

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.	Críticas à expansão da jurisdição constitucional	351
5.1	Legitimidade democrática dos juízes	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	Procedimentalismo versus substancialismo	371
5.3	Judiciário como legislador positivo ou negativo	380
5.4	Decisões judiciais, baseadas em princípios, com conteúdos morais	399
5.5	Reserva da consistência	413
5.6	Dever de motivação das decisões judiciais e teoria da argumentação jurídica	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	Reserva do possível e mínimo existencial	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