o trabalho, a saúde, a educação e outros semelhantes. Diferentemente dos direitos individuais, que correspondem a faculdades de comportamento próprio (liberdade) e deveres públicos de não fazer, os direitos sociais são estruturados em expectativas de comportamento alheios, principalmente estatais, ligados a deveres públicos de fazer. Isso faz com que,

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos**. Madrid: Trotta, 2014, p. 211. Tradução livre: “Em suma, a linguagem dos direitos individuais é inadequada, por si só, para sugerir as técnicas de proteção dos bens vitais naturais e as formas de acesso aos bens vitais artificiais, protegendo-os de danos e tornando alguns e outros acessíveis a todos. É especialmente assim para as populações dos países mais pobres: aquelas que mais sofrem com a devastação de bens naturais vitais causados pelos países mais ricos e pela falta de artificiais, e que não têm um juiz para pedir justiça, porque tal juiz não existe ou porque não têm meios de apelar para ele. Daí a necessidade de integrar o paradigma da garantia dos direitos fundamentais com uma nova dimensão cada vez mais urgente e inderrogável da democracia e do constitucionalismo: a garantia direta daqueles bens vitais que constituem o objeto dos direitos fundamentais correspondentes.”

além de proibições, o Estado também precise cumprir com obrigações para a realização dos direitos fundamentais.⁵⁹

Os direitos sociais são necessários para a redução das desigualdades. Em que pese a composição atual de um mundo globalizado, existem milhares de pessoas que ainda passam fome ou não possuem acesso à saúde e à educação. Tal perspectiva garante a existência de uma democracia social juntamente com a democracia liberal dos direitos individuais.⁶⁰

Apesar dos direitos sociais serem estruturados essencialmente em expectativas de obrigações de fazer, não existe óbice na existência de obrigação de não fazer como uma forma de seu desdobramento. O direito à educação, por exemplo, não inclui apenas a expectativa de receber uma educação gratuita, mas também o direito de não ser discriminado na escola.⁶¹

Os grandes problemas desses direitos consistem em: (i) o custo econômico para o seu cumprimento; (ii) o grau de discricionariedade, corrupção e ineficiência na sua aplicação; e (iii) as lacunas que existem nas garantias em caso de descumprimento de tais direitos.

Dentre os três, o principal problema é o terceiro. Isso porque em diversos países não existe um arcabouço legislativo próprio para garantir a realização dos direitos sociais. Isso significa que, muitas vezes, faltam garantias primárias para instituir um mínimo de investimento e permitir mais efetividade desses direitos, por exemplo, gastos mínimos a serem aplicados pelo Estado em saúde e em educação.⁶² Contudo, esse não é um problema existente no Brasil, haja vista que a Constituição Federal de 1988 estabelece percentuais mínimos a serem investidos na saúde e na educação em seus artigos 198, § 2º e 212.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 861.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – Teoría del derecho y de la democracia**: 2. Teoría de la democracia. Madrid: Trotta, 2013, p. 380-382.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – Teoría del derecho y de la democracia**: 2. Teoría de la democracia. Madrid: Trotta, 2013, p. 384-385.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – Teoría del derecho y de la democracia**: 2. Teoría de la democracia. Madrid: Trotta, 2013, p. 388.

Dessa maneira, observando o conceito, o fundamento e a classificação garantista dos direitos fundamentais, é possível afirmar que a Constituição brasileira não impõe nenhum óbice ao garantismo constitucional. Pelo contrário, a necessidade de proteção das minorias por meio de direitos fundamentais liberais e sociais é mandamento constitucional e a interpretação do garantismo pode auxiliar em uma maior efetividade na aplicação de tais direitos, principalmente por não reduzir os direitos fundamentais a valores e não simplificar a sua aplicação por meio da ponderação.

3. Limites aos Direitos Fundamentais na Teoria Garantista.

Por último, é importante notar que a teoria dos direitos fundamentais de Ferrajoli não adota a divisão de regras e princípios e o entendimento de que os direitos fundamentais seriam princípios que devem ser realizados de forma otimizada de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, como proposto por Robert Alexy⁶³ e adotada amplamente pela doutrina brasileira.⁶⁴

Para Ferrajoli, a distinção apresentada enfraquece a normatividade dos direitos fundamentais, pois lhes retira o seu caráter prescritivo de impor limites e vínculos a todos os poderes públicos. Isso acontece principalmente por entender que princípios são valores e a utilização da ponderação para resolver conflitos entre direitos fundamentais. Para o

⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁶⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: _____. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

garantismo, as Constituições possuem uma normatividade forte e os direitos fundamentais são sempre reguladores.⁶⁵

A teoria principialista parte de uma limitação externa aos direitos fundamentais. Essa teoria preconiza a separação entre o direito em si, definido *prima facie* em seu âmbito normativo, e as suas ulteriores restrições, sendo que somente é possível identificar a proteção definitiva de um direito fundamental no caso concreto. Ademais, é essa distinção que permite a utilização do sopesamento e da proporcionalidade para solucionar casos de conflitos entre direitos fundamentais.⁶⁶

Isso faz com que exista uma separação entre aquilo que é garantido *prima facie* e o que é garantido em definitivo, descolando o foco para as intervenções e limites advindos de colisões entre direitos fundamentais e a sua justificação constitucionalmente necessária.⁶⁷ Sobre a intervenção estatal no âmbito de direitos fundamentais, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins advertem:

A intervenção estatal, alcança, segundo o entendimento majoritário hoje vigente, praticamente toda e qualquer ação ou omissão estatal com um mínimo de relevância em face do direito fundamental que é o parâmetro constitucional utilizado para o exame de intervenção (intervenção estatal “em sentido amplo”). Assim, a intervenção não se dá apenas por meio de ações que correspondam a um ato jurídico, mas também por todas as ações e omissões que atinjam a liberdade garantida de forma indireta, por exemplo, quando se atinge a

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: _____; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karan. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 138-139. Embora fazendo uma diferenciação entre teoria externa e a teoria dos princípios, Alexandrino explica: “Em termos sumários, para a *teoria externa*, uma restrição constitui uma acção estatal que, vinda de fora relativamente ao direito, afecta o bem jusfundamental por ele protegido. O modelo parte da não identidade entre o âmbito de protecção e o âmbito de garantia efectivo, autonomizando claramente o direito fundamental, de um lado, e as restrições (ou limites) que lhe são externamente colocados, do outro. Para que uma restrição intervenha no âmbito de protecção de um direito fundamental é, além disso, necessário que, numa fase prévia, se tenha procedido à descrição dos tipos de situações, posições ou comportamentos protegidos: uma vez delimitado o âmbito de protecção do direito em causa, intervêm então as restrições e ‘o que resta do âmbito de protecção após estas é o *âmbito de garantia efectivo*’.” (ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa**: Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006, p. 440).

⁶⁷ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91-92.

liberdade de terceiros e não somente da pessoa a quem se dirige a intervenção imediata e intencional do Estado.⁶⁸

As intervenções estatais em direitos fundamentais podem ser permitidas ou não permitidas pela Constituição. No primeiro caso, estamos diante de uma justificativa constitucional que permite tal intervenção (um limite a tal direito fundamental), enquanto, no segundo, caso resta configurada uma verdadeira violação de direitos fundamentais.⁶⁹

Seguindo a perspectiva da teoria externa, os limites aos direitos fundamentais podem ser impostos pela norma constitucional, por norma legal infraconstitucional ou por força da colisão entre direitos fundamentais, neste último caso, não é necessária a autorização expressa para a limitação de um direito fundamental (garantido sem reserva). As reservas legais, concernentes na autorização da Constituição para que o legislador intervenha no âmbito de um direito fundamental, podem ser simples – quando o constituinte não coloca nenhum tipo de direção na restrição de um direito fundamental –, ou qualificadas, caso em que o legislador deve seguir os mandamentos e objetivos que a Constituição estabeleceu para permitir a limitação.⁷⁰

⁶⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 145. Em outras palavras: “Limites aos direitos fundamentais, em termos sumários e compreendidos em sentido amplo, podem, numa primeira aproximação e de acordo com a fórmula de Jorge Reis Novais, ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (*aspecto subjetivo*) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (*aspecto objetivo*) que resultem dos direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 400).

⁶⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 148-151. Utilizamos aqui a intervenção ou ingerência permitida como sinônimo de limites a direitos fundamentais conforme entendimento de: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 400-401. Sobre o tema vide: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 154-163; ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa**: Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006, p. 443-448; PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

O direito constitucional de colisão, partindo da ideia de Jorge Reis Novais, é caracterizado por uma “reserva geral de ponderação” derivada da própria natureza dos direitos fundamentais que não são direitos absolutos, ou seja, ilimitados. Reconhecido um direito fundamental, não é possível prever todas as situações reais em que esse direito irá colidir com outro. Dessa maneira, existe implicitamente a possibilidade de limitação desses direitos fundamentais.⁷¹

Robert Alexy, partindo da sua concepção de princípios como mandamentos de otimização que podem ser limitados mediante situações fáticas e jurídicas, constrói uma forma de aplicação do critério da proporcionalidade que obteve grande receptividade no Brasil.⁷² Para ele, a proporcionalidade possui três subcritérios: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros se atêm às limitações fáticas e o último à limitação jurídica.

A adequação serve como um critério negativo com o objetivo de eliminar os meios que não são adequados para se atingir a finalidade almejada. Desse modo, esse primeiro critério não determina qual o meio mais correto, mas apenas indica quais são os adequados e os inadequados, excluindo desde já os últimos.⁷³

A necessidade serve para determinar, dentre os meios tidos como adequados, aquele que menos intervenha no âmbito de proteção de um direito fundamental. Isso significa que é preciso adotar o meio mais brando, evitando sacrifícios desnecessários nas restrições aos direitos fundamentais.⁷⁴

⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramaioritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: _____. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 49-51.

⁷² Veja-se dentre outros: FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 111; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 167-182; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 406-409.

⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 590.

⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 590-591.

A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, indica que, quanto maior for o grau de afetação de um direito fundamental, maior deverá ser a satisfação de um outro direito fundamental. Este último subcritério ainda pode ser dividido em três passos: (i) primeiro avalia-se o grau de afetação de um direito fundamental; (ii) segundo avalia-se a satisfação do outro direito fundamental; (iii) terceiro observa-se se a afetação de um justifica a satisfação do outro.⁷⁵

Ocorre que esse posicionamento recebe diversas críticas, principalmente pelo critério de a ponderação permitir um grande subjetivismo e ativismo judicial no momento de aplicar os princípios constitucionais. Isso sem contar a sua utilização como se fosse uma fórmula mágica para simplificar e justificar a restrição de direitos fundamentais realizada tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Poder Legislativo.⁷⁶

Outra questão observada é que nem sempre os princípios podem ser entendidos como mandamentos de otimização. Nem todos os princípios necessitam de serem otimizados. A violação da boa-fé é avaliada a partir de uma simples observação, ou a conduta agride a boa-fé ou não agride.⁷⁷

Uma terceira argumentação critica a criação de uma quantidade incomensurável de princípios para serem aplicados por meio da ponderação. Princípios sem qualquer base normativa são “descobertos” todos os dias por diversos trabalhos da doutrina e julgamentos dos tribunais, o que Lênio Streck denomina “pamprincipiologismo”.⁷⁸

Por outro lado, a questão da limitação dos direitos fundamentais no garantismo se aproxima mais da teoria interna de limites aos direitos

⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 593-594.

⁷⁶ LESCANO-FISCHER, Andreas. Crítica da concordância prática. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37-56.

⁷⁷ POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma – a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 90-91.

⁷⁸ STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre, 2014, p. 171

fundamentais. Segundo essa teoria, os limites que conformam o direito desde o seu nascimento só podem ser aqueles internos a este, sendo declarados mediante o esforço interpretativo. Existe, portanto, uma unidade entre o conteúdo (âmbito de proteção) do direito fundamental e os seus limites. Em outras palavras, ou a situação de fato se encontra protegida em definitivo pelo direito fundamental ou então não se encontra tutelada por este.⁷⁹ As consequências desse raciocínio são:

[...] (i) a alteração ou a antecipação do momento essencial de demarcação dos direitos em definitivo para a ocasião de sua delimitação, ao invés de sua restrição; (ii) a real impossibilidade de se falar em restrições legítimas (enquanto elementos exteriores ou posteriores); e (iii) a real impossibilidade de se falar em conflitos ou em colisões de direitos fundamentais – haveria, nesses termos, meros conflitos aparentes e, ao menos para autores de matriz alexyana, a exclusão necessária da ideia de sopesamento.⁸⁰

Para a teoria interna, existe apenas o direito definitivo já delimitado pelos chamados “limites imanentes”. Se os direitos fundamentais já possuem um mandamento definitivo sobre aquilo que é protegido, então esses direitos possuem estrutura de regras e não podem ser submetidos ao sopesamento.⁸¹ O foco dessa teoria está no momento de determinar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais que não será modificável *a posteriori* por meio de colisão com outros direitos.⁸²

O cerne dos limites imanentes está na existência de limites implícitos que fazem parte de um direito desde o início da sua existência,

⁷⁹ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70-71.

⁸⁰ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 71-72.

⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 128-129.

⁸² Em outras palavras: “Para a *teoria interna*, ao invés, os limites não são dimensões separadas ou externas aos direitos, mas habitam-se a partir do seu interior (que na qualidade de limites impostos pela integração comunitária, que na qualidade de limites inerentes à tarefa estatal de criação de condições de uma liberdade real, quer na qualidade de limites imanentes à integração dos direitos fundamentais no sistema de valores constitucionais), não havendo por isso lugar nem para o conceito de restrição (legítima) nem para a distinção entre âmbito de proteção e âmbito de garantia efectivo” (ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa**: Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006, p. 441).

delimitando de forma apriorística o seu âmbito de proteção. Não existe uma posição unitária em relação a tais limites, o que leva à consideração de diversas estratégias: (i) o abuso de direito concernente ao exercício malicioso ou fraudulento do direito fundamental; (ii) os direitos de terceiro que visam identificar a partir de qual momento o exercício de um direito causa agressão a outro; (iii) a cláusula de comunidade, observando que os direitos só podem ser garantidos se observados os bens jurídicos de acordo com uma ordem comunitária; (iv) as leis gerais, que têm como objetivo uma “conformação” dos direitos fundamentais; (v) a ordem pública, pois o exercício de um direito fundamental não pode agredir interesses públicos e ativar a cláusula de polícia; e (vi) a Declaração Universal dos Direitos do Homem que permite em seu art. 29, n. 2⁸³ a limitação dos direitos humanos e fundamentais.⁸⁴

Ferrajoli, por sua vez, não adota a distinção entre regras e princípios proposta por Robert Alexy. Na teoria garantista, os princípios podem ser regulativos, quando utilizados como argumentos em uma interpretação sistemática ou como regras no momento de aplicação após a sua violação, e diretivos quando instituem valores e objetivos que precisam ser perseguidos por meio de políticas públicas. Nesse último caso, não se tem prescrição ou proibição de condutas determinadas.⁸⁵

Por essa razão, o constitucionalismo garantista entende que os direitos fundamentais são princípios regulativos, haja vista que, em sua maioria constituem prescrições e proibições de condutas determinadas e são

⁸³ Art. 29, n. 2: “No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.”

⁸⁴ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75-86. Aqui cumpre destacar que Canotilho também utiliza a expressão limites iminentes, mas não no sentido aqui esboçado. Para o autor: “[...] os *chamados* ‘limites iminentes’ são o resultado de uma ponderação de princípios conducentes ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protectivo de um direito, liberdade ou garantia” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1282).

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Dei diritti e delle garanzie**. Bologna: Il Mulino, 2013, p. 79. STAMILE, Natalina. Derechos fundamentales ¿Ponderación o subsunción? Algunas reflexiones sobre la polémica entre Robert Alexy y Luigi Ferrajoli. In: BRIGIDO, Rodrigo Sánchez et al. **Conflictos de derechos fundamentales**. Córdoba: Lex, 2019, p. 102.

aplicados como regras no momento de sua violação. O principalismo, ao seu turno, compreende os direitos fundamentais como princípios diretivos objetos da ponderação o que permite ao legislador infraconstitucional e ao juiz o poder de balancear e privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro.⁸⁶

Assim, os direitos fundamentais são regras de atuação e sua aplicação não requer a ponderação. Mesmo que os princípios possam ter estrutura de argumentos na interpretação sistemática, estes também podem ser aplicados por meio da subsunção, reduzindo o espaço da discricionariedade proposto pelo critério da proporcionalidade.⁸⁷

Essa perspectiva de ponderação viola a hierarquia de fontes dos princípios constitucionais. Como bem explica Ferrajoli:

A ponderação, em outras palavras, não pode se estender à escolha de quais princípios constitucionais devem atuar e quais não devem atuar, sem resultar num descumprimento da Constituição e, portanto, na admissão de um poder do legislador, em contraste com a hierarquia de fontes, de tornar inútil ou, de qualquer modo, de derrogar o preceito constitucional: um poder que, como se viu, a tese da falibilidade das normas constitucionais serve para legitimar, uma vez que configura como inevitáveis, porque consequentes às ponderações, as violações e os descumprimentos de algumas delas em benefício de outras.⁸⁸

Dessa maneira, a ponderação realizada pelo Poder Judiciário não passa de um neologismo para a clássica interpretação sistemática com o acréscimo de uma grande margem de discricionariedade que ameaça a submissão do juiz ao primado da legalidade.⁸⁹ Daí a grande diferença entre o constitucionalismo principialista e o constitucionalismo garantista: este

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Dei diritti e delle garanzie**. Bologna: Il Mulino, 2013, p. 80-81.

⁸⁷ STAMILE, Natalina. Derechos fundamentales ¿Ponderación o subsunción? Algunas reflexiones sobre la polémica entre Robert Alexy y Luigi Ferrajoli. In: BRIGIDO, Rodrigo Sánchez et al. **Conflictos de derechos fundamentales**. Córdoba: Lex, 2019, 105.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: _____; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karan. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 48.

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: _____; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karan. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 49.

último é rígido e determina que o Poder Judiciário seja limitado pela Lei e pela Constituição, haja vista a separação de poderes. A ponderação não é realizada em relação às normas, mas em relação às circunstâncias fáticas que justificam ou não a aplicação de um direito fundamental ao caso concreto.⁹⁰

Nessa questão, podemos ressaltar um dos pontos nevrálgicos dessa distinção que é a separação entre direito e moral. Isso porque, enquanto Robert Alexy defende uma conexão entre direito e moral, Luigi Ferrajoli argumenta pela separação entre os dois âmbitos,⁹¹ embora reconheça que exista uma moral positivada nos direitos fundamentais que incorporam, nos textos das constituições, os chamados direitos naturais.⁹²

O resultado do modelo garantista é o reconhecimento que os direitos fundamentais possuem limites, mas esses limites são dados apenas em uma pequena parte em relação ao conflito com outros direitos fundamentais. O que o neoconstitucionalismo reconhece como inevitável (aplicação da ponderação), Ferrajoli resolve com a interpretação sistemática dos princípios constitucionais e aplicação do direito fundamental mais específico para o caso concreto. Isso faz com que o chamado conflito de direitos seja, em sua maioria de casos, apenas aparente.⁹³

Desse modo, a perspectiva central da ponderação que sustenta a solução dos conflitos entre direitos no constitucionalismo principialista é rechaçada pelo garantismo por: (i) permitir uma conexão entre direito e moral; (ii) aumentar a discricionariedade do legislador e do juiz na regulamentação e aplicação dos direitos fundamentais; (iii) o caráter

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: _____; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karan. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 53.

⁹¹ STAMILE, Natalina. Derechos fundamentales ¿Ponderación o subsunción? Algunas reflexiones sobre la polémica entre Robert Alexy y Luigi Ferrajoli. In: BRIGIDO, Rodrigo Sánchez et al. **Conflictos de derechos fundamentales**. Córdoba: Lex, 2019, p. 92-93.

⁹² TRINDADE, André Karan. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasiliis*. In: _____; STRECK, Lênio Luiz; Ferrajoli, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 106.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Dei diritti e delle garanzie**. Bologna: Il Mulino, 2013, p. 87-90.

majoritariamente aparente do conflito entre princípios; (iv) reduzir a normatividade dos direitos fundamentais e da Constituição; (v) a solução dos limites ser possível por meio da interpretação sistemática e aplicação do princípio ou direito fundamental mais específico para o caso concreto.

3. Conclusão

A partir do estudo das fontes citadas, é possível concluir que o garantismo é uma teoria que se preocupa com a limitação dos poderes em Estados que possuem constituições rígidas. Os direitos fundamentais possuem, portanto, uma função de estabelecer limites e vínculos ao abuso do poder público ou privado.

Observando a Constituição Federal de 1988 como uma constituição rígida, cuja alteração depende de um procedimento mais rigoroso de emenda constitucional previsto no art. 60, resta preenchido o primeiro e mais essencial requisito para a aplicação do garantismo ao ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, o enfoque do garantismo à proteção do mais fraco contra o mais forte e a importância que é concedida aos direitos fundamentais sociais permite entender a adequação que existe dessa teoria à proteção dos direitos liberais e sociais realizados pela CF/88 nos arts. 5º e 6º.

Por fim, a rejeição da ponderação e do conflito de direitos fundamentais como método principal de aplicação desses direitos pode-se apresentar como uma solução viável ao problema do ativismo judicial em terras brasileiras.⁹⁴

⁹⁴ TRINDADE, André Karan. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasiliis*. In: _____; STRECK, Lênio Luiz; Ferrajoli, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Referências

- ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na constituição portuguesa**: Vol. II – A construção dogmática. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CAMPOS, Luciana Oliveira; OHLWEILER, Leonel Pires. Estado Democrático de Direito e a participação Popular no Brasil: Uma Análise a Partir do Conceito de Luigi Ferrajoli. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Unijuí, n. 15, vol. 8, p. 255-271, 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHAGAS, Richardson Hermes Barbosa; BATISTA NETO, Dilson Cavalcanti. Garantismo constitucional e democracia: o dilema da maioria penal e da proteção integral da criança e do adolescente. **Rev. Cadernos de Direito**, Piracicaba, vol. 16, n. 31, p. 237-256, jul-dez, 2016.
- COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do garantismo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 6ª Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018.
- FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 3ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **Dei diritti e delle garanzie**. Bologna: Il Mulino, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Il paradigma garantista**: filosofia e critica del diritto penale. 2ª ed. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos**. Madrid: Trotta, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del estado de derecho**. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – Teoría del derecho y de la democracia**: 2. Teoria de la democracia. Madrid: Trotta, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris – teoria del diritto e della democrazia**: 1. Teoria del diritto. Laterza: Roma-Bari, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Sobre los Derechos Fundamentales. Cuestiones Constitucionales**, Cidade do México, n. 15, p. 113-136, 2006.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Prólogo**. In: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: La ley del mas debil*. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Discurso; Barcarolla, 2009.

LESCANO-FISCHER, Andreas. Crítica da concordância prática. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, Matheus Thiago Carvalho. Garantismo: constitucionalismo, direitos fundamentais e democracia. Uma análise das limitações conceituais desse paradigma. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 1, n. 16, 2019.

MORENO CRUZ, Rodolfo. Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. **Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política**, n. 4, p. 3-39, julio, 2006.

NETO COPETTI, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, Vol. 14, n. 14, p. 409-421, julho/dezembro de 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistências ao poder de punir**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma – a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIVERA, Joaquin Armando Mejía. **Aportes teóricos para promover los Derechos Sociales desde el pensamiento de Luigi Ferrajoli**. Honduras: Casa San Ignacio, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SMIZMAUL, Gustavo Paulino. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Impetra, 2011.

STAMILE, Natalina. Derechos fundamentales ¿Ponderación o subsunción? Algunas reflexiones sobre la polémica entre Robert Alexy y Luigi Ferrajoli. In: BRIGIDO, Rodrigo Sánchez et al. **Conflictos de derechos fundamentales**. Córdoba: Lex, 2019.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre, 2014.

TRINDADE, André Karan. Discutindo o Garantismo de Luigi Ferrajoli: Seis questões sobre direito e democracia. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, vol. 6, n. 3, 2011.

TRINDADE, André Karan. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: ____; STRECK, Lênio Luiz; Ferrajoli, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Artigo recebido em: 10/02/2025.

Aceito para publicação em: 27/08/2025.