

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

MARCOS LEITE GARCIA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Marcos Leite Garcia; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-404-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Esta obra que ora temos a honra de apresentar é fruto de mais um evento patrocinado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), que reúne os pesquisadores da área do Direito e organiza os maiores eventos acadêmicos ligados à Ciência Jurídica.

Os artigos são oriundos do IV Encontro Virtual do CONPEDI, com o tema central: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities, realizado nos dias 09 a 13 de novembro de 2021.

De fato, este é mais um evento realizado na modalidade virtual, que não pode ser realizado de forma presencial, por razões de segurança sanitária, em decorrência da pandemia do COVID-19, registrando-se que o Brasil enfrenta uma crise na área de Saúde, sem precedentes, sendo certo que na data da redação da presente (23/11/2021), o país contabiliza 613.123 mortes e 22,3136 milhão de casos de pessoas infectadas com coronavírus.

Entretanto, mesmo diante da gravidade dos fatos, o evento foi realizado de forma virtual, por meio de um conjunto de ferramentas que exibia palestras, painéis, fóruns, assim como os grupos de trabalhos tradicionais e apresentações de exibição, alterações ou o formato e as edições já usadas durante os eventos presenciais, com o emprego da plataforma RNP (Rede Nacional de Ensino e Pesquisa), tudo após grande esforço da comissão organizadora do evento.

Os professores ora signatários ficaram responsáveis pela Coordenação do Grupo de Trabalho intitulado Direitos e Garantias Fundamentais II e pela organização desta obra.

Assim, no dia 10 de novembro de 2021, vinte artigos ora selecionados foram apresentados e defendidos pelos seus autores, após avaliação feita por pares, pelo método double blind review, pelo qual cada artigo é avaliado por dois pareceristas especialistas na área com elevada titulação acadêmica, foram apresentados oralmente por seus autores e, como forma de dar publicidade ao conhecimento científico, compõem o presente livro.

O primeiro artigo intitulado “Povos indígenas: um comparativo entre a Constituição Federal do Brasil de 1988 e a Constituição do Equador de 2008”, de Débora Zanini Ghellere, trata

dos textos constitucionais do Brasil e do Equador, no que tange a proteção dos povos originários.

Em seguida, Maria Cristina Teixeira e Flavia Piva Almeida Leite, no artigo “O financiamento da educação na Constituição de 1988 – A Emenda Constitucional 108/2020” visa sistematizar e analisar o financiamento da educação na Constituição de 1988, promovendo uma reflexão que considere os aspectos históricos, econômicos e sociais de cada período e os impactos que as alterações realizadas pelas Emendas Constitucionais 14/1996, 53/2006, 59/2009 e, especialmente a 108/2020, produziram em sua realização.

Depois, em “O reconhecimento do direito de estar triste e a proteção da integridade psíquica do ser humano na perspectiva dos direitos da personalidade”, de Lidiane Moura Lopes e Maria Vital Da Rocha se propõe a examinar o direito de estar triste, em contraposição à realização da felicidade como meio de alcançar a dignidade humana, por meio de um diálogo com a psicologia, a psiquiatria e com fulcro nos direitos da personalidade e análise de alguns julgados dos tribunais brasileiros.

Ato contínuo, no artigo “Direito, Sustentabilidade e Violência nas favelas da Maré: um direito fundamental à segurança pública em aglomerados”, Pedro José de Campos Garcia, Jádna Cristina Germânio de Souza Ferreira e Tiago Batista Leal se dedicam a estudar a violência no complexo da Maré, no Município do Rio de Janeiro, que afeta a saúde mental daquela população, bem como a sustentabilidade e o direito fundamental à segurança pública.

Logo depois, em “Direito fundamental à vida e projeto necropolítico da modernidade: as respostas do constitucionalismo latino-americano”, Lara Ferreira Lorenzoni examina o conceito de necropolítica, buscando compreender o direito à vida na modernidade, em especial nas regiões coloniais.

O sexto artigo intitulado “A privacidade na era digital sob a égide da LGPD, de Lucas Gonçalves da Silva e Jefison De Andrade Das Chagas, se dedica a examinar e identificar os reflexos da LGPD no direito à privacidade, apontando os reflexos positivos da nova legislação, dentre os quais se encontram: o fortalecimento do controle, por parte dos usuários, dos seus próprios dados, uma maior segurança jurídica aos usuários, a previsão de sanções e o direito à reparação em caso de violação.

Depois, Ana Débora Rocha Sales, Marcella Mourão de Brito e Alexandre Antônio Bruno da Silva, no artigo “O Princípio da Vedação ao Retrocesso na reforma da Previdência no Brasil trata sobre reforma da previdência e o princípio da reserva do possível, que age como uma

limitação aos direitos sociais, levando em consideração os recursos disponíveis pelo Estado, enfatizando o desrespeito ao princípio da vedação ao retrocesso.

No artigo denominado “A violência sexual e física sofrida pelas mulheres em situação de rua no Brasil e a proteção do direito fundamental da dignidade humana”, Bruna Nogueira Guimarães Tibo e Jessica Teodoro Xavier abordam a violência contra a mulher em situação de rua e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Na sequência, Eliana Cristina dos Santos Farcic e Edmundo Alves de Oliveira, no artigo “Brasil, mapa da violência e intolerância religiosa. educação e ensino cultural sob a égide da Constituição Federal e da BNCC” analisam os dados do Disque 100 mapeando conflitos, resultados quantitativos diante da Constituição Federal e do texto base da BNCC, em busca de novos caminhos para a construção de uma sociedade equilibrada, pacífica e religiosamente respeitosa.

No décimo artigo “Direito a saúde e pandemia: o impacto econômico e social do coronavírus no Brasil”, Almir Gallassi destaca a omissão do Estado brasileiro contribuiu para o grande número de mortes proveniente do novo Coronavírus e as medidas efetivas no combate à pandemia da Covid-19, no que se refere à prestação de serviços essenciais para a preservação e manutenção da vida.

A seguir, Diones Cristian Melha e Guilherme Dill, no artigo “A proporcionalidade e o garantismo penal no constitucionalismo brasileiro”, tratam da aplicabilidade do garantismo penal e sua constitucionalidade no sistema penal brasileiro, as suas transformações jurídicas democráticas, bem como a figura do garantismo penal, o princípio da proporcionalidade, o garantismo negativo e a vedação ao excesso e o garantismo positivo e a vedação à insuficiência.

Depois, Bruno Oliveira Falcão, no artigo “Do espaço da Constituição ao lugar do ensino: o direito fundamental à educação e a regulamentação do ensino domiciliar” estudam a adequação dos projetos de lei que regulamentam a educação domiciliar no Brasil ao direito à educação conforme previsto na Constituição Federal de 1988, em especial os projetos de lei 3179/2012, 2401/2019 e 3262/2019 são examinados à luz dos marcos teóricos fixados anteriormente.

O décimo terceiro artigo, de Júlio César Laureano e Fabio Fernandes Neves Benfatti nominado “A Lei Geral de Proteção de Dados pessoais e os impactos nos serviços notariais e registrais brasileiros: uma análise a partir da proteção de valores e princípios

constitucionais”, se dedica a analisar a aplicação da LGPD aos serviços notariais e registrais brasileiros, tendo como escopo a proteção dos valores e princípios constitucionais.

Outrossim, Lucas Santos de Almeida, Felipe Rotta Marquette e Ana Maria Viola de Sousa, apresentam o artigo “Direitos Fundamentais: desrespeito ao trabalho, desemprego e pobreza no Brasil pandêmico, no qual examinam a eficácia dos direitos e garantias fundamentais, no contexto das repercussões socioeconômicas da pandemia da covid-19 no Brasil, bem como a flexibilização dos direitos trabalhistas, insuficiência do benefício do Auxílio Emergencial, desrespeito dos direitos fundamentais dos trabalhadores e aumento exponencial do desemprego e da pobreza, diante da inexistência de planejamento econômico e de políticas públicas eficazes por parte do Poder Público.

O décimo quinto artigo, “Aspectos éticos e legais da prática do infanticídio nas tribos indígenas”, de Debora Morgana Cassiano e Marcus Geandré Nakano Ramiro estuda a situação da prática de infanticídios nas tribos indígenas assim como seus motivos e os princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade, assim como as noções de relativização cultural e universalismo dos direitos de personalidade.

Depois, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, Patricia Juliana Marchi Alves e Jackeliny Ferreira Rangel, no artigo “A não integração do período de licença-gestante concedido às servidoras públicas federais no cômputo do estágio probatório como medida de igualdade de gênero” examinam a igualdade de gênero a partir do advento da Constituição de 1988 e a decisão administrativa da AGU, que, interpretou a Lei n. 8.112, de 1990, entendendo a integração do período de licença-gestante, concedido às servidoras públicas federais, no cômputo do estágio probatório.

Logo na sequência, Guilherme Nunes de Paiva e André Studart Leitão, estudam o “Direito ao esquecimento: evolução, nuances e decisão do STF no RE nº 1.010.606-RJ, no qual debatem o direito ao esquecimento e o julgamento do RE nº 1.010.606/RJ diante da proteção dos direitos da personalidade.

Ato contínuo, Izabella Flávia Sousa Antunes Viana de Medeiros e Paulo Marcio Reis Santos, apresentaram o artigo a “Polarização de grupos e vulneração das minorias – os efeitos do racismo nos altos índices da violência contra negros no Brasil”, que trata de analisar a polarização de grupos no Brasil, com a aparente colisão entre grupos autodenominados conservadores ou de direita, em oposição a grupos de esquerda ou ditos progressistas, bem como essa polarização gera incremento da violência contra grupos minoritários, em especial os negros, promovendo o racismo e os altos índices de violência contra os negros no Brasil.

Depois, Sibila Stahlke Prado , Bruna Azevedo de Castro com o artigo “Apontamentos sobre a liberdade de manifestação de pensamento, esfera pública seletiva e subalterna no Brasil no contexto da sociedade da informação e do conhecimento” discutem a expansão da esfera pública por meio das novas tecnologias da informação, como forma de garantir o princípio da igualdade, a partir da concepção de esfera pública elaborada por Habermas para identificar esferas públicas seletivas e subalternas.

Por fim, em “A modificação da postura do Poder Judiciário a partir da ponderação e a Teoria de Luis Prieto Sanchís”, Marcelo Bezerra Ribeiro , Paulo Henrique Pinheiro dos Santos discutem a mudança paradigmática do Direito quanto a normatividade dos princípios, o procedimento de ponderação capaz de ampliar a atuação dos magistrados e o limite dessa intervenção, abordando o instrumento da ponderação na visão de Luís Prieto Sanchís, permitindo a análise dos pontos positivos e negativos desse novo agir por meio da jurisdição.

Com a presente apresentação, desejamos a todos uma boa e agradável leitura.

José Fernando Vidal de Souza – Universidade Nove de Julho -UNINOVE

Riva Sobrado De Freitas - Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC

Marcos Leite Garcia - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

**DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E PROJETO NECROPOLÍTICO DA
MODERNIDADE: AS RESPOSTAS DO CONSTITUCIONALISMO
LATINOAMERICANO**

**THE FUNDAMENTAL RIGHT TO LIFE AND MODERNITY'S NECROPOLITICAL
PROJECT: THE RESPONSES OF LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM**

Lara Ferreira Lorenzoni ¹

Resumo

Para a imensa maioria do globo, o projeto modernizador representou uma escalada de exploração, saque, tortura, escravização e assassinato. Focando na política do assassinio (necropolítica), busca-se compreender o direito à vida relacionado aos termos em que se deu a empreitada “civilizadora” da modernidade nas regiões coloniais. Diante do fracasso das promessas supostamente civilizatórias, questiona-se: como garantir a existência digna dos povos que não se enquadram no estereótipo dominante do homem branco burguês europeu? Utilizando-se a noção de poder constituinte popular, observa-se a necessidade de que o povo, com suas reivindicações, assuma o protagonismo da luta pela vida de todos.

Palavras-chave: Direito à vida, Necropolítica, Constitucionalismo latino-americano, Poder constituinte popular

Abstract/Resumen/Résumé

For the majority, the modernizing project represented an escalation of exploitation, torture, enslavement and murder. Focusing on the politics of murder (necropolitics), we seek to understand the right to life related to the "civilizing" endeavor of modernity practiced in colonial regions. Faced with the failure of the civilizing promises, the question is: how to guarantee the dignified existence of peoples who do not fit into the dominant stereotype of the European bourgeois white man? Using the notion of popular constituent power, there is the necessity that people, with their claims, assume the protagonism of the fight for life for all.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to life, Necropolitics, Latin american constitutionalism, Popular constituent power

¹ Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV (bolsista FAPES). Mestre em Direito Processual pela UFES (bolsista FAPES). Membro do Grupo de Pesquisa CNPq Teoria Crítica do Constitucionalismo. Advogada.

*Enquanto escrevo, seres humanos extremamente civilizados sobrevoam a minha cabeça, tentando me matar.
 (“Inglaterra, nossa Inglaterra”, George Orwell).*

1 INTRODUÇÃO

O direito não pode ser o mesmo para todos os povos e nações. Longe de uma categoria essencialista das ideias, o jurídico é produto cultural desenhado por uma dada sociedade. A garantia de direitos a um povo não necessariamente significa o mesmo para outros. Tendo como ponto de partida a modernidade – que se inicia no século XV e, muitos entendem, termina no século XVIII, com a Revolução Francesa -, o presente estudo pretende confrontar o discurso oficial de que tal fenômeno tenha se tratado de um período em que ascendeu o império da razão e da civilização. Isso porque, para a maior fração da humanidade, o projeto modernizador não representou “progresso”, no sentido de melhoramento das condições de vida, mas sim, uma escalada de exploração, depredação, saque, tortura, escravização e assassinato. Focando nesse último aspecto, qual seja, a política do assassinio, *objeto* dessa pesquisa, buscou-se compreender o direito à vida como inerente à política, relacionando-o aos termos em que se deu a empreitada “civilizadora” nas regiões coloniais.

Com efeito, o *problema* que se coloca é: diante do fracasso das promessas supostamente civilizatórias da modernidade nas regiões do planeta historicamente subalternizadas (colonizadas), em especial, em se tratando da proteção ao direito à vida, em seus contornos mais basilares de origem biológica, como garantir a existência física e digna aos povos que não se enquadram no estereótipo dominante do homem branco burguês europeu, particularmente, na América Latina? À guisa de *hipótese*, aventase que é preciso construir um arsenal jurídico-social desde e para a América Latina, pois o direito não é um dado essencialista da natureza que, universalmente, vale para todo e qualquer espaço-tempo. Há pluralidades diversas a serem consideradas por cada povo e por cada região, de modo que, no que toca às comunidades da América Latina, as respostas para fazer cessar a necropolítica eurocentrista estão no constitucionalismo latino-americano, trabalhando-se aqui, especificamente, com o conceito de poder constituinte popular, de David Sánchez Rubio.

Nessa senda, elencam-se os seguintes objetivos: expor a importância da proteção à vida biológica do ser humano, por meio do entendimento da política como o lugar da vida (Hannah Arendt); apresentar o conceito de biopolítica em Michel Foucault, do fazer viver e deixar morrer no que tange aos povos europeus no marco da Revolução Industrial; identificar, com Achille Mbembe, a necropolítica (fazer morrer e deixar viver) dos países-centro do processo modernizador em relação aos “selvagens” do Novo Mundo; relacionar a

necropolítica e as demais promessas não cumpridas da modernidade com a necessidade de se realizar um constitucionalismo “com os pés na terra”, isso é, de um determinado povo, com todas as suas singularidades e pluralidades, para esse povo, num dado tempo histórico; propor o constitucionalismo latino-americano como resposta possível à barbárie institucionalizada ao longo dos séculos pelos países ditos “civilizados”.

Para tal, lançando-se mão da *metodologia* dialética marxista - com a conjugação da dimensão do ideal com a realidade material, na perspectiva do materialismo histórico -, em primeiro lugar, trouxe-se para o centro da discussão o direito à vida, em sua significação mais simples, que se traduz na prerrogativa de todo ser humano existir fisicamente. Com fulcro em Hannah Arendt, a condição humana, aquilo o que diferencia o homem dos animais, é a vida em comunidade, o agir político, realizando-se o nascimento como fenômeno político. Em Arendt, a política é, por excelência, vida, nascimento, restando à morte o campo do não político.

Ato contínuo, passou-se à categoria da biopolítica, concebida por Michel Foucault. Para Foucault, o advento da modernidade e, especialmente, da Revolução Industrial, junto à emergência dos saberes normalizados, incluindo-se a medicina, trouxe a demanda pelo fazer viver, por melhorar e alargar fisicamente a vida do homem, assegurando melhor equilíbrio à espécie humana e maior produtividade. É o que se resume na fórmula fazer viver e deixar morrer.

Já na análise seguinte, Achille Mbembe mostra que a perspectiva de Foucault não é suficiente para explicar o que aconteceu e acontece nos países de modernidade tardia que foram submetidos à colonização. Para esses, o que se reservou foi a exploração, a tortura e o genocídio. Nesse entendimento, a política moderna não é um lugar de civilização, conforme se autoproclama: é uma guerra pela guerra, um projeto de morte contínuo. A modernidade teria erigido-se, pois, ancorada, mais do que num biopoder, num necropoder, num fazer morrer. É a denominada necropolítica.

No último tópico, aventa-se uma proposição para resolver o problema das promessas modernas incumpridas nas periferias do mundo, sobretudo no que tange à promessa do fazer viver na América Latina. Nesse enredo, trouxe-se a noção do constitucionalismo latino-americano, com um direito cujos pés estão fincados na terra, é dizer, um sistema jurídico-constitucional feito pelos e para os povos latinos, abraçando suas demandas, angústias, peculiaridades e pluralidades. Nessa acepção, por fim, o poder constituinte popular tal como elaborado por David Sánchez Rubio, realizado dentro e fora das vias institucionais, ao que

tudo indica, é uma saída, ou melhor, uma entrada viável para que, finalmente, o povo, com suas reivindicações, assuma o protagonismo dessa luta pela vida de todos.

2 POR QUE É PRECISO VIVER E DEIXAR VIVER? A POLÍTICA COMO LUGAR DA VIDA

Por que a vida biológica dos seres humanos é irrenunciável numa comunidade? Por que viver e deixar viver é importante para a vida em sociedade? Sem apelar ao mais famoso mandamento bíblico, é preciso ter isso muito bem delineado num conhecimento secular que se pretende democratizante e constitucionalizante.

Em “A condição humana”, Hannah Arendt (2007, p. 15) diferencia labor, trabalho e ação. O labor (i), diz a autora, é o processo biológico do corpo humano, cujos crescimento espontâneo, metabolismo e eventual declínio estão relacionados às necessidades vitais físicas (por exemplo: comer e dormir). O trabalho (ii) é a atividade correspondente ao artificialismo da existência humana; é um fazer que constitui um mundo artificial de coisas, produtos da cultura, diferentemente de qualquer ambiente natural, como a construção, o artesanato e a arte. Enfim, a *ação* (iii), única atividade que se exerce diretamente entre os homens, sem a intermediação da matéria, diz respeito à condição humana da pluralidade, isto é, ao fato de que homens, no plural, vivem na Terra e habitam o mundo. Enfatiza a autora:

Todos os aspectos da condição humana têm alguma coisa a ver com a política, mas esta pluralidade é especificamente a condição – não apenas a *conditio sine qua non* – mas a *conditio per quam*, de toda vida política (ARENDR, 2007, p. 15).

Tal relação é tão forte que, explica, entre os romanos, a palavra “viver” tinha o mesmo significado de “estar entre os homens” (*inter homines esse*), ao passo que “morrer” era sinônimo de “deixar de estar entre os homens” (*inter homines esse desinere*). Logo, sintetiza: “A ação, na medida em que se empenha em fundar e preservar os corpos políticos, cria a condição para a lembrança, ou seja, para a história” (ARENDR, 2007, p. 16-17).

Arendt erige o nascimento a um acontecimento eminentemente político, de modo que, das três categorias de atividade, *a ação é a que mais se conecta à condição humana da natalidade*. Isso porque o novo começo inerente a cada nascimento somente pode fazer-se sentir pelos demais, que recebem a nova vida, na medida em que se reconhece no recém-chegado a esperança de se iniciar algo novo, um ineditismo, não no sentido do labor ou do trabalho, mas no que concerne ao agir político, na “própria fonte de liberdade que está no nascimento do homem e na sua capacidade de começar de novo” (ARENDR, 2012, p. 620). Sendo a ação a atividade política por excelência, “a natalidade, e não, a mortalidade, pode

constituir a categoria central do pensamento político” (ARENDDT, 2007, p. 17). Desse modo, *a vida política é, por excelência, vida, nascimento, e não, morte.*

A ação seria um “luxo desnecessário” se todos os seres humanos fossem previsivelmente iguais, isto é, se não passassem de uma eterna repetição das mesmas experiências e modos de conceber o mundo. No entanto, não é isso o que ocorre: por fatores diversos, desde combinações biológicas singulares a psiquismos e socializações variados, todo ser humano é único e irrepetível. Bem por isso, por mais que se tente, não se pode jamais apagar a pluralidade: ela é ínsita à experiência entre seres vivos dotados de inteligência. Noutros termos, “A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir” (ARENDDT, 2007, p. 16).

De tudo isso, depreende-se: o homem, para ser homem, necessita ser um animal social. O conceito arendtiano de *vida activa*, ou seja, a vida humana que se empenha ativamente em fazer algo na tríplice divisão labor, trabalho e ação, tem raízes permanentes num mundo de homens ou de coisas feitas pelos homens, “um mundo que ela jamais abandona ou chega a transcender completamente” (ARENDDT, 2007, p. 31). Desse modo, as coisas e os homens constituem o “ambiente natural” da atividade humana. Nenhuma das três atividades elencadas teria sentido fora da localização de um espaço humano, enquanto mundo que o ser humano produziu. “Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos”. Com efeito, “Nenhuma vida humana, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos (ARENDDT, 2007, p. 31).

Frisa-se: “Só a ação é prerrogativa exclusiva do homem; nem um animal nem um deus é capaz de ação, e só a ação depende inteiramente da constante presença dos outros” (ARENDDT, 2007, p. 31). Em acréscimo, por óbvio que seja, é preciso discernir que condição mínima para a presença de outros é a vida biológica do “eu” e dos demais.

A política, a vida no plural, a vida em comunidade, é, em seu grau mais básico, uma celebração da vida biológica, do corpo físico que proporciona o *habitat* de uma mente pensante que, de diversas maneiras, se manifesta e deixa memória. Esse corpo vivo que é o instrumento mínimo para a experiência do ser humano junto a outros seres humanos.

3 A VIDA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

O constitucionalismo moderno dá sinais de existência desde a segunda metade do século XVII, com sua consolidação ocorrendo no quadro das revoluções liberais dos séculos

XVIII e XIX. As Constituições, segundo Nelson C. Moreira e Rodrigo F. de Paula (2014, p. 156), “são atos de fundação de uma dada comunidade concreta que se decide associar politicamente em torno de um projeto de construção de um Estado de Direito”, o que seria calcado no reconhecimento da liberdade e na organização jurídica do poder. É no âmbito desse constitucionalismo clássico que emergem os direitos fundamentais.

Na preciosa lição de Joaquim José Gomes Canotilho, a primeira função dos direitos fundamentais é “a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos)” (2003, p. 407).

“Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo o que os direitos fundamentais almejam”, comenta Paulo Bonavides, citando Konrad Hesse (2004, p. 560). Nota-se que a preservação da liberdade individual em face do Leviatã como pressuposto à dignidade humana é um ponto em comum nas mais variadas conceituações ao instituto dos direitos fundamentais.

Na esteira das revoluções liberais que marcaram a virada do século XVIII ao século XIX, os *direitos fundamentais de primeira geração* são os direitos da liberdade, a saber, direitos civis e políticos, correspondentes à fase inaugural do constitucionalismo clássico no Ocidente. São direitos que têm por titular o cidadão considerado em sua individualidade, e são de oposição e resistência ao Estado, deixando evidente, nessa quadra histórica, a separação completa que se visualiza entre Estado e sociedade, contemplando uma liberdade de viés negativo, naquilo o que o Estado *não* pode interferir. São direitos, enfim, que valorizam o homem singular, o homem das liberdades abstratas (BONAVIDES, 2004, p. 563-564). Tem-se como exemplos o *direito à vida*, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação etc.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, o direito à vida está inscrito no *caput* do artigo 5º. No ensinamento de Bulos, “Cabe ao Estado assegurar o direito à vida sob duplo aspecto: direito de nascer e direito de subsistir ou sobreviver” (2007, p. 411). Narciso Leandro Xavier Baez e Julia Marçal, citando Nowak, inferem que o direito à vida é o mais elementar dos direitos que os seres humanos possuem, haja vista que “constitui pressuposto lógico para o exercício dos demais” (2012, p. 195).

Sem entrar no mérito de ser esse direito relativizável ou não - o que levaria a discussões complexas pertinentes à pena de morte, à eutanásia e à legalização do aborto, que não são o propósito do presente trabalho – fato é que os direitos fundamentais são (apresentados oficialmente como) marcas civilizatórias da modernidade. Logo, representam a positivação dos direitos humanos dentro dos limites do Estado, tendo por objetivo maior a

realização da dignidade da pessoa humana. Na lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 60), a dignidade da pessoa humana, princípio que norteia toda a aplicabilidade dos direitos fundamentais, é concebida como

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável [...].

Note-se que, quando o ordenamento jurídico fala em “pessoa humana”, ele se refere ao ser humano biologicamente vivo. Afinal, é logicamente impossível alguém ter uma “vida digna” sem ser detentor de uma vida. É o que se depreende das teorias da personalidade jurídica. No Brasil, “pessoa”, no mundo jurídico, significa o ser humano ou entidade com personalidade, ou seja, aptidão para a titularidade de direitos e deveres. Pessoa natural ou física é o ser humano como sujeito de direitos e deveres, cuja existência jurídica começa com o nascimento com vida e finda com a morte. A personalidade jurídica da pessoa física, por conseguinte, subsiste no interregno entre o nascimento e a morte (AMARAL, 2006, p. 216-222).

Dito isso, pode-se aduzir que, numa ordem constitucional que coloca o princípio da dignidade da pessoa humana como centro e balizador máximo da ordem jurídico-institucional, o que se defende, em primeiríssimo lugar, é a pessoa natural em sua integridade biológica, a existência humana com vida, ou a vida humana em seu sentido mais primário e intuitivo, que é a vida física. Entrementes, no decorrer dos séculos, verifica-se uma incompatibilidade entre o discurso constitucional-normatizador e a práxis em relação a um grande número de seres humanos no mundo inteiro, sobretudo, em se tratando de habitantes de regiões colonizadas do Sul global. Para eles, vigora a chamada “necropolítica”, uma política que visa não à vida efetivamente, mas, sim, à morte.

4 NECROPOLÍTICA: O PROJETO DE MORTE E DE (IN)CIVILIZAÇÃO DA MODERNIDADE

Segundo o pensador francês Michel Foucault, na teoria clássica do poder de soberania, desde os contratualistas, o direito de vida e de morte era um dos atributos fundamentais. Ter direito sobre a vida e a morte significa que, no fundo, o soberano pode *fazer morrer e deixar viver*. Com efeito, vida e morte não são, aqui, fenômenos naturais e originários, mas elementos que se consubstanciam dentro do campo do poder político. Isso quer dizer que:

[...] em relação ao poder, o súdito não é, de pleno direito, nem vivo nem morto. Ele é, do ponto de vista da vida e da morte, neutro, e é simplesmente por causa do

soberano que o súdito tem direito a estar vivo, ou tem direito, eventualmente, de estar morto. Em todo caso, a vida e a morte dos súditos só se tornam direitos pelo efeito da vontade soberana (FOUCAULT, 2010, p. 201).

Com isso, Foucault propõe a tese de que, no decurso das transformações políticas da segunda metade do século XVIII em diante, houve uma mudança no aparato acima descrito, que consistiu não exatamente em substituir, mas em transformar o velho poder de soberania – de fazer morrer e deixar viver – num novo paradigma: o de *fazer viver e deixar morrer*. A isso, o autor dá o nome de *biopoder*, cuja manifestação pela via institucional é a *biopolítica*. Ela não se confunde com a anatomopolítica do poder disciplinar descrito pelo mesmo autor na célebre obra “Vigiar e punir”, isto é, algo que atua sobre os corpos individualizados, ao homem-corpo, aos cuidados da vigilância constante, mas, sem a excluir e atuando simultaneamente a essa categoria, a biopolítica é uma tecnologia que abrange o *homem-espécie*, que trata de processos de conjunto próprios da vida (a proporção dos nascimentos e dos óbitos, a taxa de reprodução, a fecundidade de uma população, doenças etc) (FOUCAULT, 2010, p. 203-204).

São fenômenos que se começa a levar em conta no final do século XVIII, introduzidos junto a uma medicina que, nesse momento, assume a função de higiene pública, com organismos de “coordenação de tratamentos médicos, de centralização da informação, de normatização do saber, e que adquire também o aspecto da campanha de aprendizado da higiene e da medicalização da população” (FOUCAULT, 2010, p. 205). É, pois, uma tecnologia política cujo foco é a *vida*, não do indivíduo singularizado, mas da espécie humana, buscando, diferentemente de assegurar a disciplina (poder disciplinar), garantir uma regularidade sobre a categoria povo, em sua vida e processos biológicos, para que tenham estados globais de equilíbrio. Enquanto o poder de soberania traduzia-se em poder de fazer morrer (pessoas individuais), o biopoder equivale ao poder de *fazer viver* (populações) (FOUCAULT, 2010, p. 207).

Importante frisar que se está tratando de um contexto de Revolução Industrial, no qual a vida e a saúde da população são importantes para a otimização da produtividade e do lucro. Por isso, “Vai ser preciso modificar, baixar a morbidade; vai ser preciso encompridar a vida; vai ser preciso estimular a natalidade” (FOUCAULT, 2010, p. 207), fixando um equilíbrio e mantendo-se uma média adequada. Dessarte, o poder consiste cada vez menos em fazer morrer e cada vez mais em intervir para fazer viver, bem como na maneira de viver, numa conjuntura em que o poder intervém sobretudo para aumentar a vida, controlando seus acidentes, suas eventualidades e suas deficiências.

É a partir dos conceitos foucaultianos de biopoder e de biopolítica que o filósofo camaronês Achille Mbembe desenvolve o termo necropolítica. Mbembe inicia seu ensaio sobre o assunto denunciando a farsa das teorias normativas da democracia que tornaram o conceito de razão um dos elementos mais importantes do projeto da modernidade. Nesses termos, enuncia, a política é definida duplamente: “um projeto de autonomia e a realização de acordo em uma coletividade mediante comunicação e reconhecimento. É isso, dizem-nos, que a diferencia da guerra” (MBEMBE, 2018, p. 9).

Como se disse anteriormente, o direito à vida é alçado à estirpe dos direitos fundamentais desde sua primeira geração, sob a égide do constitucionalismo clássico, que marcou a passagem do século XVIII ao XIX. No entanto, o discurso da modernidade de que a expressão máxima da soberania seria a produção de normas gerais por um povo supostamente composto de homens e mulheres livres e iguais, sendo a política moderna um projeto civilizatório de liberdade, igualdade e fraternidade, é extremamente cínico.

Por esse ângulo, explica Mbembe, o projeto da modernidade, longe de ser uma via civilizatória, esterilizada e limpa, é sobretudo um *projeto de morte*. O autor traz como exemplo o terror promovido na própria revolução francesa (a grande revolução dos liberais), momento em que se manifestou claramente a fusão da razão com o terror (MBEMBE, 2018, p. 23).

No texto, resta evidente, ainda, que as inovações tecnológicas de assassinato desse período (como a guilhotina) não se tratavam apenas de “humanizar” as maneiras de matar, mas também de eliminar um grande número de vítimas em um espaço relativamente curto de tempo. E prossegue: “Mecanizada, a execução em série transformou-se em um procedimento puramente técnico, impessoal, silencioso e rápido” (MBEMBE, 2018, p. 21).

Outro exemplo crucial da barbárie sobre a qual as civilizações ocidentais europeias erigiram-se é o massacre realizado nas colônias pelo imperialismo clássico. Logo nas primeiras páginas, Mbembe deixa claro que não quer escrever mais um texto sobre os horrores do nazismo, porque, em realidade, esses horrores não são uma novidade histórica: já eram praticados, desde muito, nas colônias, consideradas “terras sem lei”, zonas “não estatais” onde a civilização supostamente não existia. Sendo a paz algo impraticável entre os “selvagens”, a guerra deveria ser permanente. Em síntese, as colônias são locais em que o estado de exceção é o próprio estado de normalidade. Nas palavras do filósofo,

A conquista colonial revelou um potencial de violência até então desconhecido. O que se testemunha na Segunda Guerra Mundial é a extensão dos métodos anteriormente reservados ao ‘selvagem’ aos povos ‘civilizados’ da Europa (MBEMBE, 2018, p. 32).

Consequentemente, a política moderna, em vez de um suposto lugar de paz e de harmonia, é uma verdadeira arena de guerra e de extermínio. A violência e a barbárie são o que está inscrito na formação do Estado moderno, e não, a civilização. Assim, propõe o autor, em vez de considerar a razão a verdade do sujeito (como queriam os teóricos da modernidade), é possível olhar para outras categorias fundadoras menos abstratas e mais palpáveis, tais como a vida e a morte (MBEMBE, 2018, p. 11).

À vista disso, Mbembe (2018, p. 17-19) cita a formulação de Foucault sobre o biopoder: o biopoder, assinalado na forma como funcionam todos os Estados modernos, seria o poder político sobre todos os aspectos da vida humana, algo que funcionaria mediante a divisão entre quem deve viver e quem deve morrer. Esse controle pressupõe a divisão da espécie humana em grupos, uma cisão biológica entre uns e outros, o que Foucault rotula como “racismo”. Em Foucault, “A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo” (2010, p. 215).

O racismo tem, pois, um papel fundamental na política de morte da modernidade. A função do racismo é regular a distribuição da morte, é tornar possíveis as funções assassinas do Estado. O Estado nazista teria sido o mais completo exemplo de um Estado exercendo o direito de matar. No entanto, cabe observar que os horrores dele só foram possíveis pelos estereótipos racistas que já haviam sido criados na colônia. O nazismo foi uma aplicação na Europa de uma tecnologia que já existia, à margem das consideradas sociedades ditas “civilizadas”, de modo que o que se testemunhou na Segunda Guerra Mundial foi a extensão dos métodos anteriormente reservados aos “selvagens” ao proletariado e ao “povo apátrida” do mundo industrial (MBEMBE, 2018, p. 19-21).

Igualmente, chama-se a atenção para o seguinte: o fato de as colônias poderem ser governadas na ausência absoluta de qualquer lei advém de uma negação racial de qualquer vínculo entre o colonizador e o nativo. Aos olhos do colonizador, a “vida selvagem” é apenas uma outra forma de “vida animal” - uma experiência assustadora, “algo radicalmente outro (alienígena), além da imaginação e da compreensão” (MBEMBE, 2018, p. 35).

Por todas essas razões, conclui, o direito soberano de matar não está sujeito a qualquer regra nas colônias: “Lá, o soberano pode matar a qualquer momento ou de qualquer maneira. A guerra colonial não está sujeita a normas legais e institucionais. Não é uma atividade codificada legalmente” (MBEMBE, 2018, p. 36). Não existe uma distinção entre guerra e paz – onde o estado de exceção é permanente, esses conceitos se confundem. E, aqui, entra em colapso a ficção de que a guerra do homem branco “civilizado” funcionaria como um

enfrentamento submetido a regras, como se não fosse um “puro massacre, sem risco ou justificativa instrumental” (MBEMBE, 2018, p. 36).

Por esses motivos, Mbembe entende que o biopoder de Foucault é insuficiente para explicar o que se operou (e se opera) na periferia do capitalismo. Assim, formula a necropolítica. Nela, a expressão máxima da soberania é o necropoder: o poder de ditar *quem pode viver e quem deve morrer*¹. (MBEMBE, 2018, p. 36). No mundo “incivilizado” da colônia, não se busca o controle vital, a natalidade sadia e a gestão das morbidades para garantir a produção, pois não se trata da gestão de *cidadãos* produtivos, considerando-se que os colonizados não são sequer considerados pessoas. Desumanizados pelo racismo e desmerecedores dos valores liberais de igualdade, liberdade e fraternidade, bem como do império da lei que estabelece regras mínimas de atuação ao soberano, os “selvagens” estão submetidos ao estado de exceção permanente. São corpos matáveis: deixá-los viver é a inação, é a ausência do Estado; fazê-los morrer é a atuação estatal típica e esperada, é o que denota a presença “civilizadora”.

Ora, se o projeto da modernidade, para o Sul global, é uma máquina de guerra, sem limites éticos e sem distinção entre meios e fins, isto é, um projeto de morte contínua, evidentemente, não se está falando de uma política e de um direito feito para a periferia do mundo. É preciso, pois, buscar uma outra via, um outro *nomos*, um constitucionalismo que, de fato, aprecie seres que não se enquadrem no identitarismo do homem branco europeu burguês cisgênero heterossexual. Como explica David Sánchez Rubio (2020, p. 5),

O imaginário da modernidade inventa direitos humanos sobre uma base material, econômico-cultural e uma institucionalidade estabelecida para poucos, tornando-os impossíveis de serem realizados. Esta inviabilidade ou incompatibilidade estrutural o impulsiona para a manipulação ideológica e demagógica. Suas promessas são estruturalmente frustradas e apenas pontual e aleatoriamente cumpridas. E acrescentamos que são promessas que, pelo sistema, nunca quiseram efetivar.

Nesse aspecto, é imperioso buscar um outro modelo, mais humano e mais abrangente, de modo a se pensar os direitos humanos de maneira imanente, *desde e para* a realidade latino-americana. Nesse papel de alternativa restauradora da política como o lugar da vida, tal como proposto por Hannah Arendt, mostra-se plausível o programa do chamado constitucionalismo latino-americano.

5 CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UMA TRINCHEIRA DE RESISTÊNCIA ANTIBARBÁRIE

¹ Diferentemente da regra-base do biopoder: fazer viver e deixar morrer, na qual, quando o Estado atua, é no sentido de manutenção e de gestão da vida.

Como recuperar a esfera da vida na política? Como arquitetar uma proposta de direitos e garantias fundamentais que, de fato, concretize seu discurso nas periferias do mundo? É preciso construir algo para além do universalismo restritivista do homem branco burguês europeu; faz-se premente um constitucionalismo inclusivo, que abarque toda a diversidade de se ser humano – um constitucionalismo de negros, mulheres, povos originários, imigrantes, operários, minorias étnicas, homossexuais, transexuais, enfim, um constitucionalismo que seja "nosso". Nessa empreitada, é concebível que algumas diretivas estejam no projeto de sociedade do designado constitucionalismo latino-americano.

5.1 A DESILUSÃO COM AS FALSAS PROMESSAS MODERNIZADORAS

O direito de dominação da Europa sobre o Novo Mundo impôs-se como a natureza das coisas, abrigado por toda a filosofia moderna. É dizer, a filosofia, após o século XVI, desenvolve-se tomando como pressuposto óbvio a necessidade não racional (porque é irracional) de fundamentar ética e politicamente a expansão europeia, com a determinação de um indiscutível sistema mundial de exploração contínua da periferia (DUSSEL, 2008, p. 176).

A colonialidade do exercício do poder ocidental, que cria um sistema-mundo colonialista, capitalista e eurocêntrico, na preleção do argentino Enrique Dussel, situa a corporeidade dos sujeitos colonizados na qualidade de máquinas exploráveis, desde os índios da *encomienda*, aos escravos africanos na “casa grande” das plantações do Brasil, Caribe ou Nova Inglaterra (DUSSEL, 2008, p. 194). Assim é que, de costas para a Modernidade, a depender dessa lógica predatória, os colonizados estariam privados de seu elemento humano até os dias de hoje.

Para além do período colonizador, o século XX também foi um momento de desilusão com as falsas promessas da modernidade. Apesar de, em 1948, após a Segunda Guerra Mundial, a Assembleia Geral das Nações Unidas ter proclamado a Declaração Universal dos Direitos Humanos, instituindo normas de caráter supranacional voltadas à garantia da vida digna, a realidade é que se vive um paradoxo. De um lado, há a intenção, por parte de organismos nacionais e internacionais, de implementar os direitos ali prescritos, na tentativa de estabelecer um mínimo a ser garantido ética e juridicamente a todos os seres humanos. Em contrapartida, testemunha-se diariamente a prevalência dos direitos individuais sobre os direitos sociais e políticos, e os direitos humanos são sistematicamente violados (BRUBBA, 2012, p. 308-309).

Diante disso, questiona-se: o que fazer quando as normas não correspondem aos fatos? A verdade é que há uma patente incompatibilidade entre o formal e o material, a ponto de os

próprios Estados praticarem, externa ou internamente, políticas de extermínio e morte, negando a diversos cidadãos aquilo o que, como visto, é mais basilar ao proporcionamento da dignidade: o direito à vida. Sabe-se do idealismo universalizante com que as leis modernas foram desenhadas, sob um viés identitário muito específico - o do homem branco europeu burguês cisgênero heterossexual. Nessa linha, admite-se que,

[...] foi só o imaginário burguês e seu processo de luta o que se impôs ao resto de imaginários (trabalhadores, feminista, libidinal, étnico, ambiental...), estabelecendo uma roupagem teórica e institucional que todos deveriam colocar e, além disso, moldando uma figura à qual os demais deveriam adaptar-se, impedindo-lhes a possibilidade de construir novos trajés e novas figuras próprias de racionalidades, espiritualidades e corporeidades diferentes (RUBIO, 2017, s/p).

Há que se enfrentar a questão partindo-se dos problemas do contexto (imanência da vida) e do problema da universalização a-histórica do ser humano idealizado. Para se ter uma ideia, o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2019 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) apontou que os 10% mais ricos da América Latina concentram uma parcela maior da renda do que qualquer outra região (37%). Inversamente, os 40% mais pobres recebem a menor fatia (13%) (UOL NOTÍCIAS, acesso em: 16 nov. 2020).

Na região latino-americana, a desigualdade é tamanha que, a título de exemplo, “uma mulher em um bairro pobre de Santiago, capital do Chile, nasce com uma expectativa de vida 18 anos menor que outra de uma área rica da mesma cidade”. No Brasil, em São Paulo, os habitantes de Paraisópolis, uma das maiores favelas da região metropolitana, vivem, em média, 10 anos menos do que os moradores do Morumbi, bairro rico ao lado da comunidade, de acordo com o Mapa da Desigualdade da ONG Rede Nossa São Paulo (UOL NOTÍCIAS, acesso em: 16 nov. 2020).

A disparidade de condições materiais, como se vê, é gritante. Por mais que, idealmente, todos tenham direitos existenciais mínimos garantidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, em termos práticos, tais prerrogativas não geram efeitos concretos na imanência da vida de todos. Ademais, ao enunciar que todos detêm esses direitos no momento em que nascem humanos, a lei “igualmente afirma, linguisticamente, a desnecessidade de atuação institucional para promovê-los, visto que existe uma identidade entre nascer humano e deter direitos humanos” (GRUBBA, 2012, p. 315).

É preciso ter em mente que os direitos humanos são um projeto em constante construção; não são algo dado, nem pela natureza, nem por um repositório de tinta num papel a que denominam lei; logo, não são algo inerente à própria vida. Ter nascido humano não implica automaticamente em ser detentor, de fato, de qualquer direito. Sob esse olhar, o formal e o material não se confundem, de maneira que os direitos devem se fazer valer no

transcorrer da história, consubstanciando um resultado sempre provisório de lutas, e não, uma categoria essencialista que existe independentemente de sua violação no mundo da vida.

Em tal compasso, argumenta David Sánchez Rubio que, na perspectiva liberal,

[...] os Direitos Humanos aparecem como instâncias instituídas, separadas de seus processos sócio históricos de constituição e significação. As garantias se reduzem ao jurídico estatal, bem através de políticas públicas e por meio de sentenças judiciais e se pensa que o direito estatal é a única instância salvadora da insociabilidade humana. Deslegitima-se, assim, a capacidade da sociedade civil para implementar seu próprio sistema de garantias que, dentro ou fora do marco legal, protegem e defendem direitos historicamente conquistados, porém debilitados por diversas circunstâncias e novos direitos que a ordem política e econômica não os quer reconhecer pela ameaça que supõem para a ordem de poder estabelecido (2017, s/p).

Sobre o problema da universalização a-histórica, tem-se que, perante as diferenças no acesso aos bens materiais e imateriais, bem como nos valores que regem determinada população, não há a possibilidade de homogeneização de um único arquétipo de ser humano ideal para a universalização dos direitos. Ora, cada povo é um povo, tem suas especificidades, sua história, sua cultura e suas pluralidades. Por isso, é preciso pensar um sistema de direitos humanos e um constitucionalismo desde e para a América Latina. Como elabora Nelson Camatta Moreira,

[...] a Constituição não pode ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e sem temporalidade próprias. Não há uma teoria da Constituição, mas várias teorias da Constituição, adequadas à [cada] realidade concreta. A Constituição não deve apenas estar adequado ao tempo, mas também ao espaço (2008, p. 101).

Tem-se, assim, que a melhor maneira de se fazer o resgate das promessas incumpridas nos países de modernidade tardia é realizar um sistema constitucional que lhes aprecie genuinamente, havendo um acoplamento entre o previsto no papel e a realidade material daquela comunidade, com ambos, o institucional e o não institucional, compondo a plêiade da constelação de direitos humanos para um determinado povo.

5.2 PODER CONSTITUINTE POPULAR: EM DEFESA DE TODAS AS VIDAS

Para David Sánchez Rubio, o poder constituinte é outra das promessas não cumpridas da modernidade, que neutralizou sua radicalidade inicial por diferentes mecanismos. De mais a mais, a colonialidade do poder tem sido sua expressão máxima na medida em que, no mundo dos trópicos, poder é sinônimo de dominação. Ele é qualificado como estratégico, em seu *modus operandi* racista, sexista e patriarcal-machista, cuja atuação deu-se pela via da “invasão, conquista, apropriação, opressão e uniformização das formas plurais de vida que existiam e existem em América” (RUBIO, 2020, p. 5), bem como do assassínio.

Tanto é assim que, em relação ao poder constituinte, sistematicamente, verifica-se uma espécie de efeito sabotador, consistindo num esvaziamento e bloqueio contínuos da soberania

popular, principalmente no que tange ao bloco dos excluídos e oprimidos, rechaçando-se a alteridade dos que não seguem as pautas e diretrizes do sistema hegemônico e homogeneizador, “que não apenas discrimina, mas também *mata*” (RUBIO, 2020, p. 6, grifamos).

Indubitavelmente, houve e há avanços nas lutas de minorias representativas na América Latina e no mundo. Entretanto, ao final, reiteradamente, os que colocam as regras do jogo são os mais fortes, mesmo em se tratando de democracia e de direitos humanos, por mais que se venda a ideia de um consenso e de uma igualdade social diante da lei. São as elites que decidem se cedem, concedem, negociam, acordam ou regulam, porém, jamais renunciando às estruturas de poder que lhes eterniza o domínio. No mais, qualquer conquista das camadas populares, para que seja reconhecida pelas instituições oficiais, precisa adequar-se à sinóptica formatação do arquétipo dominante que representa o poder.

Dessa forma, se as lutas populares avançam em conquistas, por processos reformadores ou revolucionários, ao cabo, são reapropriadas e ressignificadas pelas alas conservadoras. Por isso, é possível afirmar que houve avanços nos espaços da igualdade e da liberdade, contudo, invariavelmente, sob as regras do jogo do grande capital e de seus atores instituintes (RUBIO, 2020, p. 6-8).

A fim de solucionar esses dilemas que a cultura branca ocidental promove, David Sánches Rubio propõe o poder constituinte popular, que seria uma espécie de radicalização democrática do poder constituinte. Nele,

[...] os interesses serão determinados pelo reconhecimento dos direitos humanos, pela distribuição igualitária do poder, pela luta contra a desigualdade, pelo bem comum inclusivo, pela satisfação das necessidades que tornam uma vida digna de ser vivida e por um mundo em que todos se encaixam (RUBIO, 2020, p. 13).

Nesse diapasão, os ambientes e práticas relacionais são, por característica, matriarcais, fraternos, de emancipação e libertação, sempre abertos, jamais fechados. Tudo isso contrariamente ao praticado pelas oligarquias plutocráticas que, desde a incursão modernizadora globalizante, impõem uma estruturação vertical de poder, o mal comum para a maioria e o bem comum exclusivamente para uma minoria mínima, apostando na distribuição desigual de bens materiais e imateriais com os quais são satisfeitas as necessidades humanas; enfim, é um mundo no qual apenas alguns enquadram-se e onde os ambientes e práticas relacionais são segmentos fechados, patriarcais, colonizadores, de dominação e de império.

Contra tal ordem de coisas, insurge-se o poder constituinte popular. Explicita o professor espanhol que

Como o povo é a força soberana onde reside o poder constituinte, os sistemas democráticos são aqueles que permitem a presença de diferentes tipos de

participação popular que estão presentes e se manifestam nos instituídos. As constituições servem como um instrumento de autodeterminação popular e sua origem democrática permite que a vontade do poder constituinte democrático seja constantemente expressa, estabelecendo valores, determinando direitos, impondo obrigações e organizando o poder público (RUBIO, 2020, p. 17).

Com efeito, o poder constituinte é concebido, aqui, não apenas como uma instituição fundadora e originária, mas, também, como poder instituinte. Significa dizer, trata-se de uma instância permanente e não subordinada ao poder constituído, que, por sua vez, sempre acaba domesticando o poder popular, atraindo para si o posto de administrador legítimo da ordem e gerente do consenso obtido anteriormente pelo poder constituinte, encarregado que está de dar voz às pessoas em um contexto em que o mercado e seus generais ditam as diretrizes e as condições.

O mais curioso e surpreendente nisso é que, nas oligarquias plutocráticas, “por mágica, o poder constituinte popular desaparece” e tudo continua a ser regulado e delegado por aqueles que são aparentemente esterilizados e expurgados das relações de poder que, não obstante, estão sempre presentes (RUBIO, 2020, p. 20).

Nesse ponto, mister ressaltar a distinção entre poder instituinte e poder constituinte. De um lado, o poder instituinte, mais amplo, atua sobre as esferas criativas do imaginário, da linguagem e dos sistemas de significados - sendo a sociedade fruto desse imaginário fundacional -, configurando um poder implícito permanente e fundamental da sociedade. O constituinte, diferentemente, é um poder explícito incorporado institucionalmente nas entidades de tomada de decisão que emitem obrigações puníveis, como é o caso do poder judicial e do poder governamental. Destaca-se que o poder instituinte implícito possui uma dupla vertente: (i) uma *popular*, que confere opções inclusivas e pratica o reconhecimento mútuo e (ii) uma *oligárquica*, que restringe opções por meio de dinâmicas excludentes, assimétricas e desiguais (RUBIO, 2020, p. 26-27).

Em termos gerais, o poder instituinte expressaria a capacidade criativa, plural e diferenciada, uma qualidade individual e coletiva das pessoas concretas de enfrentar o mundo, reagindo aos seus ambientes relacionais. Os poderes instituintes populares e democráticos geralmente estão ligados a movimentos sociais e têm múltiplas expressões e denominações. Se, tradicionalmente, o conflito social nas sociedades de classes giravam em torno do capital e do trabalho, com duas entidades claramente definidas (trabalhadores e capitalistas), atualmente, existe uma multiplicação de conflitos que rompe a unificação liderada pelo proletariado, enriquecendo o poder instituinte com atores múltiplos e fragmentados, num verdadeiro pluralismo multitudinário.

Sem dúvida, está-se a referir a um pluralismo de subjetividades que têm um ponto em comum: todos eles “confrontam o capital global, a ditadura das finanças e vão contra os *biopoderes* que destroem a terra e hierarquizam as raças” (RUBIO, 2020, p. 29, grifamos).

Do ponto de vista político, “seria por excelência o povo o primeiro e o último sujeito do poder, sendo o verdadeiro soberano com autoridade própria” (RUBIO, 2020, p. 30). É essa massa secularmente explorada e maltratada de camponeses, mulheres, indígenas, afrodescendentes, sem-teto, gays, lésbicas, pessoas trans etc, que reivindicam o direito à terra, moradia, emprego, salário digno, território, educação, meio ambiente equilibrado, maior participação política, social e econômica, um mundo sem violências patriarcais sexistas, homofóbicas e transfóbicas, que compõe o poder instituinte emancipatório, libertador, inclusivo e popular (RUBIO, 2020. P. 31).

O poder constituinte popular, que se ampara num poder instituinte permanente e emancipatório, é, nas instituições estatais e fora delas, um movimento constante. É um dever, jurídico e não jurídico, pela dignidade de todo e qualquer ser humano, independentemente de sua origem, etnia, classe social, cor, orientação sexual e identidade de gênero. Em última instância, é um agir pelo direito à existência, que se manifesta na luta pelo direito à vida de todas e todos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo modernizador, na miríade do racionalismo cartesiano, foi, para a imensa maior parte do mundo, uma empreitada genocida, torturante e excludente. Os horrores que se testemunharam na Alemanha nazista em pleno século XX somente foram possíveis porque, muito antes, a desumanização pela técnica de poder do racismo já havia largamente sido implementada nas colônias. Longe de uma política de fazer viver (biopolítica), o que se praticou pelas mãos das nações colonizadoras na periferia do capitalismo foi um projeto de assassinato em massa, portanto, uma necropolítica.

Para traçar esse raciocínio, em primeiro lugar, trouxe-se para o centro da discussão o direito à vida, em sua significação mais simples, que se traduz na prerrogativa de todo ser humano existir fisicamente. Com fulcro em Hannah Arendt, a condição humana, aquilo o que diferencia o homem dos animais, é a vida em comunidade, o agir político. A política é um exercício que necessita da alteridade, do outro, do convívio com o outro. Disso decorre que o nascimento é um fenômeno eminentemente político, sendo a natalidade, e não, a mortalidade, o que constitui a categoria central do pensamento político.

Ato contínuo, passou-se à categoria da biopolítica, concebida por Michel Foucault. Para Foucault, o advento da modernidade e, especialmente, da Revolução Industrial, junto à emergência dos saberes normalizados, incluindo-se a medicina, trouxe a demanda pelo fazer viver, por melhorar e alargar fisicamente a vida do homem, assegurando melhor equilíbrio à espécie humana e maior produtividade. É o que se resume na fórmula fazer viver e deixar morrer.

Já na seguinte análise, que se fez com o teórico Achille Mbembe, viu-se que a perspectiva de Foucault, embora valorosa, não fora suficiente para explicar o que aconteceu e acontece nos países de modernidade tardia submetidos à colonização. Para esses, o que se reservou foi a exploração, a tortura e o genocídio. O que Achille Mbembe tenta demonstrar, enfim, é que, na realidade, a política moderna não é um lugar de civilização, conforme se autoproclama: é um local de guerra, sem limites éticos e sem distinção entre meios e fins – é uma guerra pela guerra, um projeto de morte contínuo. A modernidade teria erigido-se, pois, calcada, mais do que num biopoder, num necropoder, num fazer morrer e eventualmente deixar viver. É a intitulada necropolítica.

No último tópico, aventa-se uma proposição para resolver o problema das promessas modernas incumpridas nas periferias do mundo, sobretudo no que tange à promessa do fazer viver na América Latina. Nesse enredo, trouxe-se a noção do constitucionalismo latino-americano, com um direito cujos pés estariam fincados na terra, é dizer, um sistema jurídico-constitucional feito pelos povos latinos para os povos latino, abraçando suas demandas, angústias, peculiaridades e pluralidades, para muito além da restrita e sufocante caixa do homem branco europeu burguês cisgênero heterossexual.

Nessa acepção, por fim, o poder constituinte popular, tal como elaborado por David Sánchez Rubio, realizado dentro e fora das vias institucionais, ao que tudo indica, é uma saída, ou melhor, uma entrada viável para que, finalmente, o povo, com suas reivindicações, assumo o protagonismo dessa luta pela vida de todos, de forma matriarcal, aberta e inclusiva, em que mulheres, indígenas, afrodescendentes, sem-teto, gays, lésbicas, transexuais etc tenham, também, a oportunidade de fazer ecoar suas vozes, garantindo-se-lhes, em primeiro lugar, a afirmação e a manutenção de suas existências.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ARENDRT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARENDDT, HANNAH. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. 1. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. MARÇAL, Julia Dambrós. O direito fundamental à vida e a prática da eutanásia: limites da dignidade humana. In: **II Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais**, p. 193-209, 2012. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/viewFile/1613/1046>>. Acesso em 10 nov. 2020.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. STEFFAN, Stephani Elizabeth. Direito Fundamental à vida e o Princípio da Autonomia da Vontade: uma visão histórica diante das práticas abortivas. In: **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 42, n. 02, p. 255-272, jul./dez. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DUSSEL, Enrique. Meditaciones anti-cartesianas: sobre el origen del anti-discurso filosófico de la Modernidad. **Tabula Rasa**. Bogotá - Colombia, No.9: 153-197, julio-diciembre 2008.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GRUBBA, Leilane Serratine. Para uma perspectiva latinoamericana e emancipatória dos direitos humanos. In: **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 61, pp. 305 - 330, jul./dez. 2012.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Tradução de Renata Santini. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

MOREIRA, Nelson Camatta. Constitucionalismo dirigente no Brasil: em busca das promessas descumpridas. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 87-128, jul./dez. 2008.

MOREIRA, Nelson Camatta. PAULA, Rodrigo Francisco de. Por que fugir da política? A “radicalização da democracia” como pressuposto da hermenêutica constitucional. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 12, n. 15, p. 155-167, jan./jun. 2014.

RUBIO, David Sánchez. Crítica a uma cultura estática e anestesiada de direitos humanos por uma recuperação das dimensões constituintes da luta p elos direitos. **Revista Culturas Jurídicas**, Vol. 4, Núm. 7, jan./abr. 2017.

RUBIO, David Sánchez. Elementos preliminares para uma análise crítica do poder constituinte. In: **Revista Jurídica (FURB)**, v. 24, nº. 54, p. 1-34, mai./ago. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

UOL NOTÍCIAS. Por que a América Latina é a 'região mais desigual do planeta'> Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2020/02/16/america-latina-regiao-desigual.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 16 nov. 2020.