

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO



Alceu Mauricio Junior

O ESTADO DE RISCO
O Estado Constitucional de Direito no
Paradigma Social do Risco

Tese de Doutorado

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. José Ribas Vieira

Rio de Janeiro
Novembro de 2011



Alceu Mauricio Junior

O ESTADO DE RISCO

O Estado Constitucional de Direito no Paradigma Social do Risco

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. José Ribas Vieira

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Gisele Guimarães Cittadino

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Juliana Neuenschwander Magalhães

Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Prof^a. Ana Lúcia de Lyra Tavares

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Jane Reis Gonçalves Pereira

Faculdade de Direito - UERJ

Prof^a. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do
Centro de Ciências Sociais da PUC-Rio

Rio de Janeiro, 09 de novembro de 2011

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Alceu Mauricio Junior

Graduou-se em Direito na UFBA (2000) e em Ciências Navais, com habilitação em Administração de Sistemas, na Escola Naval (1988). Obteve o título de Mestre em Direito Público pela UERJ (2005). É co-líder e pesquisador do Grupo de Pesquisa "Estado de Direito e Sociedade de Risco" na PUC-Rio. Foi professor universitário e atualmente leciona em cursos de pós-graduação lato sensu. Coursou especialização na American University, Washington College of Law. Foi bolsista da Comissão Fulbright e do Departamento de Estado dos EUA (H. Humphrey Fellowship Program). É Juiz Federal na 2ª Região (RJ e ES).

Ficha Catalográfica

Mauricio Junior, Alceu

O Estado de Risco: O Estado Constitucional de Direito no Paradigma Social do Risco / Alceu Mauricio Junior ; orientador: José Ribas Vieira. – 2011.

294 f. ; 30 cm

Tese (doutorado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2011.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Sociedade de riscos. 3. Estado de direito. 4. Direito constitucional. 5. Democracia. 6. Direitos fundamentais. 7. Judicialização. 8. Regulação. I. Vieira, José Ribas. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

A
Brynn, Lara & Audrey,
com amor.

Agradecimentos

Ao meu orientador, Professor José Ribas Vieira, agradeço a disponibilidade, a paciência e a compreensão por estes quatro anos de convivência acadêmica e amizade. Ao longo destes anos, o Professor Ribas foi compreensivo com minhas dificuldades e limitações, generoso ao compartilhar qualquer fonte de conhecimento que lhe chegasse às mãos, e atento para a correção dos meus equívocos. Professor Ribas, muito obrigado.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, que me acolheu em seu seleto corpo docente e me apoiou no que foi necessário para que esta pesquisa fosse concluída. Agradeço ao ex-coordenador e Professor Adrian Sgarbi, assim como à atual coordenadora, Professora Gisele Cittadino, pelo ambiente público, democrático e aberto, proporcionado durante o curso de doutorado.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, pelos ensinamentos acadêmicos e pelas lições de profissionalismo e humanismo.

Às professoras Gisele Cittadino e Juliana Neuenschwander, que participaram da banca de qualificação desta tese, pelas contribuições e observações que me ajudaram a aperfeiçoar este trabalho.

Ao Anderson e à Carmen, por todo o apoio, presteza e paciência.

Aos colegas da minha turma de doutorado, Daniel Brantes, Farlei Martins, Cipriana Paranhos e Adriana Vidal, pelos agradáveis momentos que compartilhamos, dentro e fora da sala de aula.

Aos colegas e amigos do grupo de pesquisa Estado de Direito e Sociedade de Risco, Alexandre Demidoff, Gustavo Sengès e Rafael Vieira, agradeço pelo apoio, pela troca de informações, e pela amizade que, com certeza, prosseguirá por muitos anos.

Ao amigo Américo Bedê, juiz e constitucionalista, agradeço pelas sugestões sempre pertinentes.

Aos colegas juízes e servidores da Justiça Federal, especialmente aos meus amigos Osair Victor e Stelly Pacheco, que sempre estiveram ao meu lado.

À minha família, que não poupou esforços para me ajudar e apoiar.

Resumo

Mauricio Junior, Alceu; Vieira, José Ribas. **O Estado de Risco: o Estado Constitucional de Direito no Paradigma Social do Risco.** Rio de Janeiro, 2011, 294p. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O direito constitucional enfrenta o desafio de integrar ao seu programa de pesquisa os estudos sobre risco e sociedade desenvolvidos em outros campos das ciências sociais. Em uma sociedade de riscos, o estado incorpora novas funções regulatórias, encontrando desafios relacionados à incerteza e reflexividade científica. A lógica dos riscos demanda uma estrutura dinâmica e especializada para a regulação da sociedade pelo direito, transferindo decisões públicas a corpos técnicos e tribunais sem representação democrática, exacerbando o déficit de de legitimação no estado. Esta tese sustenta que o estado constitucional de direito assume na sociedade atual a configuração de estado de risco, que se caracteriza por tomar a ideia de risco como um dos principais elementos de definição e justificação da ação governamental. Considerando o impacto dos riscos contemporâneos sobre a justificação do Estado, assim como sobre o princípio democrático, os direitos fundamentais e a judicialização das políticas públicas, a tese propõe um modelo constitucionalmente adequado do risco, que procura compatibilizar o caráter político e científico da percepção e avaliação dos riscos com a necessidade de utilização do direito para a regulação de uma sociedade complexa.

Palavras-chave

Sociedade de riscos; Estado de direito; Direito constitucional; Democracia; Direitos fundamentais; Judicialização; Regulação.

Abstract

Mauricio Junior, Alceu; Vieira, José Ribas (Advisor). **The Risk State: the Constitutional State in the Social Paradigm of Risk** Rio de Janeiro, 2011, 294p. Doctoral Thesis. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Constitutional law faces the challenge of integrating studies on risk and society developed in other social sciences into its research program. In a risk society, the state incorporates new regulatory functions, facing challenges related to uncertainty and scientific reflexivity. The logic of risks demands a dynamic and specialized structure for the regulation of society through law, transferring public decisions to technical bodies and courts without democratic representation and exacerbating the legitimation deficit in the state. This dissertation argues that in today's society the constitutional state becomes a risk state, characterized by taking the idea of risk as one of the main elements of definition and justification of government action. Considering the impact of contemporary risks on the justification of the state, as well as on the democratic principle, the fundamental rights and the judicialization of public policies, this dissertation proposes a constitutionally appropriate model of risk that attempts to make the political and scientific character of risk perception and assessment compatible with the necessity of using law to regulate a complex society.

Keywords

Risk society; Rule of Law; Constitutional law; Democracy; Fundamental rights; Judicialization; Regulation.

Sumário

1	Introdução	13
1.1	O mal-estar no Estado constitucional de direito	13
1.2	Hipóteses	16
1.3	Metodologia e plano de trabalho	17
2	O paradigma do risco nas ciências sociais	22
2.1	O significado do risco	22
2.2	Conceito e concepções do risco	23
2.3	A dimensão humana dos riscos	27
2.3.1	Risco e racionalidade	27
2.3.2	Cálculo e probabilidade	29
2.3.3	Racionalidade e percepção dos riscos	33
2.4	A dimensão social dos riscos	35
2.4.1	Risco e cultura	35
2.4.2	A sociedade de risco	37
2.4.3	Riscos e sistemas sociais	41
2.3.4	Riscos e governamentalidade	45
2.4	A dimensão global dos riscos	50
2.5	A dimensão política dos riscos	51
2.6	Um modelo teórico do risco para o Estado de direito	52
3	Do Estado social ao Estado de risco	58
3.1	O Estado constitucional de direito frente aos riscos	58
3.2	Estado de direito e legitimação	60

3.3 O Estado social de direito	61
3.3.1 A compreensão teórica do Estado constitucional de direito	61
3.3.2 A referência ao Estado	63
3.3.3 Estado de direito e sociedade	64
3.3.4 O Estado redistribuidor	66
3.3.5 O estado da sociedade industrial	68
3.3.6 A materialização do direito constitucional	70
3.4 A crise do Estado social	71
3.4.1 O impacto dos riscos tecnológicos e a crise do desenvolvimento	71
3.4.2 O paradoxo do Agreste	75
3.4.3 Das posições de classe às posições de riscos	76
3.4.4 A crise do Estado nacional	79
3.5 A expansão do conceito de segurança no Estado de direito	81
3.5.1 Risco e segurança no Estado de direito.	81
3.5.2 A segurança do Estado	82
3.5.3 A segurança dos direitos individuais	83
3.5.4 A segurança social	84
3.5.5 A segurança em face dos riscos fabricados	85
3.6 O Estado de direito como Estado de risco.	87
3.6.1 O Estado como regulador dos riscos	87
3.6.2 O risco no discurso normativo e judicial	90
3.6.3 A atualidade do Estado regulador	93
3.6.4 Os riscos das decisões sobre riscos	96
3.7 O Estado constitucional cooperativo de risco	98
3.8 Rumo ao constitucionalismo do risco?	101

4 Democracia no Estado de risco	104
4.1 O dilema de Itaguaí	104
4.2 Estado de direito e modelos de democracia	106
4.3 As dificuldades de uma solução elitista de democracia	110
4.4 A politização dos riscos tecnológicos	116
4.5 A burocratização das decisões sobre o risco	117
4.6 Leigos versus experts: o papel da cidadania	121
4.6.1 O Declínio da legitimação técnica das decisões	121
4.6.2 Ideologias do risco	123
4.6.3 Risco e (des)confiança	125
4.6.4 Racionalidades conflitantes	129
4.7 Decisões sobre riscos e ecologia dos saberes	132
4.8 O princípio democrático no Estado de risco	135
4.8.1 A cidadania dos riscos	135
4.8.2 A democracia deliberativa dos riscos	138
4.9 Para expandir o espaço democrático	140
5 Direitos fundamentais no Estado de risco	144
5.1 O caso do amianto	144
5.2 Riscos como fundamento de direitos fundamentais	146
5.3 Riscos tecnológicos e as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais	152
5.3.1 A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais	152
5.3.2 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais	156
5.4 Riscos e os direitos fundamentais a ações positivas do Estado	157
5.4.1 A sistematização dos direitos fundamentais	157
5.4.2 Direitos a proteção em face dos riscos	158

5.4.3 Conteúdo dos direitos de proteção	162
5.4.4 Direitos de proteção e antecipação dos riscos: prevenção e precaução	165
5.4.5 Destinatários dos deveres de proteção em face dos riscos	171
5.5 Risco como elemento de limitação e restrição dos direitos fundamentais	177
5.5.1 Restrições e colisões de direitos fundamentais	177
5.5.2 Metodologia de controle das restrições	181
5.6 Risco, emergência e exceção	189
6 A judicialização dos riscos	199
6.1 “Eu disse que eu não sou um cientista”	199
6.2 O risco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	202
6.2.1 Considerações iniciais	202
6.2.2 Risco e regulação	204
6.2.2.1 As Ações Diretas de Inconstitucionalidade do amianto	204
6.2.2.2 A ADI dos créditos extraordinários	208
6.2.2.3 A ADI da Biossegurança	209
6.2.2.4 O risco na regulação das profissões	213
6.2.2.5 A ADPF dos pneus usados	215
6.2.3 Risco e modulação de decisões judiciais	217
6.2.4 O risco como critério de suspensão das decisões judiciais	218
6.2.5 Judicialização dos riscos, questões de fato e consequencialismo	221
6.3 Judicialização dos riscos e legitimação	222
6.3.1 O fenômeno da judicialização da política	222
6.3.2 A tensão entre judicialização, divisão de poderes e democracia	227
6.4 Última palavra sobre o direito ou última palavra sobre os fatos?	230

6.5 A judicialização consequencialista	234
6.6 A judicialização da técnica	238
6.7 Democracia e judicialização: reconciliação possível?	242
6.8 Representação argumentativa e democracia deliberativa	245
6.9 Pluralidade de intérpretes e a última palavra nos casos difíceis e trágicos	248
6.10 Abertura participativa na judicialização dos riscos	251
6.11 Constituição como ordem marco	254
6.12 Minimalismo e margens de ação	256
6.13 Tolerância e autocontenção dos tribunais	259
7 Conclusões	262
8 Referências bibliográficas	279