

# A legitimação democrática da ponderação judicial: análise do debate entre R. Alexy, J. Habermas e L. Ferrajoli\*

## The democratic legitimation of judicial balancing: analysis of the debate between R. Alexy, J. Habermas and L. Ferrajoli

**Michele Zezza<sup>1</sup>**

Universidade de São Paulo (Brasil)  
michele.zezza@for.unipi.it

### Resumo

Este trabalho se centra no problema da legitimação democrática da ponderação judicial, analisando o debate entre Robert Alexy, Jürgen Habermas e Luigi Ferrajoli. O propósito da análise consiste em mostrar a possibilidade de reconduzir essa tarefa dentro do circuito democrático-representativo. A este respeito, se assume, como padrão de referência, uma acepção substancial de democracia: um modelo de organização juspolítica centrada em um conjunto de princípios e valores que constituem as precondições de uma correta formação da soberania popular.

**Palavras-chave:** ponderação judicial; autonomia política; representação argumentativa.

### Abstract

This work focuses on the problem of the democratic legitimacy of judicial balancing, analysing the theoretical debate between Robert Alexy, Jürgen Habermas and Luigi Ferrajoli. We aim to pinpoint how this issue leads to various solutions depending on different understandings of the distinction

---

\* O presente trabalho foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), com o seguinte número de processo: 2017/24035-9.

<sup>1</sup> Pesquisador de pós-doutorado no Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). *Visiting researcher* no *Global Studies Institute* (GSI) da *Université de Genève* (Unige). Doutor em *Giustizia costituzionale e diritti fondamentali* pela *Università di Pisa* e também em *Fundamentos históricos y filosóficos del derecho* pela *Universidad de Sevilla*. Endereço: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Largo do São Francisco, 95, CEP 01005-010, São Paulo, SP, Brasil.

between rules and principles, and more in general of the function of the law in today's constitutional democracies.

**Keywords:** Judicial Balancing; Political Autonomy; Argumentative Representation.

## Introdução

Com este trabalho pretende-se refletir sobre o problema do fundamento democrático da ponderação judiciária, a saber, a questão da idoneidade do poder judicial, em virtude da sua estrutura institucional, para adotar decisões interpretativas por meio de ponderação entre direitos fundamentais que, em princípio, se configurem como intersubjetivamente aceitáveis dentro de uma determinada comunidade política. Ao assumir este objeto temático, a análise pretende se centrar na consideração das teorias elaboradas por Robert Alexy, Jürgen Habermas e Luigi Ferrajoli.

Trata-se de um tema crucial, que envolve o problema do equilíbrio entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. O objetivo principal consiste em identificar as razões justificatórias da ponderação judicial, demonstrando sua conformidade aos princípios da soberania popular e da separação dos poderes; seu caráter complementar, integrativo, em relação ao circuito democrático-representativo. Paralelamente, procura-se rejeitar a acusação, amplamente difundida na literatura teórico-jurídica, segundo a qual, recorrendo à técnica da ponderação, os juízes comuns e os tribunais constitucionais determinariam automaticamente uma lesão do direito dos cidadãos de se autogovernar.

A legitimação democrática dos órgãos de garantia pode encontrar seu fundamento, no plano substancial, em aspetos vinculados à história social e jurídica de um dado contexto político como a acumulação jurisprudencial, a autoridade dos precedentes e a transparência dos argumentos alegados em apoio dos pronunciamentos. Contudo, nas reflexões que se seguem pretende-se prescindir de elementos empíricos ou sociológicos como o consenso social em torno a Constituição ou sobre a corte constitucional como instância de reflexão do processo político, ou a aptidão dos cidadãos para aceitar as operações interpretativas e jurisprudenciais acreditadas na cultura jurídica de referência. O propósito da análise não consiste em defender, em uma perspectiva de política do direito ou de teoria constitucional da justiça, a oportunidade do recurso a técnicas argumentativas ponderativas por parte dos juízes, mas sim em mostrar a possibilidade de reconduzir essa tarefa dentro do circuito democrático-representativo. A este respeito, se assume, como padrão de referência, uma aceção substancial de democracia: um modelo de organização juspolítica centrada em um conjunto de princípios e valores que constituem as precondições de uma correta formação da soberania popular.

## Dimensões negativas e positivas na estrutura dos direitos subjetivos

Retomando com certa liberdade o aparato conceitual elaborado, há mais de um século, pelo jurista estadunidense Wesley Newcomb Hohfeld (1879-1918) em dois artigos originariamente veiculados no *Yale Law Journal* e depois publicados nos *Fundamental Legal Conceptions* (Hohfeld, 1923), podem-se distinguir, dentro da estrutura dos direitos subjetivos, entre posições ativas e passivas, por um lado, e entre dimensões positivas e negativas, pelo outro. *a)* Os direitos ativos têm por objeto uma conduta do titular do direito: as liberdades, se a conduta for um comportamento material, ou os poderes, se a conduta consiste na produção de atos jurídicos. *b)* Os direitos passivos têm como conteúdo uma conduta de um sujeito distinto do titular: as pretensões e as imunidades. Os direitos passivos, e especialmente as pretensões, também podem ser distinguidos em direitos positivos e negativos. *b1)* Os direitos positivos são direitos (pretensões) a uma ação positiva de terceiros. *b2)* Os direitos negativos são direitos (pretensões) a uma omissão ou abstenção de terceiros.

Para dar um exemplo, o que geralmente definimos como “direito de voto” coincidirá com um macro-direito que contém ao mesmo tempo componentes ativo-positivas (liberdade de votar), ativo-negativas (liberdade de não votar), passivo-positivas (pretensão de que sejam elaboradas as estruturas administrativas idôneas para o exercício do voto) e passivo-negativas (pretensão de que não haja interferências com o exercício do voto)<sup>2</sup>.

Segundo este modelo de reconstrução, que se coloca em um plano de análise teórica dissociado das relações físicas e psíquicas entre titulares e bens jurídicos, quando se fala de direitos subjetivos se faz referência às posições subjetivas de base (os “microdireitos”) ou, na maioria dos casos, à sua composição molecular (os “macrodireitos”<sup>3</sup>). Mais especificamente, se forem entendidos como agregados moleculares ou macrodireitos<sup>4</sup>, emerge como a maioria dos direitos apresenta ao mesmo tempo aspectos ativos, passivos, positivos e negativos<sup>5</sup>, cuja gestão é atribuída a diversos atores jurídicos (tipicamente: legislativo, executivo, judiciário e administrativo). Em um contexto como o das atuais democracias constitucionais, intrinsecamente poliárquico e policêntrico, a administração dos direitos<sup>6</sup> pertence a diferentes sujeitos institucionais. Em termos gerais, pode-se afirmar que o elemento necessário para que os direitos se tornem operacionais reside na determinação, mediante a comparação com exigências contrapostas, do conteúdo das disposições constitucionais que os reconhecem. A oportunidade de adotar esse tipo de reconstrução derivada pela teoria hohfeldiana é, portanto, corroborada pelo funcionamento efetivo dos direitos fundamentais que, junto aos perfis de abstenção negativa, sempre exigem, para efeitos de sua execução, uma complicada obra de determinação (especificação, concretização, delimitação) do seu conteúdo

<sup>2</sup> Ver, por exemplo, Waldron (2000, p. 45-64).

<sup>3</sup> A distinção entre micro e macro-direitos é desenvolvida em Barberis (2006, p. 169-193).

<sup>4</sup> Sobre a ideia dos direitos como posições “moleculares”, ver, em particular, Finnis (1980, p. 201), Hohfeld (1923), Kramer (2000, p. 41-44), MacCormick (1977, p. 198-209), Waldron (1993b; 1988, p. 84 ss).

<sup>5</sup> Ver Fredman (2008), Shue (1980, cap. 2), Waldron (1993b, p. 214) e Ferrajoli (2007, p. 325, 327).

<sup>6</sup> Sobre o conceito de “administração dos direitos” (o conjunto das decisões e dos procedimentos adotados para tornar efetivas as disposições constitucionais atributivas de direitos fundamentais), ver Pintore (2004, cap. 3, sobretudo p. 104).

que passa pela criação de específicos institutos, normativas e regulamentos, e implica naturalmente na predisposição de recursos econômicos e financeiros<sup>7</sup>.

Com maior evidência dentro de uma cultura jurídica constitucionalizada<sup>8</sup>, os direitos civis e políticos tradicionais (liberdade pessoal e de movimento, liberdade de associação e de reunião, inviolabilidade, propriedade privada, etc.), geralmente associados às funções típicas do Estado de direito liberal, requerem intervenções positivas como a instituição de aparatos burocráticos, administrativos e judiciários, e ainda outras funções. Pode-se pensar, nomeadamente, no caso dos direitos de participação democrática que, na prática, requerem bem mais que meras abstenções por parte do Estado, uma vez que é sempre necessária a presença de algumas estruturas políticas que forneçam um espaço adequado à participação popular<sup>9</sup>.

Paralelamente, nem os direitos socioeconômicos, culturais e os mais recentes direitos da quarta geração podem se esgotar em meras obrigações positivas: quando os titulares já tenham tido acesso ao bem que constitui o objeto do direito em questão, o poder estatal continuará tendo a obrigação de se abster de realizar aquelas condutas que o poderiam prejudicar (pense-se, por exemplo, na liberdade de organização sindical ou no direito à greve), utilizando apropriadas medidas de controle para prevenir e sancionar eventuais violações<sup>10</sup>.

Ao poder judiciário a Constituição costuma entregar a tarefa da proteção “negativa” dos direitos, ou seja, a verificação de eventuais violações entre os particulares, o controle acerca da razoabilidade (em termos de compressões ou limitações) das escolhas legislativas, a subtração do núcleo essencial dos direitos às negociações políticas das mutáveis maiorias governamentais. Outros perfis “positivos” dos direitos, que exigem uma intervenção ativa por parte dos poderes públicos, serão mais razoavelmente delegados ao poder político-parlamentário.

## **Algumas teses sobre a legitimação democrática da ponderação judicial**

À dialética entre intervenções positivas e abstenções negativas na gestão dos direitos fundamentais pode-se associar o conflito, típico das democracias constitucionais, entre o

<sup>7</sup> Ver, em particular, Bin (2000, p. 15-25), Diciotti (2006, p. 86 ss.) Holmes e Sunstein (1999) e Posner (2014).

<sup>8</sup> Na reconstrução de Guastini (1990, p. 185), entende-se por ‘constitucionalização do ordenamento jurídico’ aquele “processo di trasformazione di un ordinamento al termine del quale esso risulta totalmente “impregnato” dalle norme costituzionali”. Com essa noção, o autor faz referência ao conjunto das transformações que têm afetado a estrutura, o funcionamento e a interpretação do direito dentro dos Estados constitucionais contemporâneos. O termo ‘constitucionalização’, embora em uma acepção menos articulada, comparece já em Tarello (1980, p. 337).

<sup>9</sup> Escreve a este propósito Waldron (1993a, p. 343): “[r]eflection on the rights of the citizen also undermines the other claim about individualism – the claim that first generation rights call only for inaction, rather than collective intervention, by the state. In fact, rights to democratic participation require much more than mere omissions by the state. They require officials to approach their task in a certain spirit, and they require the establishment of political structures to provide a place for popular participation and to give effect to people’s wishes, expressed by voting and other forms of pressure”.

<sup>10</sup> “Por ejemplo, cuando hablamos del derecho a la educación pensamos inmediatamente en la obligación positiva del Estado de impartir educación, construir escuelas, pagar a los maestros, dar becas, etc.; pero, a su vez, el Estado tiene obligaciones pasivas de no empujar la educación, de no expulsar a los niños de las escuelas, de no negar el acceso a la educación (en ciertas circunstancias), de no cobrar cuotas de inscripción o colegiatura cuando la educación es gratuita, etc.” (Cruz Parcerro, 2007, p. 76).

princípio democrático de autodeterminação política e o controle judiciário das eleições legislativas. Esta ligação adquire uma relevância proeminente no caso da ponderação entre direitos, e mais em particular na reflexão sobre seu fundamento democrático: a questão da idoneidade do poder judiciário, em virtude da sua estrutura institucional, para assumir decisões interpretativas mediante ponderação entre direitos fundamentais que, em princípio, se configurem como potencialmente aceitáveis dentro de uma determinada comunidade política. O elemento central que o debate sobre a legitimação democrática da ponderação judicial põe em destaque consiste na alternativa teórica entre seu caráter antinômico ou complementar em relação ao circuito democrático-representativo.

### **a) Alexy e a noção de “representação argumentativa”**

A tentativa mais sistemática de destacar a “racionalidade jurídica” da jurisdição constitucional e da ponderação tem sido realizada por Robert Alexy (2005, p. 572-581; 2015, p. 23-36), que defende uma concepção deliberativa da democracia de caráter abertamente normativo. Na sua análise fica bem patente a tensão entre a dimensão factual e a ideal: entre a positividade (a validade e a eficácia) e a pretensão de correção (moral) do direito<sup>11</sup>.

Essa abordagem salienta a incompletude do sistema jurídico e a necessidade da sua abertura a argumentos práticos gerais: o fenómeno jurídico não se esgota no conjunto das decisões formalmente corretas adotadas por uma autoridade política, mas inclui também, necessariamente, uma dimensão material (Alexy, 2008a, p. 281-299; Id., 2010, p. 167-182). Desde uma posição de objetivismo ético, Alexy identifica o direito com um sistema de normas que reclama uma “pretensão de correção” (*Anspruch auf Richtigkeit*), com a consequência de que não se podem considerar autenticamente jurídicos aqueles sistemas normativos que não apresentam, explícita ou implicitamente, essa pretensão<sup>12</sup>. A ponderação entre princípios constitucionais, nessa ótica, exige o recurso a teorias morais que excedem a dimensão jurídico-positiva.

O modelo teórico proposto por Alexy, cuja validade transcende em larga medida os pressupostos institucionais histórico-empíricos do contexto constitucional alemão<sup>13</sup>, concebe o direito como uma institucionalização da razão prática e propõe uma gestão das razões normativas dos direitos de um ponto de vista prevalentemente discursivo e procedimental. Segundo essa posição doutrinal, o órgão de justiça constitucional é chamado a configurar seu próprio pensamento como uma instância de reflexão do processo político por meio dos canais

<sup>11</sup> “Two properties are essential for law: coercion or force on the one hand, and correctness or rightness on the other. The first concerns a central element of the social efficacy of law, the second expresses its ideal or critical dimension. It is the central question of legal philosophy to ask how these two concepts are related to the concept of law and through it, to each other. All – or at least nearly all – questions of legal philosophy depend on the answer to this question” (Alexy, 2004, p. 163).

<sup>12</sup> Por uma análise crítica, ver García Amado (2014, p. 6-40) e Poggi, Sardo (2019, p. 181-208).

<sup>13</sup> Enquanto na *Teoria dos direitos fundamentais* o conteúdo dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade é mutuado pela Lei Fundamental alemã, em algumas obras sucessivas este conteúdo tende a ser justificado a partir das regras procedimentais do discurso, que estão na base de qualquer situação intersubjetiva e constituem uma condição transcendental do ordenamento jurídico no seu conjunto (ver, nomeadamente, Alexy, 1995, p. 130-131).

de uma “representação argumentativa”<sup>14</sup>, para que os cidadãos possam aprovar racionalmente as argumentações introduzidas no debate público, em um contexto cultural dominado pelo pluralismo ideológico e pela liberdade de expressar o próprio desacordo<sup>15</sup>. Deste modo, o grau de legitimação do Tribunal constitucional chega a depender do seu maior ou menor caráter representativo, ou seja, do seu vínculo ideal (relacionado com a dimensão argumentativa das suas decisões) com a vontade popular.

A execução dos princípios constitucionais requer um papel ativo, “extensivo”, do Tribunal constitucional, como aplicação de uma racionalidade prática e de uma pretensão de correção que encontram expressão nas técnicas ponderativas judiciais. Alexy (1997, pp. 7 ss) recorda a este respeito uma decisão tomada pelo *Bundesverfassungsgericht* em 1973 que confirma uma precedente sentença da Corte federal de justiça, que havia estendido a tutela do direito à privacidade para além dos casos previstos pela lei. Na fundamentação, o Tribunal constitucional argumenta a favor da sujeição do juiz não só à lei, mas também, em conformidade com o art. 20 do *Grundgesetz*, ao direito entendido como estritamente ligado aos valores constitucionais. Seu funcionamento, não limitável à mera garantia dos procedimentos e dos mecanismos institucionais, deveria inspirar-se em uma ideia de “moral pública”, entendida como representação comum das condições justas da cooperação social. Por outro lado, na ausência de uma legitimação democrática direta, o risco de um deslizamento na direção de um ordenamento social caracterizado por uma “ditadura dos juízes” pode ser evitado tratando de incluir a jurisdição constitucional dentro do processo democrático<sup>16</sup>.

## b) As objeções de Habermas

Também Jürgen Habermas debate o problema de legitimidade da justiça constitucional e da ponderação judicial no contexto de uma mais ampla teoria da democracia e dos direitos fundamentais. Na sua reflexão, orientada a uma profunda reconstrução das categorias interpretativas do constitucionalismo, o autor defende uma concepção deontológica dos direitos e princípios constitucionais, entendidos como “normas obrigatórias de ação” intersubjetivamente válidas para todos os destinatários sem exceções. Na sua análise da gênese lógica dos direitos, o autor destaca a existência de um “processo circular, no qual o

<sup>14</sup> “The starting point of the argument of argumentative representation is the fact that constitutional review is an exercise of state authority»; «[a]n adequate concept of democracy must [...] comprise not only decision but also argument. The inclusion of argument in the concept of democracy renders democracy deliberative. Deliberative democracy is an attempt to institutionalize discourse as far as possible as a means of public decision-making. For this reason, the connection between the people and the parliament must be determined not only by decisions expressed in elections and votes but also by argument” (Alexy, 2015a, p. 31-32). Sobre a noção de representação argumentativa, ver Kumm (2012, p. 206-207) e Oliver Lalana (2011, pp. 147-176).

<sup>15</sup> “Discursive constitutionalism, as a whole, is an enterprise of institutionalizing reason and correctness. If there exist sound and correct arguments as well as rational persons, reason and correctness are better institutionalized with constitutional review than without it” (Alexy, 2005, p. 581).

<sup>16</sup> “El riesgo del paternalismo del tribunal constitucional, en último término, sólo puede evitarse conectando *fácticamente* los argumentos del tribunal constitucional y los discursos de los ciudadanos. Cuando un tribunal constitucional esgrime sus argumentos iusfundamentales y demás argumentos de índole jurídico-constitucional en contra de los resultados del proceso democrático, no sólo hace valor *negativamente* que este proceso ha fracasado conforme a los parámetros de la formación discursiva de voluntad política, sino que se pretende también, *positivamente*, que si los ciudadanos entraran a tomar parte en un discurso jurídico-constitucional racional, también ellos aprobarían los argumentos del tribunal” (Alexy, 2003, p. 40).

código jurídico e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portando o princípio da democracia, se constituem desde o início *de modo cooriginário* (Habermas, 2010-2011, p. 158, grifo no texto). Entre direitos de liberdade e autonomia política, em outros termos, existe um nexo de implicação recíproca que representa a principal fonte de legitimação do direito moderno.

Segundo Habermas, a aplicação dos procedimentos alexyanos levaria a uma significativa perda de normatividade deontológica dos direitos e dos princípios constitucionais, que acabariam sendo entregues a considerações economicistas. O método da ponderação terminaria por reduzir o significado dos direitos à análise custos-benefícios, à sua consideração em termos de interesses utilitaristas. A representação dos direitos como bens ou valores que necessitam ser ponderados dentro de um caso concreto implicaria o risco de converter o Tribunal em um “negociador de valores”, em uma instância autoritária lesiva das prerrogativas do legislador.

Em oposição ao método da ponderação, Habermas retoma a proposta, formulada por Klass Günther (1988; Id., 1992, p. 36-76), da “teoria da norma adequada”, consistente em identificar, dentro das normas aplicáveis *prima facie*, a que mais cabe no específico contexto de aplicação.

Com específica referência ao Tribunal constitucional alemão, Habermas afirma que, como “guardião da democracia deliberativa”, deveria se limitar à garantia das condições procedimentais da formação do consenso democrático e dos processos deliberativos, evitando aquela forma autoritária de paternalismo que consiste em interpretar e aplicar os direitos unicamente de acordo com critérios éticos substantivos<sup>17</sup>. Essa concepção do papel da Corte se baseia em uma identificação dos princípios jurídicos com os valores morais, desconhecendo deste jeito a evolução do significado aos quais estão sujeitos uma vez positivados. A função atribuída à Corte coincide essencialmente com se ocupar da análise das normas controvertidas no que diz respeito aos pressupostos comunicativos e às condições procedimentais da legislação democrática; em se preocupar que fiquem abertos os “canais” necessários para o inclusivo processo de formação da opinião e da vontade por meio dos quais uma democrática comunidade jurídica organiza si mesma (Habermas, 2010-2011, p. 330-354).

A finalidade principal da Constituição deveria consistir na garantia dos “procedimentos políticos” mediante os quais os cidadãos podem tentar realizar em formas cooperativas o projeto de uma vida mais justa; pelo contrário, os juizes constitucionais deveriam tratar de garantir a regularidade dos processos de formação da vontade política. O vínculo da Corte e do legislador aos dados procedimentais da Constituição não implica (não deveria implicar) alguma confusão dos papéis:

---

<sup>17</sup> “[O] tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob condições da *política deliberativa*, que fundam legitimidade. Esta, por sua vez, está ligada aos pressupostos comunicativos pretensiosos de arenas políticas, que não se limitam à formação da vontade institucionalizada em corporações parlamentares, estendendo-se também à esfera pública política, bem como ao seu contexto cultural e à sua base social. Uma prática de autodeterminação deliberativa só pode desenvolver-se no jogo entre a formação da vontade de corporações parlamentares, programada para decisões e institucionalizada conforme o direito procedimental, e a formação política da opinião nos círculos informais da comunicação política” (Habermas, 2010-2011, p. 340). Para uma réplica, ver Alexy (2008b, p. 1-2).

[o] fato de o tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito – e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema dos direitos, à medida que persegue suas políticas. O tribunal torna a desamarrar o feixe de argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios do direito vigente; todavia ele não pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para uma configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita (Habermas, 2010-2011, p. 324).

Ora, por um lado, Alexy não proporciona nenhum parâmetro efetivo de avaliação das razões normativas em que deveria se fundar o modelo de representação proposto: não específica quantas pessoas, em conformidade com quais parâmetros concretos, deveriam aceitar os argumentos do Tribunal constitucional como corretos e racionais para poder justificar o controle de constitucionalidade. Por outro lado, também sobre as reflexões de Habermas pesa a ausência de procedimentos alternativos às técnicas ponderativas para delimitar o conteúdo das normas: o mecanismo da norma adequada parece de fato uma solução excessivamente abstrata em comparação à experiência jurídica concreta. No funcionamento efetivo do direito, de fato, acontece que ou um caso cabe dentro das condições de aplicação de uma norma, resultando, portanto, aplicável, ou recai fora (e, portanto, não resulta realmente aplicável). Se, como afirma Habermas, trata-se de escolher entre diferentes normas aplicáveis *prima facie*, isso pode significar: 1) que uma ou algumas delas não seja/sejam realmente aplicável/eis; 2) que existem várias normas aplicáveis ao caso, mas que somente uma delas é “adequada” e, portanto, aplicável. Na primeira hipótese, ao menos sempre que se alegue que exista necessariamente uma única norma aplicável ao caso concreto, estaríamos diante de uma *petitio principii*; na segunda hipótese, não se percebe qual seria a diferença entre a “seleção da norma adequada” e a determinação da norma destinada a prevalecer como resultado de uma ponderação.

### c) As objeções de Ferrajoli

A teoria de Alexy tem sido objeto de uma atenta leitura crítica por parte de Luigi Ferrajoli<sup>18</sup>, que, apesar de concordar com a interpretação do constitucionalismo do segundo pós-guerra mundial como um novo paradigma para a reflexão jurídica e na adesão ideológica à forma representada pelo Estado constitucional de direito<sup>19</sup>, defende uma abordagem de “constitucionalismo garantista” (positivista) centrado na tese de que os direitos fundamentais implicam a existência ou impõem a introdução das relativas garantias. Trata-se de uma

<sup>18</sup> Por uma reconstrução do debate, ver Ansuátegui Roig (2018, p. 229-252) e Di Carlo (2015, p. 7-22).

<sup>19</sup> Ver Alexy (1987, p. 405-419) e Ferrajoli (1999b, p. 105 ss). Ferrajoli, é conveniente precisar, compartilha a postura de adesão ideológica face o Estado constitucional enquanto forma de organização iuspolítica considerada particularmente idônea para tutelar determinados valores (a democracia em um sentido substancial, a igualdade, os direitos fundamentais), não também face às práticas interpretativas e argumentativas nele difundidas (cf., neste sentido, Pino, 2011, p. 969).

posição que propugna a subjeção da legislação a normas sobre a produção de caráter formal e substancial, cuja violação gera “antinomias por comissão” ou “lacunas por omissão”.

O aparato teórico de Ferrajoli estrutura-se ademais em torno da finalidade normativa de minimizar a incidência dos conflitos entre direitos, ao enfatizar vice-versa sua interdependência multifuncional<sup>20</sup>. A peculiaridade da posição do autor consiste em perseguir este objetivo por intermédio de um plano conceitual e definitório que afeta a estrutura dos direitos fundamentais, apresentando um conjunto de teses que têm caráter explicativo em relação a uma específica experiência jurídica, isto é, a do Estado constitucional contemporâneo. O discurso elaborado, porém, não pretende descrever assepticamente a realidade jurídica, mas possui expressamente importantes repercussões no plano normativo, ao ser instrumental no que respeita a persecução de fins e valores como a igualdade, a democracia, a paz e a tutela dos sujeitos mais frágeis. O modelo proposto, mais precisamente, tem um valor prescritivo, que reside precisamente no objetivo de identificar as eventuais assimetrias entre o Estado constitucional como modelo teórico e o funcionamento concreto do direito, a fim de emendar seus defeitos constantemente presentes.

A Constituição (a “esfera do indecível”), representando o dever ser em relação à ação do legislador, prevê implicitamente lacunas e antinomias que o legislador tem de eliminar adequando continuamente o ordenamento jurídico infraconstitucional àquilo constitucional. Central, neste modelo, que aspira a ser conjuntamente explicativo e normativo (ou seja, subordinado à promoção de determinados fins ético-políticos), é também a distinção dogmática entre regras – normas das quais seria fácil detectar sua observância e sua violação – princípios diretivos – normas que fixariam objetivos e valores políticos – e princípios regulativos (como os direitos fundamentais), normas mistas que compartilhariam das primeiras a facilidade da detecção de sua observância ou inobservância, e dos segundos o alcance argumentativo (como todas as regras teriam que ser aplicadas por subsunção, todos os princípios teriam a estrutura de argumentos).

Diferentemente de Habermas, Ferrajoli considera a ponderação como uma técnica substancialmente fisiológica dentro dos ordenamentos jurídicos das atuais democracias constitucionais; acredita, contudo, que sua relevância tende a ser acentuada por diversas abordagens doutrinárias (em particular de caráter neoconstitucionalista)<sup>21</sup>, em detrimento do que deveria ser o justo perímetro das relações de poder entre legislador e juízes: a ubiquidade da prática da ponderação judicial acaba por determinar uma subversão da hierarquia das fontes. Além disso, a ponderação pode ser evitada identificando hierarquias fixas entre direitos constitucionais de caráter diferente ou, por outro lado, harmonizando preventivamente os conflitos entre direitos constitucionais do mesmo grau, por meio de uma especificação das respectivas condições de aplicação (ver Ferrajoli, 2016, cap. VII e id., 2018).

Na maioria das vezes, afirma Ferrajoli (2013, p. 125), os juízes descobrem as hierarquias axiológicas e jurídicas inerentes à Constituição; a fase da ponderação coincide, pelo contrário,

---

<sup>20</sup> Ver, em particular, Ferrajoli (1989; 2001; 1999a).

<sup>21</sup> Ferrajoli defende ao invés uma perspectiva de juspositivismo “crítico”, orientada a dar conta das metamorfoses introduzidas pelo Estado constitucional em relação ao funcionamento e à interpretação do direito. Sobre a relação entre Ferrajoli e o neoconstitucionalismo, ver Pino (2011) e Prieto Sanchís (2008, p. 325-354).

com um momento sucessivo à aplicação dos princípios regulativos e relativo só às circunstâncias fáticas do caso (como, por exemplo, a avaliação das circunstâncias atenuantes ou agravantes nos casos de reatos). Na maioria dos casos, aliás, são configuráveis as violações (os comportamentos que é “obrigatório” não ter ou ter) dos direitos<sup>22</sup>.

O constitucionalismo “principlista” de Alexy – objeto o autor –, com a sua excessiva ênfase do papel dos princípios (“diretivos”, na reconstrução de Ferrajoli) e do ativismo judiciário, comporta uma atenuação do caráter preceptivo dos textos constitucionais e um enfraquecimento da normatividade dos direitos fundamentais. A aplicação dos princípios constitucionais termina deste modo por ser remetido pelas escolhas discricionais dos juízes, que deveriam estar submetidos à Constituição, determinando uma lesão do princípio da separação dos poderes. A proposta teórica alternativa formulada por Ferrajoli (2010, p. 2815) consiste em uma diversa técnica argumentativa que teria o mérito de conter a inflação dos conflitos normativos gerada por uma utilização imprópria da ponderação. Para limitar seu uso, argumenta o autor, é oportuno recorrer a um modelo de escritura constitucional clara, rigorosa, com direitos formulados (e, portanto, interpretáveis) de maneira igualmente precisa, utilizando sempre que possível sua aplicação silogística. Do ponto de vista descritivo, os juízes, de fato, na maioria dos casos, não constroem hierarquias móveis mediante ponderação, mas descobrem hierarquias axiológicas e jurídicas já inerentes à Constituição.

Na sequência desta determinação, Ferrajoli (2015, p. 43) analisa criticamente a tentativa alexyana da legitimação da ponderação judicial: “La rappresentanza politica – alega – consiste nella rappresentanza delle volontà, degli interessi, delle opzioni e degli orientamenti politici degli elettori, e non certo nella rappresentanza di un ideale consenso popolare prestato all’argomentazione giurisdizionale in forza del suo carattere razionale”. A legitimação democrática das “funções de governo” (as funções de inovação e transformação jurídica) descansa, de fato, na representação política, isto é, na ideia de que novas decisões, como são sobretudo as leis, sejam tomadas com o consenso ou com a participação inclusive indireta dos seus destinatários. Ao contrário, a legitimação democrática das “funções de garantia”, e tipicamente da função judiciária, não somente é independente, mas inclusive potencialmente em contraste com o consenso popular (a conexão com a soberania popular deriva da aplicação da lei e da Constituição)<sup>23</sup>. Este tipo de legitimação consiste no apuramento da verdade dos pressupostos do seu exercício: no caso da jurisdição, nomeadamente, baseia-se na verdade processual das teses que averiguam a violação jurídica submetida a juízo.

<sup>22</sup> “Il principio di uguaglianza, per esempio, di fronte alla sua violazione si converte e si comporta come divieto perentorio di discriminazioni. I diritti di libertà, come la libertà di stampa o di riunione o di associazione, di fronte alle loro violazioni si convertono e si comportano come i corrispondenti e perentori divieti, come il divieto della censura o di altri atti o comportamenti lesivi di tali diritti. I diritti alla salute e all’istruzione (in Italia “per almeno otto anni”, dice l’art. 34), a loro volta, impongono perentoriamente (*definitively*) le prestazioni sanitarie e l’istruzione obbligatoria. In tutti questi casi, dunque, i diritti fondamentali vengono in rilievo come regole e la loro applicazione ha la forma della sussunzione delle loro violazioni nei divieti o negli obblighi ad essi corrispondenti. Certamente ci sono norme costituzionali che enunciano principi direttivi utilizzando il linguaggio dei diritti: è il caso del “diritto al lavoro” previsto dall’art. 4 della Costituzione italiana che in realtà, non essendo configurabili specifici comportamenti che ne siano violazioni, non è certamente una regola. Ma la maggior parte dei diritti fondamentali sono riducibili a regole, se per regole intendiamo, ripeto, tutte le norme che vietano o impongono qualcosa, come sono i diritti di libertà, dei quali è vietata la lesione o restrizione, e i diritti sociali dei quali è obbligatoria la soddisfazione” (Ferrajoli, 2015, p. 47).

<sup>23</sup> Ver Ferrajoli (2007, p. 869-875).

Dentro das atuais democracias constitucionais, poder político e poder judiciário contam com diversas fontes de legitimação e diferentes modalidades de exercício<sup>24</sup>: o poder político baseia-se em um critério de legitimação democrático-eletivo, caracterizado por uma regra majoritária; os poderes de garantia como a Corte constitucional encontram sua fonte de legitimação na tarefa de garantir o respeito dos limites do poder e proteger os direitos, bem como nos requisitos de competência e independência. Será oportuno falar, neste caso, de “legitimação de segundo grau” decorrente do sistema constitucional, no sentido de não reconduzível a uma direta investidura popular. Porém, os órgãos de justiça constitucional, embora não derivem sua autorização do voto popular, podem ser vistos como democraticamente legitimados pela função profissional desempenhada, pelas modalidades de exercício das funções a eles constitucionalmente atribuídas: no contexto italiano, por exemplo, o controle de constitucionalidade das leis para garantia da Constituição, a aplicação do princípio de igualdade (com base na qual a Corte chegou à elaboração do controle de razoabilidade), a tarefa de mediação e recomposição dos conflitos sociais mediante a técnica da ponderação, e, por fim, a função da tutela dos direitos fundamentais.

À luz dessas considerações, se, por um lado, a argumentação jurídica não pode ser reconduzida aos mecanismos de responsabilidade democrática próprios da representação política, por outro lado a tese da representação argumentativa conserva igualmente sua função crítico-normativa como ferramenta ideal para avaliar a qualidade democrática das decisões judiciais.

## **A divisão social do trabalho da administração dos direitos**

No contexto de uma articulada divisão do trabalho como a que caracteriza a gestão dos direitos dentro do constitucionalismo contemporâneo, os princípios substantivos da Constituição outorgam ao legislador um espaço de autonomia no qual se inserem as eleições políticas<sup>25</sup>. Joseph Raz (1994, p. 338), a este respeito, utiliza uma analogia referida às decisões que tomamos na nossa vida individual:

[h]ence in deciding whether to spend public resources on museums or sport facilities, whether to concentrate them in a few regional centers or disperse them among many towns, whether to favour conservation of the countryside and of farming communities or to encourage urbanization based on service industries, or indeed whether to generate more public resources through taxation or to leave more resources with individuals to do with what they like, in these and many other questions there may be no solution which is best, only a range of incompatible solutions to choose from which are all good. This view

---

<sup>24</sup> Gustavo Zagrebelsky (1988, p. 97), em particular, distingue entre democracia como tipo de investidura de sujeitos e democracia como tipo de função: segundo essa última lógica, portanto, pode-se compreender com maior facilidade a existência de órgãos não democraticamente eleitos (os juízes independentes, em geral, e os tribunais constitucionais, em particular) que desempenham funções essenciais para qualquer democracia constitucional. “[I]n una Costituzione non monistica – escreve – che accoglie in sé diversi principi ispiratori, l’organo investito della funzione di controllo non partecipa conseguentemente di un fondamento analogo a quello degli organi politicamente attivi ove si esprime il principio di maggioranza” (Zagrebelsky, 1982, p. 111).

<sup>25</sup> José Juan Moreso (2006, p. 139), a este respeito, refere-se ao “valor expressivo da democracia”.

relates to one aspect of morality and rationality. It concerns those aspects of morality and rationality whereby they contribute to the morality of an action by its being guided by reasons, moral ones where they pertain. An action can be moral not because of the reasons for which it is done but because of what it expresses. A political decision can be rational because it expresses ‘the will of the people’, *i.e.* it was reached in ways which realize the value of participation in public affairs, regardless of its consequences or the reasons which motivated it. The fact that within a certain range reasons are silent on which decision ought to be taken has important consequences for the evaluation of political institutions, partly because of its implications regarding the relative role of expressive and guiding reasons in their evaluations.

Em definitiva, se se assumir como atributo da legitimação do controle de constitucionalidade uma noção procedimental de democracia como conjunto de regras que conferem ao povo ou, melhor ainda, à maioria dos seus membros, o poder de assumir decisões públicas para tutelar o interesse coletivo, a tentativa de incorporar a ponderação no circuito democrático parece inexoravelmente destinada ao fracasso<sup>26</sup>. Por outro lado, essa operação pode adquirir significado no terreno de uma concepção substancial da democracia centrada em um núcleo de princípios e valores.

Como salienta Giorgio Pino (2014, p. 550), uma “organizzazione giuspolitica in cui è presente una forma di controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi risponde meglio delle alternative agli ideali costituzionalistici del potere limitato e anche ad una certa declinazione della stessa democrazia che, seguendo Philip Pettit, potremmo chiamare ‘democrazia contestatrice’”<sup>27</sup>.

Em um sistema caracterizado pela soberania constitucional, por força de uma decisão originária do poder constituinte, a legitimidade do legislador descende principalmente da sua aplicação dos conteúdos e dos programas normativos da Constituição<sup>28</sup>. As decisões judiciais, baseadas em uma autorização decorrente do sistema constitucional, estão investidas de uma legitimidade que poderia se considerar indireta.

Neste sentido, o controle de constitucionalidade e a concretização do conteúdo dos direitos fundamentais mediante ponderação podem constituir um elemento para reforçar a democraticidade do sistema político e um instrumento para proteger os direitos, introduzindo argumentos e razões que aumentem a conscientização da opinião pública sobre sua função

<sup>26</sup> “Tale accezione identifica la democrazia semplicemente sulla base delle forme e delle procedure idonee a garantire che le decisioni prodotte siano espressione, diretta o indiretta, della volontà e della sovranità popolare. La identifica, in breve, in base al chi (il popolo o i suoi rappresentanti) ed al come (la regola della maggioranza) delle decisioni, indipendentemente dai loro contenuti” (Ferrajoli, 2007, p. 5). Se se considera, por exemplo, a Corte constitucional italiana, importa referir que os quinze juizes que a compõem são nomeados em partes iguais pelo Presidente da República, pelo Parlamento em sessão comum e pelas supremas magistraturas civil e administrativa. Segundo essa perspectiva, deveria se concluir que eles não são designados de modo “democrático”.

<sup>27</sup> Sobre a noção de democracia contestadora (a possibilidade para os cidadãos de criticar e colocar em causa as decisões assumidas pelos seus representantes, e, no caso, corrigi-las com base nos direitos individuais lesados), ver Pettit (1999, p. 163-190; Id., 2000). Sobre o mesmo assunto, ver também a leitura do agir político como combinação de três níveis (“constitucional”, “eleitoral-ordinário”, “espontâneo-movimentista”) oferecida por Kalyvas (2008).

<sup>28</sup> Cf. em particular Acosta Sánchez (1998, p. 366): “el legislador no es democrático *per se*, aunque exprese la voluntad de la mayoría parlamentaria, sino sólo en el respeto a la Constitución, que expresa una voluntad superior a la suya, la del pueblo soberano”. Por uma linha argumentativa semelhante, tendente a enraizar a justiça constitucional no circuito democrático mediante o recurso a princípios metademocráticos, ver, sobretudo, Brewer-Carias (1996, p. 65 ss.), Nogueira (2004, p. 13 ss.) e Ruggeri, Spadaro (2004, p. 10 ss).

dentro da sociedade. Dentro de um contexto como o dos Estados constitucionais contemporâneos, no qual o poder decisório de última instância resulta fragmentado, diferido, distribuído, a prática da ponderação também se torna uma ocasião para o desenvolvimento de uma relação de interação entre juiz e legislador, por meio de canais comunicativos baseados essencialmente na argumentação e na razoabilidade: o legislador é obrigado a fundamentar suas escolhas e o juiz a avaliar as justificativas do legislador de acordo com determinados critérios. Por fim, o debate público acaba se enriquecendo de novas vozes, novas ideias políticas e sociais, com uma significativa ampliação do espaço de deliberação. O princípio democrático de autonormação coletiva, desta forma, pode entrar em uma relação sinérgica com outros princípios metademocráticos, a partir do conjunto dos direitos fundamentais que concorrem para definir a dimensão substancial do Estado constitucional.

## Referências bibliográficas

- ACOSTA SÁNCHEZ, J. 1998. *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*. Madrid, Tecnos.
- ALEXY, R. 1987. Rechtssystem und praktische Vernunft. *Rechtstheorie*, **18**(4):405-419.
- \_\_\_\_\_. 1995. *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt a.M., Suhrkamp.
- \_\_\_\_\_. 1997. *Concetto e validità del diritto*. Trad. it. Torino, Einaudi.
- \_\_\_\_\_. 2003. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta.
- \_\_\_\_\_. 2004. The Nature of Legal Philosophy. *Ratio Juris*, **17**(2):156-167.
- \_\_\_\_\_. 2005. Balancing, Constitutional Review, and Representation. *International Journal of Constitutional Law*, **3**(4):572-581.
- \_\_\_\_\_. 2008a. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, **21**(3):281-299.
- \_\_\_\_\_. 2008b. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. *La Ley*, Oct. 09:1-2.
- \_\_\_\_\_. 2010. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, **23**(2):167-182.
- \_\_\_\_\_. 2015a. Constitutional Rights, Democracy, and Representation. *Rivista di filosofia del diritto*, **1**:23-36.
- \_\_\_\_\_. 2015b. *Teoria dos direitos fundamentais* [1985]. Trad. port. São Paulo, Malheiros.
- ANSUÁTEGUI ROIG, J. F. 2018. Institucionalización de la razón y representación argumentativa la crítica del constitucionalismo garantista. *Anuario de filosofía del derecho*, **34**:229-252.
- BARBERIS, M. 2006. I conflitti tra diritti tra monismo e pluralismo etico. In: P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica 2006*. Torino, Giappichelli.
- BIN, R. 2000. Diritti e fraintendimenti. *Ragion pratica*, **14**:15-25.
- BREWER-CARÍAS, A. 1996. *Instituciones políticas y constitucionales. Tomo VI – Justicia constitucional*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.
- CRUZ PARCERO, J. A. 2007. *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Madrid, Trotta.

- DI CARLO, L. 2015. Introduzione. Tra costituzionalismo garantista e costituzionalismo principialista. *Rivista di filosofia del diritto*, **1**:7-22.
- DICIOTTI, E. 2006. *Il mercato delle libertà: l'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*. Bologna, Il Mulino.
- FERRAJOLI, L. 1989. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, Laterza.
- \_\_\_\_\_. 1999a. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. esp. de A. Ibáñez e A. Greppi. Madrid, Trotta.
- \_\_\_\_\_. 1999b. *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. Roma-Bari, Laterza.
- \_\_\_\_\_. 2001. I fondamenti dei diritti fondamentali. In: E. Vitale (ed.), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma-Bari, Laterza.
- \_\_\_\_\_. 2007. Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*. 2 voll. Roma-Bari, Laterza.
- \_\_\_\_\_. 2010. Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista. *Giurisprudenza costituzionale*, **55**(3):2771-2816.
- \_\_\_\_\_. 2013. *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*. Roma-Bari, Laterza.
- \_\_\_\_\_. 2015. Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy. *Rivista di filosofia del diritto*, **1**
- \_\_\_\_\_. 2016. *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*. Roma-Bari, Laterza.
- \_\_\_\_\_. 2018. *Contro il creazionismo giudiziario*. Modena, Mucchi, Modena.
- FREDMAN, S. 2008. *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*. Oxford, Oxford University Press.
- GARCÍA AMADO, J.A. 2014. Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas. *Eunomia*, **7**:6-40.
- GUASTINI, R. 1990. La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano. *Ragion pratica*, **11**:185-206.
- \_\_\_\_\_. 1996. *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino, Giappichelli.
- GÜNTHER, K. 1988. *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendung Diskurse in Moral und Recht*. Frankfurt a.M., Suhrkamp.
- \_\_\_\_\_. 1992. Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral. *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, **45**:36-76.
- HABERMAS, J. 2010-2011. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 voll. trad. port. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- HOHFELD, W.N. 1923. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. Ed. by W.W. Cook. New Haven, Yale University Press.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. 1999. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York, W.W. Norton & Co.
- KALYVAS, A. 2008. *Democracy and the Politics of the Extraordinary*. Cambridge (Massachusetts), Cambridge University Press.
- KRAMER, M. H. 2000. Rights Without Trimmings. In: M. H. Kramer, *A Debate over Rights*. Oxford, Oxford University Press.

- KUMM, M. 2012. Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review. In: M. Klatt (ed. by), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford, Oxford University Press, p. 206-207.
- MACCORMICK, N. 1977. Rights in Legislation. In: P. M. Z. Hacker and J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford, Oxford University Press, 189-209.
- MORESO, J.J. 2006. Ferrajoli sui conflitti tra diritti. *Diritto & Questioni pubbliche*, 6:133-141.
- NOGUEIRA, H. 2004. *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*. México, Porrúa.
- OLIVER LALANA, Á. D. 2011. Representación argumentativa y legitimidad democrática en las decisiones judiciales. In: Á.D. Oliver Lalana, L. Clérico, J.-R. Sieckmann (a cargo de), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada, Comares, p. 147-176.
- PRIETO SANCHÍS, L. 2008. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional (resenha de). *Doxa*, 31:325-354.
- PINO, G. 2014. Diritti fondamentali e principio di proporzionalità. *Ragion Pratica*, 2:541-556.
- \_\_\_\_\_. 2011. Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici. *Giurisprudenza costituzionale*, 56(1):969.
- PETTIT, P. 1999. Republican Freedom and Contestatory Democratization. In: I. Shapiro, C. Hacker-Cordon (ed.), *Democracy's Value*. Cambridge, Cambridge University Press.
- \_\_\_\_\_. 2000. Democracy, Electoral and Contestatory. In: I. Shapiro, S. Macedo (ed.), *Designing Democratic Institutions*. New York, New York University Press.
- PINTORE, A. 2004. *I diritti della democrazia*. Roma-Bari, Laterza.
- POGGI, F.; SARDO, A. 2019. Il paradosso di Alexy. Una critica all'argomento della pretesa di correttezza. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 19(1):181-208.
- POSNER, R. A. 2014. *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- RAZ, J. 1994. Law and Morality. In: J. Raz, *Ethics in the Public Domain*. Oxford, Oxford University Press.
- RUGGERI, A.; SPADARO, A. 2004. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Torino, Giappichelli.
- SHUE, H. 1980. *Basic rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*. Princeton, Princeton University Press.
- TARELLO, G. 1980. *L'interpretazione della legge*. Milano, Giuffrè.
- ZAGREBELSKY, G. 1982. La Corte costituzionale e il legislatore. In: P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (ed.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*. Bologna, Il Mulino.
- \_\_\_\_\_. 1988. *La giustizia costituzionale*. Bologna, Il Mulino.
- WALDRON, J. 1988. *The Right to Private Property*. Oxford, Oxford Clarendon Press.
- \_\_\_\_\_. 1993a. Can Communal Goods be Human Rights? In: J. Waldron, *Liberal Rights: collected papers 1981-91*. Cambridge, Cambridge University Press.
- \_\_\_\_\_. 1993b. Rights in Conflict (orig. 1981). In: J. Waldron, *Liberal Rights: collected papers 1981-91*. Cambridge, Cambridge University Press.

Submetido: 19/12/2019

Aceito: 19/04/2021