

## **A BIOPOLÍTICA E A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE DE 1988**

*THE BIOPOLITICS AND THE DIRECTIVE CONSTITUTION OF 1988*

**Kamila Maria Strapasson<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

O artigo, por meio de uma revisão bibliográfica e utilizando como marco teórico Foucault, defende a existência de componentes biopolíticos em algumas das normas da Constituição Dirigente de 1988. Inicialmente, analisa os conceitos de poder disciplinar e de biopolítica na teoria de Foucault, esclarecendo a possibilidade de articulação entre esses poderes e o direito. Para então, examinar o conceito de Constituição Dirigente na teoria de Canotilho, demonstrando a característica dirigente da Constituição de 1988. Por fim, conclui pela existência de componentes biopolíticos em algumas das normas da Constituição Dirigente de 1988 e nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF) nos casos utilização de células tronco-embrionárias para fins de pesquisa e terapia e de possibilidade de interrupção da gravidez em caso de anencefalia.

**Palavras-chave:** Foucault; Biopolítica; Constituição Dirigente.

### **ABSTRACT**

The article, through a bibliographical review and using Foucault's theoretical framework, defends the existence of biopolitical components in some of the norms of the 1988 Constitution. Initially, it analyzes the concepts of disciplinary power and biopolitics in Foucault's theory, clarifying the possibility of articulation between these powers and the right. For then, to examine the concept of a directive constitution in Canotilho's theory and to demonstrate the directive characteristic of the 1988 Constitution. Lastly, the article concludes by the existence of biopolitical components in some of the norms of the 1988 Constitution and in the judgments of the Federal Supreme Court in cases involving the use the use of embryonic stem cells for the purpose of research and therapy and the possibility of interruption of pregnancy in case of anencephaly.

**KEYWORDS:** Foucault; Biopolitics; Directive Constitution.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. Bacharela em Direito pela mesma instituição de ensino. Participante do Núcleo Constitucionalismo e Democracia (UFPR). Assistente de Juiz de Direito Substituto no Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: [kamilastrapasson@gmail.com](mailto:kamilastrapasson@gmail.com)

## INTRODUÇÃO

Foucault vislumbra outras formas de experienciar o poder que não a estatal e jurídica<sup>2</sup>, sendo importante em sua teoria o conceito de norma, o qual não possui a conotação jurídica comum, mas está ligado a noção de normalidade, dizendo respeito a sujeição dos corpos a um padrão considerado normal.<sup>3</sup> Em outras palavras, na teoria de Foucault, as subjetividades podem ser constrangidas na direção de uma norma, de uma regra ou de um padrão por meio: a) do poder disciplinar: uma normalização que age na direção do corpo dos sujeitos, com o fim de os moldar e conformar; b) da biopolítica: uma normalização que age sobre as populações<sup>4</sup>.

Nesse aspecto, conforme destaca Ricardo Marcelo Fonseca, é possível uma leitura da implicação entre direito e norma, no sentido de que o direito poderia veicular em seu bojo o poder da normalização<sup>5</sup>.

Nesse contexto, a partir da leitura de que o direito poderia funcionar articuladamente com a função de normalização, o presente artigo se propõe a demonstrar a existência de componentes biopolíticos na Constituição Dirigente de 1988 (CF/1988). Para isso, examina os conceitos de poder disciplinar e biopoder, explicitando a possibilidade de uma articulação entre os poderes de normalização, disciplinar e biopolítico, e o direito. Nesse cenário, estuda o conceito de Constituição Dirigente de José Joaquim Gomes Canotilho e a possibilidade de classificação da Constituição de 1988 como Constituição Dirigente, analisando a existência de componentes biopolíticos em suas normas e nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF) nos casos paradigmáticos de utilização de células

---

<sup>2</sup> FONSECA, R. M. O poder entre o Direito e a "Norma": Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum: 2004, p. 261.

<sup>3</sup> HACHEM, D. W.; PIVETTA, S. L. A biopolítica em Giorgio Agamben e Michel Foucault: O Estado, a sociedade de segurança e a vida nua. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 340-361, jul./dez. 2011, p. 346, 347.

<sup>4</sup> FONSECA, R. M. **O poder entre o Direito e a "Norma"**: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado, p. 266.

<sup>5</sup> FONSECA, R. M. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 122.

tronco-embrionárias para fins de pesquisa e terapia e da possibilidade de interrupção da gravidez em caso de anencefalia.

## **1 A DISCIPLINA, O BIOPODER E o direito**

Conforme salientado, na teoria de Foucault é importante o conceito de norma, a qual fornece um parâmetro, uma medida que permite individualizar, tornando as individualidades comparáveis. Nesse aspecto, a norma será veiculada por meio de uma forma de poder, existindo basicamente duas formas de veiculação da norma que são o poder disciplinar e o biopoder<sup>6</sup>.

Nesse âmbito, em primeiro lugar, Foucault trata de uma forma de poder que se mostra como relação, não tendo um local exclusivo e privilegiado, circulando em vários sentidos. Trata-se do poder disciplinar, cuja compreensão perpassa o conhecimento sobre o significado da disciplina e de como ela funciona na sociedade moderna, formando a sociedade disciplinar.<sup>7</sup>

Em Foucault, a disciplina fabrica indivíduos, tendo como função maior o adestramento. Funcionando por meio de uma economia calculada, mas permanente, o poder disciplinar separa, analisa, diferencia, realiza os processos de decomposição até as singularidades necessárias e suficientes. Segundo o autor, o sucesso do poder disciplinar se deve ao uso de instrumentos simples: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame<sup>8</sup>.

Como primeiro instrumento da disciplina, a vigilância hierárquica envolve dispositivos que obrigam pelo jogo do olhar, aparelhos em que as técnicas que permitem ver induzem a efeitos de poder e em que os meios de coerção são visíveis aqueles sobre quem se aplicam. Ela diz respeito a técnicas de vigilâncias múltiplas e entrecruzadas, a olhares que devem ver sem ser vistos. A arquitetura

---

<sup>6</sup> FONSECA, R. M. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica, p. 106.

<sup>7</sup> FONSECA, R. M. **O poder entre o Direito e a "Norma"**: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado, p. 261.

<sup>8</sup> FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Editora Vozes, 1987, p. 195.

passa a ser planejada para permitir o controle interior, o que ocorre em diversos espaços como hospitais, escolas e fábricas; o aparelho disciplinar perfeito permitiria um único olhar ver tudo permanentemente. Para Foucault, a vigilância hierarquizada não é uma das grandes invenções técnicas do século XVIII, mas sua extensão deve sua importância às novas mecânicas de poder que traz consigo. Com ela, o poder disciplinar se organiza como um poder múltiplo, automático e anônimo, funcionando como uma rede de relações de alto a baixo e também de baixo para cima e lateralmente, com fiscais perpetuamente fiscalizados. O poder disciplinar está em toda parte, funcionando permanentemente e em grande parte em silêncio<sup>9</sup>.

Já a sanção normalizadora é um pequeno mecanismo penal, uma “infra-penalidade”, com suas próprias leis, delitos, formas de sanção e instâncias de julgamento. Funcionando em diversos espaços como a oficina, a escola, o exército, ela reprime atrasos, desatenções, desobediências. Utiliza como punições processos sutis, como castigos físicos leves e pequenas humilhações, tornando penalizável tudo o que está inadequado à regra, todos os desvios. O castigo disciplinar é corretivo e a punição é um elemento de um sistema duplo de gratificação-sanção, em que deve-se procurar tornar as recompensas mais frequentes que as penas, com uma contabilidade penal, que permite obter o balanço de cada um, hierarquizando os bons e os maus indivíduos. Com as classificações se marca os desvios, se hierarquiza as qualidades e também se castiga e recompensa. Assim, se relaciona os desempenhos a um conjunto, que é ao mesmo tempo campo de comparação, espaço de diferenciação e princípio de uma regra a seguir. A penalidade perpétua das instituições disciplinares compara, hierarquiza, normaliza.<sup>10</sup>

O terceiro instrumento do poder disciplinar é o exame, que combina as técnicas da hierarquia que vigia e as da sanção que normaliza, é uma vigilância que traz a possibilidade de qualificar, classificar e punir. O exame traz a inversão da economia da visibilidade no exercício do poder, o poder disciplinar se exerce tornando-se

---

<sup>9</sup> FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões, p. 196-202.

<sup>10</sup> FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões, p. 202-207.

invisível, impondo aos que submete um princípio de visibilidade obrigatória, é o fato de sempre poder ser visto que mantém o indivíduo sujeito. Ele faz a individualidade entrar num campo documentário, numa rede de anotações escritas. Há a constituição do indivíduo como objeto descritível, analisável, mantendo suas capacidades próprias sob o controle de um saber permanente; e a constituição de um sistema comparativo que permite estimar os desvios dos indivíduos e sua distribuição numa população. O exame faz de cada indivíduo um “caso”, que ao mesmo tempo constitui um objeto para o conhecimento e uma tomada para o poder. O indivíduo pode ser descrito, mensurado, comparado a outros em sua individualidade e também é treinado, classificado, normalizado.<sup>11</sup>

Dessa forma, o poder disciplinar se prolonga e penetra em instituições, realizando sua corporificação em técnicas de intervenção material, se preocupando como as relações de sujeição constituem os indivíduos. O poder disciplinar circula, passa pelos indivíduos, os constituindo como sujeitos dotados de certas características em seu modo de vida, tendo um sentido ascendente na constituição dos sujeitos. As relações de poder são constituídas na base, nas famílias, nas relações interindividuais e não a partir do Estado.<sup>12</sup>

Assim, a sociedade disciplinar de Foucault, formada a partir do século XVIII, é um complexo aparato institucional, em que os indivíduos são controlados, hierarquizados, punidos, premiados conforme critérios normalizadores de diversos âmbitos institucionais da sociedade, como escolas e fábricas. Os poderes que incidem sobre os indivíduos moldam suas ações e sua subjetividade. Enquanto no modelo do poder que deriva do Estado soberano o sujeito é a origem e o fundamento do poder, sendo o Estado um artefato feito pelos sujeitos e para os sujeitos, na sociedade disciplinar o sujeito é em certa medida um produto das tramas de poder que perpassam a sociedade, pois ao ser sujeitado a elas é gravado por certa subjetividade.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**, p. 209, 211, 213, 214, 215.

<sup>12</sup> FONSECA, R. M. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**, p. 118.

<sup>13</sup> FONSECA, R. M. **O poder entre o Direito e a “Norma”**: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado, p. 264, 265.

Nesse cenário, segundo Foucault, enquanto nos séculos XVII e XVIII se viu aparecer técnicas de poder centradas no corpo individual, durante a segunda metade do século XVIII aparece uma outra tecnologia de poder, a biopolítica, que não exclui a primeira, mas que a integra e modifica parcialmente, que vai a usar implantando-se de certo modo nela, atuando sobre a população. Essa nova técnica é de outro nível, tendo outra superfície de suporte, se aplicando a multiplicidade de homens, na medida em que ela forma uma massa global afetada por processos de conjunto próprios da vida, como o nascimento, a morte, a doença<sup>14</sup>.

Nesse aspecto, Foucault afirma que um dos fenômenos fundamentais do século XIX foi a assunção da vida pelo poder, uma certa inclinação que conduz a uma estatização do biológico. Para o autor, enquanto na teoria clássica da soberania, o soberano teria o direito de fazer morrer ou deixar viver, uma das maiores transformações do direito político do século XIX foi completar o direito de soberania com outro direito novo que perpassa o primeiro, o modica, que vai ser um poder de fazer viver e de deixar morrer.<sup>15</sup>

Aparece com a tecnologia do biopoder um poder contínuo, científico, que é o poder de fazer viver, um poder de regulamentação. O poder é cada vez mais o direito de intervir para fazer viver e na maneira de viver, no “como” da vida; o poder intervém para aumentar a vida, para controlar suas eventualidades e deficiências.<sup>16</sup> Nesse sentido, o autor destaca que o biopoder diz respeito ao: “conjunto de mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais vai poder entrar numa política, numa estratégia política, numa estratégia geral de poder”.<sup>17</sup>

Nesse âmbito, a biopolítica tem como objetos de saber e alvos de controle um conjunto de processos como a proporção de nascimentos e óbitos, a taxa de reprodução e fecundidade da população, a longevidade, as doenças, a velhice, as anomalias diversas, as preocupações com as relações entre a espécie humana e

---

<sup>14</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. 1ª edição. 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 288, 289, 292.

<sup>15</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 285-287.

<sup>16</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 294, 295.

<sup>17</sup> FOUCAULT, M. **Segurança, território, população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 3.

seu meio. Há a medição estatística desses fenômenos com as primeiras demografias, bem como são introduzidas instituições de assistência, mecanismos de seguros, de poupança individual e coletiva, de seguridade.<sup>18</sup>

A biopolítica implementa mecanismos como previsões, estatísticas, medições globais, intervindo nos fenômenos no que eles têm de global, baixando a morbidade, encurtando a vida, estimulando a natalidade. Ela estabelece mecanismos reguladores que vão fixar um equilíbrio na população, manter uma média, otimizar um estado de vida, levando em conta os processos biológicos do homem-espécie, assegurando sobre eles uma regulamentação.<sup>19</sup>

Dessa forma, a biopolítica lida com a população, como problema científico, político, biológico, como problema de poder. São levados em consideração fenômenos coletivos, que devem ser considerados em certo limite de tempo relativamente longo, que são aleatórios e imprevisíveis individualmente, mas que no plano coletivo apresentam constantes que podem ser estabelecidas. A biopolítica se dirige a acontecimentos aleatórios que ocorrem em uma população considerada em sua duração.<sup>20</sup> Desse modo, a biopolítica vai se ocupar de algo diverso, que não é o corpo individual, o indivíduo sujeito de direito ou a sociedade, mas sim com a população, a qual escapa ao poder disciplinar e “jurídico”.<sup>21</sup>

Portanto, a biopolítica aparece como uma forma de normalização que tem sua ação sobre as populações, fazendo-a se adequar a uma média geral, a uma norma, sendo também aqui o sujeito, como integrante da população, até certo ponto, produto do poder e não seu produtor.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 289-292.

<sup>19</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 293, 294.

<sup>20</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 292, 293.

<sup>21</sup> FONSECA, R. M. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica, p. 113.

<sup>22</sup> FONSECA, R. M. **O poder entre o Direito e a “Norma”**: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado, p. 268, 269.

Além disso, Foucault questiona como esse poder que tem o objetivo essencial de fazer viver pode deixar morrer<sup>23</sup>, como exercer o poder da morte neste sistema político centrado no biopoder, afirmando que é nesse ponto que intervém o racismo. O racismo, para o autor, realiza um corte entre o que deve viver e o que deve morrer, sendo o aparecimento das raças e a qualificação de certas raças como boas e outras como inferiores um modo de fragmentar esse campo do biológico, defasando na população certos grupos em relação a outros. Ainda, o racismo vai permitir estabelecer uma relação entre a minha vida e a morte do outro de tipo biológico, de modo que quanto mais indivíduos anormais forem eliminados, existirão menos degenerados na espécie e mais eu viverei e serei forte. A morte só é admissível no sistema do biopoder se tende a eliminação do perigo biológico e ao fortalecimento da espécie ou da raça.<sup>24</sup>

Cabe ainda salientar em relação à biopolítica que, em “Segurança, território e população”, Foucault se refere à sociedade de segurança para definir as sociedades modernas que utilizam as técnicas de intervenção biopolíticas, gerindo a vida da população de forma global, considerando todos os casos que a acometem.<sup>25</sup>

A segurança trabalha com o futuro, levando em conta o que pode acontecer. Ela busca maximizar os elementos positivos e minimizar o que é risco e inconveniente, sabendo que nunca serão suprimidos, trabalhando com probabilidades, buscando estruturar nos planejamentos elementos que se justificam por sua polifuncionalidade<sup>26</sup>.

Os dispositivos de segurança tendem perpetuamente a se ampliar, sendo novos elementos o tempo todo integrados, deixando circuitos cada vez mais amplos se desenvolverem. Ainda, a segurança irá se apoiar nos detalhes que não serão valorizados como bons ou ruins em si, mas sim como processos necessários e

---

<sup>23</sup> O autor afirma que por tirar a vida não entende apenas a assassínio direto, mas também o indireto, como a exposição à morte, a multiplicação do risco de morte para alguns, etc. (FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 306).

<sup>24</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 304- 306.

<sup>25</sup> HACHEM, D. W.; PIVETTA, S. L.. **A biopolítica em Giorgio Agamben e Michel Foucault: O Estado, a sociedade de segurança e a vida nua**, p. 346, 347.

<sup>26</sup> FOUCAULT, M. **Segurança, território, população**, p. 26.

inevitáveis e vai se apoiar nesses detalhes para obter algo que em si será considerado pertinente por se situar no nível da população.<sup>27</sup>

Ademais, conforme Foucault, com os dispositivos de segurança, as reações do poder aos fenômenos são inseridas em um cálculo de custo, sendo fixada uma média considerada ótima e os limites do aceitável além dos quais o fenômeno não deve ir.<sup>28</sup> Assim, a intervenção estatal ocorrerá para alcançar os limites fixados como normais.<sup>29</sup>

Nesse aspecto, os dispositivos de segurança não adotam nem o ponto de vista do que é impedido nem o do que é obrigatório, mas se distanciam para poder apreender o ponto em que as coisas vão se produzir, sendo ou não desejáveis, tomando-as no plano de sua realidade efetiva. O mecanismo de segurança vai funcionar fazendo os elementos da realidade atuarem uns em relação aos outros. A segurança, dando-se alguns instrumentos de proibição e prescrição, tem por função responder a uma realidade de maneira que essa resposta anule, limite, freie ou regule essa realidade a que ela responde. Os dispositivos de segurança regulam os elementos da realidade.<sup>30</sup>

Além disso, para Foucault, a segurança procura criar um ambiente em função de séries de acontecimentos ou de elementos possíveis, séries que será preciso regularizar em um contexto multivalente e transformável. Segundo o autor, o espaço próprio da segurança remete a uma série de acontecimentos possíveis, ao aleatório, sendo o espaço em que se desenrolam as séries de elementos aleatórios, o meio. Nesse âmbito, conforme o autor, um dos elementos fundamentais na implementação dos mecanismos de segurança é o aparecimento de um projeto de

---

<sup>27</sup> FOUCAULT, M. **Segurança, território, população**, p. 59, 60.

<sup>28</sup> FOUCAULT, M. **Segurança, território, população**, p. 8, 9.

<sup>29</sup> HACHEM, D. W.; PIVETTA, S. L. **A biopolítica em Giorgio Agamben e Michel Foucault: O Estado, a sociedade de segurança e a vida nua**, p. 347.

<sup>30</sup> FOUCAULT, M. **Segurança, território, população**, p. 61.

uma técnica política dirigida ao meio<sup>31</sup>, sendo a população indiretamente atingida pelos dispositivos de segurança na medida em que se relaciona com o meio.<sup>32</sup>

Também é preciso destacar que na sociedade de segurança, aparece a noção de caso, que é uma maneira de individualizar o fenômeno coletivo ou de integrar no interior de um campo coletivo os fenômenos individuais. Ademais, passa a ser possível identificar a propósito de cada indivíduo e grupo individualizado o risco que cada um tem, por exemplo, o risco de pegar uma doença, de morrer dela ou se curar. Ainda, o cálculo dos riscos demonstra que eles não são os mesmos para todos os indivíduos, havendo zonas de mais alto risco e zonas de risco menos elevado, podendo se identificar o que é perigoso. Também nesse cenário surge o conceito de crise, como fenômeno de disparada circular que apenas pode ser controlado por um mecanismo natural e superior que vai o frear ou por uma intervenção artificial.<sup>33</sup>

Para Walter Guandalini Junior, os conceitos de caso, risco, perigo e crise, são elementos operatórios fundamentais para a intervenção do dispositivo de segurança na realidade. Segundo o autor, graças a esses instrumentos se desenvolve uma forma de intervenção que tem como objetivo reduzir um fenômeno a níveis de risco aceitáveis, fazendo com que “as curvas de normalidades diferenciais se aproximem o máximo possível da curva de normalidade global – promovendo a regulação biopolítica”.<sup>34</sup>

Há assim, para Foucault, desde o fim do século XVIII duas tecnologias de poder introduzidas com certa defasagem cronológica: a) a disciplina: que manipula o corpo como foco de forças que devem ser tornadas úteis e dóceis, na série corpo-organismo- disciplina- instituições ; b) a biopolítica: centrada na vida, que agrupa os efeitos de massas próprios de uma população, buscando controlar

---

<sup>31</sup> FOUCAULT, M. **Segurança, território, população**, p. 27, 30.

<sup>32</sup> HACHEM, D. W.; PIVETTA, S. L. **A biopolítica em Giorgio Agamben e Michel Foucault: O Estado, a sociedade de segurança e a vida nua**, p. 348.

<sup>33</sup> FOUCAULT, M. **Segurança, território, população**, p. 79-81.

<sup>34</sup> GUANDALINI JUNIOR, W. **A crise da sociedade de normalização e a disputa jurídica pelo biopoder: o licenciamento compulsório de patentes de anti-retrovirais**. 213 p. Dissertação (Mestrado em direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p. 63.

eventos aleatórios e compensar seus efeitos, objetivando a segurança do conjunto em relação a seus perigos internos, na série população- processos biológicos- mecanismos regulamentadores- Estado. Nesse aspecto, o autor afirma que não quer fazer uma oposição entre Estado e instituição de forma absoluta, pois as disciplinas tendem a ultrapassar o âmbito institucional adquirindo uma dimensão estatal e as regulações globais são encontradas no nível estatal, mas também em instituições subestatais como os seguros.<sup>35</sup>

Nessa perspectiva, Foucault também salienta que os mecanismos disciplinares e regulamentadores não se excluem, articulando-se um com o outro.<sup>36</sup> A disciplina e o biopoder são mecanismos que se complementam e operam em conjunto, em torno da norma, elemento que se aplica a um e a outro.<sup>37</sup> Assim, para Foucault, o elemento que circula entre o disciplinar e o regulamentador, que permite controlar a ordem disciplinar do corpo e os acontecimentos aleatórios da população é a “norma”. A sociedade da normalização é a em que se cruzam a norma da disciplina e a norma da regulamentação, de modo que o poder, no século XIX, incumbiu-se de toda a superfície que se estende do corpo à população.<sup>38</sup>

Nesse âmbito, é preciso destacar que Gilles Deleuze anunciou de forma mais articulada essa nova realidade normalizadora, em que a normalização biopolítica tem seu lugar privilegiado, tratando da sociedade de controle<sup>39</sup>. Segundo Deleuze, as disciplinas conheceriam uma crise em favor de novas forças que iriam se instalar lentamente e que se precipitariam depois da Segunda Guerra Mundial, com uma crise de todos os meios de confinamento. Para Deleuze, as sociedades de controle<sup>40</sup> estariam substituindo as sociedades disciplinares.<sup>41</sup>

---

<sup>35</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 297-299.

<sup>36</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 299.

<sup>37</sup> FONSECA, R. M. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica, p. 114.

<sup>38</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 302.

<sup>39</sup> FONSECA, R. M. **O poder entre o Direito e a “Norma”**: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado, p. 269, 270.

<sup>40</sup> O termo sociedade de controle foi cunhado William Burroughs (FONSECA, R. M.. **O poder entre o Direito e a “Norma”**: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado, p. 270).

<sup>41</sup> DELEUZE, G. **Conversações**. São Paulo: Ed. 34, 1992, p. 219, 220.

Segundo o autor, enquanto a disciplina era de longa duração, infinita e descontínua, o controle é de curto prazo, de rotação rápida, contínuo e ilimitado. Ainda, seriam características da sociedade de controle o fato de o marketing passar a ser instrumento de controle social e de o homem deixar de ser o homem confinado e passar a ser o homem endividado.<sup>42</sup>

Ademais, cabe salientar que, conforme o autor, enquanto os confinamentos são moldes, os controles são uma modulação, como uma moldagem auto-deformante que muda continuamente, o que pode ser visto na questão dos salários, pois na sociedade do controle a empresa substitui a fábrica, impondo uma modulação para cada salário, em uma perpétua metaestabilidade, que passa por desafios e concursos, introduzindo uma rivalidade inexplicável. Ainda, segundo o autor, o princípio modulador do “salário por mérito” tenta a educação, de modo que a formação permanente tende a substituir a escola e o controle contínuo tende a substituir o exame. Nesse aspecto, nas sociedades de controle<sup>43</sup> nunca se terminaria nada.<sup>44</sup>

Nesse cenário, descritas as principais características da disciplina e do biopoder, da sociedade disciplinar, da sociedade de segurança e da sociedade de controle, é possível questionar a relação entre os poderes de normalização, disciplinar e biopolítico, e o direito.

O mundo do direito seria caracterizado comumente por seus comandos soberanos, produzidos por mecanismos racionais e neutros provenientes do Estado, que incidem sobre os cidadãos em uma relação descendente, sendo a lei e o direito as formas assumidas pelo aparato do Estado para regular a vida das pessoas. Já o poder normalizador, disciplinar e biopolítico, se exerceria continuamente, usando

---

<sup>42</sup> DELEUZE, G. **Conversações**, p. 224.

<sup>43</sup> Ainda descrevendo as sociedades de controle, Deleuze afirma que enquanto as sociedades disciplinares recentes utilizavam máquinas energéticas, com o perigo da entropia e da sabotagem, as sociedades de controle operam com máquinas de informática e computadores, cujo perigo é a interferência, a pirataria e a introdução de vírus. Ademais, para o autor, trata-se de uma mutação do capitalismo, pois enquanto o capitalismo do século XIX é o de concentração, para a produção e de propriedade, o capitalismo da sociedade de controle é o da sobre-produção, que compra produtos acabados ou monta peças destacadas, que quer vender serviços e comprar ações, um capitalismo dirigido para o produto, para venda ou para o mercado (DELEUZE, G. **Conversações**, p. 223, 224).

<sup>44</sup> DELEUZE, G. **Conversações**, p. 220, 221.

um aparato de regras, de controle, sem a ameaça de uma sanção institucionalizada, buscando a dominação dos corpos e populações por suas múltiplas manifestações na sociedade. Nesse sentido, o poder normalizador teria uma feição distinta da que trabalha o operador do direito, não partindo de nenhum órgão institucionalizado, não tendo formas de resposta instituídas e objeto preciso, se espriando nas relações sociais.<sup>45</sup>

Todavia, segundo Ricardo Marcelo Fonseca, Foucault nunca afirmou haver uma incompatibilidade entre o poder normalizador e o direito, mas somente uma diferença. Nesse âmbito, Fonseca sugere uma leitura da implicação entre direito e norma, afirmando a possibilidade de ambos atuarem conjuntamente, de o direito veicular em seu bojo o poder da normalização e de ambos terem uma relação de reciprocidade.<sup>46</sup>

Assim, a sociedade da normalização funcionaria não apenas pelas disciplinas e pelo biopoder, mas também pelo direito<sup>47</sup>, o qual se tornaria seu veículo. A normalização possui mecanismos que podem se aplicar e funcionar independentemente do mecanismo jurídico, contudo, ambos poderiam também se implicar e funcionar em conjunto, incidindo sobre os sujeitos pelo mesmo meio e com os mesmos instrumentos. Em outras palavras, a normalização pode funcionar sem o recurso do direito e o direito pode funcionar sem ser normalizador, mas o direito pode também funcionar articuladamente com uma função de normalização.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> FONSECA, R. M. **O poder entre o Direito e a "Norma"**: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado, p. 274, 275.

<sup>46</sup> FONSECA, R. M. **O poder entre o Direito e a "Norma"**: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado, p. 275, 276.

<sup>47</sup> Para Fonseca há um desinteresse de Foucault em traçar os limites entre o poder jurídico e o poder normalizador, o qual talvez decorra da forma um tanto restrita com que Foucault via o direito. Para o autor, os textos de Foucault dão a impressão que a esfera jurídica se constitui apenas da proibição, vedação, focando-se na face repressiva do direito e estabelecadora de liberdades e garantias individuais. Assim, a visão de Foucault do direito estaria mais próxima do direito liberal do século XIX do que do direito promotor de garantias sociais do século XX, parecendo ignorar seu papel positivo no estabelecimento do agir estatal. Todavia, para Fonseca, essa aparente visão de Foucault do direito a partir de um ponto de vista um tanto restrito não prejudica a possibilidade de se vislumbrar em sua obra uma implicação entre a norma e o direito (FONSECA, R. M. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica, p. 125, 127).

<sup>48</sup> FONSECA, R. M. **O poder entre o Direito e a "Norma"**: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado, p. 277.

Diante desse quadro, a partir de uma leitura da implicação entre direito e norma na teoria de Foucault, o próximo capítulo irá analisar o conceito de Constituição Dirigente, desenvolvido por José Joaquim Gomes Canotilho, e sua aplicação à Constituição de 1988, questionando a existência de componentes biopolíticos em nossa Carta constitucional e em julgados do STF.

## 2 A BIOPOLÍTICA E A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE DE 1988

José Joaquim Gomes Canotilho estudou o tema da Constituição dirigente em sua tese de doutorado “Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas”, tendo como base a Constituição portuguesa de 1976<sup>49</sup>. A conjuntura portuguesa coincidia com os seis anos posteriores à Revolução dos Cravos de 1976, a qual pôs fim à ditadura salazarista, enquanto na Europa ocidental havia uma preocupação em se conferir eficácia jurídica e efetividade às normas da Constituição, em um cenário de crise gradual do Estado de Bem-estar Social.<sup>50</sup>

Em sua obra, o autor afirma que o problema da legitimidade constitucional deve se reconduzir à explicação dos fundamentos da dignidade de reconhecimento de uma ordem constitucional, por meio da fixação dos fins e tarefas do Estado. O autor defende uma função promocional da Constituição, apontando para um *continuum* de regulação em que o primado da concretização é das instâncias legiferantes, sendo que a legislação não conforma a constituição, mas sim é conformada por ela. A lei é positiva e negativamente determinada pela Constituição, havendo uma exigência de conformidade material com a Constituição dos atos dos poderes públicos.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, V. de P. A. de; OLIVEIRA, F. M. F. de. A (in)eficiência estatal na implementação de políticas públicas e do asseguramento de direitos abstratamente garantidos na constituição: crise da constituição dirigente? **Rev. direitos fundam. democ.**, Curitiba, v. 23, n. 1, p. 38-67, jan./abr. 2018, p. 47, 48, 51.

<sup>50</sup> RIBEIRO, F. N. C. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e integração regional**. 113 p. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), 2014, p. 45,46.

<sup>51</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994, p. 473-475, 479.

Canotilho também destaca que o problema central da Constituição é o de estabelecer uma “verdadeira ordem material, na qual a dimensão programática forneça linhas de direção à política, embora não a possa nem deva impedir”.<sup>52</sup> Nesse aspecto, conforme o autor, o programa constitucional de governo é concebido como programa em conformidade com a Constituição. A Constituição Dirigente marca o fato de que a vinculação jurídico-constitucional dos atos de direção política não é apenas uma vinculação por meio de limites, mas uma vinculação material que exige fundamento constitucional para esses atos, de modo que a Constituição programático-dirigente se torna premissa material da política. Ainda, a direção política tem “um papel criativo na seleção e especificação dos fins constitucionais e na indicação de meios ou instrumentos adequados para a sua realização”<sup>53</sup>.

Ainda, conforme Canotilho, as imposições constitucionais pressupõe a superação da doutrina das normas programáticas, vistas como proclamações políticas sem vinculatividade jurídica, havendo um dever normativo-concretizador dos órgãos legiferantes.<sup>54</sup> Nesse aspecto, o autor trata do problema das omissões legislativas, ou seja, do legislador “não fazer aquilo a que de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado”<sup>55</sup>, afirmando que haveria uma exigência concreta de ação nas normas constitucionais.<sup>56</sup>

Além disso, Canotilho aborda em sua tese a legitimação constitucional, traçando uma simbiose entre a legitimidade formal da Constituição, fundamentada nos procedimentos, nas regras de organização do Estado e de exercício da democracia

---

<sup>52</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 478.

<sup>53</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 487.

<sup>54</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 480.

<sup>55</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 481.

<sup>56</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 482.

e a legitimidade material, baseada em seu conteúdo. A compreensão material da Constituição perpassaria a materialização dos fins e tarefas constitucionais.<sup>57</sup>

Nesse cenário, é possível afirmar que a Constituição Dirigente é caracterizada pela existência de normas inseridas no texto constitucional que constituem um programa prospectivo, com a determinação das finalidades e objetivos a serem alcançados pelo Estado. Tais normas limitam a direção do poder político e consubstanciam uma imposição de atuação para o legislador, sendo a Constituição um plano de direção para o futuro. Nesse aspecto, ao prever comandos impositivos que devem ser observados, o texto constitucional traz obrigações ao legislativo de promulgação das leis necessárias à efetivação dos direitos previstos constitucionalmente e ao executivo que, adstrito aos comandos normativos, deve implementar na realidade o que está abstratamente previsto nas normas.<sup>58</sup>

Assim, a Constituição Dirigente é uma resposta as mudanças ocorridas principalmente ao longo do século XX, aos desafios impostos aos Estados sociais no sentido de manter a garantia e concretização dos direitos constitucionais. Além de definir normas de regulação e de organização do Estado e direitos e garantias fundamentais, a Constituição Dirigente fixa objetivos a serem alcançados pela sociedade, caracterizando-se pela intervenção estatal no âmbito social, cultural, político e econômico.<sup>59</sup>

Nesse aspecto, a Constituição de 1988 é considerada uma Constituição Dirigente devido aos compromissos por ela assumidos, em especial nos seus três primeiros artigos, trazendo em seu âmbito uma ordenação política, econômica e social.<sup>60</sup> A Constituição de 1988 possui um caráter dirigente ao dispor sobre obrigações estatais, trazendo compromissos e planos de ação para o Estado,

---

<sup>57</sup> RIBEIRO, F. N. C. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e integração regional**, p. 46, 47.

<sup>58</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, V. de P. A. de; OLIVEIRA, F. M. F. de. **A (in)eficiência estatal na implementação de políticas públicas e do assecuramento de direitos abstratamente garantidos na constituição: crise da constituição dirigente?**, p. 48, 49, 51.

<sup>59</sup> RIBEIRO, F. N. C. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e integração regional**, p. 43, 44.

<sup>60</sup> MOREIRA, N. C. Constitucionalismo dirigente no Brasil: em busca das promessas descumpridas. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 87-128, jul./dez. 2008, p. 99.

consubstanciando um projeto de construção do futuro, vinculando o legislador, limitado a atuar dentro do espaço do texto constitucional<sup>61</sup>.

Ademais, a Constituição de 1988, como constituição Dirigente tem um papel emancipatório no Brasil, em que o Estado possui uma função relevante para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, cabendo a Constituição vincular o legislador, impedindo retrocessos e denunciar desafios ainda enfrentados pela sociedade<sup>62</sup>. Assim, a Constituição Dirigente no Brasil está ligada a um projeto emancipatório, que inclui no texto constitucional as tarefas necessárias para superação do subdesenvolvimento<sup>63</sup>.

Nesse aspecto, o art. 3º da Constituição de 1988 pode ser considerado o núcleo do constitucionalismo dirigente no Brasil, estabelecendo os objetivos da República Federativa do Brasil. O art. 3º da Carta evidencia a ligação entre o jurídico e o político, orientando a realização de políticas públicas, o exercício da atividade legislativa e dos demais poderes constituídos.<sup>64</sup>

Contudo, cabe salientar que, posteriormente, Canotilho, no prefácio da segunda edição da obra acerca da Constituição Dirigente, afirmou categoricamente estar ela morta, motivando estudos sobre se essa realidade se aplicava à Constituição de 1988.<sup>65</sup> Nesse sentido, Canotilho no seu texto "O Direito Constitucional entre o Moderno e o pós-moderno", também trouxe novos apontamentos sobre a Constituição Dirigente afirmando, entre outros aspectos que, para os juristas pós-modernos, a visão da Constituição como centro de um conjunto normativo ativo e finalístico, regulador e diretivo da sociedade é questionada, sendo assinalado os limites da regulação dos problemas sociais, econômicos e políticos pelo direito. O autor afirma que o direito constitucional não é um direito dirigente, mas reflexivo,

---

<sup>61</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, V. de P. A. de; OLIVEIRA, F. M. F. de. **A (in)eficiência estatal na implementação de políticas públicas e do asseguramento de direitos abstratamente garantidos na constituição: crise da constituição dirigente?**, p. 39, 40, 58.

<sup>62</sup> RIBEIRO, F. N. C. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e integração regional**, p. 64.

<sup>63</sup> BERCOVICI, G. Ainda faz sentido a constituição dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 1, n. 6, jan./dez. 2008.

<sup>64</sup> RIBEIRO, F. N. C. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e integração regional**, p. 63, 64.

<sup>65</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, V. de P. A. de; OLIVEIRA, F. M. F. de. **A (in)eficiência estatal na implementação de políticas públicas e do asseguramento de direitos abstratamente garantidos na constituição: crise da constituição dirigente?**, p. 39.

o qual se limita a estabelecer processos de informação e mecanismos redutores de interferência entre os sistemas autônomos da sociedade, como os sistemas econômico e social, sendo o direito constitucional pós-moderno um direito pós-intervencionista.<sup>66</sup> O artigo representa o início da defesa de um menor intervencionismo pelo autor e o reconhecimento das críticas ao dirigismo constitucional.<sup>67</sup>

As principais críticas feitas por Canotilho à Constituição Dirigente, dizem respeito: a) ao desaparecimento de seu caráter revolucionário e transformador, no caso português; b) ao fato de as Constituições Dirigentes não considerarem a complexidade da sociedade moderna; c) a transferência do aspecto programático da Constituição, especialmente no cenário português, para União Europeia. Todavia, a nova abordagem de Canotilho não significa que o dirigismo constitucional tenha sido completamente rejeitado pelo autor<sup>68</sup>, sua teoria não teria atingido um declínio fatal, mas sim evoluído e atingido novos patamares conceituais<sup>69</sup>.

As críticas de Canotilho à Constituição dirigente devem ser interpretadas com cautela quando se busca inseri-las no contexto brasileiro, na medida em que se direcionam sobretudo ao contexto de Portugal, nas décadas posteriores a 1980. A Constituição de 1988 apesar de marcar a passagem de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito, não tem o mesmo caráter revolucionário do texto inicial da Constituição portuguesa de 1976. Ademais, a visão de Canotilho no sentido de que as disposições constitucionais não podem ter a pretensão de estabelecer finalidades amplas, tendo em vista a crescente complexidade social, também não pode ser aplicada acriticamente à realidade brasileira. Isso porque, em países periféricos como o Brasil, em que não há uma fruição ampla e adequada

---

<sup>66</sup> CANOTILHO, J. J. G. O Direito Constitucional entre o moderno e o pós-moderno. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 9, p. 76-90, 1990, p. 79.

<sup>67</sup> RIBEIRO, F. N. C. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e integração regional**, p. 53.

<sup>68</sup> RIBEIRO, F. N. C. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e integração regional**, p. 55, 57.

<sup>69</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, V. de P. A. de; OLIVEIRA, F. M. F. de. **A (in)eficiência estatal na implementação de políticas públicas e do asseguramento de direitos abstratamente garantidos na constituição: crise da constituição dirigente?**, p. 57.

dos direitos civis e políticos, o constitucionalismo dirigente ainda é necessário para impedir retrocessos sociais.<sup>70</sup>

Ainda no que tange a crítica da não consideração da complexidade da sociedade moderna, a visão de uma pretensão universalista ou totalizante da Constituição Dirigente também é incompatível com a realidade brasileira, pois a Constituição de 1988 não objetiva uniformizar os objetivos e interesses dos diferentes grupos sociais, mas reforçar a fruição dos direitos econômicos, sociais e culturais e promover o equilíbrio social, buscando estabelecer diretrizes para uma melhor deliberação democrática. Além disso, o caráter programático da Constituição de 1988 não foi transferido para projetos de integração supranacionais, não havendo um direito comunitário no Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Ademais, na própria União Europeia não houve um desaparecimento da atuação estatal, não havendo uma total transferência do dirigismo na garantia de direitos para as instituições supranacionais de integração, mas sim uma complementariedade entre o Estado e os projetos de integração.<sup>71</sup>

Nesse contexto, o objetivo deste artigo não é se debruçar sobre as especificidades da nova abordagem de Canotilho e sua aplicabilidade ao contexto brasileiro, mas demonstrar que, mesmo com os novos patamares conceituais de Canotilho, a Constituição de 1988 deve ser considerada como uma Constituição Dirigente, tendo em vista suas normas de caráter diretivo, que estabelecem planos de ação para o Estado e vinculam o legislador e as peculiaridades do Brasil que determinam que ela tenha esse caráter<sup>72</sup>.

Conforme exposto, o termo Constituição Dirigente diz respeito ao texto constitucional que estabelece fins e objetivos ao Estado e à sociedade, por meio de normas que impõem programas a serem cumpridos, vinculando o legislador aos fins do programa constitucional<sup>73</sup>. Nesse cenário, Fonseca trata do conceito de

---

<sup>70</sup> RIBEIRO, F. N. C. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e integração regional**, p. 57-59.

<sup>71</sup> RIBEIRO, F. N. C. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e integração regional**, p. 59, 60.

<sup>72</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, V. de P. A. de; OLIVEIRA, F. M. F. de. **A (in)eficiência estatal na implementação de políticas públicas e do asseguramento de direitos abstratamente garantidos na constituição: crise da constituição dirigente?**, p. 58, 61.

<sup>73</sup> RIBEIRO, F. N. C. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e integração regional**, p. 43.

Constituição Dirigente ao discutir a intersecção entre o direito e a biopolítica<sup>74</sup>, salientada no capítulo anterior. Nesse contexto, este artigo passa a estudar a existência de componentes biopolíticos na Constituição Dirigente de 1988.

Inicialmente, cabe destacar que a Constituição de 1988, no art. 5º, *caput*, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais afirma a inviolabilidade do direito à vida, o qual possui uma posição preferencial no sistema constitucional, tendo em vista seu conteúdo, bem como o fato de ser pré-condição para a dignidade e para o exercício dos demais direitos fundamentais, sendo um direito indisponível *prima facie*, em que o consentimento do titular não é causa suficiente para sua flexibilização<sup>75</sup>.

Ademais, a Constituição prevê no art. 1º, inc. III que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, a qual exige que toda pessoa seja tratada como um fim em si mesma, tendo a vida de cada ser humano valia intrínseca. Nesse aspecto, seria possível falar em uma dignidade como autonomia, envolvendo a capacidade de autodeterminação do ser humano e a exigência de que haja condições adequadas para o exercício dessa autodeterminação e de uma dignidade como heteronomia, ligada aos valores compartilhados pela comunidade, a qual obsta escolhas que comprometam valores sociais ou a dignidade do indivíduo.<sup>76</sup>

Nesse cenário, a posição preferencial dada ao direito à vida, *prima facie* indisponível, e a dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988 revelam a assunção da vida pelo poder, uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, a estatização do biológico<sup>77</sup>, característicos da biopolítica.

---

<sup>74</sup> FONSECA, R. M. **Poder e subjetividade**. Michel Foucault, Gilles Deleuze, Giorgio Agamben e Roberto Esposito. 2º semestre de 2018. Notas de aula.

<sup>75</sup> BARROSO, L. R. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**. Disponível em: < <https://bit.ly/207LynM> >. Acesso em: 21/01/2019, p. 21, 22.

<sup>76</sup> BARROSO, L. R. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**, p. 8, 10, 11, 12.

<sup>77</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 285, 286.

Nesse âmbito, a biopolítica intervém para aumentar a vida, para controlar suas eventualidades e deficiências<sup>78</sup>, o que é evidenciado pelo art. 6º da Constituição que prevê o direito fundamental à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Assim, o artigo assegura uma série de direitos necessários para uma vida digna, buscando com sua garantia controlar as eventualidades e deficiências da vida.

Ainda, o art. 3º da Carta, núcleo do constitucionalismo dirigente, também revela que o poder envolve cada vez mais o direito de intervir para fazer viver e na maneira de viver, no “como” da vida<sup>79</sup> ao estabelecer entre objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3, inc. III e IV) a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução as desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação. Isto é, a maneira de viver traçada pela Constituição Dirigente é a em que a pobreza e a marginalização são erradicadas, as desigualdades reduzidas e o bem de todos é promovido sem preconceitos.

Outras disposições constitucionais também traçam uma certa maneira de viver, o como da vida, uma padronização de modos de vida. É o caso do art. 210, *caput*, da CF/1988 que afirma que serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, assegurando a formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais, bem como o art. 215 que prevê que o Estado garantirá o exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura nacional e o art. 217 que traz o dever do Estado de fomentar as práticas desportivas como direito de cada um. Assim, a maneira de viver assegurada pela Constituição Dirigente é a que fixa conteúdos mínimos para o ensino fundamental, que protege a cultura e o incentiva ao esporte.

Além disso, conforme já exposto, a biopolítica aparece como uma forma de normalização que tem sua ação sobre as populações, fazendo-a se adequar a uma

---

<sup>78</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 295.

<sup>79</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 295.

média geral, a uma norma<sup>80</sup>, de modo que, com os dispositivos de segurança, as reações do poder aos fenômenos serão inseridas em um cálculo de custo. Nesse âmbito, será fixada uma média considerada ótima e os limites do aceitável além dos quais o fenômeno não deve ir<sup>81</sup>, de maneira que a intervenção estatal ocorrerá para alcançar os limites fixados como normais. <sup>82</sup> A biopolítica irá estabelecer mecanismos reguladores que vão fixar um equilíbrio, manter uma média, otimizar um estado de vida. <sup>83</sup>

Nesse sentido, um exemplo é o art. 208, inc. I da Constituição que prevê a garantia da educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, assegurando sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria. Isto é, o dispositivo prevê a necessidade de intervenção do Estado para assegurar o limite mínimo, fixado como normal no âmbito da educação, que é o de acesso à educação básica obrigatória e gratuita, para que a população seja adequada a uma média geral, a um mínimo de ensino, otimizando um estado de vida.

Também cabe destacar que a Constituição Dirigente de 1988 trata de objetos de saber e alvos de controle da biopolítica como a longevidade, a velhice e as doenças, fenômenos em relação aos quais a biopolítica vai introduzir instituições de assistência e de seguridade.<sup>84</sup>

Nesse âmbito, um exemplo é o art. 194 da CF/1988 que traz a seguridade social como um conjunto de ações dos poderes públicos e da sociedade para assegurar o direito à saúde, previdência e assistência social. Ademais, o parágrafo único, inc. I e II do art. 194 deixa clara sua incidência sobre a população ao especificar como objetivos da seguridade social a universalidade da cobertura e do atendimento e a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais.

---

<sup>80</sup> FONSECA, R. M. **O poder entre o Direito e a "Norma"**: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado, p. 268.

<sup>81</sup> FOUCAULT, M. **Segurança, território, população**, p. 8, 9.

<sup>82</sup> HACHEM, D. W.; PIVETTA, S. L. **A biopolítica em Giorgio Agamben e Michel Foucault: O Estado, a sociedade de segurança e a vida nua**, p. 347.

<sup>83</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 293, 294.

<sup>84</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 290-291.

Ainda, o constituinte regula a previdência social, demonstrando uma preocupação com a longevidade e a velhice prevendo, por exemplo, em seu art. 201, § 7º, inc. II o direito a aposentadoria por idade, aos 65 anos de idade se homem e 60 anos se mulher. Também buscando uma proteção à velhice, o art. 230 da Constituição afirma que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas. Outro exemplo de uma clara preocupação com a vida e a velhice é o art. 203 da CF/1988 que prevê como objetivos da assistência social, entre outros: a) “a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice” (art. 203, inc. I); b) “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei” (art. 203, inc. V).

Além disso, com a biopolítica há a introdução de uma medicina com a função de higiene pública, com organismos que coordenam tratamentos médicos, de centralização da informação, com campanhas de aprendizado da higiene e de medicalização da população.<sup>85</sup>

Nesse sentido, a Constituição prevê em seu art. 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e por meio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Ademais, o art. 198 prevê as diretrizes do Sistema Único de Saúde, estando entre elas o “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (art. 198, inc. II) e o art. 200 traz algumas atribuições do Sistema Único de Saúde, entre as quais “controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos” (art. 200, inc. I).

Esses dispositivos demonstram a preocupação do constituinte com a longevidade, com a diminuição do risco de doenças, com a prevenção, evidenciando um quadro de controle estatístico sobre a saúde, de busca de redução das doenças a níveis

---

<sup>85</sup> FOUCAULT, **Em defesa da sociedade**, p. 291.

de risco aceitáveis, buscando que as curvas de normalidades diferenciais se aproximem o máximo possível da curva de normalidade global.<sup>86</sup> Os artigos também revelam o cuidado em estabelecer um sistema responsável pela coordenação de tratamentos de saúde, de fiscalização de procedimentos e produtos de interesse para a saúde, em um claro controle sobre a medicalização da população.

Portanto, a Constituição Dirigente de 1988 evidencia seus componentes biopolíticos a partir de suas normas de caráter diretivo que: a) estabelecem a necessidade de planos de ação do Estado para garantia da vida e da dignidade da pessoa humana, que intervêm na maneira de viver e buscam controlar as eventualidades da vida; b) buscam a adequação da população a uma média geral, a uma norma; c) tratam de objetos de saber e alvos de controle da biopolítica como a longevidade, a velhice e as doenças.

Por fim, merecem ser brevemente destacados dois casos paradigmáticos julgados pelo STF que demonstram uma interpretação constitucional perpassada por elementos biopolíticos.

O primeiro deles é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510 /DF<sup>87</sup>, a qual discutia a inconstitucionalidade do art. 5º da lei de biossegurança (Lei nº 11.105 de 2005), o qual permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células tronco-embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados procedimento, desde que atendidas certas condições. O autor da ação, entre outros argumentos, afirma que o dispositivo seria contrário a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano seria vida humana, e a dignidade da pessoa humana.

A ADI foi julgada improcedente pelo STF, por maioria dos votos, merecendo destaque dois dos argumentos utilizados pelos ministros. Em primeiro lugar, o acórdão sustenta que a pesquisa científica com células-tronco embrionárias,

---

<sup>86</sup> GUANDALINI JUNIOR, W. **A crise da sociedade de normalização e a disputa jurídica pelo biopoder**: o licenciamento compulsório de patentes de anti-retrovirais, p. 63.

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3510**, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096, divulgação 27-05-2010, publicação 28-05-2010.

autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias que atingem a vida de expressivo contingente populacional, tendo sido a escolha da lei no sentido de encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio, no âmbito de um constitucionalismo fraternal. Em segundo lugar, o acórdão afirma que o: “embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição”<sup>88</sup>.

Dessa forma, o acórdão demonstra como aspectos biológicos fundamentais da espécie humana entram numa estratégia política, numa estratégia geral de poder.<sup>89</sup> Ademais, o principal aspecto a ser aqui ressaltado é que a argumentação da Corte exclui o embrião pré-implanto da condição de pessoa, o “deixando morrer”, em um cálculo de custo que objetiva a busca da cura de patologias que atingem a vida de parte expressiva da população, um controle sobre as eventualidades da vida, revelando claros contornos biopolíticos.

O segundo caso é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54<sup>90</sup>, em que a autora afirmou que juízes e tribunais vinham extraindo do Código Penal (CP), em detrimento da Constituição, a proibição de se efetuar a antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencéfalos, patologia que tornaria inviável a vida extra-uterina, aludindo que apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo do crime de aborto. Nesse contexto, requereu a declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal que impede a antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo, diagnosticada por profissional habilitado, de modo que a gestante possa se submeter ao procedimento sem precisar apresentar autorização judicial ou permissão do Estado. Por maioria de votos e nos termos do voto do relator, o STF julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez

---

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3510**, p.4.

<sup>89</sup> FOUCAULT, M. **Segurança, território, população**, p. 3.

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, Acórdão Eletrônico DJe-080, divulgação 29-04-2013, publicação 30-04-2013.

de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal.

O acórdão trata de questões atinentes à natalidade e a mortalidade, objetos de saber e alvos de controle da biopolítica,<sup>91</sup> envolvendo inclusive questões atinentes ao limite entre a vida e a morte, o que fica claro no voto do relator ao afirmar que “o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura”<sup>92</sup> e que: “na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica (...)”<sup>93</sup>.

Ainda, em Foucault, a decisão sobre os limites da intervenção biopolítica estatal é legitimada por um conhecimento científico, médico, estatístico<sup>94</sup>, o que é evidenciado no caso pela argumentação do relator de que “o coração e a respiração dos anencéfalos perduram por pouco tempo – 75% não alcançam o ambiente extrauterino. Dos 25% restantes, a maior parte tem cessados a respiração e o batimento cardíaco nas primeiras 24 horas”<sup>95</sup> para sustentar a possibilidade de interrupção da gravidez em caso de anencefalia.

Além disso, Foucault destaca que biopolítica se dirige a acontecimentos aleatórios que ocorrem em uma população considerada em sua duração<sup>96</sup>, sendo esse o caso da anencefalia, como demonstra o relator ao afirmar em seu voto que: “(...) o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos,

---

<sup>91</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 290.

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**, p. 46.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**, p. 54,55.

<sup>94</sup> HACHEM, D. W.; PIVETTA, S. L. **A biopolítica em Giorgio Agamben e Michel Foucault: O Estado, a sociedade de segurança e a vida nua**, p. 355.

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**, p. 47.

<sup>96</sup> FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**, p. 293.

segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública”<sup>97</sup>.

Portanto, é possível perceber a existência de componentes biopolíticos não apenas em algumas das normas da Constituição Dirigente de 1988, mas também nos argumentos utilizados pelos ministros do STF em casos como o da utilização de células tronco-embrionárias para fins de pesquisa e terapia e da possibilidade de interrupção da gravidez em caso de anencefalia.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O artigo a partir da leitura de que o direito pode veicular em seu bojo o biopoder, constatou a existência de componentes biopolíticos na Constituição Dirigente de 1988, a qual busca maximizar os elementos positivos e minimizar o que é risco e inconveniente na sociedade<sup>98</sup>. Nesse aspecto, afirmou a existência de componentes biopolíticos nas normas constitucionais de caráter diretivo que estabelecem a necessidade de planos de ação do Estado para garantia da vida e da dignidade da pessoa humana, como é o caso do art. 5º, *caput* e do art. 1º, inc. III, que intervém na maneira de viver, como o art. 3º, inc. III e que buscam controlar as eventualidades da vida, como o art. 6º, *caput* da CF/1988.

Também destacou a existência de elementos biopolíticos nas normas constitucionais que buscam a adequação da população a uma média geral, a uma norma, como é o caso do art. 208, inc. I da CF/1988 que trata da educação básica, bem como nos dispositivos que envolvem objetos de saber e alvos de controle da biopolítica como a longevidade, a velhice e as doenças, como é o caso do art. 194, que traz disposições acerca da seguridade social.

Por fim, o artigo trouxe exemplos da existência de componentes biopolíticos nos acórdãos do STF nos casos da utilização de células tronco-embrionárias para fins de pesquisa e terapia e da possibilidade de interrupção da gravidez em caso de anencefalia, em que o tribunal ao realizar a interpretação constitucional trouxe

---

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**, p. 32.

<sup>98</sup> FOUCAULT, M. **Segurança, território, população**, p. 26.

STRAPASSON, Kamila Maria. A Biopolítica e a Constituição dirigente de 1988. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

argumentos que evidenciam a busca por um controle sobre as eventualidades da vida, utilizando como base conhecimentos científicos, médicos e estatísticos.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais.** Disponível em: < <https://bit.ly/2O7LynM> >. Acesso em: 21/01/2019.

BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a constituição dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 1, n. 6, jan./dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3510**, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096, divulgação 27-05-2010, publicação 28-05-2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, Acórdão Eletrônico DJe-080, divulgação 29-04-2013, publicação 30-04-2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. 539 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional entre o moderno e o pós-moderno. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 9, p. 76-90, 1990.

DELEUZE, Gilles. **Conversações.** São Paulo: Ed. 34, 1992. 232 p.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho:** do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002. 190 p.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **O poder entre o Direito e a "Norma":** Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum: 2004, p. 259-281.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Poder e subjetividade:** Michel Foucault, Gilles Deleuze, Giorgio Agamben e Roberto Esposito. 2º semestre de 2018. Notas de aula.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade.** 1ª edição. 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 382 p.

STRAPASSON, Kamila Maria. A Biopolítica e a Constituição dirigente de 1988. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 572 p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Editora Vozes, 1987. 348 p.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. **A crise da sociedade de normalização e a disputa jurídica pelo biopoder**: o licenciamento compulsório de patentes de anti-retrovirais. 213 p. Dissertação (Mestrado em direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

HACHEM, Daniel Wunder; PIVETTA, Saulo Lindorfer. A biopolítica em Giorgio Agamben e Michel Foucault: O Estado, a sociedade de segurança e a vida nua. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 340-361, jul./dez. 2011.

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.

OLIVEIRA JÚNIOR, Vicente de Paulo Augusto de; OLIVEIRA, Fernanda Matos Fernandes de. A (in)eficiência estatal na implementação de políticas públicas e do asseguramento de direitos abstratamente garantidos na constituição: crise da constituição dirigente? **Rev. direitos fundam. democ.**, Curitiba, v. 23, n. 1, p. 38-67, jan./abr. 2018.

RIBEIRO, Felipe Neves Caetano. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e integração regional**. 113 p. Dissertação (Mestrado em direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), 2014.

Recebido em: 14/05/2019

Aprovado em: 24/09/2019