



### **Autores**

George Salomão Leite  
Glauco Salomão Leite  
Lenio Streck

## **NEOCONSTITUCIONALISMO** Avanços e Retrocessos

### **Área específica**

Direito Constitucional.

### **Áreas afins**

Teoria do Direito, Filosofia do Direito,  
Hermenêutica Jurídica.

### **Público-alvo/consumidores**

Estudantes de Direito; Acadêmicos da área;  
Juízes; Procuradores; Defensores; Advogados  
e demais profissionais da área jurídica.

Com os processos de redemocratização vivenciados em diversos países da Europa e da América Latina ao longo da segunda metade do século passado, emergiu um novo paradigma no pensamento jurídico denominado “neoconstitucionalismo”. Suas bases teóricas e filosóficas, apoiadas num sedutor discurso comprometido com valores éticos e direitos fundamentais, provocaram um intenso debate acerca de suas implicações na Teoria do Direito e da Constituição. A presente obra, todavia, reúne estudos críticos sobre vários elementos da doutrina neoconstitucional. Investiga suas supostas virtudes cognitivas, apontando não apenas para inconsistências teóricas e metodológicas, como também para os desvios decorrentes da aplicação equivocada de alguns de seus componentes, como a teoria dos princípios e o método da ponderação. Além disso, os estudos aqui publicados analisam a relação entre o neoconstitucionalismo e o fenômeno do protagonismo judicial nos sistemas constitucionais contemporâneos, ressaltando os riscos que a expansão excessiva da justiça constitucional, baseada na discricionariedade interpretativa e na possibilidade de correção moral do direito, representa para os atuais regimes democráticos.

**FORMATO:** 17 X 24 cm

**CÓDIGO:** 10001130

N438 Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos/ George Salomão Leite, Glauco Salomão Leite, Lenio Luiz Streck (Coord.).– Belo Horizonte: Fórum, 2017.

232 p.

ISBN: 978-85-450-0235-2

1. Direito Constitucional. 2. Direito Público. I. Leite, George Salomão. II. Leite, Glauco Salomão. III. Streck, Lenio Luiz. IV. Título.

CDD 341.2

CDU 342

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 232 p. ISBN 978-85-450-0235-2.

## SUMÁRIO

### PRESENTACIÓN

**MIGUEL CARBONELL** ..... 11

### O NEOCONSTITUCIONALISMO É, DE FATO, UMA POSTURA PÓS-POSITIVISTA? – A BUSCA DE UMA RESPOSTA A PARTIR DA HERMENÊUTICA

**LENIO LUIZ STRECK** ..... 15

Nota introdutória ..... 15

A eterna busca da superação do positivismo ..... 18

A necessidade de esclarecer “a questão do positivismo” ..... 21

As ditas características do neoconstitucionalismo ..... 23

Aportes Finais ..... 33

Referências ..... 35

### NEOCONSTITUCIONALISMO E O NOVO MODELO CONTEMPORÂNEO DE LEGITIMIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

**FREDERICO ANTONIO LIMA DE OLIVEIRA, GEORGE SALOMÃO LEITE** ..... 37

1 Constituição moralmente reflexiva ..... 37

2 Constituição viva (*living constitution*) ..... 41

Referências ..... 45

### O PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A RECONSTRUÇÃO DA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL PÓS-1988: O NEOCONSTITUCIONALISMO E A ARMADILHA DO PROTAGONISMO JUDICIAL

**GLAUCO SALOMÃO LEITE, JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA** ..... 47

Introdução ..... 47

1 Um cenário do constitucionalismo brasileiro pós-1988: buscando saídas do formalismo jurídico ..... 48

2 O impacto da Constituição brasileira na construção de uma nova dogmática jurídica ..... 50

3 A matriz neoconstitucionalista no contexto europeu e sua recepção no Brasil ..... 53

4 Conclusões ..... 59

Referências .....	60
-------------------	----

## NEOCONSTITUCIONALISMO: PARA UM NOVO BALANÇO

<b>PAULO FERREIRA DA CUNHA .....</b>	<b>63</b>
1 Tempos & Modos .....	63
2 Do novo e do clássico no neoconstitucionalismo .....	66
3 O exemplo do direito à saúde e da sua jurisdicionalização .....	69
4 Só uma boa teoria generalizará boas práticas .....	71
5 Neoconstitucionalismo e filosofia do Direito .....	73
6 Epílogo, ou prólogo de algo novo .....	75

## CONTRA O NEOCONSTITUCIONALISMO: IDIOSSINCRASIAS E INCONGRUÊNCIAS DA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

<b>GEORGES ABBOUD, RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA .....</b>	<b>77</b>
1 Notas introdutórias .....	77
2 O <i>neoconstitucionalismo</i> e algumas peculiaridades de sua recepção pelo pensamento jurídico brasileiro .....	79
2.1 A falácia antiformalista do neoconstitucionalismo à brasileira .....	80
2.2 A questão da “supremacia judicial” e a necessidade de limitação do poder: um problema de engenharia constitucional .....	82
3 É o neoconstitucionalismo um modelo epistemológico pós-positivista? .....	84
À guisa de conclusão .....	87
Referências .....	88

## NEOCONSTITUCIONALISMO? A RESISTÊNCIA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DE LENIO STRECK

<b>ANDRÉ KARAM TRINDADE .....</b>	<b>91</b>
1 Introdução .....	91
2 Luigi Ferrajoli e sua <i>resistência garantista</i> ao neoconstitucionalismo .....	93
3 Lenio Streck e sua <i>crítica hermenêutica</i> ao neoconstitucionalismo .....	98
4 À guisa de conclusão: o protagonismo e o ativismo judicial como ameaça à democracia constitucional e denominador comum do neoconstitucionalismo .....	100
Referências .....	104

## LA SOLUCIÓN DE COLISIONES ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES POR MEDIO DE LA PONDERACIÓN

<b>CARLOS BERNAL PULIDO .....</b>	<b>109</b>
I Introducción .....	109
II Las objeciones acerca de la racionalidad de la ponderación .....	112
1 La indeterminación de la ponderación .....	112
2 La inconmensurabilidad en la ponderación .....	113
3 La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación .....	113
III Racionalidad o hiperracionalidad de la ponderación .....	113
1 Los límites de racionalidad de la ponderación .....	113
2 La pretensión de racionalidad de la ponderación .....	115
a) El concepto de racionalidad .....	115
b) Las exigencias de racionalidad en la ponderación .....	116
IV Un modelo racional para la ponderación .....	117
1 El concepto y la estructura de la ponderación .....	117
a) El concepto de ponderación .....	117
b) La estructura de la ponderación .....	118
2 La ley de la ponderación .....	118
3 La fórmula del peso .....	120
4 La carga de la argumentación .....	120
5 La función y la estructura de la fórmula del peso .....	121
a) La función de la fórmula del peso .....	121
b) La estructura de la fórmula del peso .....	123
6 El grado de importancia de los principios en colisión .....	123
7 El peso abstracto de los principios en colisión .....	125

7.1	La seguridad de las premisas .....	126
8	Conclusión .....	127
	Referências .....	128

## CONSTITUCIONALISMO METODOLÓGICO

<b>FEDERICO DE FAZIO, LAURA CLÉRICO .....</b>		<b>131</b>
I	Introducción .....	131
1	Constitucionalismo como teoría .....	131
2	Constitucionalismo metodológico como teoría de la argumentación jurídica .....	132
3	Objeciones al constitucionalismo metodológico .....	133
II	Reglas de la interpretación constitucional: texto, precedentes y dogmática .....	134
III	El examen de proporcionalidad .....	135
1	Sub-examen de idoneidad .....	136
2	Sub-examen de necesidad o de medios alternativos .....	136
3	Sub-examen de proporcionalidad en sentido estricto .....	137
IV	Resumen y conclusiones .....	139

## DESAFÍOS CONCEPTUALES Y PRÁCTICOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO: HACIA UNA AGENDA LATINOAMERICANA DE INVESTIGACIÓN

<b>LEONARDO GARCÍA JARAMILLO .....</b>		<b>141</b>
	Introducción .....	141
	Punto de partida .....	142
	Hacia una conceptualización y caracterización .....	144
	Versiones del neoconstitucionalismo .....	147
1	El neoconstitucionalismo como teoría jurídica .....	147
2	La versión metodológica o conceptual del neoconstitucionalismo .....	150
3	El neoconstitucionalismo como ideología .....	152
4	El estado constitucional y democrático como modelo de organización jurídico-política .....	153
5	Neoconstitucionalismo de alcance general o alcance particular .....	154
6	El proceso de implementar democracias constitucionales en América Latina .....	155
7	A manera de conclusión .....	156

## ¿UN NEOPOSITIVISMO MORAL?

<b>LUIS MARÍA BANDIERI .....</b>		<b>161</b>
	La aporía irresuelta del constitucionalismo .....	162
	El interregno y después .....	164
	La corriente “neoconstitucionalista” .....	164
	Paleopositivismo y paleoisnaturalismo .....	166
	Neoconstitucionalismo e “imperialismo de la moral” .....	168
	“Quis judicabit?” .....	170
	El “neopositivismo moral” .....	172
	Conclusiones sin cierre .....	173

## NOS LIMITES DO NEOCONSTITUCIONALISMO: A VOZ DOS CRÍTICOS E A SUBSISTÊNCIA DO CÂNON

<b>MARIA LUCIA DE PAULA OLIVEIRA .....</b>		<b>177</b>
1	O cânon neoconstitucional .....	178
2	Modelos de aplicação do direito: positivista, crítico-alternativo e neoconstitucionalista .....	182
3	Para um neoconstitucionalismo crítico: um não positivismo inclusivo e uma teoria universalista e crítica do direito .....	185
4	Algumas considerações finais sobre o neoconstitucionalismo no Brasil e seus críticos .....	188

## UNA CRÍTICA AL USO DE LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN EN LOS CONFLICTOS (APARENTES) ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES

<b>MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA .....</b>		<b>191</b>
---	--	------------

I	Aproximación .....	191
II	Breve referencia al uso de la ponderación por parte del Tribunal Constitucional español .....	194
III	Delimitación, y no ponderación, de derechos fundamentales .....	196

## EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD – O EL SUEÑO DE LA RAZÓN PRODUCE MONSTRUOS

<b>CARLOS ALBERTO GABRIEL MAINO</b> .....	203	
EL AGUAFUERTE “EL SUEÑO DE LA RAZÓN PRODUCE MONSTRUOS” ES UN GRABADO DE LA SERIE CAPRICHOS DEL PINTOR ESPAÑOL FRANCISCO DE GOYA. ESTÁ NUMERADO CON EL NÚMERO 43 EN LA SERIE DE 80 ESTAMPAS. SE PUBLICÓ EN 1799 .....	203	
I	¿Cuál es el contenido del control de convencionalidad? .....	206
II	¿Que significa tener en cuenta? .....	208
III	Prudencia vs. Activismo .....	211
IV	Algunas líneas de acción a modo de conclusión .....	213
	Referências .....	214

## EL REDUCCIONISMO IUSFUNDAMENTAL DE LUIGI FERRAJOLI: NOTAS PROVISIONALES A APROPÓSITO DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES

<b>ALÍ LOZADA PRADO</b> .....	217
Referências .....	229

<b>COLABORADORES</b> .....	231
----------------------------	-----