

1 Introdução

1.1 O mal-estar no Estado constitucional de direito

Quando nos perguntamos o que há de comum entre a pesquisa com células-tronco, o uso de materiais como o amianto, organismos geneticamente modificados, segurança pública, ou biocombustíveis, a resposta não parece simples à primeira vista, mas alguns pontos de interseção podem ser claramente apontados. Obviamente, são questões relevantes para a sociedade e dão ensejo a acirradas controvérsias. São, também, objeto de crescente regulação através do direito, deixando de ser questões meramente políticas para pertencer igualmente à esfera jurídica. Mas não menos relevante é o elemento que tem sido a medida explícita ou implícita das decisões sobre estas e outras questões fundamentais na sociedade contemporânea: o risco.

Afirma-se que o risco ocupa uma posição proeminente nas sociedades contemporâneas, sendo o parâmetro sobre o qual estas “se questionam, se analisam, buscam seus valores e, talvez, reconheçam seus limites”.¹ A sociedade nos dias atuais se encontra saturada pela ideia dos riscos. Desde pequenas decisões individuais, até opções governamentais ou transnacionais, os riscos nos cercam, ao ponto de se dizer que vivemos em uma “sociedade de risco”.² As reações a eventos recentes, como a doença da “vacca louca”, a gripe suína, o aquecimento global, a crise financeira de 2008, o ataque às Torres Gêmeas em 2001 e o vazamento de óleo no Golfo do México em 2010 são apenas alguns exemplos de como o risco é colocado em evidência e utilizado para a definição dos problemas contemporâneos.

A transição para uma sociedade extremamente preocupada com os riscos se revela igualmente problemática quando encarada sob o enfoque do Estado de direito. O direito é especialmente apropriado para a integração de sociedades complexas, devendo ser um meio para satisfazer as condições de integração social

¹EWALD, F. Risk in contemporary society. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 6, n. 2, pp. 365-379, 2000.

²BECK, U. *Risk society: towards a new modernity*. London: Sage, 1992.

através do mútuo entendimento por parte de sujeitos comunicativamente ativos.³ Dessa forma, “o direito passa a ser encarado como um mecanismo crucial de reprodução da vida social, aumentando a relevância de sua função na vida das sociedades contemporâneas”.⁴ Seria natural, então, que com a transformação da sociedade industrial para a sociedade de risco, o Estado de direito também tivesse sua estrutura modificada, com reflexos epistemológicos, metodológicos, e, ainda, complicações no campo da legitimidade democrática das decisões coletivas.

Neste cenário, o Estado constitucional expande suas funções, criando uma demanda para a regulação do risco. Não se trata, aqui, da regulação dos riscos individuais e privados. O grande desafio vem da regulação dos riscos sociais e globais de difícil quantificação. O Estado assume o dever de proteção contra os riscos, lançando mão de novos princípios jurídicos, como o princípio da prevenção e o da precaução.⁵

Essa nova atividade estatal enfrenta diversas dificuldades. A primeira delas está na própria compreensão jurídica do risco, que tradicionalmente é visto como um elemento dos contratos de seguro ou da responsabilidade civil e administrativa. 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

Outra questão reside na teorização do modelo de Estado subjacente às novas exigências constitucionais. Atualmente, utiliza-se como paradigma para a compreensão do Estado constitucional de direito o modelo do Estado social. Todavia, este modelo não dá conta das transformações do conceito de segurança ocorridas nas últimas décadas e das novas exigências de proteção estatal em face dos riscos produzidos na sociedade. De fato, algumas demandas do Estado social, como a promoção do desenvolvimento nacional, chocam-se com as novas tarefas de regulação dos riscos que se exigem do Estado na Constituição. O modelo do Estado social é abalado pela crise do desenvolvimento e pela globalização dos riscos, perdendo seu potencial descritivo e normativo para a teorização do Estado

³HABERMAS, J. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Tradução William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998, p. 83.

⁴MAIA, A. C. Considerações acerca do papel civilizatório do direito. In: MAIA, A. C.; CITTADINO, G.; POGREBINSCHI, T. (Orgs.). **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁵Conforme, ente outros, EWALD, F.; GOLLIER, C.; SADELEER, N. DE. **Le principe de précaution**. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

constitucional de direito.

Esta mudança na compreensão teórica do Estado constitucional de direito levanta, por sua vez, dificuldades ligadas à legitimação. Tanto no que se refere à legitimação dos fins do Estado, como também sobre a legitimação dos direitos fundamentais e da tomada de decisões coletivas em uma sociedade democrática.

Os riscos criados contemporaneamente impõem uma estrutura dinâmica e especializada para a regulação da sociedade, provocando uma gradativa transferência da função de elaboração de políticas públicas a corpos técnicos sem representação democrática. A legitimação das decisões sobre os riscos assumidos na sociedade costumava assentar-se na previsibilidade e no determinismo fornecido pelo conhecimento científico, porém a característica dos novos riscos é a incerteza e a imprevisibilidade. A ciência se torna cada vez mais reflexiva, questionadora de si mesma. Consensos científicos não são alcançados com facilidade, e essa brecha é explorada com avidez pelas partes interessadas, que tentam, através de seus próprios *lobbies* científicos, convencer ou colocar em dúvidas os reguladores. A reflexividade científica retira a legitimidade puramente técnica da regulação do risco,⁶ demandando novos instrumentos de democratização.

A regulação do risco também gera novas colisões entre direitos fundamentais. A conscientização social sobre os riscos dá justificção a novos direitos fundamentais de proteção por parte do Estado. Contudo, a limitação de atividades potencialmente geradoras de riscos impõe restrições às liberdades clássicas e até a certos fins próprios do modelo de Estado social. O desenvolvimento deixa de ser, por si só, uma coisa boa. Catástrofes podem levar a reações desproporcionais e ao estabelecimento de estados de exceção para a restrição de direitos fundamentais, sob a justificativa de proteção em face dos riscos.

Além disso, no Estado constitucional contemporâneo, a politização dos riscos se transforma rapidamente em judicialização dos riscos. As partes que não obtiveram sucesso no procedimento regulatório, ou que foram simplesmente excluídas desse processo, buscam no judiciário a modificação ou paralisação de políticas públicas, valendo-se das diversas cláusulas constitucionais que

⁶BECK, U., *Risk society...*, op. cit.

determinam a proteção em face dos riscos ambientais, sanitários e de segurança interna ou externa, ou então das que resguardam direitos individuais e de livre iniciativa. Os tribunais passam a se orientar não somente pelas regras e princípios jurídicos, atribuindo crescente importância às consequências das decisões judiciais. Nas questões ligadas aos riscos, os tribunais são forçados a decidir levando em conta parâmetros sobre os quais não existe consenso na comunidade científica, sendo levados a conformar discricionariamente os fatos inerentes às causas. Quando as decisões sobre a regulação dos riscos na sociedade se transferem para o judiciário, surgem tensões entre a atividade de interpretação constitucional dos tribunais, o princípio democrático e o princípio da divisão dos poderes.

As questões acima descritas apontam para a necessidade de reconstrução teórica do Estado constitucional de direito frente ao paradigma social dos riscos. O equacionamento dos desafios impostos pelos riscos contemporâneos impõe que o Estado de direito seja compreendido através de um modelo teórico que dê conta das alterações sociais e normativas derivadas da emergência dos riscos na atualidade e que ao mesmo tempo seja constitucionalmente adequado.

O objetivo desta tese é desenvolver um modelo teórico para a leitura constitucional do risco, compatível com o sistema jurídico brasileiro. Um modelo que permita aos aplicadores do direito harmonizar as alterações conceituais e empíricas do paradigma social do risco com os parâmetros de um estado constitucional.

1.2 Hipóteses

Este trabalho parte da hipótese de que o Estado constitucional de direito, na transformação ocorrida na sociedade frente aos riscos tecnológicos, e com a expansão do conceito de segurança, assume uma configuração de Estado de risco, que se caracteriza por tomar a ideia de risco como um dos principais elementos de definição e justificação da atuação dos governos. Desta formulação, decorrem outras duas hipóteses:

a) A lógica dos riscos demanda uma estrutura dinâmica e especializada para a regulação da sociedade pelo direito, acarretando a transferência de decisões

públicas a corpos técnicos e tribunais sem representação democrática. No Estado de risco, acentua-se o problema da legitimação no Estado, aumentando-se o ônus de justificação das decisões e impondo-se a abertura do processo deliberativo.

b) O impacto dos riscos contemporâneos sobre a justificação do Estado constitucional, assim como sobre o princípio democrático, os direitos fundamentais e a judicialização das políticas públicas, conduz à formulação de um modelo constitucionalmente adequado do risco, que compatibilize o caráter político-científico da percepção e avaliação do risco com a necessidade de utilização do direito para a regulação de uma sociedade complexa.

1.3 Metodologia e plano de trabalho

A emergência dos riscos na sociedade forçou o direito encarar a crise do pensamento moderno. O risco traz para o direito a revolução ocorrida no início do século XX nas ciências “duras” no campo da ordem e da certeza: “é o surgimento da desordem e da incerteza”, em que “a desordem traz o incerto porque não temos mais um algoritmo, não temos mais um princípio determinista que permita conhecer as consequências de tal ou tal fenômeno”. Além disso, a segunda metade do século XX marca o surgimento das ciências sistêmicas, numa clara constatação de que o conhecimento isolado não é o melhor conhecimento, pelo menos em algumas áreas. O conhecimento precisa ser apreendido de forma contextualizada: “em certas ciências, não podemos separar ... fazer como se o observador ou o formulador não existissem”.⁷

Portanto, uma compreensão teórica do Estado constitucional de direito que pretenda oferecer respostas coerentes às questões colocadas pelo risco e a complexidade necessita levar em conta os desenvolvimentos de outras ciências, como a psicologia e a sociologia. Necessita encarar o ser humano não como um ente puramente racional, mas também orientado pelo afeto, e reconhecer “que as escolhas científicas são informadas por valores e intenção tanto quanto por conhecimento e causas eficientes”.⁸

⁷MORIN, E. Por uma reforma do pensamento. In: PENA-VEGA, A.; NASCIMENTO, E. (Orgs.). **O pensar complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade**. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 1999, pp. 21-34.

⁸WALLERSTEIN, I. M. **The uncertainties of knowledge**. Philadelphia: Temple University Press, 2004, p. 15.

Orientada por essa corrente epistemológica, a pesquisa sobre o Estado de risco adota um enfoque multidisciplinar, não se limitando à análise de argumentos puramente jurídico-normativos sobre o risco e sua regulação na sociedade atual. Para a compreensão do paradigma social do risco, são levados em conta os avanços obtidos nas pesquisas realizadas em outros campos das ciências sociais, especialmente nos estudos socioculturais e a na sociologia dos riscos. Contudo, a pesquisa mantém o seu foco nos reflexos jurídicos dessa problemática, buscando, ao fim, delinear uma compreensão do Estado constitucional de direito na sociedade de riscos aplicável ao direito brasileiro.

As questões e hipóteses colocados por esta pesquisa sugerem que a corrente compreensão teórica dos fins do Estado constitucional de direito – o modelo do Estado social – encontra-se em crise. É relevante, portanto, colocar algumas observações sobre o conceito de crise para fins metodológicos.

Ao analisar as revoluções nos paradigmas científicos, Thomas Khun afirmou que estas são geralmente precedidas por período de pronunciada insegurança profissional que é gerada pela persistente falha da “ciência normal” na solução das questões levantadas na pesquisa empírica. O desenvolvimento da ciência normal pode gerar anomalias que não são a princípio explicáveis pelo paradigma dominante, mas que por estes podem ser absorvidas através de adaptações que não alterem fundamentalmente a estrutura do paradigma. Contudo, quando estamos diante de anomalias cuja adaptação demanda do paradigma sua própria desnaturalização, caracteriza-se a crise. As crises começam com afrouxamento das regras da ciência normal, ocasionando crescente desacordo sobre seus fundamentos. Abrem-se, então, as portas para a ciência extraordinária e a construção de novas teorias.⁹

Segundo Habermas, considerando este conceito sob a ótica da teoria dos sistemas, as crises são perturbações duráveis da integridade dos sistemas, que agem sobre as estruturas que definem suas identidades. Estas estruturas distinguem-se dos elementos que podem mudar em um sistema sem que este perca sua identidade. A crise, deste modo, pode dar origem a um processo de aprendizagem e transformação, como também pode gerar a própria dissolução do

⁹KUHN, T. **The structure of scientific revolutions**. 3ª ed. Chicago: University of Chicago Press, 1996, pp. 67–88.

sistema.¹⁰

Vista sob a ótica das revoluções científicas ou segundo a lente da teoria dos sistemas, as crises precisam ser aferidas na contraposição do modelo teórico com os fenômenos empíricos que lhe desafiam. Dessa forma, procura-se desenvolver a tese através da combinação de elementos descritivos, críticos e propositivos.

O estudo dos textos normativos e das decisões dos tribunais continua sendo uma fonte para a delimitação das questões acima apontadas. Neste ponto, a pesquisa, sempre que possível, vale-se da análise da legislação nacional e das decisões dos tribunais brasileiros, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF).

Esta tese também faz remissões ao direito estrangeiro, quando aplicável ao tema a ser desenvolvido, tanto em relação a textos normativos quanto a decisões judiciais. Não é o objetivo da tese, entretanto, realizar estudos de direito comparado. Quando pertinente para a ilustração das questões enfrentadas na tese, utilizam-se também as ferramentas da metodologia do direito e literatura.

No que se refere à pesquisa bibliográfica, o primeiro passo para concretizar a investigação foi a seleção dos tópicos sensíveis, revelados pelo material preliminar disponível. Por exemplo, desde o início da pesquisa foram identificados temas controversos como o conceito de risco, a percepção do risco, a justa distribuição, globalização e judicialização do risco. Os tópicos iniciais serviram para a coleta de novos materiais, cujo estudo revelou novos tópicos, como a legitimação democrática e a preempção regulatória do risco, assim como questões de interesse especial, como a regulamentação do amianto e da biossegurança.

A operacionalização da pesquisa evitou um formato linear, ou um simples desenvolvimento unidimensional. Novos materiais colhidos apontaram para desdobramentos não antecipados nos tópicos anteriormente estudados que, por sua vez, abriram a pesquisa para novas palavras-chave de busca. O retorno ao direito, por seu turno, garantiu que a pesquisa mantivesse um recorte epistemológico definido e, também, uma guia de orientação aplicativa.

A tese está organizada em sete capítulos. Além da introdução e da

¹⁰HABERMAS, J. La crisi della razionalità nel capitalismo maturo. In: RICCIO, F.; CARUSO, A.; VACCARO, S. (Orgs.). **Il Capitalismo regolato stualmente: antologia ragionata del dibattito internazionale sullo Stato**. Milano: F. Angeli, 1984, pp. 420-448.

conclusão, o objeto da tese é desenvolvido em cinco capítulos.

Previamente ao enfrentamento das hipóteses levantadas na pesquisa, considerou-se indispensável promover um estudo sobre o paradigma do risco nas ciências sociais, ou seja, uma base sociológica que permita compreender o risco e construir uma ponte para sua assimilação teórica no âmbito da teoria do Estado e do direito constitucional. Esta tarefa é desenvolvida no capítulo 2, onde as dimensões humana, social, política e global dos riscos são analisadas através de diversas correntes teóricas, entre as quais a da percepção dos riscos, a da modernidade reflexiva de Beck e Giddens, a da teoria sistêmica de Luhmann e a da governamentalidade de Foucault e Ewald.¹¹ Optou-se por trabalhar com um marco teórico plural para a compreensão social dos riscos, apesar das dificuldades inerentes a esta escolha.

O capítulo 3 ataca diretamente a questão da crise provocada pelos riscos no modelo corrente de compreensão do Estado constitucional de direito – o Estado social. A partir da descrição do Estado social, passa-se à análise da crise enfrenta por este modelo nas últimas décadas. Para superar esse impasse, aponta-se a expansão do conceito de segurança no Estado de direito, propondo-se em seguida o modelo do Estado de risco.

O modelo do Estado de risco, contudo, levanta questões de legitimação que afetam o princípio democrático e os direitos fundamentais. No capítulo 4, aborda-se a questão da democracia no Estado de risco. São descritos os modelos tradicionais de democracia no Estado de direito, apontando-se as dificuldades de uma solução elitista de democracia, da politização dos riscos tecnológicos e da burocratização das decisões sobre o risco na sociedade. Abordam-se, nesta linha, os conflitos entre leigos e experts na regulação social dos riscos, atentando-se para os embates ideológicos e para os problemas de desconfiança e de racionalidades conflitantes. A partir da ideia de “ecologia dos saberes”, propõe-se a ampliação do princípio democrático no Estado de risco.

O capítulo 5 é voltado para a análise dos direitos fundamentais no Estado de risco. Analisa-se como os riscos, no Estado de direito contemporâneo, servem de

¹¹É importante destacar que o objetivo do capítulo 02 não é efetuar uma crítica da técnica, mas mapear o paradigma social do risco, razão pela qual não é abordado, por exemplo, o conceito de “desocultamento técnico” de Heidegger. Sobre este ponto específico, remetemos ao estudo de Franz Josef Brüseke. BRÜSEKE, F. J. **A técnica e os riscos da modernidade**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2001, especialmente capítulo 3.

justificação ao reconhecimento de novos direitos fundamentais, assim como são colocados no fundamento da restrição de outros direitos fundamentais. É objeto de investigação a ampliação dos direitos de proteção em face dos riscos, com a utilização de mecanismos de prevenção e precaução por parte do Estado, e o consequente aumento de colisões de direitos fundamentais. Especial atenção é dada à metodologia a ser aplicada no controle das restrições e na resolução de conflitos entre direitos fundamentais no Estado de risco. Este capítulo também aborda a questão da utilização do discurso do risco e dos deveres de proteção estatais para justificar-se a criação de estados de exceção no sistema de direitos fundamentais.

O capítulo 6 enfrenta a questão da judicialização dos riscos. Por conta do alargamento do conceito de segurança e da expansão dos direitos fundamentais de proteção reconhecidos na Constituição, expande-se a atuação dos tribunais na revisão das decisões sobre os riscos sociais tomadas pelos poderes executivo e legislativo, provocando tensões com o princípio democrático e o princípio da divisão dos poderes. Na primeira parte do capítulo, a investigação da judicialização dos riscos é realizada a partir da análise de casos decididos pelo STF, cuja descrição tem por propósito levantar problemas como a remissão a questões empíricas e o consequencialismo na jurisdição constitucional, que acentuam as dificuldades normalmente apresentadas na judicialização das políticas públicas. A partir dos problemas levantados na primeira parte, a segunda parte do capítulo procura dar adequado tratamento teórico à judicialização dos riscos. Ao mesmo tempo em que se desenvolve uma análise crítica, são propostos parâmetros para atenuar a tensão entre o dever de proteção dos direitos fundamentais, colocado também a cargo do judiciário pela Constituição, com o ideal de autogoverno do povo em um Estado constitucional de direito democrático.