

# Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo

DIREITOS FUNDAMENTAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS  
E PROTAGONISMO JUDICIÁRIO

2018

Eduardo Cambi

**NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO  
DIREITOS FUNDAMENTAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E PROTAGONISMO JUDICIÁRIO**

© Almedina, 2018

AUTOR: Eduardo Cambi

DIAGRAMAÇÃO: Almedina

DESIGN DE CAPA: FBA

ISBN: Eduardo Cambi

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

---

Cambi, Eduardo

Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:  
direitos fundamentais, políticas públicas e  
protagonismo judiciário / Eduardo Cambi. -  
2. ed. -- São Paulo : Almedina, 2018.

**Bibliografia.**

ISBN 978-85-8493-279-5

1. Direito - Filosofia 2. Direito constitucional
3. Direito processual 4. Direitos fundamentais
1. Título.

18-15792 CDU-340.12

---

1. Neoconstitucionalismo : Filosofia do direito 340.12

2. Neoprocessualismo : Filosofia do direito 340.12

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

Este livro segue as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (1990).

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro, protegido por copyright, pode ser reproduzida, armazenada ou transmitida de alguma forma ou por algum meio, seja eletrônico ou mecânico, inclusive fotocópia, gravação ou qualquer sistema de armazenagem de informações, sem a permissão expressa e por escrito da editora.

Janeiro, 2018

**EDITORA: Almedina Brasil**

Rua José Maria Lisboa, 860, Conj.131 e 132, Jardim Paulista | 01423-001 São Paulo | Brasil

editora@almedina.com.br

www.almedina.com.br

## SUMÁRIO

Introdução.....	13
1. Neoconstitucionalismo .....	19
1.1 Conceito moderno de Constituição.....	19
1.2 Função da Constituição: caráter transformador.....	20
1.3 Constituição e contrato social .....	26
1.4 Aspectos históricos e dimensões, horizontal e vertical, dos direitos fundamentais .....	29
1.5 Afirmção histórica dos direitos humanos fundamentais .....	37
1.6 Direitos fundamentais e patrimoniais .....	52
1.7 Constitucionalismo inclusivo e o direito fundamental à inclusão social .....	59
2. Direito e Constituição .....	68
2.1 Constitucionalização dos direitos infraconstitucionais .....	68
2.3 Constitucionalismo mundial e multiculturalismo emancipatório.....	81
3. Neopositivismo .....	97
3.1 Introdução .....	98
3.2 Características do positivismo jurídico .....	98
3.2.1 <i>Identificação plena do direito com a lei</i> .....	99
3.2.2 <i>A completude do ordenamento jurídico</i> (não admissão de lacunas) .....	101
3.2.3 <i>Não reconhecimento dos princípios como normas</i> .....	101
3.2.4 <i>Dificuldade para explicar os conceitos indeterminados</i> .....	102
3.2.5 <i>A identificação entre vigência e validade da lei</i> .....	103
3.2.6 <i>Formalismo jurídico</i> .....	103
3.2.7 <i>Identificação da legalidade com a legitimidade</i> .....	103

3.3 Características do neopositivismo .....	105
3.3.1 Introdução .....	105
3.3.2 Superação do legalismo .....	105
3.3.3 Constituição, normatividade, valores e sistema jurídico ideal.....	109
3.3.4 Diferenças entre regras e princípios .....	113
3.3.5 Direitos fundamentais são sempre princípios?.....	121
3.3.6. As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.....	128
3.3.7 Método concretista da norma jurídica.....	134
3.3.8 Superação do formalismo jurídico (e processual) .....	140
3.3.9 Rejeição do império do silogismo judicial .....	152
3.3.10 Interpretação e argumentação: pretensão de verdade ou de correção ...	159
3.3.11 Normatividade e solução de casos concretos .....	167
3.3.12 Fim da rígida separação entre o direito e a moral .....	172
3.3.13 Conteúdo da norma e legitimidade do direito.....	183
3.3.14 O problema da racionalidade da jurisprudência e dos precedentes .....	185
3.3.14.1 As reformas constitucionais e processuais.....	185
3.3.14.2 A uniformização judicial do direito .....	188
3.3.14.3 A vinculação do juiz aos precedentes.....	200
3.3.14.4 A vinculação do juiz aos precedentes.....	206
3.3.14.5 A importância dos precedentes jurisprudenciais como fonte do Direito .....	213
4. Expansão da jurisdição constitucional.....	228
4.1 Revisão do princípio da separação dos poderes no Estado Contemporâneo .....	228
4.1.1 O princípio da separação dos poderes no Estado Liberal .....	228
4.1.2 O princípio da separação dos poderes a partir do Estado do Bem-Estar Social e de seus desdobramentos contemporâneos (Estado Pós-Social) .....	233
4.1.3 A crise da democracia representativa .....	241
4.1.4 Crise da democracia representativa, revitalização dos partidos políticos e desenvolvimento da democracia brasileira.....	248
4.1.5 Democracia e direitos fundamentais .....	256
4.1.6 Desneutralização política do Judiciário.....	267
4.1.7 Judiciário e democracia .....	274
4.2 Princípio da supremacia da Constituição e controle da constitucionalidade.	279
4.3 Direito fundamental à tutela jurisdicional .....	287
4.3.1 Introdução .....	287
4.3.2 Judicialização da política .....	287

4.3.3	<i>Efetivação judicial dos direitos fundamentais sociais</i> .....	291
4.3.4	<i>Direito fundamental à tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva</i> .....	295
4.3.5	<i>Devido processo legal substancial e a cláusula de proibição de retrocesso social</i>	303
4.3.6	<i>Controle jurisdicional da discricionariedade administrativa</i> .....	316
4.3.7	<i>Protagonismo judiciário</i> .....	324
4.3.8	<i>Proteção jurisdicional das omissões inconstitucionais</i> .....	331
5.	<i>Críticas à expansão da jurisdição constitucional</i> .....	351
5.1	<i>Legitimidade democrática dos juízes</i> .....	352
5.1.1	<i>Introdução</i> .....	352
5.1.2	<i>Direito e política</i> .....	352
5.1.3	<i>Liberdade judicial e controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário</i> .....	357
5.2	<i>Procedimentalismo versus substancialismo</i> .....	371
5.3	<i>Judiciário como legislador positivo ou negativo</i> .....	380
5.4	<i>Decisões judiciais, baseadas em princípios, com conteúdos morais</i> .....	399
5.5	<i>Reserva da consistência</i> .....	413
5.6	<i>Dever de motivação das decisões judiciais e teoria da argumentação jurídica</i> .....	422
5.6.1	<i>Motivação judicial como exigência racional do Estado Democrático de Direito</i> .....	422
5.6.2	<i>Decisão correta ou suficientemente motivada</i> .....	435
5.6.3	<i>Racionalidade e correção das decisões judiciais</i> .....	449
5.6.4	<i>Direitos fundamentais e dever de motivação</i> .....	456
5.6.5	<i>Provas estatísticas</i> .....	458
5.6.6	<i>Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova</i> .....	466
5.7	<i>Reserva do possível e mínimo existencial</i> .....	482
5.7.1	<i>Processo e cidadania</i> .....	482
5.7.2	<i>Os custos da realização dos direitos</i> .....	495
5.7.3	<i>Aspectos orçamentários</i> .....	497
5.7.4	<i>Direito fundamental à liberdade e mínimo existencial</i> .....	501
5.7.5	<i>Conceito de mínimo existencial</i> .....	505
5.7.6	<i>Mínimo existencial versus reserva do possível</i> .....	514
5.7.7	<i>Vetores hermenêuticos para invalidar decisões políticas inconstitucionais</i> ...	531
5.7.8	<i>Políticas públicas minimamente eficientes: direito às informações adequadas e conhecimento multidisciplinar</i> .....	541
5.7.9	<i>Controle judicial do orçamento público</i> .....	563
5.7.10	<i>Universalização das políticas públicas, conteúdo dos direitos fundamentais sociais e argumentação jurídica</i> ..	571
5.7.11	<i>Técnica da ponderação</i> .....	593
5.7.12	<i>Postulado da concordância prática</i> .....	596

5.7.13	<i>Proporcionalidade e razoabilidade</i> .....	609
5.7.14	<i>A fórmula do peso de Robert Alexy</i> .....	624
5.7.15	<i>Alcance da reserva do possível em países de modernidade tardia</i> .....	636
5.7.16	<i>Legitimação e criatividade judiciais</i> .....	638
5.7.17	<i>Consequências jurídicas do controle judicial das políticas públicas e outras formas de combater a corrupção para melhor efetivar os direitos fundamentais sociais</i> .....	643
5.8.	<i>Estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios</i> .....	648
5.9.	<i>Métodos de solução consensual de conflitos no Novo Código de Processo Civil e na legislação específica</i> .....	658
5.10.	<i>Ministério Público Social e proteção dos direitos fundamentais sociais</i> .	674
5.11.	<i>Exclusão social, cidadania, combate à corrupção e efetividade dos direitos fundamentais sociais</i> .....	690
5.11.1.	<i>Os fascismos e a exclusão social</i> .....	690
5.11.2.	<i>Cidadania ativa e solidária</i> .....	692
5.11.3.	<i>Política cidadã</i> .....	697
5.11.4.	<i>Corrupção e educação</i> .....	700
5.11.5.	<i>Repressão da corrupção sistêmica no Brasil para a melhor efetivação dos direitos fundamentais sociais</i> .....	711
6.	<i>Generalização dos Direitos Fundamentais</i> .....	727
7.	<i>A obtenção de respostas corretas/adequadas à Constituição e a necessidade de superação dos casuísmos judiciais</i> .....	731
	<i>Índice</i> .....	765