

CARLOS BERNAL PULIDO

O DIREITO DOS DIREITOS  
Escritos sobre a aplicação  
dos direitos fundamentais

Tradução

Thomas da Rosa de Bustamante

(com a colaboração de Bruno Stiegert)

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

## NOTA DO TRADUTOR

O presente volume reúne uma série de ensaios publicados pelo autor em uma compilação pela Universidad Externado de Colombia no ano de 2005. Foi omitido, no entanto, um capítulo onde o autor analisa o princípio do devido processo à luz da jurisprudência constitucional colombiana, haja vista que, ao contrário dos demais ensaios publicados neste volume, aquele estava direcionado especialmente para o público colombiano. O tradutor considerou conveniente, também, publicar como apêndice ao presente livro o ensaio «The Rationality of Balancing», publicado em 2006 nos *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, que aprofunda o estudo do método da ponderação e aborda alguns aspectos que ainda não haviam sido suficientemente enfrentados por Robert Alexy em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Para facilitar o entendimento do leitor, foram adicionadas algumas notas de tradução, quando estritamente necessárias.

## AGRADECIMENTOS

Este livro constitui o resultado de vários anos de investigação e de exercício professoral, nos quais pude formar algumas convicções sobre a teoria e a prática dos direitos fundamentais na Colômbia.

Na formação de tais convicções foram de capital importância minhas conversas com o professor ROBERT ALEXY, durante minha visita em sua cátedra de Filosofia do Direito e Direito Público da Universidade de Kiel, assim como os interessantes debates que mantive com seu assistente científico, o Dr. MARTIN BOROWSKI.

Do mesmo modo, as páginas que o leitor tem em suas mãos são tributárias da contribuição de alguns professores e amigos espanhóis, que me enriqueceram com suas sugestões, observações e críticas. Entre eles gostaria de mencionar muito especialmente o orientador de minha tese de doutoramento em Salamanca, o professor JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO, ao professor AUGUSTO MARTÍN DE LA VEGA (também da Universidade de Salamanca) e ao professor JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (da Universidade de León).

As teses deste livro também se beneficiaram do intercâmbio de ideias que pude manter sobre o direito constitucional norte-americano com o professor STANLEY PAULSON (Washington University de Saint Louis, Estados Unidos) e do material bibliográfico que tive oportunidade de compilar na biblioteca da Universidade de Oxford (Inglaterra) durante o verão de 2002, graças ao convite do professor JOSEPH RAZ.

No que concerne à análise da jurisprudência constitucional colombiana, devo dizer que algumas das ideias que defendo neste livro provêm dos debates que tive na Corte Constitucional, com o magistrado MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA e o professor RODOLFO ARANGO. Mas, principalmente, algumas ideias e conceitos são devedores das observações inteligentes

de meus companheiros de grupo de pesquisa em direito constitucional da Universidade Externado de Colômbia, em especial dos professores NÉSTOR OSUNA, ALEXEI JULIO, HUMBERTO SIERRA, GERMÁN LOZANO e ÉDGAR SOLANO.

Também estou em dúvida com o monitor ANDRÉS GUTIÉRREZ, que me proporcionou a documentação necessária para vários dos escritos que compõem este livro, e com meu assistente na cátedra de Introdução ao Direito na Universidade Externado de Colômbia, o professor JUAN CARLOS UPEGUI, por suas críticas e recomendações quanto à seleção da jurisprudência constitucional. A MARÍA JOSÉ VIANA também devo uma valiosíssima colaboração na seleção e análise de parte da jurisprudência que serve de substrato aos textos que aqui se apresentam.

Não posso deixar de mencionar de modo genérico, porque uma lista detalhada me faria incorrer em omissões imperdoáveis, o aporte à minha concepção sobre os direitos fundamentais de meus estudantes do doutorado em Direito, dos mestrados em Direito Público, Direito Administrativo e Responsabilidade do Estado, das especializações em Direito Público, Constitucional e Parlamentar e do Curso de Aperfeiçoamento em Teoria e Interpretação dos Direitos Fundamentais – que ministrei durante o primeiro semestre do ano de 2004 –, assim como de meus estudantes de Introdução do Direito de graduação, todos da Universidade Externado de Colômbia. A todos eles, devo muitos dos acertos que este livro possa conter. Desde logo, os erros são inteiramente de minha autoria.

Finalmente, gostaria de agradecer à Universidade Externado de Colômbia pelo generoso financiamento que me brindou para levar a cabo este projeto, a seu Reitor, o Dr. FERNANDO HINESTROSA, e aos professores CARLOS RESTREPO PIEDRAHÍTA e LUIS VILLAR BORDA por seu estímulo constante; e, já no campo pessoal, à minha mãe, MARÍA STELLA, ao meu pai, LIBARDO, e a meu irmão, LUIS, por seu apoio incondicional. E, como não, a MARÍA JOSÉ, minha grande benção, por tudo... A ela dedico este livro.

## PREFÁCIO

É antes de tudo uma honra poder prefaciá-lo livro *O direito dos direitos*, de autoria do meu amigo Carlos Bernal Pulido, Professor Catedrático da Universidad de Externado de Colombia.

Antes de tecer considerações sobre a obra, cabe uma palavra sobre seu autor. A par de sua personalidade afável e generosa, Carlos se destaca entre os teóricos do direito por seus sólidos conhecimentos jurídicos, pela detalhada análise que faz da jurisprudência e do direito comparado, pela desenvoltura por que passeia pela mais avançada doutrina mundial, pela erudição geral e pela familiaridade com a filosofia do direito clássica e contemporânea, sem contar ainda com o estilo claro, argumentativo e elegante de sua redação. Esse estilo se pode observar em toda a extensão da obra que estou a prefaciá-lo, e reflete uma característica que considero uma das principais virtudes intelectuais deste jovem e brilhante autor: Carlos, ao contrário de grande parte da filosofia puramente descritiva que ainda encontra um lugar de destaque no discurso dos teóricos do direito em nível global, está preocupado em resolver problemas práticos, ou seja, em construir uma filosofia do direito dotada da ambição de racionalizar o processo de aplicação do direito, estabelecendo um diálogo que havia sido rompido por quase duzentos anos, desde o advento do positivismo descritivo de John Austin, passando por Kelsen e Hart, entre a teoria e a prática jurídica. A impressão que tenho é de que a principal preocupação da filosofia do direito de Carlos Bernal é uma preocupação metodológica – isto é: como utilizar a filosofia para encontrar e justificar respostas para os problemas enfrentados pelos aplicadores do direito? –, e não mais a velha preocupação ontológica que esteve presente no discurso teórico do positivismo descritivo, cuja pergunta central era apenas «o que é direito?». Por isso, a filosofia jurídica de Carlos Bernal é uma filosofia *para* juristas, e não apenas para um limitado ciclo de teóricos puramente analíticos que

estabelecem um tipo de ciência jurídica que se cala diante dos problemas que mais atordoam os cultores do direito. Nesse sentido, a obra de Carlos Bernal Pulido não opta pelo silêncio face às indagações práticas que diuturnamente são formuladas pelos juízes, advogados e demais operadores do direito.

Essa cisão entre «teoria» e «prática» esteve presente nas filosofias do direito positivistas (à exceção, talvez, do positivismo de Bentham e do positivismo normativo que tem se desenvolvido nos últimos anos por autores como Jeremy Waldron e Tom Campbell), e demarcou, ao longo de todo o século XX, a fronteira tradicional entre a *teoria* e a *filosofia* do direito. Como explicam Alexy e Dreier, a filosofia do direito tradicionalmente foi tida como a teoria do direito natural e/ou direito da razão, ou seja, como «teoria ética do direito justo ou correto», enquanto a teoria geral do direito era visualizada como uma «teoria geral do direito positivo».<sup>1</sup> Essa distinção explica o desinteresse geral de muitos acadêmicos pela filosofia jurídica, que vem acompanhada de uma exaltação da teoria do direito. No entanto, como se percebe, tal distinção somente poderia ser mantida se a teoria jurídica fosse definida como «uma teoria geral do direito positivo, *excluindo-se qualquer preocupação com o problema da justiça*»,<sup>2</sup> de modo que não deve ser acolhida não apenas porque pressupõe a tese central do positivismo – *i.e.*, que não haveria relação entre o direito como ele é (direito positivo) e o direito como ele deve ser (direito ideal, racional ou natural) –, mas principalmente porque a teoria do direito resta privada de sua relevância normativa e de sua capacidade de racionalizar a prática de aplicação do direito. Sob esta cisão entre «direito natural» (objeto da filosofia do direito) e «direito positivo» (objeto da teoria do direito), o direito é visto nesta ótica ou como uma metafísica ou como mera convenção: *tertium non datur*.

O projeto teórico de Carlos Bernal é romper com as amarras desse tipo de pensamento. Ele se aproxima do pensamento de Robert Alexy, que ele conhece como poucos comentaristas no mundo. Reconhece que em todo ato de criação e aplicação do direito está ilocucionariamente pressuposta uma pretensão de correção, e que ocorre uma contradição performativa – uma contradição entre o conteúdo de um ato de fala e as pressuposições implícitas daquele que profere esse ato de fala – cada vez que essa pretensão de correção é negada. Coerentemente com Alexy, Carlos Bernal tem ciência de que essa pretensão de correção torna o discurso jurídico um caso especial do discurso moral e estabelece para o jurista prático o dever de realizar duas coisas ao mesmo tempo: decidir *de forma correta* e decidir *de acordo com o*

---

<sup>1</sup> ALEXY, Robert; DREIER, Ralf, «The Concept of Jurisprudence», *Ratio Juris*, vol. 3, n. 1: 1-13, em p. 2, 1990.

<sup>2</sup> *Idem, ibidem*.

*direito positivo*. Mesmo sabendo que em casos específicos pode haver colisão entre essas duas exigências, essa filosofia busca fornecer um instrumental teórico capaz de realizar ao máximo esses dois ideais contidos na pretensão de correção. Numa palavra, busca *racionalizar* o direito em todos os seus momentos, e em especial no momento da *justificação* das suas decisões.

Se tivermos de enquadrar os estudos que compõem esse volume em um «ramo» ou «setor» do conhecimento jurídico, teríamos de fazê-lo no campo de indagações das «teorias da argumentação jurídica». Mas diferentemente das várias publicações que há a respeito das teorias da argumentação jurídica, ao invés de meramente criticar ou defender as teorias já existentes – entre as quais se destacam as de Alexy, MacCormick e Aarnio –, os ensaios aqui publicados buscam conduzir a pesquisa jurídica para um universo de problemas ainda não enfrentados por essas teorias. É o que se pode observar com toda clareza, por exemplo, no apêndice publicado com o título «a racionalidade da ponderação». Um leitor atento da obra de Alexy, e em especial dos seus estudos sobre a argumentação jusfundamental,<sup>3</sup> verá que problemas tão importantes como o peso abstrato dos direitos fundamentais e uma série de indagações secundárias permanecem ainda sem qualquer tematização. O texto de Carlos Bernal, por outro lado, pretende ir adiante, isto é, pretende continuar caminhando em direção à institucionalização de novos *standards* ou regras de argumentação capazes de tornar mais racional o emprego da técnica da ponderação. No mesmo sentido, no seu ensaio sobre o princípio constitucional da igualdade, capítulo 9, Bernal estabelece 23 regras de argumentação que tornam mais objetiva, controlável e adequada a aplicação do vago ditame constitucional. Essas 23 regras, embora não encerrem a questão, constituem um novo estágio de institucionalização da razão prática, por vindicarem no coração da prática jurídica uma série de novos critérios de correção para as decisões tomadas com fundamento na cláusula geral da igualdade.

O mesmo se poderia dizer sobre vários outros temas aqui estudados em profundidade, como a eficácia vinculante da jurisprudência constitucional, a aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade da legislação penal etc.

Por essas e outras qualidades, creio que a obra de Carlos Bernal Pulido será muito bem recebida pela comunidade jurídica brasileira, porque ela se concentra nas teorias da argumentação jurídica, o braço mais prático da filosofia do direito, para dar ao jurista argumentos e elementos de justificação

---

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales (trad. Carlos Bernal Pulido). *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 22, vol. 66: 13-64, 2000.

das decisões que ele inevitavelmente tem de tomar com base no ordenamento jurídico.

É uma obra serena e madura que incorpora os conhecimentos dessas teorias e dá um grande passo adiante, com uma coragem, uma seriedade e um caráter prospectivo que hoje em dia nem sempre se encontram em uma obra de filosofia do direito. Carlos Bernal Pulido vê o direito como uma prática construtivista onde paulatinamente vão sendo sedimentadas e institucionalizadas razões para a ação, algo como a metáfora da *chain novel* descrita por Ronald Dworkin em sua obra *O Império do Direito*. Nas páginas que se seguem foram construídas, sem dúvidas, valiosas diretivas para a aplicação, a justificação e o entendimento dos direitos fundamentais. Os juristas do nosso tempo precisam dessas diretivas para cumprir as exigências de justificação que as constituições contemporâneas lhes impõem.

Belo Horizonte, novembro de 2012.

THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE  
*Professor da Universidade Federal de Minas Gerais*



## SUMÁRIO

Prefácio .....	13
Introdução .....	19

### PRIMEIRA PARTE

#### A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

##### Capítulo I

Sobre a legitimidade da jurisdição constitucional e a objetividade no controle de constitucionalidade das leis.....	29
---	----

##### Capítulo II

Racionalidade, proporcionalidade e razoabilidade no controle de constitucionalidade das leis.....	59
---	----

##### Capítulo III

A ponderação como procedimento para interpretar os direitos fundamentais .....	91
--	----

##### Capítulo IV

O princípio da proporcionalidade da legislação penal.....	109
---	-----

##### Capítulo V

O precedente constitucional.....	141
----------------------------------	-----

##### Capítulo VI

A força vinculante da jurisprudência .....	185
--	-----

**Capítulo VII**

A Constituição conserva seu valor em um Estado Social imerso na globalização?.....	217
--	-----

**SEGUNDA PARTE****DIREITOS FUNDAMENTAIS GERAIS****Capítulo VIII**

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade.....	231
--	-----

**Capítulo IX**

O princípio da igualdade na jurisprudência da Corte Constitucional .....	239
--	-----

**Capítulo X**

Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais.....	267
--	-----

**Capítulo XI**

A globalização e os direitos fundamentais dos imigrantes .....	309
--	-----

Apêndice – A racionalidade da ponderação .....	329
--	-----

## INTRODUÇÃO

Em seu conhecido ensaio «American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream»,<sup>1</sup> H. L. A. HART advertia que a jurisprudência norte-americana sobre os direitos básicos tipificados nas emendas à Constituição havia posto em xeque o ideal acerca do que uma Corte deveria ser e acerca do que uma Corte deveria ou poderia fazer. A proliferação de sentenças que dotavam de conteúdos ideológicos cláusulas como as da igualdade, do devido processo legal ou da liberdade de expressão parecia situar a Corte Suprema Federal em uma posição radicalmente contrária ao modelo de juiz idealizado por Lord RADCLIFFE, que o descrevia como «um erudito objetivo, imparcial e experiente que se limita a declarar o direito», e caracterizava a jurisprudência como algo que está muito longe de ser uma «aplicação imparcial de regras jurídicas preexistentes e determinadas para a solução de um caso concreto».<sup>2</sup>

De maneira muito acurada, HART observava que esta circunstância havia suscitado duas reações contrapostas na doutrina: o pesadelo (*the Nightmare*) e o nobre sonho (*the Noble Dream*). Do lado do pesadelo estavam aqueles que apregoavam o apogeu da concepção do juiz, ou seja, a impossibilidade de se seguir considerando-o como uma mera instância de aplicação do direito que pudesse se diferenciar com facilidade do legislador. Parecia que o juiz já não somente aplicava o direito preexistente, mas que também criava direito novo em suas sentenças. O juiz aparecia então mais como o titular de um poder independente que construía normas *ad hoc* para resolver os casos de sua

---

<sup>1</sup> Em *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983: 123 e ss.

<sup>2</sup> *Idem, ibidem*, p. 125 e 126.

competência, seja quando estes não estavam previstos pelo direito vigente ou quando estavam regulados de maneira equivocada. Proclamava-se a insuficiência da lógica como o único fator para descrever e regular a aplicação do direito, e se convidava a reconhecer abertamente que o intérprete em nenhum caso renunciava a introduzir suas concepções sobre a justiça e a política na aplicação das normas jurídicas. No mesmo sentido, se aconselhava a não impedir que o aplicador do direito o fizesse; pelo contrário, recomendava-se exigir que o juiz discutisse abertamente suas inclinações ideológicas e que as enquadrasse dentro de suas margens de discricionariedade.

À visão do pesadelo, encarnada pelo realismo jurídico norte-americano – liderado entre outros por HOLMES, McDOUGAL e FRANK – e reformulada mais recentemente de modo engenhoso pelo movimento dos *Critical Legal Studies*, contrapor-se-ia o idealismo do nobre sonho. Esta concepção insistia em poder explicar e justificar a asserção de que o juiz deveria aplicar o direito preexistente e não criar um direito novo, inclusive quando parecesse que as regras que o compõem não pudessem determinar o sentido da decisão.<sup>3</sup> Este enfoque rechaçava contundentemente a ideia de que o intérprete decide e pode decidir os casos por meio do seu arbítrio – ou segundo sua vontade – quando a norma aplicável é indeterminada. Consequentemente, preconizava que a indeterminação compele o juiz a fazer uma interpretação geral dos princípios e valores que fundamentam o sistema jurídico, para derivar deles a solução apropriada para o caso. O juiz nunca deve dizer o que o direito deve ser, consoante sua ideologia, senão apenas o que o direito é, segundo uma interpretação geral da Constituição e da moralidade política que se institucionaliza por meio desta última. O pesadelo de um direito repleto de lacunas que se colmatam por meio do exercício da subjetividade judicial é substituído pelo sonho idílico de um direito pleno, aplicado por um intérprete que evita a política e lhe atribui objetividade com base no pano de fundo moral que subjaz à Constituição.

Não resulta demasiadamente complexo traçar um paralelo entre esta percepção de HART sobre a divisão que fragmentava a doutrina norte-americana e o contraponto entre as opiniões que a jurisprudência da Corte Constitucional sobre os direitos fundamentais suscitou. Não obstante, sem fazer exagerações literárias ou se restringir a algum tipo de filigrana classificatória, pode-se afirmar que tanto o pesadelo como o nobre sonho conheceram, na Colômbia, uma variante pessimista e uma interpretação otimista.

A variante pessimista do pesadelo esteve representada por todos aqueles que deploraram o desmoronamento do formalismo legalista que permeava o sistema jurídico anterior à Constituição, no qual os direitos eram protegidos

---

<sup>3</sup> *Idem, ibidem*, p. 133 e ss.

unicamente na medida em que a lei ou os atos administrativos os regulassem. Estas vozes reacionárias explicitaram sua perplexidade ao advertir que a faculdade de aplicar as cláusulas indeterminadas que compõem o catálogo de direitos fundamentais atribui necessariamente à Corte Constitucional um autêntico poder para criar novas normas. As normas que se criam dentro das margens semânticas de ditas cláusulas, denominadas «sub-regras» pela jurisprudência colombiana e por parte da doutrina, não constituem uma emanção direta do conteúdo dos direitos fundamentais, mas uma criação original do juiz constitucional. Além do mais, esses opositores à judicialização dos direitos fundamentais denunciaram também a impossibilidade de controlar esta criação judicial de normas – que, como consequência, permaneceria relegada ao arbítrio absoluto da Corte – e expressaram o seu descontentamento com o ativismo transformador com o qual se havia exercido esta competência.

A versão otimista do pesadelo coincide com a constatação de que a eficácia direta dos direitos fundamentais frente à lei e frente aos demais atos do Estado e dos particulares outorga à Corte Constitucional uma competência para criar direito, que em certas ocasiões se assemelha ao poder do Congresso. Esta concepção assegura que o exercício desta competência ultrapassa em muito a imagem utópica de um juiz objetivo, que havia sido traçada pelo realismo ilustrado. Muito pelo contrário, convida a tomar consciência do caráter complexo da interpretação constitucional, que outorga ao intérprete uma irredutível margem de discricionariedade, na qual têm lugar a sua ideologia e suas inclinações políticas, para não mencionar as emanções inconscientes de seu perfil psicológico e as demais manifestações subjetivas. Sem embargo, o que mais singulariza esta versão otimista do pesadelo radica em sua complacência com o ativismo da Corte Constitucional, favorável à transformação do direito e do *statu quo*. Nesta perspectiva, a margem de discricionariedade que a interpretação dos direitos fundamentais atribui à Corte aparece como uma estratégia legítima para mudanças sociais e como um mecanismo alternativo ao próprio Estado constitucional para satisfazer as demandas relegadas pela ineficácia do poder legislativo e da administração. Em um país como a Colômbia ou o Brasil, onde a estrutura tradicional do Estado de Direito não pôde satisfazer em índices aceitáveis às demandas de segurança dos cidadãos, de proteção à vida e às liberdades e à provisão do mínimo existencial, estaria justificado o ativismo da Corte Constitucional. A ineficácia do Congresso e do Executivo gera um vazio de poder, que deslegitima o Estado e põe em risco os direitos fundamentais que a Constituição garante. Já que a função da Corte consiste em velar pela integridade dos direitos fundamentais, seu papel deve se robustecer no cenário político e suprir o déficit dos poderes do Estado, cuja negligência conduz a um estado de coisas contrário ao prescrito pela Constituição.

Em terceiro lugar, aparece a interpretação otimista do nobre sonho. Esta concepção diverge das anteriores no plano estrutural, porquanto considera que a aplicação dos direitos fundamentais não dá ao juiz uma margem de discricionariedade que revisa as magnitudes e produz as consequências que amedrontam os que padecem do pesadelo. Em sentido contrário, considera-se que exercer a função de aplicar estes direitos propõe à Corte Constitucional o desafio de construir uma teoria material da Constituição, a partir da qual se possa determinar o sentido que deve ser atribuído às cláusulas dos direitos fundamentais em cada caso concreto. Para esta visão, a elaboração desta teoria parece uma empresa viável a todas as luzes. Sua confecção implica uma mistura de três elementos que se situam ao alcance de todo bom juiz: uma reconstrução dos fundamentos políticos e morais da Constituição (os pilares do Estado social e democrático de direito, enunciados no art. 1.º da Constituição), uma visão coerente e consistente do ordenamento jurídico e uma consciência límpida acerca das regras de racionalidade que todo processo argumentativo deve respeitar. A interpretação dos direitos fundamentais que se leva a cabo desde a ótica ideológica dos valores encarnados na Constituição – coerentemente com o resto do ordenamento jurídico e sujeita ao respeito das regras de racionalidade da argumentação jurídica – não supõe o exercício de qualquer tipo de arbítrio judicial que desemboque em uma criação irrefreável de direito novo, mas a aplicação de seus conteúdos em sentido estrito. Finalmente, a estas considerações analíticas a versão otimista do nobre sonho adiciona a sua satisfação pelo fato de que a Corte Constitucional aplique o conteúdo dos direitos fundamentais com todos seus alcances e que, desde modo, aspire à transformação do *statu quo*. Sua visão neste ponto concorda com o otimismo do pesadelo.

Finalmente, a versão pessimista do nobre sonho resulta de uma simbiose entre a concepção analítica sobre a interpretação dos direitos fundamentais, descrita no parágrafo anterior, e o temor que a aplicação destes direitos, com todas as suas implicações, possa por em perigo o sistema democrático. Essa alternativa final não rebate a convicção de que o apego aos valores constitucionais, além dos demais contidos na ordem jurídica e nas regras de racionalidade argumentativa, atribua segurança à interpretação dos direitos, mas por outro lado desconfia da correção de se fazer as normas que derivam destes três fatores prevalecerem sobre as decisões que o legislador e a administração adotem pelos procedimentos democráticos. Teme-se que as derivações provenientes da Constituição substituam os acordos entre os interesses sociais que se fundam na deliberação pública. Vaticina-se a petrificação da vida social, que seria governada por um tipo de microcosmo constitucional em que tudo estaria estabelecido de antemão e não poderia se decidir dia-a-dia por meio das deliberações entre os cidadãos e seus representantes.