Rumos do constitucionalismo no séc. XXI: constitucionalismo, pluralismo e neoliberalismo

Autor(es): Hespanha, António Manuel

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39769>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-2_10

Accessed : 26-Apr-2023 12:58:37

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo II

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

RUMOS DO CONSTITUCIONALISMO NO SÉC. XXI: CONSTITUCIONALISMO, PLURALISMO E NEOLIBERALISMO

1. A evolução do constitucionalismo e a sobrevivência do Estado democrático (a democracia pode sobre- viver numa era pós-estadual)

Estamos a viver, em vários países culturalmente próximos (Portugal, Espanha, Brasil), manifestações da comemoração de novas constituições que, há três ou quatro décadas, marcaram juridicamente a restauração da democracia. Isto tem conduzido a uma “euforia constitucional”, que celebra o advento das constituições, mas também a sua realização prática, com a efetivação dos direitos constitucionais, os avanços no sentido da constitucionalização do direito no seu conjunto, o impacto da justiça constitucional. O Estado constitucional de direito democrático parece ter-se tornado numa realidade sem retorno.

Em todo o caso, é sensato interrogarmo-nos sobre se os rumos prováveis do constitucionalismo convergem ou não no sentido de um reforço de um direito constitucional democrático, ou mesmo só de um direito democrático ou, ainda mais radicalmente, de um Estado de direito.

Na verdade, e apesar de todos os progressos da democracia e do constitucionalismo democrático, existem rumos na

evolução do constitucionalismo que podem afastar a constituição e o direito da vontade popular.

Vou-me referir a dois rumos que emergem nitidamente, um na cultura dos juristas (e dos constitucionalistas), outro na cultura mais mediatizada das sociedades contemporâneas.

O primeiro é o que chamarei de modelo contramaioritário da definição da constituição e do direito constitucional.

O segundo é o que chamarei de modelo darwinista de resolução de conflitos sociais.

Ambos os rumos estão estruturalmente ligados à crise do modelo estadual do poder e, por isso, já alguém autorizado (K.-H. LADEUR ¹) pôs a questão de saber se a democracia sobreviverá ao desmantelamento do Estado.

2. O direito contramaioritário e o risco de deriva neocorporativa do direito

Com o recuo do Estado, propugnado pelas correntes anti-estaduais de vários recortes teóricos e político-ideológico (desde as correntes críticas ao neoliberalismo), o direito dos Estados (mesmo dos Estados democráticos, direito maioritário) passou a ser objeto de críticas diversas, umas político-ideológicas, outras vindas da teoria do direito (antiformalismo, concretismo, jusnaturalismo, realismo, etc.). Algumas destas correntes apontavam para a substituição do direito do Estado por “direitos da vida”, “direitos subalternos”, ou mesmo direitos emancipatórios. Porém, a alternativa mais forte para o direito do Estado foi a do direito doutrinal ou do direito dos juízes, ambos amparados por novas teorias acerca do caráter

¹ Karl-Heinz LADEUR, “Globalisation and the conversion of democracy in polycentric networks: can democracy survive the end of the Nation State?”, *EUI working paper Law no. 2003/4* (= <<http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/199/law03-4.pdf?sequence=1>>, 4.2.2014).

reflexivo, doutrinal, racional, do saber jurídico. A alternativa para o *direito como vontade* (da maioria), era o *direito como razão* (de uma aristocracia de sábios).

A usura da democracia representativa e a dificuldade de institucionalizar formas mais complexas de ouvir os “sentimentos de justiça da comunidade” promoveram de novo uma imagem antiga — a de que era nos tribunais e na reflexão dos juristas que residia o baluarte mais forte contra o arbítrio governativo.

No entanto, não foi até hoje possível explicar de forma consistente em que consistia essa razão objetiva que legitimaria o saber (e o poder) dos juristas e dos juízes, como uma via mais confiável do que a vontade dos eleitos do povo para chegar a soluções justas. Tudo o que se tem dito sobre a natureza objetiva da razão e dos valores jurídicos, sobre a fiabilidade do processo de ponderação e sobre a solidez teórica da “ciência jurídica” é, normalmente, bastante simplista e resiste mal à atual teoria crítica dos saberes e dos discursos. Os juristas, ao refletirem sobre o direito, não só não estão livres dos preconceitos do senso comum, como acrescentam a estes os enviesamentos do seu discurso especializado ².

2.1. O papel dos juízes há definição das fontes de direito

Seja como for. O re-deslizar dos tribunais para o centro da tarefa de dizer o direito ³ teve a ver, desde logo, com a consciência da modificação estrutural das fontes de direito da era pluralista ou pós estadualista, caracterizada pela queda

² Tratei mais desenvolvidamente disto em *Pluralismo jurídico e direito democrático*, São Paulo, Annablume, 2013.

³ V. António Manuel HESPANHA, “Terão os juízes voltado ao centro do direito?”, *Scientia iuridica*, 42.332 (2013), 225-254.

do monopólio estadual de dizer o direito. Melhor dito, pela admissão de que o direito é muito mais do que o direito do Estado e de que, conseqüentemente, a jurisprudência se transformou tanto numa fonte imediata do direito, como na fonte decisiva de definição daquilo que é direito (H. L. Hart). O direito não se define mais pelo seu *pedigree* estadualista, mas antes pelo facto de ser ou não reconhecido pelos tribunais.

E, de facto, compulsadas as decisões judiciais, podemos verificar o ocaso do velho catálogo estadualista das fontes de direito, em que a lei figurava como a única fonte direta e imediata, substituído por um outro em que aparecem novas formas de manifestação de direito — direito supranacional, uma nova versão da *lex mercatoria*, agora identificada com as normas que presidem ao mundo globalizado dos negócios, e outras formas de autorregulação, como os códigos de boas práticas, normas prudenciais, normas técnicas, *regulae artis*, etc. Para não falar na doutrina que, com o âmbito, autonomia e impacto que hoje tem, é claramente uma fonte não estadual de direito.

Neste contexto, a definição do que é direito deixa de ser uma tarefa do legislador — designadamente, do legislador constitucional — e passa para os decisores dos casos concretos — os tribunais.

A própria pluralidade de fontes normativas, não estaduais e não hierarquizadas, requer que alguma instância determine, em cada caso, qual é o ordenamento jurídico a aplicar, ou como se acomodam, naquele caso, ordenamentos jurídicos concorrentes (direito estadual e estatuto deontológico dos médicos, no caso do aborto; direito penal estadual e normas de direito desportivo, no caso das ofensas corporais durante a prática de desportos; direito estadual do trabalho e normas organizacionais e económicas das empresas).

2.2. O papel dos juízes na definição dos conteúdos do direito

Ao mesmo tempo, à desestatização do direito soma-se a emergência do conceito de um direito mole (*diritto mite, soft-law*), a determinar casuisticamente pelos juristas, a partir de critérios normativos implícitos, presentes na natureza das coisas (*Natur der Sache*) ou em padrões éticos objetivos (*princípios*).

A partir do fim da Guerra Mundial, e como reação contra o legalismo dos Estados autoritários, emergiu com muita força, a ideia de que ao direito das regras e dos textos se deve preferir um direito dos sentidos profundos, mas geralmente inacessíveis, desses afloramentos textuais.

Este antilegalismo combinou-se com a preocupação pela justiça do caso concreto, levando a uma valorização da definição casuística e modulada do direito, de um direito flexível, adaptado às circunstâncias de cada caso e de cada contexto de avaliação.

As consequências foram:

- A emergência da ideia de que o direito mais decisivo não é o que foi explicitamente formulado genericamente por uma maioria (direito maioritário), mas o que é revelado por uma elite mais capaz de entender o que a comunidade entende ser justo (direito contra-maioritário).
- A emergência dos juristas e dos tribunais como detentores da autoridade de dizer o direito, a partir de saberes e processos de raciocínio de recorte aristocrático, hermético e insindicável, antes de serem substituídos por macro-economistas, especializados na revelação de leis económicas inevitáveis, que substituiriam os padrões normativos do direito.
- A diluição da distinção entre interpretação doutrinal ou jurisprudencial da lei e criação do direito.

2.3. Conclusão: a tendência para um Estado de juristas e os seus riscos

Nesta nova situação, o judiciário e a doutrina ganharam uma enorme evidência jurídica, pois lhes passou a caber desempenhar dois papéis decisivos: o da identificação do direito, acrescentando “reconhecimento” a normas sociais que já teriam alguma “efetividade”; e o da definição dos conteúdos do direito, revelando os princípios normativos que dão sentido àquelas regras que todos podem ver.

É este contexto que explica que a autoridade autónoma dos juristas se tenha imposto ao poder do povo, mesmo no interior do aparelho estadual de feitura das leis e de realização da justiça.

No processo legislativo, assiste-se à substituição da elaboração parlamentar das leis pela entrega da sua elaboração a entidades privadas (sociedades de advogados, sindicatos de interesses do próprio setor a regular) ⁴.

Paralelamente, assiste-se à erosão da justiça formal, substituída pela arbitragem de corpos quase privados de regulação e de composição, decidindo segundo normas dinâmicas e não necessariamente pré-existentes ⁵.

Em todo o caso, a ordem estadual não se extinguiu e, nomeadamente, dela não desapareceu a Constituição, a que antes se conferia um papel “dirigente”, fundado na sua eminente legitimidade democrática. Daí que os juízes — e, em geral, os juristas — se encontrem hoje num equilíbrio difícil

⁴ V.Yves DEZALAY, & Alain BANCAUD, “Des 'grands prêtres' du droit au marché de l'expertise juridique: Transformations morphologiques et recomposition du champ des producteurs de doctrine en droit des affaires”, *Revue de Politique et Management Public*, 12.2 (1994).

⁵ Yves DEZALAY & Bryant G. GARTH, *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996.

entre a obediência à Constituição e o reconhecimento da estrutura pluralista do ordenamento jurídico. Entre o respeito pelo direito maioritário, que — melhor ou pior, mas segundo os melhores processos de institucionalização que se conhecem — exprime a vontade do povo, e a tentação contramaioritária de fazer valer a sua razão por cima da vontade “não iluminada” do “vulgo”.

Mais do que uma questão de teoria do direito, esta perplexidade entre dirigismo constitucional ou legislativo e criativismo judicial é uma questão eminentemente política, já conhecida da história da cultura jurídica europeia.

De facto, um sistema jurídico mais complexo e mais indeterminado confere aos juízes uma latitude maior de liberdade para fixar a decisão. Uma definição mais aberta e imprecisa das fontes de direito confere aos responsáveis pela concretização do direito — os juízes, os juristas — um poder social muito maior. Esta situação (a de um *Richterstaat* ou de um *Juristenstaat*) é historicamente conhecida, pois foi a que dominou a prática judicial de Antigo Regime, cujo decisionismo apenas era limitado pelas ideias de *opinio communis* e de *styli curiae*, ou seja, pelo respeito de costumes judiciais e doutrinais estabelecidos pelos próprios juristas e tribunais. São conhecidas as reações profundamente negativas em relação a este sistema de decisionismo jurisprudencial ou judicial autorreferencial, corporativo, incontrolável. Na opinião de alguns, foi contra este despotismo dos tribunais que se dirigiu a Revolução francesa, e não contra o despotismo dos reis absolutos. A leitura das cortes constituintes, de Portugal e do Brasil, no início do séc. XIX aponta no mesmo sentido.

Tanto mais que — é bom que, realisticamente, isto não seja esquecido — os efeitos negativos da incerteza do direito (ou da discricionariedade judicial), além de eventualmente distorcerem o princípio da legitimidade num Estado democrático, não recaem igualmente sobre todos os cidadãos, antes

favorecem os grupos socialmente mais poderosos. Como também, por outro lado, o poder de uma elite profissional — como a dos juristas ou dos juízes — não tenda a ser socialmente equidistante.

Esta é, nos dias de hoje, a grande questão que se apresenta aos juristas e aos juízes: como aprofundar o direito democrático, sem abandonar o direito democrático. Como superar o legalismo democrático, sem esquecer, antes respeitar, a legitimidade da democracia. Como usar o direito contramaioritário apenas para aprofundar o direito maioritário.

A resposta a esta questão depende, porventura, de uma renovação da dogmática, de uma renovação do ensino jurídico, mas, sobretudo, de uma renovação da ética dos juristas, que os afaste da autossuficiência e do elitismo e os aproxime de uma deontologia da atenção e do serviço à comunidade: respeitar os consensos comunitários sobre o que é ou não é justo e usar o seu saber apenas para melhor interpretar e formular estes consensos ⁶.

3. A deriva neoliberal da cultura política

O segundo grupo de riscos previsíveis na evolução do constitucionalismo não se relaciona com temas que emergem na cultura dos juristas, mas temas que tendem a prevalecer no imaginário político contemporâneo.

3.1. O neoliberalismo: o direito como entrave, os tribunais como forças de bloqueio

No momento em que escrevo este texto, vivem-se, em Portugal, momentos de grande expectativa quanto ao sentido

⁶ O meu referido livro *Pluralismo e direito democrático*, cit., tem esta questão como tema central.

de uma decisão do Tribunal Constitucional sobre a constitucionalidade de alguns dos artigos politicamente mais decisivos da lei orçamental para 2014. A pedido do Presidente da República, o Tribunal vai pronunciar-se sobre a legitimidade constitucional de cortes nos salários dos funcionários públicos e nas pensões da maioria dos pensionistas do Estado.

Muitos acham normal que, havendo constituições e leis, as medidas de política tenham que as respeitar, sobretudo numa área clássico de vigência do princípio da legalidade, como são o direito orçamental e fiscal. Outros, em contrapartida, acham bizarro que seja um tribunal a decidir sobre opções de políticas de rendimentos. Esta divergência de pontos de vista abriu uma discussão muito viva acerca das relações entre direito e política, entre constituição e poder de governo.

Para uns, cabe ao legislador democrático, legitimado pelo voto popular, avaliar da correção e oportunidade das medidas de política, sobretudo em momentos críticos, como os de grave crise económica ou financeira. Ou, mais radicalmente, nem vêm porque é que uma questão de política económica e financeira se põe em termos de direito. Em momentos de crise, definidos como tal pelo executivo, o direito teria que ceder perante as leis da economia e perante a suprema necessidade. As necessidades políticas cancelariam os direitos estabelecidos e eventuais formalidades para os ultrapassar. Numa fórmula grosseira, mas popular, se “não há dinheiro”⁷, não há constituição (ou não há direito).

⁷ Noto que, em direito, há sempre dinheiro. Ou seja, no direito tradicional das obrigações, o devedor nunca se liberta por não ter dinheiro (*pecunia nunquam perit*), ao contrário do que acontece em obrigações com outro objeto, que se extinguem pela impossibilidade de prestar o objeto. Este princípio geral tem o efeito de nunca exonerar o devedor pobre, responsabilizando-o indiretamente pela sua pobreza.

Para outros, o voto só por si, não confere uma legitimidade absoluta aos governos; que, ao legislarem e ao decidirem, devem observar ainda as regras de direito, sobretudo de direito constitucional.

O que a atual discussão tem de novo é a reabertura de um debate que se julgava encerrado: o debate sobre o primado do direito. Esta recolocação surge como uma tempestade num dia de verão. Quando a ideia de Estado de Direito parecia bem estabelecida, numa área cultural e política aparentemente estável, o mote — que caracterizara a cultura da esquerda revolucionária — de que o direito e os juristas são fatores de bloqueio do progresso aparece agora no centro do argumentário de direita. De novo, como em anteriores períodos de crise social e política aguda (*v. g.*, os anos vinte e trinta do séc. XX), um programa de direita volta a propor uma “revolução conservadora”, uma estratégia social e política “revolucionária” que ataca a estabilização da sociedade pelo direito e denuncia o “modelo jurídico” como a expressão constitucional do verdadeiro conservadorismo que, agora, seria o daqueles que pretendem manter as conquistas do Estado Social contra a dinâmica das leis de mercado, tal como as define o neoliberalismo. Conservadores seriam os empregados, contra os desempregados; os reformados atuais, contra os reformados futuros; os beneficiários da segurança social, contra os contribuintes, etc.

De facto, a corrente neoliberal que hoje tende a hegemizar a direita subordina a ideia (“conservadora”) de que as situações sociais estabelecidas devem ser garantidas pelo direito à ideia (“revolucionária”) de que a dinâmica progressiva (do capitalismo) exige uma permanente destruição dessas mesmas situações. Esta ideia de dinâmica da economia capitalista projeta-se sobre pontos centrais da teoria do direito, como o âmbito e intensidade do princípio da legalidade, a delimitação do conceito de direitos adquiridos, a validade do

“modelo jurídico” de resolução de conflitos, a centralidade dos juristas no processo de configuração (ou reconfiguração) social, o equilíbrio entre um poder judiciário, alegadamente conservador, e um poder legislativo e executivo alegadamente progressistas, porque mais aberto à vontade momentânea dos representantes do povo e mais sensíveis quanto à oportunidade e à urgência das medidas políticas.

Salvo quanto a este último aspeto de uma radical dissolução do direito perante a dinâmica económica, esta oposição entre os princípios liberal e democrático na teoria do direito não é nada nova. Mas nem sempre se tem tido a noção de como esta discussão doutrinal encobre modelos distintos de distribuir um poder social fundamental — o *poder jurisdiccional*, ou seja, o poder de dizer o direito.

A cultura política do séc. XIX viveu intensamente a distinção entre democratas e liberais. Não interessa muito voltar a esta questão, neste plano da doutrina política, porque os argumentos, de parte e parte, são conhecidos. Porém, a relação entre política e direito é também importante para avaliar o lugar que a cultura política vai atribuindo ao direito e aos juristas no estabelecimento de regras de convivência política.

3.2. O modelo ocidental: primado do direito e modelo contraditório de decisão jurídica

A cultura da segunda metade do séc. XX foi a cultura do *Estado de direito*, que se tornou num modelo indiscutido. Foi sob a égide deste modelo que se combateram várias formas de voluntarismo político. Primeiro, o jacobinismo político, que confiava às maiorias parlamentares a definição de todas as normas de convivência. Depois, a reclamação por líderes carismáticos do poder de alterar sem limites a constituição das comunidades. Finalmente, a admissão de que um grupo

ou uma classe, como vanguardas sociais, podiam governar sem regras, arbitrariamente.

O Estado de direito — o governo pelo direito, por oposição ao governo pelos homens — apareceu, então, como o fator de superação de todos os regimes políticos em que uma parte — mesmo que fosse a melhor ou a maior parte — se arrogava a direção arbitrária do todo. O caráter complexo da sociedade — a complexidade da combinação ótima dos interesses sociais — exigia que reinasse algum equilíbrio entre eles, sem que nenhum deles — nem que fosse o de minorias — pudesse ser injustamente sacrificado. O bom governo implicava a audição de todos, a ponderação das respectivas razões, a observância dos processos estabelecidos e, como resultado, soluções de compromisso.

No centro do “modelo jurídico” ocidental está, na verdade, a noção de uma harmonia social complexa, fundada na ponderação e no equilíbrio dos interesses em jogo. O modelo de raciocínio dos juristas foi, durante um milénio, a questão (*quaestio*), uma técnica de assegurar que todos os pontos de vista eram considerado na obtenção da solução final. No plano institucional, corresponde-lhe o modelo processual do contraditório (*controversia*). Reunidos os pontos de vista, o julgamento procura a composição de interesses, evitando uma solução em que uma perspectiva ganhe tudo, sacrificando todas as outras. Uma vez atingida uma solução, o caso julgado (*res judicata*) consolida o resultado a que se chegou, protegendo os titulares dos direitos com o conceito de direitos adquiridos e garantindo-lhes que o conflito não será de novo aberto (*non bis in idem*, caso julgado). Este é o governo pelo direito direito (*rule of law, regimen iustum*): processo com regras (*due process*), garantia de contraditório, decisão ponderada ou compromissória, garantia dos direitos adquiridos segundo o direito.

Neste modelo, cabe ao direito o monopólio da atribuição e da consolidação de bens e recursos. Agindo como seus

agentes, os juízes ganham o papel de guardiães da ordem social. Por isso, o Estado de direito (*Rechtsstaat*) transformou-se progressivamente num Estado de juízes (*Richterstaat*).

Mas, como a legitimidade da decisão dos juízes reside na sua autoridade técnica e esta na sua capacidade de convencer com argumentos bem fundados, o Estado de juízes era, na realidade, um Estado de jurisconsultos (*Juristenstaat*).

Este novo modelo de legitimação do direito, que substitui a democraticidade pela autoridade, o *imperium* da vontade da maioria pela *auctoritas* de uma elite técnica minoritária, a contagem de votos pela ponderação de argumentos, tem a sua tradução institucional no aparecimento de órgãos que corporizam o primado do poder judicial — hegemonzado por juristas e jurisconsultos e correspondente a uma esfera comunicativa especializada — sobre os poderes legislativo e executivo — que são os palcos dos eleitos do povo e do discurso do senso comum. Se os tradicionais tribunais de cassação e conselhos de Estado se limitavam a devolver ao legislativo ou ao executivo, para reapreciação, as medidas que violassem as leis, os novos tribunais constitucionais (ou cortes supremas) pronunciam-se sobre a legitimidade das próprias leis em face de critérios de conformidade a um direito estabelecido, em última análise, pela doutrina, laborando muito livremente sobre “princípios constitucionais” (como propõe o neo-constitucionalismo, nas suas várias nuances. Nos casos extremos dos “constitucionalismos fortes”, estes princípios constitucionais, na verdade definidos pela doutrina constitucional e pelos tribunais constitucionais, assumem a natureza de cláusulas de perpetuidade que se impõem ao próprio poder constituinte originário do povo.

Se já foi dito que a limitação da democracia ao exercício periódico do direito de sufrágio (liberalismo elitista) teria agradado aos conservadores antidemocráticos do séc. XVIII, a ideia de que a vontade popular, direta ou mediada pelos seus

representantes eleitos, está sujeita a uma ordem constitucional superior declarada pelos juristas corresponde exatamente às correntes que dominavam o pensamento político e jurídico medieval, em que o bem comum era definido pelos juristas para a maioria e não pela maioria para os juristas.

O modelo contramaioritário representou também uma alteração muito significativa na distribuição de um aspeto fundamental do poder político — o poder de dizer o direito. O qual deixa de pertencer ao povo, ou aos seus representantes, para estar confiado a uma elite legitimada pelo seu monopólio de um saber especializado — o saber jurídico ou jurisprudência. Na medida em que este saber escapa a um controle externo ao grupo dos juristas, a legitimação poder dos juristas aproxima-se muito mais do modelo carismático do que do modelo racional, como já acontecera até à revolução anti-letrada da segunda metade do séc. XVIII. O saber jurídico joga, assim, com dois tipos diferentes de trunfos. Contra a vontade das maiorias joga o trunfo da autoridade técnica. Contra outros grupos especializados que lhes oponham a necessidade das suas ciências, joga o trunfo da natureza normativa (ou moral) do direito, o que daria aos juristas a última palavra na definição de como o mundo *deve ser*, independentemente daquilo que ele *seja*.

Este modelo do primado do *direito* sobre a vontade das maiorias e do primado da *prudentia* dos juristas sobre os cálculos da oportunidade dos políticos e sobre a necessidade das leis científicas é hoje francamente dominante entre os jurisconsultos.

No plano do senso comum, porém, é duplamente problemático. Por um lado, continua a contar com a crítica dos defensores de uma legitimação puramente democrática, maioritária, antiliberal, do direito. Mas, por outro lado, suscita hoje também críticas do lado das correntes liberais mais radicais. As quais, mais do que pôr em causa a centralidade dos juris-

tas na declaração do direito, questionam a centralidade do direito na regulação social.

3.3. O direito e o liberalismo radical. A destruição criadora como constituição económica do capitalismo

O modelo jurídico corresponde a uma visão da sociedade assente em premissas antropológicas que limitam a criação de novas situações sociais e económicas pela necessidade de garantia das situações consolidadas e que condicionam o dinamismo empreendedor dos homens pela salvaguarda da confiança e da previsibilidade.

Esta era a mundividência do liberalismo clássico. Direitos de propriedade e respeito da palavra dada constituíam, assim, uma moldura externa inultrapassável pelos impulsos criadores de cada um. A iniciativa individual, o impulso para criar coisas novas, eram naturais e inevitáveis. A crise e destruição do que existia era a condição do progresso. Porém, a destruição não devia pôr em causa os ganhos já realizados, os direitos adquiridos, cuja garantia constituía o incentivo indispensável a novos empreendimentos. O primado do direito garantia a previsibilidade e a segurança desses ganhos. E o modelo jurídico exigia que os equilíbrios sociais fossem obtidos por meio da adoção de um modelo de resolução dos conflitos sociais, que garantisse contra sacrifícios radicais: garantia de direitos, garantia de processos, adjudicação mediante contraditório e compromisso entre os interesses. Enfim, o que separava o estado de natureza de Locke do estado de natureza de Hobbes.

As críticas que o pensamento revolucionário e emancipador dirigiu a este modelo salientou que esta preocupação com a segurança não aproveitava igualmente a todos, representando antes a proteção dos que tinham à custa da exclusão

dos que não tinham. Mas não pôs em causa que confiança e estabilidade corresponderem a uma necessidade fundamental das sociedades e que, neste sentido, fossem um elemento da justiça. Do que se tratava era de pôr ao alcance de todos estes bens — como os da liberdade e do acesso aos bens necessários à dignidade e desenvolvimento humanos. E, por isso, os movimentos socialistas e o próprio Estado social não propunham modelos sociais sem regras, entregues ao arbítrio dos interesses de cada um, mas modelos sociais estabilizadores, em que a confiança decorria da generalização da liberdade e do bem-estar, promovidas e garantidas por um direito democrático.

Nos últimos vinte anos, porém, tem-se vindo a afirmar, no campo da cultura económica liberal, uma orientação radical que atribui à dinâmica da economia — ao mercado — um poder constituinte absoluto, pondo com isso em causa a legitimidade ou mesmo a possibilidade ⁸ de uma regulação que seja estranha à economia e aos seus cálculos de mera oportunidade. Este movimento tem-se dirigido, antes de tudo, contra as garantias do direito e do modelo jurídico de tratar as questões sociais. Embora este primado da oportunidade, da competitividade, da produtividade atinja, mais em geral, outros tipos de regulação assentes em valores de harmonia social.

Para este neoliberalismo, a estabilidade do direito e dos direitos conflituaria frontalmente com a dinâmica de “destruição criativa” associada ao capitalismo. Já se encontra em Marx ⁹ esta ideia de que o estabelecimento, mas também o

⁸ Dado que os agentes no mercado antecipam medidas corretivas (anti-cíclicas) revendo as suas escolhas no sentido de compensar essas medidas (*rational expectations theory*).

⁹ *Manifesto do Partido Comunista*, 1848; *Grundrisse der Kritik der Politischen Ökonomie*, 1857, *Das Kapital*, IV (póstumo: *Theorien über den Mehrwert*, 1905-1910).

contínuo progresso, do capitalismo exigiria um permanente movimento de destruição e recriação de valor (*schöpferische Zerstörung, Vernichtung*). O tema é retomado por Werner Sombart (1863–1941: *Die Juden und das Wirtschaftsleben*, 1911 ¹⁰; *Krieg und Kapitalismus*, 1913 ¹¹; *Der Bourgeois. Zur Geistesgeschichte des modernen Wirtschaftsmenschen*, 1920 ¹²) — e, depois, por Joshep Schumpeter (1883–1950: *Capitalism, Socialism and Democracy*, 1942 ¹³) — que sobre ele constroem a identificação da ética capitalista. O capitalismo e os capitalistas participariam de um espírito *burguês*, amigo da estabilidade, da previsibilidade e da confiança, mas, ao mesmo tempo, de um espírito *empresarial* (empreendedor) predador e criativo, atraído pela conquista e destruição do que está estabelecido e pela construção, a partir das ruínas, de novos empreendimentos ¹⁴. Aplicada geralmente, a ideia de destruição criadora — subsidiária de uma lógica de oposição dialética — ganha uma dimensão antropológica, fornecendo uma chave para a compreensão do homem, da sociedade e do progresso.

A linha mais radical da teorização e da prática do capitalismo — que corresponde ao liberalismo neoconservador

¹⁰ Versão inglesa: <http://classiques.uqac.ca/classiques/sombart_werner/Jews_and_modern_capitalism/sombart_jews_capitalism.pdf>, 4.2.2014.

¹¹ <<http://archive.org/stream/kriegundkapitali00sombuoft#page/ii/mode/2up>>, 4.2.2014.

¹² V. <<http://ia700302.us.archive.org/27/items/derbourgeoisurg-00sombuoft/derbourgeoisurg00sombuoft.pdf>>, 4.2.2014.

¹³ <<http://sergioberumen.files.wordpress.com/2010/08/schumpeter-joseph-a-capitalism-socialism-and-democracy.pdf>>, 4.2.2014.

¹⁴ Cf. João Carlos GRAÇA, “Werner Sombart e o homem económico moderno”, em <<https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/997>>, 4.2.2014.

das duas últimas décadas do séc. XX ¹⁵ (R. Reagan, M. Tachter, G. Busch Jr.) assume um *ethos* revolucionário, de uma dita “revolução conservadora”, proclamando:

- que a criação supõe a destruição,
- que o empreendedorismo só se revela se partir de um estado original de carência (a pobreza e o desconforto são os pais do empreendedorismo),
- que a livre empresa e a livre escolha exigem a inexistência de limites (a estigmatização dos protegidos),
- que o compromisso com o passado limita a criatividade e a liberdade (a estigmatização dos velhos e das bolsas de tradição) e
- que, por tudo isto, pelo menos no grau 0 de um ciclo económico, nada deve estar garantido ¹⁶.

3.4. A revolução neoliberal e o direito

A caracterização que se faz deste neoliberalismo destaca elementos radicais que, não sendo partilhados por todos os neoliberais, permitem identificar melhor uma nova atitude perante o direito.

3.4.1. Contraposição e luta

O primeiro elemento é o destaque que se dá ao tópico da *contraposição e luta*, à inseparabilidade entre criação e destruição no progresso social e económico. A competição ilimitada e a luta de todos contra todos parece definir o motor

¹⁵ Que é um desenvolvimento do “modernismo reacionário” dos anos ’20 do séc. XX.

¹⁶ Os contornos deste tipo de neoliberalismo são difíceis de traçar. A caracterização que se fez corresponde a um tipo ideal que realça alguns elementos limite.

da história. Neste contexto, contemporização ou compromisso fazem a figura de estratégias, teoricamente inconsistentes e moralmente ridículas, que bloqueiam o progresso. Ao contrário, o que se propõe é um ativismo revolucionário que intervenha nos processos espontâneos para os potenciar, acelerando a destruição para antecipar a fase criadora. Francis Fukuyama — ele mesmo classificado como neoliberal, mas pontualmente crítico de uma estratégia radical — designou de leninista este ativismo revolucionário: “Neoliberais e neoconservadores ¹⁷ não rejeitam o rótulo de ativistas revolucionários que pretendem substituir, sem grandes preocupações com as formalidades jurídicas, o velho pelo novo”. E, realmente, este rótulo até se adequa a não poucos perfis biográficos de doutrinadores neoliberais e neoconservadores, saídos dos movimentos de movimentos de extrema esquerda, desde o trotskismo ao marxismo-leninismo e ao maoismo. Em Portugal, alguns dos ideólogos e responsáveis políticos da política neoliberal tiveram esse trajeto.

No final, veremos de que modo esta conceção “revolucionária” da dinâmica capitalista põe em causa o modelo jurídico.

3.4.2. Um novo sentido da livre escolha

Por outro lado, neoliberalismo radical e direito conflituam ainda noutro ponto, o da livre escolha e da responsabilidade individual.

Aparentemente, teríamos aqui um ponto de consenso entre neoliberalismo e direito liberal, uma vez que este último

¹⁷ O neoconservadorismo norte-americano (Irving KRISTOL, Gertrude HIMMELFARB) apresenta muitas cambiantes, desde as liberais às estatistas. Cf. C. BRAIDLEY e Yaron BROOK, *Neoconservatism: An Obituary for an Idea*, N.Y., Paradigm Publishers, Bouldes, CO, 2010.

assenta no princípio da vontade (*Willensprinzip*), segundo o qual tudo o que é querido por uma vontade livre e racional é necessariamente justo. A vontade — autônoma e esclarecida — funciona, aqui, como a marca fundamental da pessoa humana, sendo o respeito por ela uma exigência do respeito pela dignidade humana. O respeito pela vontade não é, porém, absoluto, porque só a vontade livre e racional tem a dignidade de uma característica antropológica específica do homem. Estas exigências entrelaçadas — de vontade, de liberdade e de razão — distinguem a vontade sobre a qual o direito se funda do da vontade arbitrária (libertinagem) ou da vontade vinculada (instinto) dos animais.

A centralidade da livre escolha no pensamento político e económico do neoliberalismo não assenta nestes pressupostos antropológicos. É antes uma técnica para superar a opacidade dos mecanismos sociais e desvendar a racionalidade das ações dos indivíduos. Crê-se que o funcionamento livre do mercado encaminha os indivíduos para o comportamento socialmente mais adequado. Ora estes automatismos do mercado que garantem a melhor regulação da vida em comunidade (a tal mão invisível de que falava ADAM SMITH) não funcionam se os sujeitos não tomarem livremente as suas decisões. Realmente, a livre escolha não é uma exigência de valores metafísicos como a dignidade humana, mas uma condição de permitir que os indivíduos reajam em conformidade com a informação de que dispõem e de, assim, assegurar que as decisões que cada um tome correspondam ¹⁸ ao contexto

¹⁸ O conjunto das ações individuais dirigem-se a um bem comum, não porque cada um tenha isso em vista, mas porque o conhecimento por cada um dos bens contraditórios visados pelos outros conduz a esta “socialização” (cataláxia, *καταλαξία*, um termo criado para designar a ciência das trocas; parte do verbo grego *katalassos*: “trocar”, mas também, “admitir na comunidade”, “fazer amigos”) das escolhas individuais — “the

da sociedade (ao conjunto das decisões dos outros). Por isso é que nem sequer está na mão de cada um prescindir da sua liberdade ou aceitar que ela seja limitada, pois isto prejudicaria o valor coletivo da regulação automática da sociedade pelo mercado ¹⁹.

Nestes termos a interferência regulatória do Estado sobre os mercados, nomeadamente por meio do direito, devia limitar-se a garantir institucionalmente a liberdade de escolha (liberdade contratual). Tudo o resto não devia estar garantido: nem interesses comunitários, nem os interesses dos mais fracos, nem quaisquer benefícios que não decorressem de estipulações no mercado, como rendas ou subsídios públicos, direitos mínimos, ou mesmo direitos fundamentais que não fossem pressupostos da estrutura do mercado.

O espaço para o direito quase desaparece. Qualquer norma jurídica constitui uma regulação heterónoma que bloqueia a espontaneidade das escolhas. Além de inútil ²⁰, a

order brought about by the mutual adjustment of many individual economies in a market.", F. A. HAYEK, *Law, Legislation, and Liberty*, vol. 2, pp. 108-9.

¹⁹ Há quem fale, a propósito destes autores, num individualismo metodológico, no centro qual está uma teoria sobre a estrutura da ação racional (Ludwig von Mises, *Nationalökonomie*, Geneva, Union, 1940). Tal como estas ideias foram desenvolvidas por F. HAYEK, a racionalidade da ação, que garante a sua automática orientação para o bem de todos, provém da liberdade dos fluxos de informação na base da qual se toma uma decisão, bem como na liberdade de escolher essa decisão. Sobre o direito em F. HAYEK: <[http://118.97.161.124/perpus-fkip/Perpustakaan/Politik/F.A._Hayek-Law,_Legislation_and_Liberty__A_New_Statement_of_the_Liberal_Principles_of_Justice_and_Political_Economy._Vol_1-3-Routledge\(1982\).pdf](http://118.97.161.124/perpus-fkip/Perpustakaan/Politik/F.A._Hayek-Law,_Legislation_and_Liberty__A_New_Statement_of_the_Liberal_Principles_of_Justice_and_Political_Economy._Vol_1-3-Routledge(1982).pdf)>, 4.2.2014).

²⁰ Porque os agentes a conhecem e, legitimamente, a evitam e a defraudam. Esta teoria da adaptação automática das expectativas (*adaptive expectations*) é um desenvolvimento da natureza cataláxica (adaptativa) das

regulação jurídica é prejudicial para autorregulação dos mercados.

3.4.3. A reconfiguração do sujeito de direitos

A revolução neoliberal, ao insistir na necessidade da destruição para que se gere a criação, modifica radicalmente a constituição jurídica do capitalismo e o próprio âmbito de aplicação do conceito de sujeito de direitos.

Necessitando da destruição para criar, a economia capitalista não suporta situações garantidas à partida. Nenhum direito está isento do teste de que é capaz de resistir a novas pretensões de direitos dos empreendedores que emergem. Nenhuma situação pode ser considerada como adquirida para sempre. “Direitos adquiridos” são vistos como privilégios que pretendem escapar ao dinamismo destruidor/criador da crise. Se não puder resistir, se não for competitiva, uma situação deve poder ser legitimamente destruída.

Este darwinismo económico sacrifica as utilidades, os bens, os direitos das gerações anteriores às utilidades, aos bens e aos direitos, em princípio mais produtivos, das novas gerações. Do mesmo modo, exclui a garantia dos direitos dos mais fracos, menos capazes de produzir riqueza do que os direitos dos mais fortes e cuja supressão é condição do sucesso das mais rentáveis.

Todas as situações devem ter um estatuto precário e estar sujeitas ao permanente desafio de situações emergentes, em geral mais competitivas. Por isso, para as correntes mais radicais da análise económica do direito, os contratos podem ser quebrado se isso for mais eficiente (*efficient breach of contracts*).

escolhas económicas e explica (e legitima) as manobras de engenharia jurídica visando a fuga e a fraude à lei.

Por isso também, um direito de propriedade pode ser expropriado a favor de um outro particular que o torne mais eficiente (uso privatístico da figura do *eminent domain* no direito norte-americano). Por isso, ainda, devem cessar todas as garantias contratuais que visem proteger as partes mais fracas (trabalhadores, inquilinos, consumidores). Por isso, finalmente, devem cessar todos os encargos e obrigações impostas aos agentes económicos, em nome do interesse público (proteção ambiental) ou da justiça e igualdade social (quotas na admissão de trabalhadores, normas de proteção do consumidor, normas de transparência e de honestidade negocial [Sarbanes-Oxley Act, 2002], proibição de suborno).

Num cenário de contínua e impiedosa mudança, as regras públicas de proteção dos direitos perdem a eficácia, deixando de constituir uma blindagem pública suficiente dos direitos. A proteção jurídica, agora, adquire-se também ela no mercado, a milícias especializadas em construir mecanismos complexos e casuísticos de proteção jurídica (*securization*, blindagem), que funcionam por si só ou em combinação com instrumentos de outro tipo, nomeadamente financeiros [seguros de créditos, CDSs]).

O empreendedor autoconfiante e impiedoso, predador de direitos e hostil à concertação e ao compromisso, tem um direito originário a fazer prevalecer ilimitadamente os seus interesses, sem contemplações pelos amigos (*cronies*), pelos compatriotas, pelos mais fracos ou mais velhos, pelo interesse dito da comunidade, sem intenções ou necessidade de entrar em compromissos. Tal como nos jogos de fortuna e azar, *the winner takes it all*. Detentor de todos os direitos, de destruir e de criar, este novo ator tende a constituir-se no único sujeito de direitos.

Realmente, pondo as coisas de forma brutal, este darwinismo jurídico reduz o universo dos titulares de direitos aos empreendedores, aos mais fortes, aos conquistadores, aos sobreviventes. E mesmo estes, só enquanto o forem. Para usar de uma imagem usada neste contexto, embora não para

o domínio do jurídico, o lugar dos sujeitos de direito assemelha-se a um hotel ou a uma estação: tem sempre ocupantes, mas não são todo o mundo e estão sempre a mudar.

3.5. Do tipo ideal à realidade de hoje

O paradigma neoliberal que acabo de descrever representa uma situação extrema e pura que ainda não se verificou, nem talvez venha a verificar-se. O direito, como garantia de situações adquiridas e como norma de ponderação de interesses contraditórios, ainda existe, como existem as instituições sociais encarregadas de o realizar e os técnicos especializados na averiguação da justiça e da equidade relativa das situações.

O certo é que, num cenário de crise, os que pensam que estão na onda do progresso histórico sentem que o seu impulso, tanto destruidor como criador, tem por si a inevitabilidade das coisas naturais e a legitimidade moral de uma via que se entende como apontando para o progresso. Isto torna-os impacientes e agressivos, encarando como obstáculos importunos a invocação de direitos, de mecanismos processuais, de formalidades, de prazos ou moratórias, de processos de consensualização. Enfim, de todos aqueles dispositivos que mobilam o mundo dos juristas. Não é, por isso, de estranhar que, ao lado do legalismo democrático, surja hoje uma corrente mais agressiva e mais radical, que é hostil ao primado político dos juristas, fundamentalmente porque é hostil ao primado do modelo jurídico de decisão através da ponderação e do compromisso de todos os interesses sociais, em busca de soluções inclusivas e harmónicas.

É a esta luz que tendo a ler as múltiplas reações contra o direito, os tribunais e “modelo jurídico” de resolver os conflitos, e que são muito frequentes nos países sob pressão financeira e económica.

3.6. Liberalismo radical e direito: tópicos correntes

Nos países em crise, a discussão pública está cheia de motes que são consistentes com uma visão da crise como uma luta final entre a sociedade do futuro, dinâmica e competitiva, e a sociedade do passado, conservadora (a “conspiração grisalha”²¹), corporativa, ineficiente. Este contexto de confrontação suprema desvaloriza, como vimos, um modelo garantista e compromissório de resolução de conflitos como o “modelo jurídico”.

A contestação deste modelo desenvolve-se com bastante coerência e corresponde ao modelo doutrinal neoliberal radical (ou revolucionário).

Listo as suas principais linhas temáticas:

- Subordinação da constituição política à “constituição da crise”. Um tema de recorte schmittiano que limita a validade da constituição (e do direito) a situações de normalidade, definindo os estados de exceção como domínios da pura política, em que os que governam ficam livres do primado do direito, escolhendo arbitrariamente as vias de salvação da república.
- Denúncia da estabilidade jurídica como obstáculo ao progresso. Em Portugal, o argumento começou por ser usado na discussão acerca da “flexibilização” do direito laboral; mas tem-se estendido a outros debates, como o da garantia das pensões de reforma vencidas e o dos subsídios ou prestações públicas contratualizadas (subsídios, rendas, garantias de exploração, benefícios fiscais), embora com ênfase diverso.

²¹ V. Fernando Ribeiro MENDES, *Conspiração Grisalha. Segurança Social, Competitividade e Gerações*, Oeiras, Celta Editora, 2005.

- Redução dos direitos adquiridos aos que resultam dos mecanismos livres do mercado, mas não de garantias constitucionais ou legais.
- Desvalorização de todos os mecanismos que visam a consensualização social como meros custos externos (ineficiências no processo de decisão). Daí o menosprezo dos mecanismos de concertação social, do princípio da colegialidade dos processos de decisão, da obrigatoriedade de consultoria técnica especializada prévia (*v.g.*, no domínio de questões com impacto ambiental). No limite, a preocupação pela eficácia atinge os chamados “custos da democracia” (custos económicos e financeiros das eleições, custos do exercício dos direitos fundamentais e sociais, custos económicos da liberdade de opinião e de manifestação).

3.7. Os desafios ao direito e às profissões jurídicas

O neoliberalismo radical, se também desafia muitos dos princípios centrais da cultura social e política contemporânea — como a solidariedade e a justiça social —, põe centralmente em causa os fundamentos da cultura jurídica.

O direito tem sido visto como uma ordem normativa, uma moldura eletiva de valores que *devem* guiar a sociedade. Com isto, têm-se afirmado duas coisas. A primeira é que os modelos sociais são o produto de escolhas (hoje em dia, de escolhas democráticas). A segunda, é que essas escolhas se devem orientar por valores comuns.

O neoliberalismo radical põe estas duas coisas em causa. Afirma, em primeiro lugar, que há uma lógica social necessária, observável nos mecanismos automáticos, necessários, inevitáveis, irreguláveis, do mercado. E que, portanto, a escolha política é inútil e ilusória. Afirma, em segundo lugar, que as escolhas dos particulares são sempre boas se obedecerem à “racionalidade” do mercado.

A afirmação de que existem valores que necessariamente se impõem à realidade é uma tese “forte”, que exige crenças controversas acerca da possibilidade de conhecer princípios morais. Menos problemática e, portanto, de mais fácil consenso é a proposição de que a pauta de valores que devem ser respeitados assenta numa escolha comunitária e democrática (o que quer que se entenda por isto, no plano institucional e processual) de modelos de vida.

Porém, permanece a questão de saber se o modelo de relações sociais é eletivo, dependente de uma escolha, ou se, pelo contrário, há, na vida social, uma necessidade que limita as escolhas. A teoria social neoliberal entende que sim, que existe essa necessidade, embora não creia que seja possível conhecer reflexivamente as leis dessa gramática social. Crê, porém, que a observação metódica, “científica”, bem como a simples “evidência” dos factos, podem revelar essa ordem das coisas. Por isso, os neoliberais usam continuamente argumentos de tipo “naturalista”, invocado a evidência dos factos, a inevitabilidade das soluções, a estatística, a impossibilidade, a falta de alternativas, o “realismo” e denunciando o “moralismo”, as “utopias”, as visões e propostas “ideológicas”, as “falsas alternativas”, o “experimentalismo”. Do ponto de vista intelectual, o que estão a fazer é a fazer passar as suas propostas como as únicas e a negar a possibilidade de escolha ou o carácter *político* dos projetos sociais. Trata-se da falácia conhecida como a “naturalização da política”, que conduz ao pensamento unidimensional e, no limite ao fim da democracia.

O direito e os juristas podem não ter — eu acho que não têm — modelos *certos* e *definitivos* para organizar a comunidade. Mas têm modelos intelectuais experimentados de chegar a soluções consensuais a partir de interesses e propostas particulares e entre si contraditórios.

Denunciar o cientismo e a falsa inevitabilidade neoliberais e insistir na pluralidade da política e nas vantagens do modelo

jurídico de escolha plural, ponderada e compromissória pode vir a ser, nos próximos tempos, a missão mais decisiva dos juristas e dos tribunais.

Resumo: Em discussão está a questão de saber se os rumos prováveis do constitucionalismo convergem ou não no sentido de um reforço de um direito democrático, ou seja, de um direito legitimado pela vontade popular.

Apesar de todos os progressos da democracia e do constitucionalismo democrático, existem rumos na evolução do constitucionalismo que podem afastar a constituição e o direito desta legitimação democrática.

No texto, são referidos dois destes rumos que emergem nitidamente, um na cultura dos juristas (e dos constitucionalistas), outro na cultura mais mediatizada das sociedades contemporâneas. O primeiro é o do modelo contra maioritário da definição da constituição e do direito constitucional. O segundo é o do modelo darwinista de resolução de conflitos sociais, muito presente na cultura do liberalismo radical.

Ambos os rumos estão estruturalmente ligados à crise do modelo estadual do poder e, por isso, já alguém autorizado (K.-H. Ladeur) pôs a questão de saber se a democracia e a legitimação democrática do direito podem sobreviver à ruína do Estado.

Palavras-chave: constitucionalismo, pluralismo, neoliberalismo, neo-constitucionalismo.

Trends of constitutionalism in the 21st century: constitutionalism, pluralism and neoliberalism

Abstract: The text deals with the state of constitutionalism in the face of the last developments of Western legal culture. Under scrutiny are cultural components like: constitutionalism, now redefined as a set of high legal principles; pluralism, as the coexistence of diverse (non statalist) poles of legal regulation; neoliberalism, as a cultural trend hostile to any stable regulation and to the safeguard of acquired legal situations.

Keywords: constitutionalism; pluralism; neoliberalism; neoconstitucionalism.

António Manuel Hespanha

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa