

Em defesa do constitucionalismo: uma resposta hermenêutica a Martin Loughlin

In defense of constitutionalism: a hermeneutic response to Martin Loughlin

Artigo recebido em 27/10/2023 e aprovado em 10/11/2023.

Victor Bianchini Rebelo

Mestre em direito público pela Universidade do Vale do Rio Sinos – UNISINOS como bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (Proex) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), membro do *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêutico e advogado.

Resumo

O artigo elabora uma resposta à obra *Against Constitutionalism*, inédita no Brasil, de autoria do professor britânico Martin Loughlin. Divide-se essa resposta em três partes: na primeira, questiona-se a premissa do autor quanto à real diferença entre constitucionalismo e democracia/governo constitucional; na segunda, objeta-se a narrativa do autor quanto ao desenvolvimento do constitucionalismo ter como base apenas fundamentos neoliberais, mesmo com o constitucionalismo sendo visto como uma doutrina plural que, apesar de suas raízes liberais, desenvolveu-se de diferentes formas; na terceira, critica-se a maneira como Loughlin conceitua sistemicamente o constitucionalismo como uma ideologia (definição da qual discordamos) e como o autor superestima a influência do constitucionalismo nos fenômenos recentes de globalização nas cortes constitucionais e nos organismos internacionais. Por fim, conclui que o autor, apesar de escrever um livro com fôlego teórico e com amplo referencial bibliográfico, acaba por não oferecer uma alternativa ao constitucionalismo, subestimando as características positivas do fenômeno, ao mesmo tempo que superestima as negativas.

Palavras-chaves: democracia; liberalismo; princípio constitucional; supremacia da constituição.

Abstract

The article presents a response to the work Against Constitutionalism by British professor Martin Loughlin. It divides this response in three parts: the first questions the author's premise regarding the difference between constitutionalism and constitutional democracy and constitutional government; the second objects the author's narrative as to constitutionalism's development have its basis only neoliberal foundations, even though constitutionalism being a plural doctrine that, although having liberal roots, developed in different ways of constitutional thought; the third critiques the way Loughlin systemically conceptualizes constitutionalism as an ideology, definition in which we disagree on, and how the author overestimates the influence of constitutionalism in recent phenomena of globalization on constitutional courts and other government and international organizations; and, lastly, concludes that the author, in spite of having written a book with a wide range of unusual continental European references for a writer of the English tradition, ends up not offering an alternative to its critique, constitutionalism, underestimating its positive character, and overestimating its negative.

Keywords: democracy; liberalism; constitutional principle; constitutional supremacy.

1 Introdução

No presente artigo, pretendo dar uma resposta crítica ao livro recém-publicado *Against Constitutionalism*, do jurista britânico Martin Loughlin (2022). Nesta obra, o professor da *London School of Economic and Political Science* (LSE) elabora um ataque amplo ao conceito de constitucionalismo, suas origens históricas e seus pressupostos filosóficos e teóricos, tirando como conclusão central que o constitucionalismo, ao invés de consagrar os valores da democracia, tende a erodi-los (Loughlin, 2022, p. 195-200).

Para chegar a essa conclusão, o autor se utiliza de uma gama de argumentos históricos, teóricos e socioeconômicos. Uma das grandes virtudes do livro, como aponta Roberto Gargarella (2022), é seu riquíssimo referencial teórico. Loughlin, apesar de falar do local de fala da tradição anglófona, passa longe de buscar seus referenciais e exemplos críticos na teoria constitucional desenvolvida em países anglo-saxões. O professor demonstra amplo domínio teórico sobre o iluminismo (Loughlin, 2022, p. 152; 201) e a tradição teórica constitucional da Europa continental (Loughlin, 2022, p. 51-64; 82-85; 125-127), além de ilustrar suas críticas com exemplos de países de todo o globo, não apenas da Europa continental e ocidental, como também de Israel, África do Sul e da América Latina (Loughlin, 2022, p. 16-18; 128-135; 147-157; 171-176).

Sua crítica ao constitucionalismo se baseia em algumas premissas. A primeira, que julgo mais importante, é que constitucionalismo e democracia constitucional – ou governo constitucional – são entes distintos. O primeiro, para ele, trata do objeto de sua crítica, e seria uma “ideologia abstrata”, concebida originariamente por pensadores iluministas do século XVIII, que encontraram nos Estados Unidos seu local ideal de destino e desenvolvimento, fenômeno que se consolidou também na Alemanha no segundo pós-guerra, fazendo com que o constitucionalismo se consolidasse como uma dominante “filosofia de governo” para fazer avançar projetos de poder político-econômicos em um “mundo de governo total” (Loughlin, 2022, p. 11-22; 37; 179; 210).

A segunda premissa, a meu juízo, é de que o constitucionalismo é uma ideologia estreitamente ligada ao neoliberalismo. Loughlin (2022, p. 87-89; 199-200; 233, n. 28) articula em seu livro que o constitucionalismo foi, em sua faceta contemporânea, isto é, no segundo pós-guerra, arquitetado por meio de um esquema arrojado de interesses socioeconômicos promovidos especialmente por grupos ordoliberais que tinham como premissas os ensinamentos que deram base ideológica aos preceitos do neoliberalismo, que, na concepção do autor, seria a ideologia que sustentaria o pensamento constitucionalista hoje. Nesse sentido, a ideologia neoliberal prega que, após o fracasso do liberalismo (e do constitucionalismo clássico) ao final do século e na primeira metade do século XX, um Estado forte seria necessário para garantir que o direito de propriedade e as regras da economia livre de mercado fossem respeitadas por todos os Estados-nação¹.

E a terceira e última premissa percebida na obra de Loughlin é a de que o constitucionalismo é um dos – se não o principal – responsáveis pela erosão democrática contemporânea. Como aponta o professor, percebe-se uma gama de trabalhos recentes que abordam as crises vivenciadas pela democracia liberal nas décadas recentes. Loughlin (2022, p. 198) argumenta que a maioria desses trabalhos está partindo da premissa errada, do que ele conclui que não são os valores da democracia liberal que estão sob ataque, mas sim as consequências nefastas do constitucionalismo que estão fazendo as massas descreditarem nas promessas da democracia.

Apesar da erudição teórica ampla, dos exemplos alargados e não restritos a um eurocentrismo ou anglicismo, acreditamos, todavia, que a obra de Loughlin apresenta uma série de problemas que pretendo abordar neste artigo. Irei restringir-me, contudo, a elaborar respostas a essas premissas acima citadas, para só então tentar refutar algumas das conclusões a que o autor chega no capítulo final da obra.

O presente trabalho não pretende ser uma resenha da obra de Loughlin e, portanto, não me atarei às minúcias de cada capítulo; pretendo articular respostas que o autor parece não conseguir oferecer ao concluir o seu livro, justamente porque, em meu juízo, é a obra de Loughlin que parte das premissas equivocadas, não necessariamente os teóricos da democracia que alertam para sua erosão. Isso não significa que o livro não seja rico, inovador para a literatura constitucional, e que, justamente por instigar uma profunda reflexão crítica, ocupará no futuro um lugar influente no pensamento constitucional (Gargarella, 2022, p. 1).

Inverteremos a ordem, iniciando o argumento com a premissa mais importante, justamente por ela permear toda a obra e funcionar assim como base de sustentação, “a razão de ser do livro”: a diferenciação entre governo constitucional e constitucionalismo; então, criticarei a associação que Loughlin faz entre o constitucionalismo e o neoliberalismo, apontando que as razões do constitucionalismo, em suas diferentes versões e doutrinas, são muito mais que “uma das versões” do pensamento liberal; depois, passarei ao debate sobre o conceito de

¹ Cf. Loughlin (2022), em especial, o capítulo 13.

ideologia de Loughlin e como o conceito sistêmico utilizado por Loughlin não é o mais adequado para inferir que o constitucionalismo seja uma ideologia; e, por último, concluirei com um debate deixado de lado talvez de modo deliberado pelo autor em seu livro, que trata da diferença entre princípios e valores, e como isso contribui para as falhas de sua tese, que acabam por formar uma crítica demasiadamente generalista ao constitucionalismo.

2 A problemática premissa de Loughlin: a diferença entre constitucionalismo e governo/democracia constitucional

A premissa a ser considerada mais grave na obra de Martin Loughlin (2022, p. 11) é a de que é necessário separar a ascensão de um governo democrático e constitucionalmente constituído dos preceitos do constitucionalismo. Para isso, o teórico defende que o constitucionalismo é uma ordem abstrata de valores que não necessariamente seria condizente com os mandamentos democráticos, deixando isso claro desde o prefácio do livro.

Abordaremos esse argumento porque toda a *raison d'être* da obra gira em torno dessa premissa. Se os preceitos do constitucionalismo são inevitáveis para o exercício de um governo constitucional, então o livro se torna, objetivamente, um exercício retórico vazio. E para o argumento aqui trabalhado, esse é justamente o caso.

O método adotado por Loughlin em sua obra é peculiar, pois na sua visão ele se distancia de seus pares anglo-saxões. A literatura dessa tradição, segundo Loughlin (2022, p. 134; 136; 156; 162), mostra-se profícua em valorizar a prosa sofista em detrimento da rigidez metodológica. Mas Loughlin também comete o equívoco que critica em outros acadêmicos, pois quando falamos em rigor metodológico, não se trata de uma crítica ao discurso filosófico propriamente dito desses autores, mas sim em uma tendência de não se situarem rigorosamente dentro de um determinado *paradigma filosófico*².

Apesar de Loughlin avançar em diversos temas completamente ignorados pela maior parte da literatura anglófona constitucional (Gargarella, 2022), e isso ser uma das grandes virtudes do livro, o autor começa (e termina) seu livro pecando com o leitor ao não situar sua crítica a um determinado paradigma.

De todo modo, a partir das referências utilizadas por Loughlin, depreendem-se algumas tendências teóricas do autor. Pode-se notar que há pelo menos três tipos de citações utilizadas por Loughlin. Chamarei a primeira de *citação descritiva*, onde o autor busca bibliografia que corrobore fatos históricos, método comum e pouco questionável (Loughlin, 2022, p. 10; 20; 48; 151; 168-171); a segunda seria a *citação crítica*, onde Loughlin busca exemplos da literatura cujo teor pretende criticar e superar (Loughlin, 2022, p. 141, 145; 159-161); e, mais importante, as *citações de fundamentação*, parecidas com a primeira, com a diferença de serem citações que insinuam a sustentação teórica do autor. Citações desse último tipo permeiam toda a obra, desde os contratualistas até Carl Schmitt, bem como de teóricos recentes, *v.g.*, Giovanni Sartori, até contemporâneos, como Bruce Ackerman, passando pelos clássicos Hobbes, Montesquieu e Rousseau (Loughlin, 2022, p. 51; 57; 89-95; 103; n 2; 30; 32; 34; 44; 46-47; 99; 123; 134; 212, n. 19; 237, n. 10; 47-48; 57; 79; 84; 94-96; 99; 107; 123; 123; 13; 38-40; 48-49; 63; 93-94; 184; 122; 145-148; 158; 192; 205, n. 2; 208, n. 31; 235, n. 45; 239, n. 39).

As citações que chamam mais atenção do início ao fim do livro são, contudo, as de Carl Schmitt e Max Weber (Loughlin, 2022, p. 19; 31; 154; 201-202; 205). Loughlin, para sustentar seu argumento sobre o fracasso da República de Weimar, por exemplo, utiliza-se dos argumentos de Schmitt, respeitando uma tendência de pensadores contemporâneos (Dyzenhaus, 2004). Em relação ao seu ceticismo axiológico (ou realismo social, chame como preferir), Loughlin não poderia escapar do pensamento weberiano para argumentar o constitucionalismo como mero instrumento monolítico de uma cultura que começa com a ética protestante e desemboca no pensamento econômico neoliberal (ou ortodoxo), que, na sua opinião, busca no constitucionalismo seu sustentáculo político-institucional (Loughlin, 2022, p. 201-202).

Meu ponto, contudo, não é apontar para os referenciais escusos do pensamento de Loughlin, ou como ele não consegue ser transparente em seu pensamento, mas quais são os resultados dessa "zona de penumbra filosófica". Ao gastar todas as páginas de seu livro com um exercício de erudição descritiva dos fenômenos históricos e sociais que

² Aqui se trata do conceito fenomenológico-hermenêutico de paradigma filosófico proposto pelo filósofo Ernildo Stein (2022).

levaram ao “fracasso” do constitucionalismo, Loughlin se vê impedido de responder ao leitor quais seriam as bases de uma democracia constitucional – e como ela poderia ser desenvolvida fora dos preceitos do constitucionalismo.

Quero dizer aqui que *Against Constitutionalism* tem muito pouco de teoria normativa. O máximo que Loughlin se permite a ser normativo e dar pistas ao leitor do que seria uma democracia constitucional desenvolvida em moldes diversos ao constitucionalismo, mostra-se muito próximo a qualquer preceito que ele mesmo havia criticado anteriormente. Vejamos a passagem onde Loughlin menciona os requisitos, segundo ele próprio, para uma democracia constitucional: “uma cultura de engajamento político ativo, facilitado por uma imprensa livre, associações da sociedade civil vibrantes e transparente nas decisões do poder público”. (Loughlin, 2022, p. 196, tradução nossa)³. Para ele, portanto, a democracia constitucional só pode funcionar com a inclusão e a participação da população, o que formaria, enfim, uma “cultura política” que sustente o Estado constitucional (Loughlin, 2022, p. 197). Outro singelo momento normativo de *Against Constitutionalism* aparece quando Loughlin afirma, ainda no início do livro, acreditar que a democracia “continua sendo nossa maior esperança de manter as condições de uma existência civilizada” (Loughlin, 2022, p. 24, tradução nossa)⁴.

O que salta aos olhos é como a prosa do livro, e seu ceticismo *schmittiano*, levam o leitor a entender que Loughlin irá contrapor o constitucionalismo com uma teoria radical da democracia. Essa é a ideia central que permeia todo o livro: uma das principais causas do suposto fracasso da democracia é sua adesão (liberal e, posteriormente, neoliberal) ao constitucionalismo. Mas a alternativa que mantém o leitor profundamente engajado na prosa de Loughlin nunca chega. Na verdade, chega de forma também “vaga”, “ambígua”, profundamente *liberal*, que é a doutrina que ele mais critica ao longo do texto (Loughlin, 2022, p. 199-200)⁵. Ao criticar o liberalismo, reduzindo os avanços do pensamento constitucionalista a apenas uma versão “neoliberal”, Loughlin acaba surpreendendo o leitor nas suas conclusões, pois revela, indiretamente, que ele também é um liberal. De outro modo, não estaria advogando por uma sociedade civil vibrante, uma imprensa livre e uma maior transparência e governança pública.

Talvez esse seja o pior pecado na obra de Loughlin: não apresentar uma alternativa àquilo que ele passa mais de duzentas páginas criticando, para na conclusão revelar uma posição normativa que passa muito perto da própria doutrina (neo)liberal que ele mesmo havia criticado. Mas seu exercício teórico não é em vão, pois a partir dele podemos rearticular e jogar luz a alguns debates importantes na filosofia política e na teoria do direito atuais, entre eles justamente o conceito de liberalismo, e como sua má compreensão pode acarretar uma leitura enviesada do constitucionalismo na história.

Mais à frente argumentarei sobre como me parece impossível cindir a democracia e o Estado constitucional do constitucionalismo e, conseqüentemente, do liberalismo político. Mas antes, preciso questionar a forma como Loughlin articula o liberalismo em sua obra, ignorando diversos autores, e privilegiando outros, de forma a favorecer seu argumento pelo fracasso democrático do constitucionalismo, pela sua ascensão como projeto totalizante a partir do Judiciário e demais entes estatais e internacionais.

3 Liberalismo ou neoliberalismo? O constitucionalismo total(izante), mas reduzido, de Loughlin

Há atualmente uma certa tendência acadêmica de crítica do liberalismo político. Percebe-se essa curva teórica em inúmeros estudos⁶. *Against Constitutionalism* não se destaca nesse sentido e também se insere nessa curva. O que faz o livro sobressair-se é a gama de autores e o alto nível crítico da obra sobre um tema que, para muitos teóricos, é um relativo consenso: o constitucionalismo e sua importância como “fiador” da democracia liberal.

Mas note-se, falo de uma democracia liberal, não de uma outra versão “atualizada” da democracia. E esse parece ser justamente o caso em *Against Constitutionalism*, pois Loughlin (2022, p. 196-197) afirma que o constitucionalismo

³ [A] culture of active political engagement facilitated by a free press, vibrant civil society associations, and transparency in public decision-making.

⁴ [R]emains our best hope of maintaining the conditions of civilized existence.

⁵ Nessa passagem o autor se esquivava de defender a oposição dos que ele chama de “teóricos radicais”, como Ernesto Laclau e Chantal Mouffe, mas se vê impedido também de assumir seu pensamento liberal, que fica subentendido, apesar de suas críticas ao “neoliberalismo”.

⁶ Vide a virada teórica articulada por Adrian Vermule (2020), em favor de constitucionalismo quase teológico e altamente conservador.

impede a democracia de ser aprimorada, como se fosse uma “superestrutura” que atrasasse o sistema. Isso, segundo o autor, é um fenômeno que ocorre em países desenvolvidos ou em desenvolvimento.

Dois problemas surgem, portanto. Primeiro, a questão democrática que, para Loughlin, precisa ser mais radicalizada e criativa, para angariar a legitimidade que lhe falta. Segundo, derivado do primeiro, é que a radicalização proposta por Loughlin é singela e pouco articulada, deixando o leitor “querendo mais” (Gargarella, 2022, p. 3), ou mesmo adivinhando quais seriam as melhores formas de promover essa ampliação da democracia.

Mas um ponto fica claro na obra e não restam dúvidas: o autor é um crítico da democracia liberal, justamente por sua sustentação “constitucionalista”. Desse modo, alguém poderia se perguntar, por que o liberalismo falhou como pensamento e como Loughlin pretende superá-lo? A questão é que se trata de um autor que não conseguiu diferenciar “constitucionalismo” de “governo constitucional”, logo, se vê obrigado a ocupar boa parte de seu estudo articulando uma trama pouco coerente onde uma versão específica do liberalismo precisa ser descoberta como a “vilã” e herdeira maior da tradição liberal clássica, fato que se pode notar a partir da insistência de Loughlin em adotar termos distintos para tratar de momentos históricos específicos para o constitucionalismo, como *clássico*, *aspirante*, *ordo-constitucionalismo*, até chegar em *cosmopolita* ou *global*, uma versão final e totalizante do que começou como uma “ideologia abstrata” formulada por pensadores do século XVIII e terminou como “esquema de governo total”, a partir do pensamento neoliberal (Loughlin, 2022, p. 195).

Mas seria o neoliberalismo o único pensamento sustentador do constitucionalismo? Seria o constitucionalismo um desenvolvimento monolítico, respeitando a ordem apresentada por Loughlin em sua obra? O autor indica inúmeros exemplos de países que corroboram essa tese, a de que o constitucionalismo veio para trazer a sustentação jurídica, simbólica e ideológica necessária a um pensamento político-econômico que lutava para ser dominante (Loughlin, 2022, p. 63; 184-186; 187; 190; 195). Mas seriam eles únicos? Contra o exemplo de Loughlin, é possível apresentar os casos de Portugal e do Brasil.

Após a Revolução dos Cravos, em Assembleia Nacional Constituinte, o parlamento português promulgou uma constituição social (para muitos, até socialista), em 1976, que serviu de inspiração para os trabalhos que posteriormente também viriam a ser realizados na Constituinte brasileira, cujo resultado foi a promulgação da Constituição de 1988. Ambas seguem vigentes como as respectivas Cartas Magnas de seus países, indo na contramão de uma suposta “ordem neoliberal”, pois foram promulgadas com amplos direitos sociais, refundando deveres estatais de prestação, ao mesmo tempo que garantiam direitos individuais de primeira ordem, como a liberdade de expressão e a propriedade, por exemplo. Pergunto-me: em que nível esses processos constituintes respeitam a suposta “ordem neoliberal” apontada por Loughlin?

Em *Against Constitutionalism*, Loughlin poderia argumentar que foi o caso da Constituição do Equador de 2008, mais recente portanto. Nesse caso, o poder constituinte originário foi além, garantindo direitos que nem as constituições portuguesa e brasileira asseguraram (Loughlin, 2022, p. 171). Loughlin habilmente argumenta que o constitucionalismo falhou no Equador, pois a Carta de 2008 não conseguiu efetivar a concretização desses direitos prestacionais. (Teria, em sua visão, ocorrido o mesmo no Brasil pós-1988?) Mas ele não responde por que isso se deu. O poder constituinte originário já estava maculado pelo constitucionalismo desde o início? Seria esse o problema que impede constituições compromissórias de terem sua eficácia tão limitada? Ou o constitucionalismo mina a concretização dos direitos por conta de o Judiciário avocar para si uma gama de poderes muito maior do que seria o razoável em uma democracia?

Se a interpretação correta do que Loughlin quis dizer nos direciono para a última alternativa, talvez esteja falando de uma boa pista por ele apontada. Ninguém pode negar que as últimas décadas demonstraram uma ascensão do Judiciário e da própria jurisdição constitucional. Mas isso obriga a todos diferenciar ativismo judicial de judicialização, algo que Loughlin sequer menciona no seu livro. Não há uma seção sequer para tratar desse fenômeno tão discutido no direito constitucional atualmente. Talvez ele mesmo, com sua lente veladamente realista e *schmittiana*, nem mesmo acredite nessa diferença. Mas mesmo assim, pode-se argumentar que a questão do ativismo – como caracterizá-lo, diferenciá-lo da mera judicialização e como evitá-lo ou mitigá-lo – é uma das controvérsias centrais na teoria constitucional de hoje, especialmente em países que Loughlin (2022, p. 192) descreve como “Estados em reconstrução”, após terem vivenciado longos períodos de exceção.

Nesse sentido, uma resposta hermenêutica é cabível e possivelmente qualificaria a discussão trazida por Loughlin em sua obra. Se constituições democráticas de países em “reconstrução” trazem direitos prestacionais a serem assegurados pelo Estado, a concretização isonômica desses direitos torna-se um dever do Judiciário, ainda que isso signifique que o Judiciário tenha de garantir essa prestação, exigindo que o Poder Executivo concretize esses direitos.

Daí a importância de diferenciar a judicialização do ativismo. Enquanto na judicialização o Judiciário garante, isonomicamente, respeitando princípios constitucionais, no ativismo, magistrados decidem *como querem*, realizando uma concretização *ad hoc*, desigual e parcial, a depender de sua vontade, no direito brasileiro, pouco sutilmente disfarçada de “livre convencimento motivado” dos juízes (Streck, 2013).

A crítica de Loughlin, portanto, aponta para vários alvos, mas acaba se equivocando quanto a acertar o real “culpado”, o que é o objetivo de sua tese. Enquanto Loughlin busca nos preceitos do constitucionalismo o motivo para um Judiciário parcial e politizado, ele esquece que o problema é ainda mais profundo, paradigmático, nas palavras de Lenio Streck (2014, p. 91-95): trata-se de uma questão ética, sobre a (im)possibilidade do agir pela vontade subjetiva dos juízes.

Loughlin resume sua crítica a uma conclusão fria e parcial (ela também) sobre as razões de o constitucionalismo ser o responsável por uma ascensão democraticamente desigual do Judiciário em face dos demais poderes. Mas não é o constitucionalismo que defende um poder irrestrito de liberdade dos juízes. O constitucionalismo não é *uma ideologia*. Além de questionarmos que o constitucionalismo seja de fato uma ideologia, pois, ainda que ele fosse, não poderia ser tratado como uma só linhagem de pensamento, dos iluministas aos *Founding Fathers*; da Alemanha do pós-guerra ao mundo, como quer Loughlin. O constitucionalismo é uma experiência intersubjetiva que se revela em um fenômeno diferente em cada cultura que o adota, pois cada poder constituinte tem suas particularidades históricas (Fioravanti, 2009).

Não há a menor possibilidade de julgar adequada a redução que Loughlin realiza do constitucionalismo como sendo uma doutrina de origem apenas “ordoliberal” ou mesmo neoliberal. Seria confuso aceitar esse argumento com constituições tão estatizantes tendo sido promulgadas mesmo em contextos de globalização após a queda do Muro de Berlim e da suposta vitória do neoliberalismo, apelidada de “fim da história”, pelo cientista político Francis Fukuyama (1989). A ordem mundial pós-bélica (Losano, 2008) estava longe de ser “um só acordo” oriundo de preceitos da Escola Austríaca, como assume Loughlin (2022, p. 72; 218, n. 28). Garantir a estabilização de um modelo de “Estado grande que respeite os preceitos do livre mercado” foi um embate político muito mais complexo e difícil, que por vezes passou bem longe de qualquer argumento constitucional⁷.

A escolha narrativa feita por Loughlin de preconizar a história do neoliberalismo também é por si só questionável, tendo em vista que várias outras correntes do liberalismo político também influenciaram o constitucionalismo pós-bélico. Há certo consenso na literatura que o liberalismo influenciou o constitucionalismo desde o início, sendo o segundo um projeto político do primeiro, que é, este sim, uma macroideologia dominante (Freedon, 1996). Mas essa mesma literatura também está de acordo com a pulverização do pensamento liberal no século XX, quando inúmeras microideologias oriundas passaram a ser formadas, algumas delas inclusive bastante opostas ao neoliberalismo, caso do pensamento de autores como Ronald Dworkin, Amartya Sen, John Rawls, para citar apenas três dentre os nomes mais proeminentes (Fawcett, 2014). Assim, a partir de exemplos concretos de outros países e doutrinas liberais diversas das apresentadas por Loughlin, poder-se-ia chegar a uma conclusão também diversa da que chega o autor.

Ademais, problemática também é a conclusão que o livro traz sobre o desenvolvimento constitucionalista cosmopolita, como se essa obra tivesse motivações puramente econômicas. O viés materialista, nesse ponto, em Loughlin, fica evidente, especialmente quando o projeto cosmopolita se reduz, para o autor, a uma linhagem kantiana, que agora vem sendo apropriada mais uma vez por uma espécie de conspiração neoliberal que inclui

⁷ Nesse sentido, a experiência autoritária do Chile é um exemplo esclarecedor, tendo em vista a política desestatizante ter sido implementada ao largo de qualquer preceito democrático do constitucionalismo, levando-se em conta o regime ditatorial de Pinochet.

entes internacionais como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial, a Organização Mundial do Comércio, entre muitos outros (Loughlin, 2022, p. 183-187).

É evidente que esses entes supranacionais são responsáveis por uma série de agendas, inclusive dos processos de autonomização dos Bancos Centrais, fenômeno que pode ser sentido com bastante notoriedade no caso do Banco Central Europeu e no advento da União Europeia como um todo. O autor, contudo, tece críticas indiretas a ideais de uma constituição mundial, que na sua opinião só aparentemente se mostraria utópica, mas que na verdade já estaria funcionando, vinculando a agenda política específica (a neoliberal) de grandes entes internacionais em detrimento da autonomia legiferante de Estados, que estariam, na sua opinião, cada vez menos soberanos (Loughlin, 2022, p. 193). Mas, apesar de ter-se visto uma tentativa dessa agenda ser implementada quase ter sucesso no processo de globalização nos anos 1990 e início da década de 2000, a Guerra ao Terror e a Crise Econômica de 2008 começaram a frustrar essas pretensões, processo que foi concluído com o avanço da disputa geopolítica de Estados Unidos e China, a pandemia, Guerra da Ucrânia, o conflito Israel-Hamas, entre outros embates geopolíticos atuais que maculam qualquer pretensão de integração e circulação livre de capitais, a maior pretensão do neoliberalismo (Jordaan, 2022).

As experiências geopolíticas vividas recentemente provam o contrário da tese de Loughlin sobre o constitucionalismo cosmopolita. Desde o fim da Guerra Fria, vivemos o período mais delicado em termos de solidarismo e integração internacional, com uma economia cada vez mais fragmentada e pouco afeita aos ideais da globalização multilateral ditos como “consagrados” por Loughlin pelo constitucionalismo que aspira a um cosmopolitismo de livre mercado. Isso demonstra que essa “aliança” entre instituições internacionais de índole neoliberal é muito mais frágil do que o autor sugere em seu livro, tendo sua “superestrutura” muito mais fragmentada do que os argumentos de Loughlin mostram. O constitucionalismo, para Loughlin, é totalizante, mas as experiências institucionais e geopolíticas atuais o mostram reduzido.

4 Constitucionalismo como ideologia ou projeto? Por que devemos levar a história institucional a sério

Em *Against Constitutionalism*, Martin Loughlin chama o constitucionalismo de muitas coisas, teoria de governo, sistema, teoria, estrutura, religião civil, mas nenhum deles é mais controverso — e resume melhor o que autor pensa sobre o tema — do que quando ele rotula o constitucionalismo como ideologia (Loughlin, 2022, p. 38). Para justificar seu conceito de ideologia, e porque ele optou por definir o constitucionalismo como uma, contudo, ele usa uma definição restrita e disputada e alguns diriam ambígua de *ideologia*, o conceito sistêmico, a qual afirma que toda ideologia é um “método pelo qual nós moldamos um agrupamento de crenças e símbolos culturais em um arranjo simbólico significativo, para assim torná-lo disponível para uma ação intencional”⁸ (Geertz, 1973, p. 193-233).

Dentro de um prisma hermenêutico, no entanto, considero problemático compreender uma ideologia em termos ambíguos, justamente porque a ideologia e sua formação são um processo complexo — mas muito mais objetivo e claro — do que a teoria sistêmica parece evidenciar. O constitucionalismo, à luz de um paradigma filosófico fenomenológico-hermenêutico (Stein, 2022), seria um projeto inserido dentro de um prisma ideológico liberal amplo (Freedon, 1996, p. 111-116) — que se alarga e não se restringe — necessariamente ao longo do tempo.

Daí a importância de consumir o projeto do “método” hermenêutico para compreender que conceituar o constitucionalismo passa por revolver o chão linguístico onde se assenta a tradição da história institucional de determinada comunidade que se pretende pesquisar (Oliveira; Streck, 2015). Ou seja, cada localidade terá uma história institucional diversa que irá desvelar uma forma de desenvolvimento constitucional específica. Isso não exclui a possibilidade de se identificar linhagens do pensamento constitucional, como é o caso das influências do constitucionalismo norte-americano na Constituição brasileira de 1891 e dos constitucionalismos português e alemão na Constituição de 1988. Mas Loughlin equipara os constitucionalismos, afirmando serem todos frutos de uma só

⁸ *Constitutionalism is a method by which we shape a cluster of beliefs and cultural symbols into a meaningful arrangement, thereby making it available for purposive action* (Loughlin, 2022, p. 38, tradução nossa). O autor afirma nessa passagem que está se valendo da definição do antropólogo Clifford Geertz.

linhagem de pensamento político, o que permite ao autor assumir equivocadamente que o constitucionalismo é uma ideologia.

As condições sociais e as contingências histórico-políticas nas quais exsurge um poder constituinte originário podem conceber epocalidades diversas, fazendo com que diferentes vertentes de pensamento constitucional influenciem nações fragmentadas que tiveram mais de um processo constituinte, situações comumente vivenciadas em países de modernidade tardia (Streck, 2014).

Loughlin (2022, p. 17-21; 132-133; 135; 177; 180; 186-187; 194-195; 201), em diversas passagens, chega a apontar para os problemas de países que vivem democracias frágeis, onde sua fragmentação social dificulta esse processo de formação de cultura política — que para ele precisa ser “vibrante” para que a tranquilidade e paz social vigorem. O autor contrapõe, no entanto, essa “cultura política” a um processo superficial, que ele chama de “constitucionalização” (Loughlin, p. 17-21; 132-133; 135; 177; 180; 186-187; 194-195; 201). Nesse ponto, faz uma análise sociológica crua, que lembra a crítica de Ferdinand Lassale (2015), que questionava o fato de uma constituição sem efetividade — e sem crença social na sua efetividade — tornar-se apenas uma “folha de papel” (Loughlin, 2022, p. 37). O que o autor não menciona em sua obra, contudo, é como de fato essa “cultura política” pode ser formada na prática. A melhor doutrina, contudo, demonstra que por muitas vezes, o projeto constitucional — a *constitucionalização*, nas palavras de Loughlin — é a única trincheira entre a institucionalidade e a barbárie, algo que já pode ser confirmado historicamente (Ziblatt, 2017).

Apesar de Loughlin mencionar as crises democráticas, questionando suas origens como um problema também oriundo do constitucionalismo, ele ignora fatos recentes que demonstram o constitucionalismo como essa última trincheira. A pandemia e atuação do Judiciário na ausência de um Executivo que garantisse um mínimo de condições de proteção sanitária à população é um desses exemplos. As ameaças institucionais praticadas por grupos extremistas radicais, em países desenvolvidos ou não, são outro problema, onde as cortes aparecem muitas vezes como a última trincheira em favor da democracia (Bacha e Silva; Souza Cruz; Nogueira, 2022).

Desse modo, pode-se concluir que o poder exercido pelas cortes não é necessariamente antidemocrático quando demonstra ser a última trincheira de defesa contra grupos políticos que se utilizam de suas próprias prerrogativas políticas — conferidas por um regime *democrático* — para atacar a própria democracia. Em um verdadeiro “estado de natureza institucional”, os princípios do constitucionalismo (que não são valores, como explicarei no tópico a seguir), devem ter sua aplicação garantida pelo Judiciário. Como resumiu Lenio Streck (2022), “[a] democracia não pode ser um pacto suicida”.

Esse argumento nos leva a um último assunto que buscarei abordar ao tratar do livro *Against Constitutionalism*. É uma última crítica a um ponto que me fará retornar ao tema que deu início ao artigo, o que afirmo ser uma premissa equivocada do autor quando considera constitucionalismo e democracia constitucional como sendo coisas diferentes. Minha hipótese é que Loughlin sustenta isso, pois seu conceito de constitucionalismo não engloba princípios, mas sim “valores”, que encontram no Judiciário seu “mediador” (Loughlin, 2022, p. 108). Dessa forma, o autor incorre em um erro comum de uma parcela da literatura teórico-constitucional: o de confundir valores com princípios, tema que abordarei neste último tópico conclusivo.

5 A democracia e o constitucionalismo a partir dos princípios constitucionais e sua defesa: considerações finais

O livro *Against Constitutionalism* tem no seu texto uma quantidade razoável de referências fora do universo anglo-saxão. Loughlin trabalha ao longo dos seus capítulos a tradição jurídica continental, o debate Kelsen-Schmitt sobre quem deve(ria) ser o guardião da constituição, além de considerar diversos aspectos da “crise do constitucionalismo” vivenciada em países fora do eixo anglo-americano.

Algo, no entanto, passa despercebido no argumento do autor: a diferença entre princípios e valores. Na maioria das páginas da obra, ele os iguala, como sendo o constitucionalismo um projeto de governo que põe a constituição e seus valores como religião civil que cria um forte caráter de poder simbólico (Loughlin, 2022, p. 143), legitimando artificialmente decisões unilaterais das cortes constitucionais, mas escondendo seu forte caráter subjetivo.

É inegável que esse é um dos pontos altos do livro, pois trata de um tema que muitos de seus pares parecem deliberadamente ignorar, mas que sempre foi a grande questão da teoria do direito: a decisão judicial. Mesmo dedicando um capítulo da obra para a interpretação⁹, Loughlin (2002, p. 151-165) parece assumir valores e princípios como sendo entes igualmente indeterminados, o que, na opinião de outros juristas, é um erro (Dworkin, 1978).

Dentro da tradição da filosofia do direito continental, contudo, esse é um debate já bastante consolidado. Um dos primeiros juristas a criticar essa confusão jurídica entre princípios e valores foi o português Castanheira Neves. No direito português (prática que também foi difundida no direito brasileiro), havia — e continua havendo — uma tradição de referenciar “axiomas jurídicos racionais” como “princípios gerais do direito”, que devem “orientar” os juízes como cláusulas abertas. A Crítica Hermenêutica do Direito, à qual nos filiamos nesse artigo, defende uma ruptura com essa categorização, pois entende que princípios — especialmente os princípios constitucionais — devem, na verdade, fechar a interpretação, diminuindo o grau de subjetivismo das decisões judiciais (Streck, 2020, p. 369-378), que parece ser justamente o que deseja Loughlin, tendo em vista sua crítica ao constitucionalismo como projeto que dá irrestrito poder às cortes constitucionais.

Mas Loughlin (2022, p. 141 e 145), entretanto, critica Dworkin em sua obra. Lenio Streck, o principal articulador brasileiro de uma teoria da decisão, e que defende o constitucionalismo, no entanto, o faz com apoio enfático nas noções integrativas de Dworkin¹⁰, pois enxerga os “princípios constitucionais” de forma semelhante ao que Dworkin (1996) prescreve nos “princípios morais” da comunidade política. Para Streck (2020, p. 371), “o sentido que devemos atribuir aos princípios nesta quadra da história é bem diferente do que antes se entendia sobre” os princípios gerais do direito.

Assim, os princípios constitucionais — que não são necessariamente “do constitucionalismo”, como quer Loughlin, pois cada país desenvolve uma faceta diversa do constitucionalismo — oferecem, segundo Streck (2020, p. 373), “espaços argumentativos”, muito embora eles sejam de caráter deontológico, “que permitem controlar os sentidos articulados pelas decisões”. Ou seja, “o conteúdo dos princípios constitucionais não é pré-definido (*sic.*) por lei, muito menos pode ser livremente determinado pelos tribunais”, pois é uma manifestação histórico-cultural “que se expressa em determinado contexto de uma experiência jurídica comum”. Podemos chamar essa experiência de uma *experiência constituinte*.

Dessa maneira, Loughlin não pode ignorar que diferentes linhagens de constitucionalismo podem ser — e de fato, o são — incorporadas, mas também adaptadas a novas realidades constituintes. Por isso meu argumento segue em desacordo com a obra de Loughlin, uma vez que não pode haver apenas *um constitucionalismo*, mas inúmeros. Aliás, pode-se dizer que a característica plural do constitucionalismo é inerente ao desenvolvimento político que surgiu, com suas raízes liberais, “no século XVIII”, como bem aponta o autor. A preocupação de Loughlin com a decisão e com o excesso de poder nas mãos do Judiciário é legítima e merece destaque, mas é preciso fazer essa distinção entre princípios constitucionais e meros valores que podem ser “tomados como axiomas de justiça, que seriam verdades autoevidentes e serviriam para a tomada de *qualquer* decisão [...]” (Streck, 2020, p. 371). Claramente não é este o caso dos princípios constitucionais, que por sua vez devem ser respeitados como deontológicos, evitando a discricionariedade judicial antidemocrática.

Loughlin, portanto, erra o diagnóstico. A causa do decisionismo judicial não é o constitucionalismo, mas justamente os desacordos em face do que se pode entender como o que são princípios e o que são valores. É possível que a maioria dos constitucionalistas norte-americanos, que ele por vezes critica, desenvolva teorias “eruditas”, para justificar a constituição como “mito nacional”, justamente pois não se deram conta de que o debate central da teoria do direito e do direito constitucional gira em torno da interpretação e da decisão judicial. Enquanto não se resolve esse impasse, a teoria permanece a procura de “mitos” ou “inimigos” comuns. Loughlin escolheu um inimigo, neste caso, o constitucionalismo.

⁹ Cf. o capítulo 10 da obra de Loughlin.

¹⁰ A Crítica Hermenêutica do Direito defende uma “antropofagia” das ideias de autores estrangeiros, pois pretende ser um desenvolvimento teórico original e, especialmente, “adequado à realidade brasileira”. Dessa maneira, não subscreve integralmente o pensamento de nenhum autor, nem mesmo seus referenciais teóricos, caso de Dworkin (Streck, 2017, p. 23-24).

Em suma, embora se trate de obra criticável, também não deixa de ser louvável. Meus desacordos vêm a tona principalmente quando o autor aponta as origens dos problemas identificados na literatura e suas premissas. A diferença entre constitucionalismo e democracia constitucional é a primeira delas, pois, ao longo da obra, mesmo sob um erudito esforço, o autor não nos apresenta um conceito adequado que diferencie de fato os preceitos de um governo constitucional dos preceitos liberais do constitucionalismo; a sua conclusão de que o constitucionalismo (qual deles?), em sua fase contemporânea (qual delas?), é um projeto neoliberal também nos parece questionável. Mesmo que suas referências históricas tenham a sua importância, elas contam apenas parte da história, não englobam inúmeros casos de constituições estatizantes, sociais e compromissórias que foram na contramão dos tais “valores do neoliberalismo” ao longo do pós-guerra e da globalização pós-Guerra Fria.

O próprio projeto cosmopolita, nesse sentido, perde o tom quase conspiratório que Loughlin sustenta nos últimos capítulos do seu livro, levando-se em conta os acontecimentos históricos recentes. Ainda que haja um alargado desenvolvimento teórico-normativo sobre a necessidade de uma constituição global e temas sobre a pluriversalidade do constitucionalismo (Ferrajoli, 2022; Teixeira, 2011), devemos concluir com a ideia de que, para cada comunidade política, o constitucionalismo irá desenvolver-se de uma forma ímpar, o que impossibilita rotulá-lo como um fenômeno poderoso o suficiente para dar sustentação jurídica a uma trama político-econômica nos moldes descritos por Loughlin. Numa palavra final, *Against Constitutionalism* superestima e ao mesmo tempo subestima o constitucionalismo, pelas diversas razões apontadas ao longo deste texto.

6 Agradecimento

Agradeço à professora Clarissa Tassinari (PPG em direito, UNISINOS) por ter me chamado atenção à obra de Loughlin e pelas discussões proveitosas decorrentes do livro *Against Constitutionalism* que tivemos no seminário “Direito, Estado e Justiça”, ministrada por ela no curso de Mestrado na mesma instituição, no segundo semestre de 2022.

7 Referências

- BACHA E SILVA, D.; SOUZA CRUZ, Á. R. de; NOGUEIRA, B. G. B. A erosão constitucional na Constituição de 1988: o Supremo Tribunal Federal, os ventos autoritários e a jurisdição constitucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 32-64, abr. 2022. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/7576/pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.
- DWORKIN, R. *Freedom's law: the moral reading of the american constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- DYZENHAUS, D. The left and the question of law. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Toronto, v. XVII, n. 1, p. 7-30, jan. 2004. Disponível em: <https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/89177/1/Dyzenhaus%20The%20Left.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.
- FAWCETT, E. *Liberalism: the life of an idea*. Princeton: Princeton University Press, 2014.
- FERRAJOLI, L. Por que uma constituição da terra? Tradução Sandra Regina Martini e Bernardo Bacco Gehlen. *Revista Brasileira de Direito*, Florianópolis, v. 31, n. 12, p. 4-18, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/9024/6272>. Acesso em: 10 jan. 2022.
- FIORAVANTI, M. *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*. Bari: Laterza, 2009.
- FREEDEN, M. *Ideologies and political theory: a conceptual approach*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- FUKUYAMA, F. The end of history? *The National Interest*, n. 16, p. 3-18, 1989.

- GARGARELLA, R. Review of Against Constitutionalism, by Martin Loughlin. *University of Toronto Law Journal*, 10 out. 2022. *Project MUSE*. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/886249/pdf>. Acesso em: 9 jan. 2024.
- GEERTZ, C. Ideology as a cultural system. In: *the interpretation of cultures*. Londres: Fontana, 1973. p. 193-233.
- JORDAAN, A. C. De-globalization: Fact or fiction? *Latin American Journal of Trade Policy*, Santiago, v. 5, n. 12, p. 37-74, 2022. Disponível em: <https://lajtp.uchile.cl/index.php/LAJTP/article/view/65463/70270>. Acesso em: 10 jan. 2023.
- LASSALLE, F. *O que é uma Constituição?* Tradução Gabriela EdelMei. São Paulo: Pillares, 2015.
- LOSANO, M. G. *Sistema e estrutura no direito: o século XX*. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. v. II.
- LOUGHLIN, M. *Against constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2022.
- STEIN, E. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.
- STRECK, L. L. As lições da Alemanha na prisão de proxenetas golpistas: acorda, Brasil! *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-15/senso-incomum-licoes-alemanha-prisao-golpistas-acorda-brasil>. Acesso em: 20 jan. 2023.
- STRECK, L. L. *Hermenêutica – Livro carta*. São Leopoldo: Edição do autor, 2017. v. 1.
- STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, L. L. *O que é isto — decido conforme a minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, L. L. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 369-378.
- TEIXEIRA, A. V. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- TOMAZ DE OLIVEIRA, R.; STRECK, L. L. Algumas indicações sobre o método fenomenológico- hermenêutico. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 dez. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico>. Acesso em: 10 jan. 2023.
- VERMULE, A. Beyond Originalism. *The Atlantic*, Nova York, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>. Acesso em: 10 jan. 2023.
- ZIBLATT, D. *Conservative parties and the birth of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.