

### 3 Do Estado social ao Estado de risco

#### 3.1 O Estado constitucional de direito frente aos riscos

A natureza multidimensional dos riscos contemporâneos nos induz a questionar o modelo de Estado constitucional de direito que seria adequado a uma sociedade complexa e contingente como a atual. Afinal, poderia se esperar que, com o câmbio provocado pelos riscos na sociedade, o Estado de direito também tivesse sua estrutura modificada. A questão se aprofunda quando indagamos se essa transformação é apenas uma adaptação do Estado de direito às novas necessidades sociais ou se estamos diante de uma mudança de suas próprias estruturas.

Concepções de Estado de direito correspondem a concepções de Estado, que, por sua vez, refletem as questões sociais, segundo uma visão específica de sociedade encampada por seus teóricos.<sup>138</sup> Ao modelo de Estado de direito predominante no século XIX, correspondia uma concepção de Estado liberal, tendo em vista uma sociedade que começava a se tornar industrializada e desprendida de hierarquias e tradições. O modelo do Estado social de direito, consagrado no século XX, afirma-se em razão das desigualdades surgidas no desenvolvimento da sociedade industrial, tendo como referência uma forma de Estado de bem-estar social para resolver o problema dos conflitos de classe. Ambos os modelos, contudo, comungam certos pilares, como a ideia de um Estado nação soberano e independente, a partir do qual decorre toda a regulação, o sistema econômico capitalista e a adoção acrítica da tecnologia e do desenvolvimento para a realização dos fins estatais.

Contudo, os pilares que sustentavam os modelos do Estado liberal e do Estado social foram seriamente abalados. Os conflitos que permeiam a sociedade contemporânea não são necessariamente disputas entre classes econômicas, burguesas e operárias. As posições de classe são substituídas por posições de risco, e a ideia de necessidade cede lugar à de vulnerabilidade. O desenvolvimento

<sup>138</sup>HABERMAS, J. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Tradução William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998, p. 389.

econômico e tecnológico deixa de ser, por si só, algo bom, transformando-se em fontes de riscos.<sup>139</sup> A soberania estatal e a própria significação teórica do Estado são questionados em razão da globalização.

Em razão destes abalos aos modelos do Estado liberal e do Estado social, levanta-se a hipótese de que o Estado de direito, na transformação ocorrida na sociedade frente aos riscos tecnológicos, assume uma configuração de Estado de risco, que se caracteriza por tomar a ideia de risco como um dos principais elementos de definição e medida para justificação e atuação dos governos.

Isto não significa, absolutamente, que o Estado abandone sua preocupação com direitos liberais ou sociais. Estes fins, contudo, são traduzidos na sociedade contemporânea para a linguagem da segurança e dos riscos. Por conta desse fenômeno, a semântica dos riscos se torna a “língua franca” da tomada de decisões,<sup>140</sup> passando a fazer parte do discurso jurídico através da Constituição, dos textos legais e normativos e das decisões judiciais.

O Estado providência absorve os direitos liberais e sociais sob a lógica dos riscos,<sup>141</sup> mas, ao lado dos riscos sociais, o uso de novas técnicas, como a nuclear, a engenharia genética, novas substâncias químicas e nanotecnologia provocam riscos que superam os perigos da primeira fase da industrialização, cujos efeitos de longo prazo são de difícil previsão. A segurança se eleva ao nível dos direitos humanos e fundamentais, atuando como legitimadora das funções do Estado, mas ao mesmo tempo forçando suas instituições a tomar decisões com base na precaução.<sup>142</sup>

Por razões estruturais e semânticas, os riscos das mais variadas origens são politizados,<sup>143</sup> transformando o Estado no grande gerenciador de riscos na sociedade.<sup>144</sup> Surge, então, a questão de como abordar essa nova face do Estado através de uma teoria adequada à Constituição, em que a nova demanda por segurança não abra as portas para a violação de direitos fundamentais ou o

<sup>139</sup>Neste sentido, BECK, U. **Risk society: towards a new modernity**. London: Sage, 1992.

<sup>140</sup>ROTHSTEIN, H.; HUBER, M.; GASKELL, G. A theory of risk colonization: The spiralling regulatory logics of societal and institutional risk. **Economy & Society**, v. 35, n. 1, pp. 91-112, Fev 2006.

<sup>141</sup>Conforme EWALD, F. **L'Etat providence**. Paris: Grasset, 1986.

<sup>142</sup>GRIMM, D. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006, pp. 190–193.

<sup>143</sup>LUHMANN, N. **Risk: a sociological theory**. New Brunswick: Aldine Transaction, 2006, p. 160.

<sup>144</sup>MOSS, D. A. **When all else fails: government as the ultimate risk manager**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

estrangulamento do espaço democrático.

A hipótese do Estado constitucional de direito como um Estado de risco é trabalhada neste capítulo a partir da ideia da legitimação material do Estado, através dos fins que lhe são atribuídos pela Constituição. São expostos os fundamentos do Estado social, que é o modelo teórico dominante para a compreensão da dimensão material de legitimação do Estado constitucional de direito, e os elementos que provocam a crise desse modelo. Levando em consideração a expansão do conceito de segurança no Estado de direito contemporâneo, apresenta-se o Estado de risco como um modelo teórico que pode superar as contradições do Estado social diante das novas demandas enfrentadas pelo Estado constitucional em um mundo globalizado.

### 3.2 Estado de direito e legitimação

Em seu estudo sobre o Estado constitucional democrático, Martin Kriele chamou a atenção para os dois conceitos que, no seu ponto de vista, representam a chave para a compreensão teórica do Estado moderno: a soberania e a legitimidade. Enquanto a soberania se refere à força de imposição do poder do Estado, a legitimidade está ligada à questão da sua justificação. Nesta perspectiva, soberania e legitimidade representam dois lados do mesmo problema, pois a soberania estatal depende de sua legitimidade para ser sustentável. É através do problema da legitimidade, segundo Kriele, que se pode entender a questão da coesão interna do Estado, o que impulsiona a história constitucional, como se condicionam mutuamente o poder e o direito, e quais fatores determinam as possibilidades futuras e os perigos que podem ameaçar o Estado constitucional democrático, ou seja: “com a pergunta pela legitimidade se coloca o problema das condições da soberania”.<sup>145</sup>

O equacionamento do problema do Estado por Kriele não poderia ser mais preciso. O problema dos fins do Estado corresponde fundamentalmente a um problema de legitimidade – ou legitimação<sup>146</sup> –, que, segundo entendemos, é

<sup>145</sup>KRIELE, M. *Introducción a la teoría del estado: fundamentos históricos de la legitimidad del estado constitucional democrático*. Tradução Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980, pp. 13–14.

<sup>146</sup>Alguns autores diferenciam os conceitos de legitimidade e legitimação. Canotilho, por exemplo, associa legitimação à titulação do poder soberano, enquanto a legitimidade teria conexão com o

acentuado pela forma como a sociedade contemporânea apreende e reage à ideia dos riscos.

Atualmente, a literatura jurídica indica que a principal base para compreensão teórica do Estado constitucional de direito é o modelo do Estado social e democrático de direito.<sup>147</sup> Uma das dimensões deste modelo, a democrática, indica a origem genética da produção e reprodução da ordem jurídica, que deve, em diferentes graus, corresponder ao autogoverno do povo na tomada de decisões de interesse da sociedade. A segunda dimensão, a social, refere-se à atribuição dos fins que devem ser buscados pelo Estado para justificar sua atuação. Ambas estão diretamente conectadas à exigência de legitimação que é exigida no Estado constitucional de direito.

O componente democrático desta equação apresenta sua própria série de problemas frente ao paradigma social dos riscos, os quais serão enfrentados oportunamente,<sup>148</sup> mas este capítulo concentra-se no aspecto material do Estado de direito constitucional, ou como a emergência da preocupação com os riscos na sociedade contemporânea provoca uma transformação nos fins que justificam o Estado, e, de certo modo, alteram a forma pela qual se compreende a atuação estatal e suas limitações.

### 3.3 O Estado social de direito

#### 3.3.1 A compreensão teórica do Estado constitucional de direito

Se o objetivo é investigar o câmbio do modelo de Estado constitucional de direito na sociedade de riscos, um passo preliminar é a delimitação de sua corrente

---

exercício desse poder. CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 112. Ricardo Lobo Torres, por sua vez, distingue legitimidade e legitimação da seguinte forma: “aquela [a legitimidade] se apoia no consenso sobre a adequação entre o ordenamento positivo e os valores, enquanto a legitimação consiste no próprio processo de justificação da Constituição e de seus princípios fundamentais”. TORRES, R. L. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, R. L. (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 397-449. Não adotamos neste trabalho as distinções entre legitimidade e legitimação apresentadas, mas enfatizamos que o sentido que atribuímos aos termos legitimidade/legitimação está ligado à justificação. No caso, um sentido relacionado tanto a justificação da ordem jurídica quanto a justificação do exercício do poder estatal através de suas instituições.

<sup>147</sup>Vide BIN, R. **Lo stato de diritto**. Bologna: Il Mulino, 2004.

<sup>148</sup>Vide capítulo 4 deste trabalho.

compreensão teórica.

Esta tarefa envolve uma série de dificuldades. Estado de direito é um conceito controverso, capaz de se alterar e adaptar a mudanças na sociedade, embora, em seu núcleo, esteja a contínua busca de limitação e restrição do poder e domínio do Estado em favor da liberdade do indivíduo e a realização do direito material. Ao longo de sua evolução histórica e teórica, o Estado de direito agregou diversos qualificadores, como liberal, social, democrático, constitucional, ecológico,<sup>149</sup> e esta pluralidade de significados vem exatamente do fato de que, por seu um conceito político fundamental, atrai para si as cambiantes ideias e exigências de legitimação do Estado.<sup>150</sup>

Ao lado da multiplicidade de significados, a correta caracterização do Estado de direito pode se confundir com uma determinada concepção de Estado ou de sociedade, ou ainda com uma específica experiência histórica, quando, embora interaja diretamente com o Estado e a sociedade, trata-se de um conceito jurídico-normativo. Por isso, compreensões teóricas do Estado de direito sempre estarão em tensão com a realidade de uma constituição e uma sociedade históricas, e sempre correrão o risco de se tornarem constitucionalmente inadequadas – por destoarem do que expressamente prescreve o texto constitucional – ou historicamente inadequadas, por não representar a realidade social.<sup>151</sup>

Contudo, não parece pertinente abordar o Estado de direito através de uma lente jurídico-normativa formal, que procure extrair o significado de uma Constituição simplesmente através da análise semântica de seu texto. Por outro lado, também não se pode igualar o objeto do direito ao da sociologia. Os modelos sobre o Estado de direito permanecem úteis exatamente como uma forma de conectar o jurídico ao social e ao político.

<sup>149</sup>Atribuindo o adjetivo “ecológico” ao Estado constitucional, vide CANOTILHO, J. J. G. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: SARLET, I. W. (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 493-508.

<sup>150</sup>Cf. BÖCKENFÖRDE, E. W. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000, p. 45.

<sup>151</sup>Vide, neste sentido, questionando a a descrição teórica do Estado liberal de direito, CAPELLA, J. R. **Fruta prohibida**. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 155. “Pero resulta imposible hablar directa y seriamente de algo que en puridad no se ha dado nunca. El 'estado liberal' es un modelo, pero apenas llegó a existir nada que se pareciera realmente a él”.

### 3.3.2 A referência ao Estado

A expressão “Estado social de direito”, como já foi observado, traz em si uma série de problemas ontológicos e epistemológicos, já que tanto o Estado quanto o direito são realidades sociais, independentemente da configuração que adotem.<sup>152</sup> Outra série de problemas está ligada às relações entre Estado social de direito e Estado de bem-estar social ou Estado providência. Estado social de direito é um conceito jurídico-normativo, enquanto Estado de bem-estar social revela uma natureza descritiva, sociopolítica e socioeconômica, muito embora entre eles haja uma certa interdependência, ainda que não necessária.<sup>153</sup>

Estado e Estado de direito são expressões com significados distintos, porém altamente inter-relacionados. O Estado nacional, em seu conceito moderno – é a organização política de uma comunidade, investida no monopólio do poder de regular a conduta de todos os indivíduos e organizações nos limites de seu território.<sup>154</sup> Nesta concepção, correspondente ao chamado modelo *westphaliano*, o Estado nacional é uma organização dotada de uma qualidade especial que o distingue de outros poderes ou organizações: a soberania. No plano internacional, essa soberania se manifesta pela independência e igualdade frente aos demais Estados. No plano interno, traduz-se a soberania no monopólio da coação física legítima para impor seus comandos e regulações ao povo reunido no território do Estado.<sup>155</sup> Por conta dessa qualidade, direito e Estado acabam por se tornar imbricados. A comunidade estatal constitui-se como “estrutura de ação

<sup>152</sup>Conforme CAMPOAMOR, A. F.-M. El Estado social. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 69, pp. 139-180, 2003. Vide, também, JELLINEK, G. **Teoría general del estado**. Tradução Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Ed. Albatros, 1973, p. 273.

<sup>153</sup>Neste sentido, segundo Campoamor, “[A]unque el objetivo o la finalidad perseguida por la incorporación constitucional de la cláusula del Estado social sea una 'apertura de posibilidades' (sin que falten concreciones jurídicamente consistentes) hacia formas (notablemente indeterminadas) del Estado de bienestar, ni lo garantiza ni, como habremos de ver, podría garantizarlo sin una seria desnaturalización de la función constitucional y sin comprometer el Estado de derecho y la democracia pluralista. Y, a la inversa, la consecución de un Estado de bienestar es perfectamente posible sin que la Constitución incorpore cláusula alguna referida al Estado social de derecho e, incluso (al menos en los aspectos materiales de protección ante el infortunio, acceso a la educación y a la cultura y aseguramiento de un mínimo existencial) sin que exista una auténtica Constitución democrática merecedora de tal nombre”. CAMPOAMOR, A. F.-M., El Estado social..., op. cit., p. 141.

<sup>154</sup>Vide ZIPPELIUS, R. **Teoría geral do estado**. Tradução Karin P. Coutinho. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 61 e ss. Segundo JELLINEK, G., **Teoría general del estado...**, op. cit., p. 135. o Estado é “la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio”.

<sup>155</sup>Conforme CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., pp. 89–90.

juridicamente organizada”, em que a conduta dos sujeitos é coordenada por normas que possuem “forte probabilidade de serem executadas mediante um procedimento coercitivo juridicamente organizado”. Por outro lado, o “direito garantido”, ou a ordem normativa eficaz, depende do sistema de domínio institucionalizado promovido pelo Estado.<sup>156</sup>

O Estado liberal de direito se definia como um Estado nacional, e deste parâmetro não se afastou o Estado social de direito. Como alguns autores reconhecem, o Estado social teve inspirações filosóficas na doutrina marxista,<sup>157</sup> razão pela qual poderia supor-se que esse modelo se afasta do Estado nacional. No entanto, conforme Giddens explica, os sistemas de seguridade social foram desenvolvidos desde o início como parte de um processo generalizado de construção de estados, e “quem diz Estado social diz Estado nação”.<sup>158</sup>

O Estado social de direito pressupõe um Estado, mais precisamente um Estado nação,<sup>159</sup> cujos mecanismos e instituições garantirão os meios necessários para a consecução dos fins propostos por esse modelo.

### 3.3.3 Estado de direito e sociedade

Assim como as compreensões teóricas do Estado de direito guardam referencial com determinados modelos de Estado, elas também guardam conexões com específicas visões de sociedade e de como o Estado de direito interage com essa sociedade.

Não é recomendável investigar o significado do Estado de direito desconectado da compreensão de sociedade que lhe é inerente. Afinal, “a orgânica do direito e a organização social condicionam-se reciprocamente”, pois “a toda

<sup>156</sup> Conforme anota ZIPPELIUS, R., **Teoria geral do estado...**, op. cit., pp. 61–63. “o Estado e o direito garantido são o resultado de uma evolução histórica, um produto da civilização progressiva, um passo na ‘autodomesticação’ da humanidade”.

<sup>157</sup> Entre os quais, BONAVIDES, P. **Do estado liberal ao estado social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 165–181.

<sup>158</sup> GIDDENS, A. **Beyond left and right: the future of radical politics**. Cambridge: Polity Press, 1994, pp. 136–137.

<sup>159</sup> Anote-se que o socialismo contemporâneo não descarta a ideia de Estado ou de nação. Segundo Manuel García-Pelayo, “es lo cierto que las más importantes direcciones del pensamiento socialista posterior consideraron a la nación como un dos bienes a ganar por el proletariado”, e, ainda, que “las anteriores críticas han sido neutralizadas, al menos hasta cierto punto, por la idea Y la praxis del Estado social de los países desarrollados”. GARCIA-PELAYO, M. **Las transformaciones del estado contemporáneo**. 2ª ed. Madrid: Alianza Editorial, 2005, pp. 41–44.

norma jurídica pertence, como pano de fundo indispensável à sua compreensão, a realidade social em resposta à qual foi concebida, a realidade jurídica aquando do seu surgimento, e a realidade social atual face à qual deve operar”.<sup>160</sup>

Segundo anotou Habermas, textos constitucionais e catálogos de direitos representam a reação do povo a injustiças sofridas, ressoando, através da linguagem jurídica, experiências concretas de humilhação e repressão. Tribunais e parlamentos, ao concretizarem direitos, interpretam esses textos à luz de suas reais e limitadas possibilidades de ação, de forma que só é possível compreender a que esses atores respondem e o que subjaz às suas razões e decisões se o observador for capaz de vislumbrar suas “imagens implícitas de sociedade” e perceber que “estruturas, conquistas, potenciais e perigos eles atribuem à sua própria sociedade” em um determinado momento.<sup>161</sup>

O Estado social de direito compartilha com o estado liberal uma referência ao Estado nacional, porém uma bifurcação ocorre quanto à teorização das relações entre Estado e sociedade.<sup>162</sup> No paradigma liberal, o Estado era concebido como uma forma de racionalização de certos fins e valores, expressada através de leis abstratas e da divisão de poderes, como garantia da liberdade e instrumento de divisão do trabalho e integração da burocracia. A sociedade consistia em uma racionalidade de outro tipo, espontânea e não projetada, sustentada pela livre concorrência no mercado, superior a qualquer organização artificial. Por isso, o Estado não deveria intervir na sociedade, mantendo apenas as condições ambientais mínimas para o seu funcionamento espontâneo. Estado e sociedade eram descritos como sistemas autônomos, com limites definidos e inter-relações restritas.<sup>163</sup> Observe-se, entretanto, que embora o Estado liberal propusesse a separação entre Estado e sociedade, mesmo assim esse modelo teórico guardava

<sup>160</sup>LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 261–263.

<sup>161</sup>Conforme HABERMAS, J., **Between facts and norms...**, op. cit., pp. 388–389.

<sup>162</sup>Segundo DeGiorgi, “a sociedade burguesa [...] se caracteriza por um processo de desagregação, que aumenta infinitamente a complexidade do sistema social. Esta complexa estrutura de desagregação, que constitui o sistema social, se exprime no divórcio entre sociedade civil e Estado, na fragmentação dos sistemas de ação, na expropriação da razão iluminista, na diferenciação das razões dos sistemas sociais, na institucionalização das relações de dependência, na separação do concreto, reduzido a assunto privado, e, por fim, na construção de sistemas de produção de sentido abstrato como assunto público geral. [...] O problema iluminista da sociedade burguesa é, assim, manter concretamente a desagregação do sistema e controlar a complexidade”. DE GIORGI, R. Contingência e legitimação. **Revista de Direito Administrativo**, n. 254, pp. 9-26, 2010.

<sup>163</sup>Neste sentido, cf. GARCIA-PELAYO, M., **Las transformaciones del estado contemporáneo...**, op. cit., pp. 21–22.

uma descrição própria de sociedade, que segundo o mesmo era capaz de gerar uma autorregulação racional.

A premissa que embasa o Estado social de direito é completamente oposta. Ela parte da experiência de que a sociedade deixada a seus mecanismos autorregulatórios é irracional, e somente o Estado, através da regulação, do planejamento e do controle estatais, poderia amenizar as disfunções da sociedade.<sup>164</sup>

A tese de que o Estado devia abster-se de todo o cuidado pela prosperidade positiva dos cidadãos, não devendo dar um passo além da proteção dos cidadãos contra si próprios ou contra um inimigo externo para garantir-lhes a liberdade, restou fracassada no plano social. Uma economia livre e sem restrições aos contratos resultou na exploração da classe trabalhadora, inspirando a crítica de Marx e de Lassale.<sup>165</sup>

O Estado de direito, conjugando-se com o Estado social, agora rejeita a pretensa separação com a sociedade civil, obrigando-se a intervir na ordem social para modificá-la e garantir a igualdade de condições materiais entre os cidadãos.<sup>166</sup>

### 3.3.4 O Estado redistribuidor

Abandonando a distinção entre Estado e sociedade, o Estado social de direito assume uma função redistribuidora de bens, amparado na lógica da necessidade. Para tanto, adota, em níveis variados, uma forma de Estado de bem-estar ou Estado providência.

Tudo começa, segundo Forsthoff, com as transformações nos modos de existência individual ocorridas com o desenvolvimento da sociedade industrial no século XIX, sendo necessário formular a distinção entre “espaço vital dominado” e “espaço vital efetivo”. O primeiro significa aquilo que está colocado sob o domínio do indivíduo, sem que necessariamente corresponda a um direito de

<sup>164</sup>GARCIA-PELAYO, M., *Las transformaciones del estado contemporáneo...*, op. cit., pp. 23–23.

<sup>165</sup>ZIPPELIUS, R., *Teoria geral do estado...*, op. cit., p. 379. Segundo Zippelius, Ferdinand Lassale “caricaturou o Estado liberal, que garante apenas proteção e segurança, como 'Estado guardado-noturno'”. Sobre a crítica de Marx, conferir BONAVIDES, P., *Do estado liberal ao estado social...*, op. cit., pp. 165–181.

<sup>166</sup>BIN, R., *Lo stato de diritto...*, op. cit., p. 41.

propriedade em sentido estrito. Já o espaço vital efetivo corresponde ao espaço em que faticamente se desenvolve a existência de cada um. No início do século XIX, uma boa parte da população possuía um espaço sob seu domínio, seja uma casa, um curral ou oficina, mas por causa do aumento da população e da urbanização, esse espaço vital viu-se cada vez mais reduzido. Por outro lado, o progresso da técnica resultou em uma ampliação considerável do espaço vital efetivo. Esta transformação impactou as funções do Estado, pois o homem sem espaço vital que domine vive em uma situação de notória necessidade, precisando de medidas organizadas e amplos mecanismos de abastecimento para se proteger das crises. Com a dependência crescente do indivíduo a fatores externos que escapam de seu poder, assume o Estado a competência de adotar medidas que permitam a subsistência dos cidadãos em face da necessidade social em que hajam caído. Esta atuação do Estado vai além de manter o processo econômico em funcionamento, passando a configurá-lo através de políticas socioeconômicas que garantam, dentre outras coisas, um salário adequado e um sistema de previdência social aos trabalhadores, alcançando um sentido muito mais amplo do que a simples assistência em favor dos necessitados. O Estado social de direito, diferentemente do Estado liberal, mas também distinto do Estado de polícia, “é um Estado que garante a subsistência e, portanto, é um Estado de prestações e redistribuição de riqueza”.<sup>167</sup>

Esta garantia do Estado social se estende à generalidade dos cidadãos, já que praticamente todos são incapazes de dominar por si mesmos as condições de existência em uma sociedade industrial, mas também não ignora as diferenças materiais.<sup>168</sup> O Estado social, portanto, não está orientado à liberdade, na forma adotada pelo Estado liberal, mas à igualdade; não rejeita a liberdade, mas esta deve suportar a ajuda aos mais debilitados para garantir ao menos uma igualdade de oportunidades. O Estado social “impõe que não se distribuam conforme um esquema geral e abstrato os limitados recursos, mas que se concentrem naqueles

<sup>167</sup>FORSTHOFF, E. Problemas constitucionales del estado social. In: ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E.; DOEHRING, K.. **El estado social**. Tradução José Puente Egido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 43-67.

<sup>168</sup>GARCIA-PELAYO, M., **Las transformaciones del estado contemporáneo...**, op. cit., pp. 28-29.

mais necessitados”.<sup>169</sup> Deste modo, como sintetiza Garcia-Pelayo, “enquanto o Estado tradicional se sustenta na justiça comutativa, o Estado social se sustenta na justiça distributiva”.<sup>170</sup>

A função redistribuidora do Estado social gera consequências de ordem teórica e prática. Ao assumir uma função redistribuidora, o Estado é obrigado a adotar alguma forma de Estado de bem-estar ou de Estado providência, instituindo direitos sociais de proteção ao trabalho, ao desemprego involuntário, à saúde, educação, previdência social, moradia e outras prestações materiais aos cidadãos que não tiverem condições de supri-las individualmente ou por redes de proteção familiares e sociais. Além das prestações materiais específicas, o Estado social torna-se um Estado regulador da economia e da vida pública, incentivando ou desencorajando certas atividade, controlando importações, exportações e moeda, regulamentando profissões e atividades produtivas.<sup>171</sup>

### 3.3.5 O estado da sociedade industrial

O Estado social, contudo, não é um Estado socialista, na acepção de um Estado que controla inteiramente os meios de produção e remove o capitalismo. Conforme Bonavides, o Estado social representa uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal, mas algo o distingue do Estado proletário vislumbrado pelo socialismo marxista: “é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia”.<sup>172</sup> Esse capitalismo que convive com o Estado social não é, porém, o capitalismo sem rédeas que os teóricos liberais defendiam, mas uma forma de “capitalismo renano”.<sup>173</sup> O que caracteriza o Estado social, portanto, não é uma política de

<sup>169</sup>BENDA, E. El estado social de derecho. In: BENDA, E.; VOGEL, H.; HESSE, K.; HEYDE, W. **Manual de derecho constitucional**. Tradução Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001, 2ª ed., pp. 487-559 especialmente pp 548-549.

<sup>170</sup>GARCIA-PELAYO, M., **Las transformaciones del estado contemporáneo...**, op. cit., p. 26.

<sup>171</sup>BONAVIDES, P., **Do estado liberal ao estado social...**, op. cit., p. 186.

<sup>172</sup>BONAVIDES, P., **Do estado liberal ao estado social...**, op. cit., pp. 184, 186–187.

<sup>173</sup>Cf. CAMPOAMOR, A. F.-M., El Estado social..., op. cit., p. 147. O capitalismo do Reno ou “renano” (Rhenish capitalism) é um sistema capitalista que se caracteriza por uma coordenação da economia não centrada no mercado, com uma extensiva regulação estatal dos resultados do mercado. Quando se fala em coordenação não centrada no mercado pelos agentes econômicos, refere-se ao ao engajamento de empresas, sindicatos, e outros atores sociais no desenvolvimento e renovação de instituições econômicas. O termo foi popularizado por Michael Albert no livro *Capitalism v. Capitalism* e é associado com a Europa setentrional, especialmente a Alemanha, mas também Holanda, Dinamarca e Suécia, sendo também utilizado para caracterizar o Japão. Cf.

nacionalização dos meios de produção, mas a justa distribuição das riquezas produzidas na sociedade. Mantendo-se ainda ligado ao sistema capitalista de produção, o Estado social repousa na tributação e na regulação para atingir seus fins.<sup>174</sup>

O Estado social assume que a comunidade nacional se estrutura em uma sociedade industrial – “o Estado de direito foi um produto da Revolução burguesa, enquanto o Estado social é um produto da sociedade industrial”.<sup>175</sup> A sociedade não é composta apenas de uma única classe nacional – a burguesia – mas dividida em classes econômicas, e cumpre ao Estado dar solução à luta de classes.<sup>176</sup> A função do Estado social é “produzir a integração dentro das condições da atual sociedade industrial, com sua pluralidade de grupos e interesses antagônicos, reduzindo os conflitos sociais a 'contratos sociais’”.<sup>177</sup>

Como um Estado da sociedade industrial, o Estado social se desenvolve através do eixo do crescimento econômico e da aplicação do conhecimento tecnológico às questões sociais de um modo metódico e sistemático.<sup>178</sup> De certo modo, o Estado social, inserido em um regime capitalista, acabou por se associar em muitos países a um modelo de Estado *fordista*, caracterizado pela imposição de um sistema de produção e consumo de massa *taylorista*, pelo desenvolvimento de um Estado de bem-estar, e pela intervenção estatal keynesiana voltada ao crescimento econômico e ao pleno emprego.<sup>179</sup> Em resumo, o Estado social impõe e incentiva o desenvolvimento econômico.

---

MCLEAN, I.; MCMILLAN, A. **The concise Oxford dictionary of politics**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 462.

<sup>174</sup>GARCIA-PELAYO, M., **Las transformaciones del estado contemporáneo...**, op. cit., p. 33.

<sup>175</sup>BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 380.

<sup>176</sup>Sobre a teoria das classes, conferir DAHRENDORF, R. **Class and class conflict in industrial society**. Stanford: Stanford University Press, 1959. Segundo este autor, ao contrário das crenças de Marx, a sociedade capitalista conseguiu de certa forma lidar com o problema do conflito de classes através da institucionalização: “the organization of capital and labor, bourgeoisie and proletariat, was soon followed by several further patterns of conflict regulation [...] such forms of conflict regulation proper have been supplemented, in most industrial societies, by changes in the structure of the industrial enterprise and of the state which aim at reducing the intensity of conflict [...] The institutionalization of class conflict implies its continued existence. But institutionalized class conflict is nevertheless far removed from the ruthless and absolute class struggle visualized by Marx”. Op. cit., pp 65-66.

<sup>177</sup>Citando E. R. Huber, GARCIA-PELAYO, M., **Las transformaciones del estado contemporáneo...**, op. cit., p. 45.

<sup>178</sup>Sobre as características da sociedade industrial, conferir BELL, D. **The coming of post-industrial society: a venture in social forecasting**. New York: Basic Books, 1976, pp. 74–76.

<sup>179</sup>Cf. HIRSCH, J. Globalization of capital, nation-states and democracy. **Studies in Political Economy**, v. 54, pp. 39-58, 1997.

### 3.3.6 A materialização do direito constitucional

A mudança do paradigma do Estado liberal para o Estado social provoca a materialização do direito constitucional.<sup>180</sup> Enquanto as liberdades liberais reclamavam uma esfera de autonomia pessoal protegida das ingerências ilegítimas do Estado, os direitos sociais demandam a ação efetiva do Estado. Os direitos sociais, em grande extensão, são direitos prestacionais cuja eficácia não depende somente da vontade política e da argumentação jurídica, mas também das possibilidades econômicas e financeiras.<sup>181</sup>

Isso não significa que, sob a lente do Estado social, tenham sido desconstitucionalizadas as garantias liberais de proteção à vida, à propriedade e à liberdade, mas agora o Estado constitucional deve torná-las mais efetivas, dando-lhes um substrato material, já que o indivíduo e a sociedade não são mais vistos como categorias isoladas e contraditórias, mas termos reciprocamente considerados, de modo que um não se realiza sem o outro. Ao lado da segurança formal, o Estado também deve garantir a segurança material.<sup>182</sup>

O Estado social de direito significa, no nível constitucional, a assunção de fins, de novas tarefas ligadas à justiça social pelo Estado. O Estado social de direito não necessariamente transforma a maneira de ser do Estado, mas definitivamente altera sua maneira de atuar. Na Constituição, a cláusula do Estado social converte-se em um princípio material que demanda o cumprimento de fins.<sup>183</sup>

<sup>180</sup>Vide HABERMAS, J., **Between facts and norms...**, op. cit., pp. 392–409.

<sup>181</sup>Neste sentido, CAMPOAMOR, A. F.-M., *El Estado social...*, op. cit., p. 158.

<sup>182</sup>GARCIA-PELAYO, M., **Las transformaciones del estado contemporáneo...**, op. cit., p. 26.

<sup>183</sup>Cf. REYES, M. A. **Estudios de derecho constitucional**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009, pp. 420–422. Sobre o alcance da cláusula do Estado social na Espanha, assim afirmou o Tribunal Constitucional daquele país: “La configuración del Estado como social y democrático de Derecho en la Constitución supone la afirmación de un principio que se ajusta a una realidad propia del mundo occidental, que trasciende a todo el orden jurídico. Así, la interacción entre Estado y Sociedad y el reconocimiento de los llamados derechos de carácter económico y social llevan a la intervención del Estado para hacerlos efectivos y dota de una trascendencia social al ejercicio de los derechos mismos y al cumplimiento de determinados deberes.” ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia 18/1984. Decisão em 07.02.1984. Disponível em [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1984-0018](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1984-0018). Acesso em 23.01.2011.

### 3.4 A crise do Estado social

Falar em crise do Estado social de direito pode ter diferentes significados. Pode-se falar da crise do Estado nacional ou do Estado de bem-estar, dando causa à ineficácia do Estado social, ou a crise do Estado social de direito como modelo teórico para a compreensão do direito constitucional. Tais crises não constituem estritamente o mesmo fenômeno, mas estão conectadas, com reflexos mútuos entre os sistemas. Portanto, torna-se importante verificar essas inter-relações para se determinar de que forma as estruturas do Estado social de direito como modelo teórico são atingidas, tanto no que se refere ao seu potencial descritivo do ordenamento constitucional quanto no caráter normativo.

#### 3.4.1 O impacto dos riscos tecnológicos e a crise do desenvolvimento

Caracterizando-se como um Estado redistribuidor, mas ao mesmo tempo mantendo o sistema capitalista de produção, o Estado social extrai seus recursos basicamente de três fontes – a tributação, o endividamento e a exploração do seu próprio patrimônio. Porém, predominantemente o financiamento recai sobre os tributos.<sup>184</sup>

Para muitos países, isso não foi problema na “Era Dourada” do século XX.<sup>185</sup> Verificou-se naquela era o crescimento da população ativa, com a integração da mulher ao mercado de trabalho; o predomínio da juventude na pirâmide populacional, com mais contribuintes que beneficiários na seguridade social; e o pleno emprego técnico na economia, que permitia o financiamento amplo do desemprego involuntário. Todos esses fatores se tornaram um ambiente perfeito para a maturação do Estado do bem-estar nas economias com razoável grau de desenvolvimento. Apesar da forte pressão fiscal, o contexto econômico

<sup>184</sup>MAURICIO JR., A. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Forum, 2009, pp. 82–83 e 121–122. Sobre a predominância dos tributos como forma de financiamento do Estado, conferir, TORRES, R. L. **A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. NABAIS, J. C. **O Dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 1998.

<sup>185</sup>Vide HOBBSAWM, E. **The age of extremes: a history of the world, 1914-1991**. New York: Vintage Books, 1996, pp. 257–268. Para Hobsbawm, a “Era Dourada” corresponde ao período compreendido entre o final da Segunda Guerra Mundial e os anos 1970.

permitia a busca da igualdade com recursos estatais sem colocar em perigo o sistema macroeconômico ou a competitividade.<sup>186</sup>

Todo o cenário que permitiu o desenvolvimento do Estado de bem-estar na “Era Dourada” estava prestes a se alterar nas “Décadas da Crise”. Segundo Hobsbawm, “a história dos vinte anos que se seguiram a 1973 é a de um mundo que perdeu seu suporte e deslizou para a instabilidade e crise”, especialmente nos países do chamado “Terceiro Mundo”, onde o crescimento do Produto Interno Bruto estagnou-se e, alguns casos, caiu. Mesmo nos países mais ricos, o problema da má distribuição de renda se agravou, e os conflitos sociais só não aumentaram por conta das prestações da seguridade social. Porém, os gastos com o Estado de bem-estar aumentaram de modo significativo, impondo às nações um ônus difícil de ser controlado.<sup>187</sup>

Em tese, a questão da obtenção de recursos é apenas externa ao Estado de direito, mas, com a crise fiscal, o Estado social sofre pressões de pelo menos dois lados. Ou o Estado aumenta a carga tributária para satisfazer as prestações de redistribuição assumidas, ou reduz essas prestações. Em ambos os casos, a crise fiscal gera uma crise de legitimação, seja pelos contribuintes que não querem ver sua carga aumentada, seja pelos recipientes de prestações de seguridade social, que não desejam – e muitas vezes não podem – ter seus benefícios reduzidos. Sob a ótica de um Estado fordista, a saída da crise fiscal se dá pelo contínuo crescimento. Todavia, como veremos a seguir, essa alternativa se esgota.

Não é o objetivo deste trabalho continuar elaborando o problema fiscal do Estado de bem-estar e os reflexos sobre a efetivação de direitos social. Este tema foi largamente explorado ao longo do última década, tanto no exterior quanto Brasil.<sup>188</sup> É preciso destacar, contudo, que a crise do financiamento das prestações do Estado social não coloca em xeque suas premissas, pois é um problema externo ao Estado de direito. Como já foi explorado em outro estudo, o Estado de direito possui mecanismos para lidar internamente com o problema da escassez de recursos e as escolhas orçamentárias na efetivação dos direitos fundamentais sociais. A simples crise fiscal não altera os fundamentos filosóficos e normativos

<sup>186</sup>CAMPOAMOR, A. F.-M., *El Estado social...*, op. cit., p. 147.

<sup>187</sup>HOBBSAWM, E., *The age of extremes: a history of the world, 1914-1991...*, op. cit., pp. 403–408. Segundo Hobsbawm, em 1972, 14 estados gastaram em média 48% de seu orçamento público em moradia, seguridade social, saúde e outras prestações do Estado de bem-estar.

<sup>188</sup>Vide a coletânea SARLET, I. W. (ORG.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

que justificam o Estado social de direito. Deixando de lado neste ponto as correntes teóricas que pregam um retorno ao estado liberal, os fins a serem perseguidos pelo Estado não se modificam.

Um problema distinto da crise fiscal no Estado social, porém conectado em diversos sentidos, é o da crise do desenvolvimento.

Na “Era Dourada”, segundo Hobsbawm, as nações ocidentais – e especialmente, mas não exclusivamente, os países do “norte” – experimentaram um progresso econômico e tecnológico sem precedentes. O desenvolvimento tecnológico rapidamente saltava dos laboratórios científicos para as aplicações políticas e prateleiras dos supermercados, transformando a vida cotidiana. A tecnologia revolucionou a consciência dos consumidores a tal ponto que a novidade tornou-se um dos maiores apelos para a venda. O keynesianismo garantia a estabilidade e os empregos dos trabalhadores, enquanto o Estado de bem-estar fornecia uma rede de proteção contra os infortúnios da doença, pobreza e velhice. O que faltava à humanidade era apenas expandir esse modelo aos países que ainda não tinham alcançado o estágio de “desenvolvimento” e “modernização”.<sup>189</sup> Apesar dos problemas enfrentados durante as “Décadas da Crise”, a saída para o financiamento do Estado social continuou sendo buscada nas mesmas bases que tinham funcionado nos anos cinquenta e sessenta. O Estado manteve sua estrutura fordista e keynesianista. A saída para os problemas macroeconômicos e fiscais continuava a ser o crescimento da economia, e nisso a tecnologia tinha um papel de relevo.

Na sociedade da escassez, o processo de modernização se instala sob a bandeira de liberar “as fontes escondidas da riqueza social com as chaves do desenvolvimento técnico-científico”.<sup>190</sup> Giddens explorou essa face do Estado de bem-estar através do conceito de *produtivismo*, definido como “um ethos onde o trabalho é autônomo e os mecanismos de desenvolvimento econômico substituem o crescimento pessoal, o objetivo de viver uma vida feliz em harmonia com os

<sup>189</sup>HOBBSAWM, E., **The age of extremes: a history of the world, 1914-1991...**, op. cit., pp. 257–268. Por outro lado, segundo Hobsbawm, as novas tecnologias eram intensivas em capital, mas reduziavam a necessidade de mão de obra. A maior característica da “Era Dourada” era que ela necessitava de constantes e pesados investimentos, mas não precisava de pessoas, a não ser como consumidores. A lógica da “Era Dourada” era substituir as pessoas nos processos de produção e serviços: “seres humanos eram essenciais em tal economia somente em um respeito: como compradores de bens e serviços”. Tal fenômeno demorou a ser notado porque boa parte dos países apresentou crescimento constante nesse período, demandando mais trabalhadores.

<sup>190</sup>BECK, U., **Risk society...**, op. cit., p. 20.

outros”.<sup>191</sup> A base do Estado de bem-estar estava sobre a produção em massa e a organização centralizada do capital e do trabalho assalariado.<sup>192</sup> Maior produção, maior consumo e maiores possibilidades de redistribuição: este era o círculo virtuoso do Estado de bem-estar na sociedade industrial e capitalista na segunda metade do século XX, cabendo ao Estado garantir as condições para que esta engrenagem funcionasse a contento através das intervenções que fossem necessárias na economia. A lógica da sociedade industrial impõe o crescimento contínuo, a constante busca do pleno emprego. O crescimento atrela-se aos fins do Estado e por isso torna-se, em tese, algo sempre bom.

Com a aproximação do final do século XX, esta visão de um crescimento sempre bom começou a se alterar em razão de movimentos difusos, porém conectados com crescente preocupação da sociedade com os riscos tecnológicos. Na sociedade atual, a produção social de riquezas vem acompanhada da produção social de riscos. Isto não quer dizer que a escassez não seja mais um problema, mas os conflitos de distribuição que derivam da escassez se misturam com os problemas de distribuição dos riscos tecnocientíficos produzidos. Se por um lado as necessidades materiais podem ser reduzidas através do desenvolvimento da produtividade tecnológica, esse mesmo desenvolvimento é capaz de liberar perigos e ameaças numa extensão nunca vista.<sup>193</sup>

Um desses movimentos foi o ambientalismo, inflamado pelo livro de Rachel Carson, *Primavera Silenciosa*. O livro de Carson, publicado inicialmente em 1962 como uma série de artigos no *New York Times*, praticamente colocou em curso o movimento ambientalista, resultando no banimento do pesticida DDT nos EUA. Carson denunciou o uso desmedido e os riscos dos pesticidas, que, segundo ela, deveriam ser chamados de “biocidas” por seu potencial de destruição da vida animal.<sup>194</sup> O ambientalismo serviu de ponto de vista crítico ao dogma do crescimento econômico. Já no início da década de 1970, o Clube de Roma chamava a atenção para o problema dos limites do crescimento. Algo que até

<sup>191</sup>GIDDENS, A., **Beyond left and right...**, op. cit., p. 247.

<sup>192</sup>GIDDENS, A., **Beyond left and right...**, op. cit., p. 140.

<sup>193</sup>BECK, U., **Risk society...**, op. cit., p. 19.

<sup>194</sup>CARSON, R. **Silent spring**. New York: Mariner Books, 2002. O título do livro faz referência a uma fábula contada no primeiro capítulo, em que o renascer da vida que acompanha a primavera não acontece; porém, não se trata de obra de feitiçaria ou de um inimigo; as próprias pessoas é que trouxeram esse mal a si próprias. Quanto ao fato de o livro de Carson ter impulsionado o movimento ambientalista, vide introdução escrita por Linda Lear na obra citada nesta nota, p. x-xix, DDT é a sigla de dicloro-difenil-tricloro-etano. Ibidem, p. 20.

então praticamente não havia sido objeto de debate público.<sup>195</sup>

Além da questão ambiental, o questionamento dos produtos colocados no mercado de consumo contribuiu para aumentar a desconfiança em relação à industrialização descontrolada. Um caso emblemático é o da Talidomida. A Talidomida foi um medicamento desenvolvido no final dos anos 1950, apontado na época de seu lançamento como um sedativo capaz de provocar um sono profundo e duradouro sem causar efeitos colaterais. Lançada no mercado alemão em 1957, e em boa parte do mercado europeu e brasileiro no ano seguinte, a Talidomida se tornou um sucesso de vendas. Contudo, a partir de 1959 começou a ser relatado o aumento de incidência de recém-nascidos com uma peculiar malformação congênita, caracterizada pelo desenvolvimento defeituoso de braços e pernas, que mais tarde foram associados ao uso da Talidomida, levando à sua retirada do mercado e banimento em diversos países. O desastre da Talidomida é considerado “uma das mais terríveis tragédias da história da farmacoterapia”.<sup>196</sup>

### 3.4.2 O paradoxo do Agreste

Este mal-estar no Estado de direito foi genialmente captado por Jorge Amado em *Tieta do Agreste*, lançado em 1978. A Sant’ Ana do Agreste retratada por Jorge Amado era uma pequena cidade no litoral baiano, com belas praias, coqueirais, bom clima, “lugar bom para esperar a morte”. Esta tranquilidade, porém, cobrava o preço da pobreza e do subdesenvolvimento. A cidade tinha a maioria de sua população vivendo na pobreza, com baixa escolaridade; não havia energia elétrica regular; a atividade econômica era basicamente primária, sustentada por agricultura e pesca de subsistência e esparsa pecuária; o ambiente político-cultural era ditado por coronelismo e tradicionalismo. Sem prévio aviso, a calma de Sant’ Ana do Agreste é abalada pela promessa de progresso e a ameaça de destruição que acompanham a notícia da instalação de uma fábrica de

<sup>195</sup>Cf. CAPELLA, J. R., **Fruta proibida...**, op. cit., pp. 275–276.

<sup>196</sup>OLIVEIRA, M. A.; BERMUDEZ, J. A. Z.; SOUZA, A. C. M. DE. Talidomida no Brasil: vigilância com responsabilidade compartilhada? **Cadernos de Saúde Pública**, v. 15, pp. 99–112, Jan 1999. Capella também chamou a atenção para o desastre da talidomida, assim como os desastres de Chernobyl, Bhopal e também do DDT, destacando os novos problemas lançados no âmbito da teoria do Estado de direito. CAPELLA, J. R., **Fruta proibida...**, op. cit., pp. 251–252. Para não deixar o Brasil de fora das catástrofes ambientais que colocaram em xeque o ideal do crescimento econômico, lembremos o exemplo de Vila Parisi, em Cubatão, citado por Beck. BECK, U., **Risk society...**, op. cit., p. 43.

dióxido de titânio nas dunas de Mangue Seco.

O problema da instalação da fábrica levanta uma contradição própria do final do século XX. Ascânio, que de fato é o prefeito de Sant' Ana do Agreste, vê na instalação do complexo industrial multinacional uma oportunidade para promover o desenvolvimento da cidade. Nisto, recebe apoio tanto de proprietários locais como de intelectuais da capital, estes antevendo a possibilidade de surgimento e afirmação de uma classe proletária no Agreste. O projeto, contudo, recebe oposição ferrenha de vários pontos. Apesar da precariedade dos meios de comunicação disponíveis na cidade, alguns moradores tomam conhecimento do potencial poluidor e catastrófico do dióxido de titânio e seus subprodutos e se mobilizam em oposição. Estância, a cidade vizinha, já no lado sergipano do Rio Real, também reage, pois sabe que a poluição não ficará confinada ao território de Sant' Ana do Agreste. Para a surpresa de Ascânio, a instalação da fábrica se transforma em uma questão política altamente controvertida.

A instalação da fábrica no Agreste representa, em seu microcosmo, o paradoxo enfrentado pelo Estado ao final do século XX. O paradoxo não está no conflito de interesses ou valores, mas na forma de compreender o Estado e justificar e legitimar suas ações. Os fins que se apontavam como legitimadores da atuação estatal conduzem a uma situação de perda ou questionamento da própria legitimidade do Estado.

Assim como nos casos da Talidomida e do DDT, não havia contradição a priori entre a atividade estatal de incentivo à produção e os fins preconizados pelo modelo do Estado social, mas a indicava-se que algo não estava certo. O Estado deveria perseguir outros fins que não se limitavam à redistribuição da riqueza ou à resolução dos conflitos de classe na sociedade. O elemento que falta nessa equação são os riscos e, conseqüentemente, um modelo teórico que permita sua problematização na teoria do Estado de direito constitucional.

### **3.4.3 Das posições de classe às posições de riscos**

Por ser um produto da sociedade industrial, o Estado social procura produzir a integração dos interesses antagônicos das classes econômicas, reduzindo os conflitos entre burgueses e operários, entre os detentores dos meios de produção e

a classe trabalhadora. Isto seria alcançado basicamente pela garantia de direitos trabalhistas, previdenciários e demais prestações do Estado de bem-estar. Na sociedade pós-industrial, a premissa da simplificação dos conflitos sociais às lutas entre classes econômicas se esgota, gerando problemas de legitimidade para o Estado social.

Se os acordos do Estado de bem-estar no pós-guerra refletiam posições de classe, na sociedade contemporânea novas “classes” e grupos de interesse emergem no conflito político pelo reconhecimento de direitos. Mulheres, crianças, jovens, estudantes, idosos, aposentados, homossexuais, negros, índios e outros grupos excluídos por fatores étnicos, raciais e de gênero desafiam a lógica binária de uma sociedade dividida entre burgueses e proletários. Entre esses grupos, o Estado, as corporações e associações existe uma batalha de visões de mundo em que não somente a igualdade econômica está em jogo.<sup>197</sup> Entre esses grupos pode haver entrecruzamento de interesses ou mesmo disputas entre si na luta por direitos.

Habermas também aponta para essa questão quando analisa o desenvolvimento de uma teoria jurídica feminista que rejeita o paradigma do Estado de bem-estar. Observando progresso do feminismo nos EUA, Habermas anota que os problemas de tratamento igual e liberação entre homens e mulheres não podem ser entendidos simplesmente em termos de benefícios do Estado de bem-estar.<sup>198</sup>

Problemas como a divisão sexual do trabalho, a globalização e as transformações nas relações da família também alteram como o indivíduo se coloca em relação às classes econômicas. Por conta de certas amarras que se romperam no Estado liberal e no Estado social, o indivíduo busca construir sua própria biografia, e a classe cada vez menos é experimentada como um destino coletivo. Filhos já não seguem necessariamente a profissão dos pais, rompendo a correia de transmissão geracional das classes. A classe também não é uma experiência para toda a vida, e o desemprego não afeta somente aos mais pobres,

<sup>197</sup>Vide, suportando esta afirmação, GIDDENS, A., **Beyond left and right...**, op. cit., pp. 188–190. Giddens cita, por exemplo, que uma associação de aposentados norte-americanos já contava, em 1994, com mais de trinta milhões de associados. Se fosse uma nação independente, estaria entre as trinta maiores do mundo.

<sup>198</sup>HABERMAS, J., **Between facts and norms...**, op. cit., pp. 419–420.

muito embora estes sejam os mais vulneráveis nessa situação.<sup>199</sup>

A mudança na estrutura da propriedade observada ao longo do século XX também contribui para que a classe econômica perca sua força de definição de problemas na sociedade pós-industrial. A propriedade não mais guarda aquele sentido estrito de um domínio ilimitado e exclusivo de um pessoa sobre uma coisa. Não somente a propriedade passa a ter uma função social, recebendo intervenções da lei e da Administração, como também tem sua própria estrutura modificada. Principalmente nas grandes companhias de capital aberto, abre-se uma distinção entre o direito dos frutos do capital e o domínio da gestão da coisa, este último nem sempre ficando nas mãos dos proprietários.<sup>200</sup> Ao mesmo tempo em que um empregado pode assumir o comando de uma grande multinacional sem ser proprietário, um operário pode ser acionista dessa mesma empresa e, assim, ter interesse no aumento dos lucros.<sup>201</sup>

De modo algum se sugere o fim das classes econômicas, muito menos que a desigualdade social deixou de existir. O Brasil, apesar do progresso obtido nos últimos anos com políticas redistributivas, continua uma nação acentuadamente desigual em termos econômicos.<sup>202</sup> Mesmo nos países considerados desenvolvidos, a desigualdade social persiste. O que se altera é que os conflitos puramente socioeconômicos perdem a predominância que tinham na sociedade industrial,<sup>203</sup> e, portanto, o potencial de legitimação e justificação dos fins do Estado. Com o processo de individualização que acompanhou processo de industrialização, o pertencimento a uma classe no sentido weberiano se enfraquece. As desigualdades sociais não desaparecem, mas são redefinidas em termos de risco e vulnerabilidade, e os conflitos tendem a aparecer ao longo de características conectadas à discriminação (raça, gênero, opção sexual, idade, deficiências etc.).<sup>204</sup>

Os riscos, então, passam a ter um papel fundamental no questionamento de

<sup>199</sup>Cf. GIDDENS, A., **Beyond left and right...**, op. cit., pp. 143–144.

<sup>200</sup>Vide GARCIA-PELAYO, M., **Las transformaciones del estado contemporáneo...**, op. cit., pp. 55–56.

<sup>201</sup>Vide, no Brasil, o caso das privatizações das estatais, quando se autorizou a aplicação de 50% dos recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) em quotas de Fundos Mútuos de Privatização. BRASIL. Lei nº 8.036 de 1990, D.O.U de 14.05.1990, art. 20, XII.

<sup>202</sup>Vide IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

<sup>203</sup>Vide BECK, U., **Risk society...**, op. cit., p. 91.

<sup>204</sup>BECK, U., **Risk society...**, op. cit., pp. 92–101.

um Estado de direito que procura se justificar unicamente através da resolução de conflitos de classe e redistribuição da riqueza social. Nesta nova lógica da distribuição, formam-se posições de risco, em contrapartida às posições de classe da lógica o Estado social. Mas ao contrário desta última, a lógica da distribuição de riscos não é tomada somente com base em coisas palpáveis, ou apreensíveis, como bens de consumo,<sup>205</sup> avançando sobre parâmetros ligados à vulnerabilidade.<sup>206</sup>

#### 3.4.4 A crise do Estado nacional

O modelo do Estado social, como foi visto, está baseado na concepção de um Estado nacional *westphaliano*. A crise do Estado nacional decorrente da globalização econômica e jurídica e do caráter global dos riscos contemporâneos tende logicamente a se refletir sobre o modelo do Estado social.

O Estado nacional moderno está baseado em quatro dimensões, que refletem a tríade soberania, povo, território. Na dimensão dos recursos, o Estado pressupõe o controle sobre os recursos materiais de seu território, incluindo o câmbio, tributação e o uso da força. Na dimensão jurídica, o Estado se vale da soberania para estabelecer um sistema jurídico exclusivo em seu território, capaz de dirimir conflitos entre seus cidadãos, entre estes os órgãos estatais, ou mesmo disputas entre instituições do próprio Estado. Na dimensão legitimatória, o Estado se baseia no constitucionalismo democrático. Na quarta dimensão – a de bem-estar – o Estado busca o equilíbrio social e econômico, guardando para isto o monopólio da intervenção na economia através de mecanismos de incentivo e redistribuição. Para o correto funcionamento do modelo do Estado nacional, é necessária a observação do princípio da congruência, ou seja, “território, povo e governo efetivo andam de mãos dadas”. É necessário que todas as transações sociais, econômicas e jurídicas aconteçam no território do Estado, pois, “enquanto atividades como os correios e telecomunicações, poluição, a produção e consumo

<sup>205</sup>BECK, U., **Risk society...**, op. cit., pp. 26–27.

<sup>206</sup>Sobre como as questões de vulnerabilidade podem ser relacionadas a posições de risco, conferir: VALENCIO, N. Desastres, ordem social e planejamento em defesa civil: o contexto brasileiro. **Saúde e Sociedade**, v. 19, pp. 748-762, Dez 2010. RISCADO, J. L. DE S.; OLIVEIRA, M. A. B. DE; BRITO, Â. M. B. DE. Vivenciando o racismo e a violência: um estudo sobre as vulnerabilidades da mulher negra e a busca de prevenção do HIV/aids em comunidades remanescentes de Quilombos, em Alagoas. **Saúde e Sociedade**, v. 19, pp. 96-108, Dez 2010.

de cultura ocorrerem dentro das fronteiras nacionais [...] seria possível regulá-las através de medidas nacionais”. Todavia, a congruência entre os elementos do Estado nacional restou seriamente abalada com a globalização.<sup>207</sup>

*Globalização*, conforme anotado previamente, engloba “os processos através dos quais estados nacionais soberanos são atravessados e enfraquecidos por atores transnacionais com variados esquemas de poder, orientação, identidades e ligações”,<sup>208</sup> provocando a quebra do princípio da congruência. Porém, mais do que a globalização econômica, os riscos globais não respeitam fronteiras. O surgimento de uma sociedade de risco global traz sérias dificuldades ao modelo do Estado de bem-estar, mas principalmente ela coloca desafios e perigos que não são passíveis de delimitação no tempo e no espaço.<sup>209</sup>

Como no romance de Jorge Amado, em que a poluição da fábrica de titânio não ficaria confinada ao território de Sant’ Ana do Agreste, gerando protestos na cidade vizinha, os Estados nacionais não têm como isoladamente proteger-se de riscos ambientais, sanitários ou terroristas, ao mesmo tempo em que suas próprias ações de incentivo ao desenvolvimento são questionadas por outras nações ou mesmo comunidades internas em foros internacionais. Isto aconteceu, por exemplo, quando diversas comunidades indígenas requereram e obtiveram medida cautelar para que fossem observadas certas condições no processo de licenciamento da usina hidrelétrica de Belo Monte.<sup>210</sup>

As crises apontadas nesta seção, e em especial a crise do desenvolvimento, indicam que o Estado social, baseado no modelo do Estado de bem-estar e no Estado nacional, também se encontra em crise. Esta crise, que se reflete tanto potencial descritivo quanto normativo do Estado social, torna-se evidente quando

<sup>207</sup>Conforme ZÜRN, M.; LEIBFRIED, S. Reconfiguring the national constellation. In: LEIBFRIED, S.; ZÜRN, M. (Orgs.). **Transformations of the state?** Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 1-36.

<sup>208</sup>BECK, U. **What is globalization?** Cambridge: Polity, 2000, p. 11.

<sup>209</sup>BECK, U. **World risk society**. Cambridge: Polity, 1999, p. 19 e 85.

<sup>210</sup>Vide COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. **Medidas cautelares outorgadas pela CIDH no ano 2011**. Disponível em <http://www.cidh.org/medidas/2011.port.htm>. Acesso em 20.09.2011. Conforme a referência listada nesta nota, a medida (MC 382/10) foi concedida inicialmente para a suspensão do licenciamento. Após ouvir o governo brasileiro, a CIDH alterou a medida, determinando, entre outras exigências que o Brasil “adote medidas para proteger a vida, a saúde e integridade pessoal dos membros das comunidades indígenas em situação de isolamento voluntário da bacia do Xingu, e da integridade cultural de mencionadas comunidades, que incluam ações efetivas de implementação e execução das medidas jurídico-formais já existentes, assim como o desenho e implementação de medidas específicas de mitigação dos efeitos que terá a construção da represa Belo Monte sobre o território e a vida destas comunidades em isolamento”.

analisada a expansão do conceito de segurança no Estado de direito.

### 3.5

#### A expansão do conceito de segurança no Estado de direito

##### 3.5.1

##### Risco e segurança no Estado de direito.

Os problemas que colocaram em xeque o modelo do Estado social sugerem uma alteração na compreensão do conceito de segurança no Estado de direito. Isto abre uma linha de investigação sobre a forma como o Estado de direito se relaciona com o conceito de segurança, sobre como este conceito se expandiu na justificação do papel do Estado frente à sociedade, e de que maneira a segurança no Estado de direito está conectada à teoria do risco.

Segurança não é propriamente um conceito essencialmente contestado, mas possui uma pluralidade de dimensões que precisa ser esclarecida. No seu núcleo, costuma-se dizer que a segurança representa a ausência – ou mais propriamente a baixa probabilidade – de ameaças a um determinado valor. Trabalhar com este conceito implica desenvolver as questões sobre os destinatários da segurança (segurança de quem?), o objeto da segurança (que valores devem estar seguros e contra que ameaças?), se é possível raciocinar com graus de segurança, e por que meios e a que os custos (monetários e humanos) ela deve ser buscada.<sup>211</sup>

O conceito de segurança está ligado ao de risco, já que ambos se relacionam com a possibilidade de ocorrência de um evento negativo sobre algo valorado pelo indivíduo ou pela sociedade.<sup>212</sup> Risco é uma forma de lidar com a insegurança, tanto assim que Ewald define o seguro como uma tecnologia do risco.<sup>213</sup> Segurança, afirma Beck, é o contraprojeto normativo da sociedade de risco.<sup>214</sup> Contudo, não se pode definir segurança como a ausência de risco.<sup>215</sup> Tal

<sup>211</sup>Cf. BALDWIN, D. A. The concept of security. **Review of International Studies**, n. 23, pp. 5-26, 1997.

<sup>212</sup>“[I]t is not by chance that since the seventeenth century the topics of security and risk have matured in a process of mutual interaction”. LUHMANN, N., **Risk: a sociological theory...**, op. cit., p. 20.

<sup>213</sup>EWALD, F. Insurance and risk. In: BURCHELL, G.; GORDON, C.; MILLER, P. (Orgs.). **The Foucault effect: studies in governmentality**. Chicago: University of Chicago Press, 1991, pp. 197-210.

<sup>214</sup>BECK, U., **Risk society...**, op. cit., p. 49. Nas palavras de Beck, “risk society[’s] ... normative counter-project, which is its basis and motive force, is safety. The place of the value system of the ‘unequal’ society is taken by the value system of ‘unsafe’ society”.

raciocínio poderia levar à ilusão sobre a existência de opções sem risco, quando a alternativa ao risco não é a segurança, mas outro risco.<sup>216</sup> Esta ressalva, porém, não invalida a conexão entre segurança e risco, e a expansão do conceito de segurança no Estado permite acompanhar a correspondente evolução – e juridicização – da tecnologia do risco no Estado de direito.

A proposta deste trabalho é que a segurança sempre esteve na base da justificação Estado e do Estado de direito. Inicialmente, uma segurança contra a ordem interna e ameaças externas, evoluindo para a segurança da vida, da liberdade e da propriedade. Depois, segurança contra os desequilíbrios sociais provocados pelo capitalismo. Na sociedade de risco, o Estado de direito se vê frente a outro desafio: garantir os cidadãos contra os perigos produzidos na sociedade pós-industrial. O Estado continua com suas funções anteriores, mas agora precisa lidar com as consequências dos perigos gerados pela tecnologia. Da segurança nacional, evolui-se para a segurança jurídica do estado liberal clássico. Daí, adquire uma dimensão de segurança social no Estado de bem-estar, para enfim assumir uma configuração de segurança multidimensional, agregando componentes como a segurança ambiental e sanitária.<sup>217</sup>

À expansão do conceito de segurança no Estado correspondem as modificações nas instituições e no direito. Observa-se, adaptando um conceito de Ewald, que as transformações no Estado de direito sinalizam modificações no “imaginário da segurança” que o justificam, e portanto também no imaginário político.<sup>218</sup>

### 3.5.2 A segurança do Estado

O ponto de partida para análise da expansão do conceito de segurança no Estado de direito está nas próprias bases filosóficas do Estado moderno. Thomas Hobbes foi o primeiro teórico a elaborar uma justificativa para a soberania estatal,

<sup>215</sup>Vide LUHMANN, N., *Risk: a sociological theory...*, op. cit., pp. 20–21.

<sup>216</sup>DE GIORGI, R. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Tradução Juliana N. Magalhães; Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 14.

<sup>217</sup>Em sentido semelhante, conferir TORRES, R. L. Legalidade tributária e os riscos sociais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 59, pp. 95-112, 2000.

<sup>218</sup>EWALD, F., *L'Etat providence...*, op. cit., p. 172. Idem. *Insurance and risk...*, op. cit., p. 198.

e essa justificativa residia na garantia da segurança da comunidade política.<sup>219</sup>

Hobbes desenvolve sua teoria de justificação do Estado através da metáfora do Leviatã, um ser criado pela arte do homem, que personifica a comunidade política ou o Estado. Esse homem artificial de grandes proporções tem como alma a soberania, e, como razão de ser, a segurança do povo (*salus populi*). Para alcançar a tão desejada segurança, os homens abrem mão de certos direitos naturais em favor de um poder soberano.<sup>220</sup> Através dos mecanismos de autorização e representação, os poderes do Estado são transferidos e concentrados no soberano, recebendo os indivíduos, em troca, sua proteção.<sup>221</sup>

Em um primeiro momento, portanto, a segurança justifica a soberania, mas essa segurança é restrita. Ela abrange, por um lado, a proteção contra o ataque externo de outras nações soberanas, e, por outro lado, a proteção contra a guerra civil, a guerra interna de todos contra todos. A segurança dos indivíduos se converte em segurança nacional, submetendo-os ao poder soberano para que este faça o que for necessário para alcançar o “bem comum”.<sup>222</sup>

### 3.5.3 A segurança dos direitos individuais

Com o fortalecimento dos movimentos de liberação burgueses, o conceito de segurança evolui para incorporar a segurança dos direitos individuais.

Entre os filósofos liberais, Locke considerava que os homens no estado da natureza já estariam capazes de instituir a propriedade, faltando-lhes, porém, uma regra fixa e consolidada, capaz de assegurar ao longo do tempo a propriedade já adquirida. Este seria o motivo que levava os homens a sair do estado da natureza e a instituir a sociedade política, colocando a serviço da propriedade e dos direitos dos homens instituições que não poderiam existir naquele estado inicial.<sup>223</sup>

A concepção de segurança liberal se converte no Estado de direito em

<sup>219</sup>FIORAVANTI, M. *Costituzione*. Bologna: Mulino, 1999, pp. 71–81.

<sup>220</sup>HOBBS, T. *Leviathan*. New York: Oxford University Press, 2009.

<sup>221</sup>Sobre os institutos da autorização e representação em Hobbes, conferir FIORAVANTI, M., *Costituzione...*, op. cit., pp. 77–81.

<sup>222</sup>“And therefore a fundamental law is that, by which subjects are bound to uphold whatsoever power is given to the sovereign, whether a monarch, or a sovereign assembly, without which the commonwealth cannot stand; such as is the power of war and peace, of judicature, of elections of officers, and of doing whatsoever he shall think necessary for the public good”. HOBBS, T., *Leviathan...*, op. cit., pp. 191–192.

<sup>223</sup>LOCKE, J. *The second treatise on civil government*. New York: Prometheus Books, 1986, pp. 69–70. Vide, também, FIORAVANTI, M., *Costituzione...*, op. cit., pp. 91–92.

segurança jurídica, expressando-se nas constituições através de princípios estruturais da legalidade e da divisão de poderes e do reconhecimento explícito de catálogos de direitos individuais, como os de propriedade e liberdade. No imaginário securitário do Estado liberal, os riscos são individuais e praticamente se esgotam na autonomia privada do cidadão. O indivíduo é livre para correr riscos com sua vida e propriedade e, se por acaso quiser se resguardar de riscos previsíveis, pode recorrer às empresas de seguro no mercado. Ao Estado cabe apenas prover mecanismos de segurança dos direitos individuais. Assim, se o cidadão tiver propriedade ou liberdade atacada, poderá contar com um sistema estatal de justiça retributiva. Riscos e segurança estão ligados a uma lógica de reparação de danos, correspondendo ao que François Ost denomina a primeira forma do risco.<sup>224</sup>

#### 3.5.4 A segurança social

O passo seguinte foi a incorporação da segurança social ao Estado de direito, cujas razões e fundamentos já foram analisadas ao caracterizar-se o Estado social. Esta nova segurança se incorpora aos fundamentos do Estado de direito tanto através de programas legislativos, como alterações na constituição política para a inclusão de direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>225</sup>

Ocorre nesta fase novamente uma alteração no imaginário da segurança, pois os riscos da sociedade industrial não poderiam ser simplesmente garantidos através dos seguros individuais. O seguro, segundo Ewald, é sempre algo coletivo, pois para que os riscos se tornem calculáveis eles devem recair sobre uma população.<sup>226</sup> Porém, além de coletivos, nesta fase os seguros também são sociais. Esta segurança corresponde a um segundo tempo na história do risco, em que se assiste à emergência da noção de prevenção. Corresponde ao surgimento do Estado social e da sociedade providencial. Baseada em uma utopia técnica e

<sup>224</sup>Segundo Ost, na sociedade liberal do século XIX, o risco assume a forma do acidente – um acontecimento exterior e imprevisto. O risco é corrigido pela reparação, através da responsabilidade civil – ou da prudência individual. Diante dos riscos, a atitude é “curativa-retroativa” ou “prudentemente prospectiva”. OST, F. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005, p. 324.

<sup>225</sup>Uma análise histórica da institucionalização da segurança social em diversos países pode ser encontrada em CAMPOAMOR, A. F.-M., *El Estado social...*, op. cit.

<sup>226</sup>EWALD, F., *Insurance and risk...*, op. cit., pp. 202–203. Idem. **L’Etat providence...**, op. cit., pp. 176–177.

científica, avança para todos os lados: prevenção de crimes, prevenção de doenças, prevenção da miséria e da insegurança social.<sup>227</sup>

Em alguns casos, esse novo imaginário da segurança colidiu com textos constitucionais firmados sob outra concepção de segurança no Estado. Como exemplo, o movimento do *New Deal* nos EUA, capitaneado por Roosevelt, que sofreu inicialmente forte resistência da Suprema Corte norte-americana.<sup>228</sup> Segundo Sunstein, O *New Deal* pretendia lembrar à nação norte-americana a urgência de um novo tipo de liberdade, distinta da liberdade contra agressões do Estado. Para Roosevelt, os cidadãos não estariam livres do medo a não ser que protegidos contra as mais severas formas de necessidade.<sup>229</sup>

O Estado de bem-estar ou Estado providência preocupa-se com o gerenciamento de riscos, constituindo-se em uma forma de seguro social. Trata da alocação dos riscos em uma sociedade orientada para o futuro e preocupada com a criação de riquezas.<sup>230</sup>

### 3.5.5 A segurança em face dos riscos fabricados

Com a emergência de uma sociedade extremamente preocupada com os riscos, o conceito de segurança no Estado chega, então, à fase atual, onde se amplifica para abarcar riscos ao meio ambiente e riscos sanitários, riscos ao consumidor e a pessoas em situação de vulnerabilidade, riscos decorrentes da alta tecnologia, como a biotecnologia e a nanotecnologia, riscos econômicos sistêmicos e riscos terroristas. Tudo isso sem abandonar a questão da segurança referente aos riscos sociais e individuais, porém com uma alteração fundamental em relação à natureza dos riscos sob vista.

Aproveitando uma distinção feita por Giddens,<sup>231</sup> pode-se dizer que a segurança que buscada no Estado liberal e no Estado social tinha por referente

<sup>227</sup>OST, F., **O tempo do direito...**, op. cit., p. 324.

<sup>228</sup>Sobre os casos que questionaram políticas ligadas ao New Deal, conferir nosso MAURICIO JR., A. Judicialização da política e a crise do direito constitucional: a Constituição entre ordem marco e ordem fundamental. **Revista de Direito do Estado**, n. 10, pp. 125-142, 2008.

<sup>229</sup>Cf. SUNSTEIN, C. R. **The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it**. New York: Basic Books, 2006, p. 11.

<sup>230</sup>Cf. GIDDENS, A., **Beyond left and right...**, op. cit., p. 137. Também neste sentido, François Ewald: "L'autre grand développement des techniques du risque au XX<sup>e</sup> siècle est constitué par l'institution de la *Sécurité sociale*". EWALD, F., **L'Etat providence...**, op. cit., p. 395.

<sup>231</sup>Vide GIDDENS, A. **Runaway world: how globalization is reshaping our lives**. New York: Routledge, 2002, p. 44.

riscos externos, ou seja, aqueles experimentados como provenientes de fora, da fixidez da tradição ou da natureza. Procurava-se garantir segurança em razão de possíveis ataques de outras nações, de danos à pessoa, à liberdade ou à propriedade, ou ainda quanto a infortúnios como o desemprego involuntário, a miséria, a doença, decorrentes da diminuição do espaço vital dominado, para se utilizar a expressão de Forsthoff. O conceito de segurança que passa a orientar o Estado de direito contemporâneo lida com outra visão de risco. A segurança no Estado passa a ter como referente os riscos fabricados, aqueles criados pelo impacto das próprias tecnologias desenvolvidas pela humanidade sobre o mundo. Como diz Ost, chega-se à fase dos riscos enormes, potencialmente irreversíveis, derivando como efeito secundário de nossas próprias decisões, nossas escolhas tecnológicas e julgamentos normativos.<sup>232</sup>

O Estado de direito passa a se preocupar não somente com a regulação das relações civis, comerciais e trabalhistas, ou da prestações da seguridade social. Começa a se desenvolver ao longo da última metade do século XX a chamada regulação do risco, manifestando-se através de textos constitucionais, programas legislativos e administrativos, orientadas à proteção da saúde, do meio ambiente, do consumidor, das pessoas em situação de vulnerabilidade, enfim, proteção aos que suportam os efeitos dos riscos produzidos na sociedade. Como reflexo dessa nova ideia de segurança, foi emblemática a entrevista de Barack Obama ao sítio *Politico.com*, afirmando que o vazamento de óleo no Golfo do México ocorrido em 2010 ecoava o ataque de 11 de setembro.<sup>233</sup>

As anteriores fontes de insegurança que orientaram o Estado de direito não desaparecem, mas passam a ser relidas sob a ótica dos riscos fabricados. O terrorismo,<sup>234</sup> por exemplo, que não é uma preocupação surgida apenas no final do século XX, adquire uma nova dimensão em razão do potencial catastrófico de

<sup>232</sup>OST, F., **O tempo do direito...**, op. cit., p. 325.

<sup>233</sup>“Obama — facing mounting criticism of his handling of the BP gusher, even from longtime allies — vowed to make a 'bold' push for a new energy law even as the calamity continues to unfold. And he said he will use the rest of his presidency to try to put the United States on a course toward a 'new way of doing business when it comes to energy.’” POLITICO.COM. **Obama: Gulf spill «echoes 9/11»**. Disponível em: <<http://www.politico.com/news/stories/0610/38468.html>>. Último acesso em 20.11.2010. Assim afirmou Obama: “In the same way that our view of our vulnerabilities and our foreign policy was shaped profoundly by 9/11, [...] I think this disaster is going to shape how we think about the environment and energy for many years to come.”

<sup>234</sup>Existe grande controvérsia sobre o conceito de terrorismo, mas esta não é uma problemática exclusiva da virada do terceiro milênio. Sobre este tema, conferir GOLDER, B.; WILLIAMS, G. What Is «terrorism»? Problems of legal definition. **University of New South Wales Law Journal**, v. 27, n. 2, pp. 270-295, 2004.

suas ações em um mundo globalizado e baseado na alta tecnologia. O mesmo se aplica aos casos de segurança contra ataques oriundos de outras nações. A segurança nacional e a segurança econômica passam a ser lidas com o filtro dos riscos fabricados, dinamizados pela globalização.

Até mesmo fenômenos naturais, como chuvas, terremotos, furacões ou tsunamis, são atrelados a esta nova percepção do papel da segurança no Estado. O Furacão Katrina ou as chuvas que atingiram a região serrana do Rio de Janeiro em 2011 não teriam tanto impacto se não tivessem atingido regiões densamente populosas, colocando em evidência o papel do Estado no gerenciamento dos riscos. O acidente nuclear em Fukushima, no Japão, também apresenta essa correlação entre eventos naturais e riscos fabricados, mas de uma forma que multiplicou os níveis de contingência das decisões de risco. Em Fukushima, o que estava em jogo não era somente a preparação para os riscos de habitar uma área sujeita a terremotos e tsunamis, mas também a instalação, na região, de uma usina nuclear – o que por si só gera decisões de risco, independentemente de desastres naturais.

Todavia, não se pode cair na ilusão de que esta nova compreensão do conceito de segurança torne mais fácil o equacionamento dos problemas no Estado de direito. Muito ao contrário, o Estado de direito vê-se à frente de diversos outros focos de conflito que os modelos do Estado liberal ou do Estado social não poderiam prever e, portanto, se coloca frente a uma indeterminação teórica e prática. Além disto, para muitos dos problemas referentes aos riscos tecnológicos, a ferramenta do seguro como técnica do risco não estará à disposição do Estado. Outros instrumentos, como a precaução,<sup>235</sup> serão necessários, bem como aumentará a pressão por legitimação.

### **3.6**

#### **O Estado de direito como Estado de risco.**

##### **3.6.1**

#### **O Estado como regulador dos riscos**

A análise da expansão do conceito de segurança aponta que o Estado de

<sup>235</sup>EWALD, F. The return of the crafty genius: an outline of a philosophy of precaution. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 6, n. 1, pp. 47-79, 1999.

direito, na sociedade contemporânea, passa a se justificar pela proteção dos riscos aos seus cidadãos. Não estamos mais diante de um Estado de direito que se preocupa apenas com a proteção dos direitos individuais frente ao Estado, como era a proposta do Estado liberal, ou cujos fins legitimadores se esgotam na redistribuição da produção social. O Estado de direito assume a forma de um Estado de risco em um duplo aspecto. Por uma dimensão, assume novos fins ligados à proteção dos riscos ligados ao desenvolvimento econômico e tecnológico. Por outra, traduz os problemas do Estado liberal e do Estado social para a linguagem dos riscos. Como afirmou Esteve Pardo:<sup>236</sup>

Não é somente que o direito não possa resultar indiferente ante ao risco tecnológico, mas que este, o risco, incide decisivamente na configuração do sistema jurídico até o ponto que algumas de suas mais significativas inflexões estão marcadas pela ideia do risco.

Apesar de os modelos teóricos do Estado liberal e do Estado social não se identificarem com o conceito de risco, ao largo dessas concepções desenvolveram-se programas constitucionais e legislativos que, de uma forma ou de outra, colocaram o Estado como gerenciador dos riscos na sociedade. David Moss, ao estudar a evolução dos modelos regulatórios nos EUA, destacou que, o gerenciamento dos riscos é uma forma de política pública poderosa e difusa, sem a qual a economia não funcionaria. O gerenciamento dos riscos não é visto como uma atividade do Estado, mas está por toda parte. O Estado gerencia e distribui riscos quando estabelece regras para empresas de responsabilidade limitada, seguros compulsórios em depósitos bancários, limites de velocidade, proteção dos consumidores ou responsabilidade ambiental.<sup>237</sup>

Conforme Cass Sunstein, após o *New Deal*, e principalmente nas décadas de 1960 e 1970, ocorreu uma verdadeira “Revolução dos Direitos”. Tomando por base os direitos constitucionais básicos, e inspirado no movimento dos direitos civis, o Congresso norte-americano criou “programas regulatórios como um meio

<sup>236</sup>PARDO, J. E. **Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental**. Barcelona: Ariel, 1999, p. 27.

<sup>237</sup>MOSS, D. A., **When all else fails: government as the ultimate risk manager...**, op. cit. Segundo Moss, o gerenciamento do risco nos EUA teria evoluído em três fases. Na primeira, a preocupação era com a segurança das empresas, visando estimular a tomada de riscos na economia capitalistas. Em seguida, a preocupação se volta à segurança dos trabalhadores. A partir de 1960, novos imperativos de segurança começaram a rivalizar com o crescimento econômico, gerando normas de proteção ao consumidor e de responsabilidade ambiental – a segurança passa a ser exigida para todos.

de fornecer proteção governamental contra os múltiplos perigos da sociedade industrializada”. Estes programas deram partida a arrojados esforços de regulação em novas áreas, especialmente aqueles envolvendo a poluição do ar e da água, discriminação racial e sexual e o gerenciamento dos riscos sociais em geral.<sup>238</sup>

Denninger vai mais além para propor que a tríade da liberdade, igualdade e fraternidade – que advém da tradição deixada pela Revolução Francesa e inspirou a Lei fundamental alemã – é substituída por uma nova tríade: segurança, diversidade e solidariedade. Esta nova tríade, segundo Denninger, coloca-se no núcleo dos debates sobre a reforma constitucional, especialmente na política constitucional dos *Länder* alemães. No plano da diversidade, homens, mulheres, imigrantes, homossexuais e transexuais, pessoas com deficiências e idosos recebem tratamento diferente pelo direito, pois os textos constitucionais passam a ser vistos como registros programáticos para objetivos e demandas de grupos. A fraternidade, compreendida no modelo liberal sob a noção de orientação compulsória ao bem comum de propriedade, é substituída nos novos movimentos constitucionais pelo ideal de solidariedade, que significa uma “permanente injunção para demonstrar 'respeito para com os outros’”. Solidariedade se associa à noção de “espírito comum”, provocando a transcendência da mera legalidade nas esferas da ética e da moral. A segurança deixa de significar a mera certeza jurídica, assumindo o prospecto de ilimitada e interminável atividade de proteção estatal em favor do cidadão contra perigos sociais, tecnológicos, ambientais, bem como os perigos da criminalidade.<sup>239</sup>

Como destacou Dieter Grimm, o questionamento do progresso tecnocientífico e os riscos dele decorrentes dirigem ao Estado a expectativa de impor limites de tolerância à produção social de riscos e demandam a proteção a

<sup>238</sup>SUNSTEIN, C. R. **After the rights revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 11–30.

<sup>239</sup>Denninger, contudo, alerta que diversidade, segurança e solidariedade não podem ser mal compreendidas como os “valores básicos” para uma nova geração de constituições, nem representam padrões de comportamento aplicáveis diretamente, seja na forma de políticas constitucionais direcionadas a fins, nem como padrões para decisões éticas individuais. A nova tríade deveria ser compreendida em dois sentidos: como ideais constitucionais e modelos para políticas internacionais de direitos humanos, elas possuem um caráter de utopia; na realidade social, elas capturam “as situações básicas reais” dos homens e mulheres modernos DENNINGER, E. «Security, diversity, solidarity» instead of «freedom, equality, fraternity». **Constellations**, v. 7, n. 4, pp. 507-521, Dez 2000. Idem. **Diritti dell'uomo e legge fondamentale**. Torino: Giappichelli, 1998, pp. 5–50. Vide, também, VIEIRA, J. R. Conclusão. In: VIEIRA, J. R. (Org.). **Constituição e estado de segurança nas decisões do tribunal constitucional federal alemão**. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 103-108.

um futuro ameaçado. Desta forma, segundo Grimm:<sup>240</sup>

A segurança se eleva a tarefa urgente do estado, de cujo cumprimento sua legitimidade não está menos pendente que da conservação do bem-estar material, e se concentra já em uma pretensão subjetiva, de hierarquia equivalente a dos direitos humanos.

O Estado de direito contemporâneo busca, então, traduzir a complexidade social através do conceito de risco. Sua justificação finalística advém da justa distribuição da responsabilidade e dos custos dos riscos na sociedade e do controle de riscos não aceitos pela comunidade. O Estado de risco é ao mesmo tempo em Estado de justiça distributiva e de justiça retributiva.

### **3.6.2 O risco no discurso normativo e judicial**

Os textos normativos e as decisões judiciais muitas vezes se antecipam aos teóricos do direito na detecção das transformações sociais. Não por acaso, a ciência jurídica às vezes se pega na leitura do direito legislado e praticado nos tribunais com a lente de modelos teóricos que não os descrevem propriamente. O Estado de risco, que na maioria dos casos é abordado apenas tangencialmente pela doutrina, manifesta-se pelo uso da ideia de risco no discurso normativo e judicial.

No campo dos textos normativos, o termo “risco” pode ser encontrado já no corpo da Constituição brasileira de 1988. A palavra risco é utilizada explicitamente em várias partes da Constituição: a redução de riscos aos trabalhadores; regras facilitadas de aposentadoria a servidores submetidos a maiores riscos; riscos inerentes à exploração do monopólio estatal; riscos à saúde; o controle estatal da produção, da comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; a proteção da fauna, da flora e dos índios.<sup>241</sup> Esta enumeração é apenas exemplificativa, pois há outros casos em que, sem utilizar diretamente o termo “risco”, a Constituição se encarrega diretamente de sua distribuição. Por exemplo, quando atribui aos entes públicos o ônus do risco pela atuação de seus agentes ou quando determina que a lei federal regule a instalação de usinas

<sup>240</sup>GRIMM, D., *Constitucionalismo y derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 190–191.

<sup>241</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Especialmente os artigos 7º, XXII; 40, § 4º, II; 196; 201, § 10; 225, § 1º, V e VII; 231, § 5º; e a antiga redação do art. 177, § 1º.

nucleares.<sup>242</sup>

Muito embora a Constituição aparente simplesmente conferir direitos e atribuir competências, ela, na verdade, estabelece um marco de distribuição de riscos.<sup>243</sup> Como já destacado pelo STF, a Constituição “é o marco regulatório por excelência”, constituindo a baliza para as futuras decisões,<sup>244</sup> e nesse sentido vem se desenvolvendo um verdadeiro quadro de regulação do risco. Sem a pretensão de apresentar um rol exaustivo sobre a regulação do risco, convém destacar alguns atos normativos relevantes, como a Lei da Biossegurança,<sup>245</sup> a Lei dos Crimes Ambientais,<sup>246</sup> a Lei Federal do Amianto,<sup>247</sup> a Lei dos Rejeitos Radioativos,<sup>248</sup> a Lei de Vigilância Sanitária,<sup>249</sup> dentre outros.

A apreensão jurídica do risco também é perceptível no direito estrangeiro. Na França, por exemplo, a Constituição, através da Carta Ambiental de 2004, determina a aplicação do princípio da precaução e da proporcionalidade na avaliação dos riscos tecnológicos.<sup>250</sup> O risco (*risque*) é um elemento chave no *Code de la sécurité sociale* e no *Code de l'environnement*.<sup>251</sup> Dada a relevância do tema, o Conseil d'État publicou em 2005 um relatório especialmente dedicado à “responsabilidade e socialização do risco”.<sup>252</sup> Nos Estados Unidos, a relação entre

<sup>242</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Arts. 37, § 6º; e 225, §6º.

<sup>243</sup>A palavra “marco” é utilizada intencionalmente para destacar uma compreensão da Constituição como uma “ordem marco” em oposição a uma “ordem fundamental”. Para um maior aprofundamento desta questão, conferir MAURICIO JR., A., *Judicialização da política e a crise do direito constitucional: a Constituição entre ordem marco e ordem fundamental...*, op. cit.

<sup>244</sup>STF. ADIn nº 3.768/DF. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. DJ 26.10.2007, p. 00028. O excerto citado se encontra no voto do Min. Gilmar Mendes, acompanhando a Relatora.

<sup>245</sup>Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. D.O.U. de 28.3.2005. Anote-se que esta lei revogou a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, que já regulava o risco na pesquisa, desenvolvimento, comercialização e consumo de organismos geneticamente modificados – OGM.

<sup>246</sup>Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. D.O.U. de 13.2.1998.

<sup>247</sup>Lei nº 9.055, de 1 de junho de 1995. D.O.U. de 2.6.1995.

<sup>248</sup>Lei nº 10.308, de 20 de novembro de 2001. D.O.U. de 21.11.2001.

<sup>249</sup>Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. D.O.U. de 27.1.1999.

<sup>250</sup>FRANÇA. L'ASSEMBLÉE NATIONALE. Constitution du 4 octobre 1958. Charte de l'environnement de 2004. “Article 5. Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.”

Disponível em [http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#charte\\_environnement](http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#charte_environnement). Acesso em 20 jan. 2011.

<sup>251</sup>Os códigos franceses podem ser encontrados em <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechCodeArticle.do>.

<sup>252</sup>FRANÇA. CONSEIL D'ÉTAT. **Rapport public 2005 - Jurisprudence et avis de 2004. Responsabilité et socialisation du risque (Etudes & Documents n.56)**. Paris: La Documentation française, 2005.

risco e Direito é igualmente rica. A regulação do risco (*risk regulation*) se desenvolve não somente através de um intrincado sistema de agências especializadas,<sup>253</sup> mas com semelhante intensidade na jurisprudência dos tribunais e da Suprema Corte.<sup>254</sup> Na Alemanha, desenvolveu-se a teoria do dever de proteção (*Schutzpflichten*) em relação aos riscos.<sup>255</sup>

O risco vem sendo abordado nas decisões do STF sobre os mais diversos temas: a aposentadoria dos servidores públicos,<sup>256</sup> a regulação do amianto<sup>257</sup> e dos organismos geneticamente modificados,<sup>258</sup> a pesquisa com células-tronco<sup>259</sup> e até mesmo na responsabilidade criminal.<sup>260</sup> Outro reflexo importante do risco sobre o Direito está nas decisões consequencialistas, notadamente nas Suspensões de Segurança ou de Tutela Antecipada.<sup>261</sup>

Isto não quer dizer que o Estado abandone sua preocupação com direitos de liberdade ou sociais. Mais do que nunca, o Estado precisa garantir aos cidadãos direitos ligados às liberdades de locomoção, expressão, empresa e trabalho, bem como os direitos necessários a uma existência condizente com a dignidade humana, dentre outros a alimentação, a educação, a moradia e a proteção à saúde e ao trabalho.<sup>262</sup> Estes fins, contudo, são traduzidos na sociedade contemporânea

<sup>253</sup>Vide BREYER, S. G.; STEWART, R. B.; SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A.; HERZ, M. **Administrative law and regulatory policy: problems, text, and cases**. New York: Aspen Pub, 2002.

<sup>254</sup>Vide, por exemplo, THE OYEZ PROJECT. *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. \_\_\_\_ (2007). Disponível em: <[http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2006/2006\\_05\\_1120/](http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2006/2006_05_1120/)>. Último acesso em 22.06.2008.

<sup>255</sup>HUBER, P. M. Risk decisions in German constitutional and administrative law. In: WOODMAN, G. R.; KLIPPEL, D. (Orgs.). **Risk and the law**. New York: Routledge-Cavendish, 2009, pp. 23-35.

<sup>256</sup>STF, ADIn nº 3105/DF. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO. DJ 18.02.2005, p. 004.

<sup>257</sup> STF, ADIn nº 2396/MS. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. DJ 01.08.2003, p. 0100, dentre outros.

<sup>258</sup>STF, ADIn-MC nº 3035/PR. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. DJ 12.03.2004, p. 0036.

<sup>259</sup> STF, ADIn nº 3510/DF. Tribunal Pleno. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Ac. pendente de publicação em 05.10.2008.

<sup>260</sup>Por exemplo, STF. HC 83554/PR. Segunda Turma. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. DJ 28.10.2005.

<sup>261</sup>Note-se que nessas decisões uma liminar, antecipação de tutela ou mesmo uma sentença em mandado de segurança perfeita sob o ponto de vista jurídico pode ser suspensa por força de riscos classicamente considerados “extrajurídicos”. Como afirmou o Tribunal na SS-AgR 3232/TO, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, DJ 14.11.2007, p. 040: “na suspensão de segurança não se aprecia, em princípio, o mérito do processo principal, mas tão somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas”.

<sup>262</sup>Neste sentido, a CF/1988 expressamente dispõe que a dignidade humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), e, em seu art. 6º, que “são direitos sociais a

para a linguagem da segurança e dos riscos, cabendo ao Estado uma posição de predominância – e responsabilidade – na governança dos riscos sociais. Por conta desse fenômeno, a semântica dos riscos se torna a “língua franca” da tomada de decisões,<sup>263</sup> passando a fazer parte do discurso jurídico através da Constituição, dos textos legais e normativos e das decisões judiciais. A Constituição fala em segurança como um direito social fundamental social<sup>264</sup> e engloba os três dos principais elementos do Estado de bem-estar social – saúde, previdência e assistência social – sob o guarda-chuva da seguridade social.<sup>265</sup> O direito à alimentação se transforma em segurança alimentar.<sup>266</sup>

O Estado de direito absorve os direitos liberais e sociais sob a lógica dos riscos e incorpora ao rol das garantias fundamentais a proteção aos riscos tecnológicos. O direito “é continuamente confrontado com o risco em todos os níveis para melhorar as condições de vida dos homens no planeta”.<sup>267</sup>

### 3.6.3 A atualidade do Estado regulador

A expansão do conceito de segurança no Estado de direito também oferece uma base sólida pra contestar as propostas liberais de desregulamentação no final do século XX.<sup>268</sup>

A crise fiscal e organizatória do Estado na transição do milênio não é algo

---

educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

<sup>263</sup>ROTHSTEIN, H.; HUBER, M.; GASKELL, G. A theory of risk colonization..., op. cit.

<sup>264</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

<sup>265</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 194: “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

<sup>266</sup>Observe-se, por exemplo que no Brasil o combate à fome é realizado pela Secretaria Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sesan):

“A Secretaria Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sesan) tem como principal objetivo garantir aos cidadãos brasileiros o acesso à comida e água em quantidade, com qualidade e regularidade suficientes, de maneira sustentável e respeitando as diversidades culturais.” Vide <http://www.mds.gov.br/sobreministerio/estrutura/secretaria-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional>.

<sup>267</sup>ARGIROFFI, A.; AVITABILE, L. **Responsabilità, rischio, diritto e postmoderno: percorsi di filosofia e fenomenologia giuridica e morale**. Torino: G. Giappichelli, 2008, p. 281.

<sup>268</sup>Vide, dentre outros, HAYEK, F. A. **The road to serfdom: text and documents**. Chicago: University of Chicago Press, 2007. CROZIER, M. **État modeste, état moderne**. Paris: Seuil, 1991.

que possa ser simplesmente ignorado. O Estado mais do que nunca precisa de recursos para satisfazer crescentes demandas de redistribuição na sociedade, e a deficiência no financiamento pode tornar programas sociais insustentáveis a médio e longo prazo. Do Estado também se exige cada vez mais eficiência na implementação de políticas públicas, não somente porque os recursos são limitados, como aponta a crise fiscal, mas também porque a dinâmica das relações econômicas e sociais em nossa era exige níveis mais altos de agilidade. A sociedade não tolera desperdícios com os recursos públicos, exigindo eficiência,<sup>269</sup> transparência e responsabilidade.<sup>270</sup>

Contudo, daí não se pode extrair que o Estado deva se retrair a níveis mínimos, anteriores aos padrões do início do século XX. A crise do Estado social não significa um retorno ao Estado liberal. Conforme Habermas observou, “o caminho de volta que o neoliberalismo anuncia como um 'retorno da sociedade civil e de seu direito' está bloqueado”.<sup>271</sup>

Os problemas do século XXI não são solucionáveis unicamente através da técnica; eles requerem uma “extensão fundamental na moralidade”.<sup>272</sup> O Estado, em uma configuração “pós-moderna”, deve dar resposta a uma exigência de segurança ampliada, extrapolando a simples exigência de ordem ou de segurança jurídica no sentido liberal.<sup>273</sup>

A liberdade de iniciativa econômica deve ser regulada, pois não é um valor que se sobrepõe à demanda de proteção estatal à segurança humana, à saúde e ao ambiente.<sup>274</sup> Estes novos fins impostos ao Estado legitimam a regulação que protege o consumidor, o trabalhador, as pessoas em situação de vulnerabilidade, e todos aqueles que, sem ter poder para influir nas decisões, suportam os riscos

<sup>269</sup>Sobre a exigência constitucional de eficiência, vide MAURICIO JR., A., **A revisão judicial das escolhas orçamentárias...**, op. cit., pp. 125–131.

<sup>270</sup>“O princípio da responsabilidade está ligado à idéia de accountability, de respeito a padrões de desempenho e comportamento, de transparência nas ações, de controle, e de responsabilização propriamente dita nas esferas cível, administrativa e penal [...] O princípio da responsabilidade está presente e inspira a Constituição orçamentária, tanto na parte relativa à produção do orçamento quanto na relativa à sua execução. Assim podemos observar no art. 166, § 3º; no art. 167, incisos I, II, III, V, VIII, X e XI; e especialmente no art. 169 da CF. Em relação ao princípio da transparência, destaca-se ainda o art. 165, § 8º, da CF”. Cf. MAURICIO JR., A., **A revisão judicial das escolhas orçamentárias...**, op. cit., pp. 118–119.

<sup>271</sup>HABERMAS, J., **Between facts and norms...**, op. cit., p. 409.

<sup>272</sup>Vide HARDIN, G. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, n. 13, pp. 1243-1248, 1968. “The population problem has no technical solution; it requires a fundamental extension in morality.”

<sup>273</sup>CHEVALLIER, J. **L'État post-moderne**. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 2008, pp. 55–59.

<sup>274</sup>BARONE, A. **Il diritto del rischio**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2006, pp. 57–58.

tomados na sociedade.

Os riscos são experimentados como poder, e na sociedade contemporânea o poder industrial e tecnológico é um hiperpoder.<sup>275</sup> Empresas de biotecnologia, por exemplo, começam a ter o poder alterar os alimentos, os animais e o próprio ser humano na estrutura molecular. Empresas de comunicação são capazes de saber onde, quando e com quem uma pessoa conversou quais páginas na internet essa pessoa visitou, quais os seus sonhos de consumo ou seus desejos sórdidos. O Big Brother não é necessariamente o Estado, mas também o Google, a Apple e seus similares.

Os riscos se referem a relações entre indivíduos. A tecnologia não é uma relação somente com a natureza, mas principalmente uma relação social, e, fundamentalmente, assimétrica. Maior tecnologia pode trazer maior liberdade, mas paradoxalmente também traz mais dependência e assimetria na relação entre produtores e consumidores.<sup>276</sup> O espaço vital dominado se reduz drasticamente com o avanço tecnológico, e progressivamente, o ideal liberal de uma sociedade regulada pelos contratos se torna inviável.

Os que atacam o Estado regulatório como um “Estado-babá”, que desapropria os cidadãos de suas liberdades, direitos e poderes decisórios,<sup>277</sup> se esquecem que a complexidade das relações na sociedade contemporânea demanda uma solidariedade que extrapola a ação individual e não é suprida pelo mito do “mercado racional”. A crise econômica global de 2008 foi um exemplo marcante dessa compreensão equivocada do papel do Estado regulatório, forçando Alan Greenspan – presidente do Federal Reserve norte americano por anos – a admitir o grave erro que foi a desregulamentação do sistema bancário.<sup>278</sup> Jacob Hacker anotou com perspicácia que a onda de desregulamentação da economia norte-americana nada mais foi do que uma contínua transferência de riscos do governo, das instituições financeiras e corporações para as famílias. O crescimento econômico promovido pela desregulamentação promoveu um pequeno aumento

<sup>275</sup>EWALD, F. Risk in contemporary society. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 6, n. 2, pp. 365-379, 2000.

<sup>276</sup>EWALD, F., Risk in contemporary society..., op. cit.

<sup>277</sup>Neste sentido, HARSANYI, D. **Nanny state: how food fascists, teetotaling do-gooders, priggish moralists, and other boneheaded bureaucrats are turning America into a nation of children.** New York: Broadway Books, 2007.

<sup>278</sup>Vide THE NEW YORK TIMES. **Greenspan concedes error on regulation.** Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2008/10/24/business/economy/24panel.html>>. Acesso em: 28 nov. 2009. .

de renda na população, mas deixou as famílias americanas em uma situação de risco muito maior.<sup>279</sup>

A proposta de um Estado mínimo nada mais é do que uma proposta de redistribuição de direitos, poderes e riqueza, que não pode ser considerada, de forma alguma, como neutra. A regulação estatal pode conviver com um nível razoável de autonomia privada e é necessária para coordenar e resolver problemas de ação coletiva.<sup>280</sup>

### 3.6.4 Os riscos das decisões sobre riscos

Apesar de o Estado regulatório justificar-se em razão do caráter público e coletivo dos riscos na sociedade contemporânea, é preciso lembrar que enquanto o risco constitui um princípio de valorização, motivação e ação, “ele também constitui um princípio de limitação, restrição e proibição”, e “quando superavaliado ou subavaliado, o risco rapidamente transforma as experiências humanas em inumanas”.<sup>281</sup>

Como não existe situação *livre de riscos*, a tentativa de equacionamento de um risco normalmente abre as portas para outros riscos. A cada risco tomado, a cada questão de segurança levantada, tem-se um correspondente valor. Bloquear o avanço tecnológico pode fechar as portas para soluções que irão melhorar a vida humana;<sup>282</sup> impedir que empresas e cidadãos se arrisquem pode sufocar a iniciativa econômica e o desenvolvimento pessoal; buscar segurança contra atos criminosos e terroristas pode levar a graves violações de direitos humanos.<sup>283</sup> A discussão sobre os riscos não pode ser entre uma situação de risco versus uma situação de não-risco. O debate deve se desenvolver sobre os riscos que a sociedade entende toleráveis.

O caráter sistêmico dos riscos na sociedade aumenta a complexidade das

<sup>279</sup>HACKER, J. S. **The great risk shift: the new economic insecurity and the decline of the american dream**. New York: Oxford University Press, 2008.

<sup>280</sup>SUNSTEIN, C. R., **After the rights revolution: reconceiving the regulatory state...**, op. cit., p. 45.

<sup>281</sup>EWALD, F., Risk in contemporary society..., op. cit.

<sup>282</sup>Como veremos, este foi o argumento utilizado pela Min. Cármen Lúcia na ADI 3510, cit.: “a pesquisa com células-tronco embrionárias não é certeza de resultados terapêuticos promissores. Mas a não pesquisa é a certeza da ausência de resultados, pois sem a tentativa não há a conquista no campo científico”.

<sup>283</sup>Vide o caso da Lei do Abate alemã, tratado no capítulo 5 deste trabalho.

decisões no Estado, adicionando novos graus de contingência. O discurso do risco no Estado não pode ser aceito sem um olhar crítico sobre quais valores estão sendo contrapostos, e que formas de poder estão em jogo. Isto, como poderá ser analisado oportunamente neste trabalho, demandará maior exigência de legitimação democrática.

Sob outro ângulo, ao passo em que o risco se torna um conceito organizatório chave para novos regimes regulatórios, expandindo-se quantitativamente sobre antigos e novos problemas da sociedade, existe um movimento de transformação qualitativa em direção aos chamados “riscos institucionais”. Segundo Rohtstein, Huber & Gaskell, riscos institucionais seriam aqueles relacionados às organizações – estatais ou não – que regulam e gerenciam riscos sociais, notadamente riscos à legitimidade de seus métodos e regras. Todavia, como estes autores realçam, a pressão sobre os atores governamentais e não governamentais que gerenciam riscos os leva a um fenômeno reflexivo de “colonização dos riscos”, resultando na extensiva utilização do termo risco nos processos regulatórios. Ou seja, “a sociedade de risco é uma sociedade regulatória”, mas também a “sociedade regulatória é uma sociedade de risco”, gerando seus próprios riscos e criando seu discurso de risco. O risco é utilizado para gerenciar não somente o objeto da regulação, mas também os limites da atividade regulatória. Nesta espiral conceitual, risco é usado de forma crescente como uma medida para minimizar as externalidades negativas do processo decisório. A pluralidade de utilizações do termo risco pode significar que, “embora os riscos se tornem a língua franca para tomada de decisões, as práticas atuais de avaliação e gerenciamento de risco podem tender a uma Torre de Babel”.<sup>284</sup>

O modelo teórico do Estado de risco tem capacidade de explicar, com melhor consistência, os problemas do Estado de direito na sociedade contemporânea, permitindo equacionar questões que vão além dos conflitos de classes econômicas e do paradigma da necessidade. O Estado de risco também oferece opções normativas que superam a concepção de um Estado fordista e produtivista, para abarcar novos valores.

Não é possível, entretanto, cair na tentação de afirmar o Estado de direito se

<sup>284</sup>ROTHSTEIN, H.; HUBER, M.; GASKELL, G., A theory of risk colonization..., op. cit.

resume aos riscos, que tudo no Estado é risco. A sociedade e sua relação com o Estado são por demais complexas para serem apreendidas em uma única fórmula. Contudo, isto não invalida o Estado de risco como modelo teórico.

A sociedade torna-se cada vez mais complexa, e o Estado de direito lida com a com essa complexidade através da noção de risco. A natureza dos riscos que são produzidos na sociedade contemporânea coloca o Estado em uma posição de destaque na garantia de novas formas de segurança, impondo-lhe cada vez mais uma atitude prospectiva, voltada para o futuro. O risco, como disse De Giorgi, é “uma modalidade da construção de estruturas através do necessário tratamento das contingências”, é “uma modalidade da relação com o futuro”, e é disso que se ocupa o Estado de direito.<sup>285</sup>

### 3.7 O Estado constitucional cooperativo de risco

Um desafio que restou em aberto na proposição do Estado de risco como modelo teórico para compreensão do Estado constitucional de direito contemporâneo se refere ao problema da globalização. Afinal, também tendo o Estado como base, como poderia o Estado de risco dar conta das dificuldades decorrentes do modelo *westphaliano*? Não teria o Estado de risco os mesmos problemas do Estado social?

O problema da globalização para a teoria do Estado não está somente nas dificuldades jurídico-políticas decorrentes da globalização dos riscos. Para autores como Frankenberg, em decorrência da globalização “dever-se-ia prescindir de uma teoria geral do Estado como pressuposto constitucional”. O declínio conceitual do objeto do Estado não dá espaço à edição de novas teorias do Estado, mas apenas a teorias da Constituição.<sup>286</sup> Ou seja, a teorização em torno do Estado seria dispensável para o constitucionalismo. Sabino Cassese também questiona se seria possível uma constituição além do Estado. Embora reconheça que é muito difícil individuar uma constituição além do Estado, Cassese afirma que é possível identificar uma “substância constitucional” na ordem jurídico global, e alerta sobre o fato de o constitucionalismo estar assumindo novas formas, que passam

<sup>285</sup>DE GIORGI, R., *Direito, democracia e risco...*, op. cit., p. 197.

<sup>286</sup>FRANKENBERG, G. *A gramática da constituição e do direito*. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2007, pp. 209–212.

despercebidas somente porque não estamos acostumados a vê-las.<sup>287</sup>

Todavia, para que se pudesse falar em abandono da teoria do Estado no direito constitucional, seria necessário que a ordem jurídica global estivesse suficientemente estruturada para a garantia dos direitos fundamentais e da representação democrática, o que não corresponde à realidade. Como Cassese admite, a ordem jurídica global é formada por estruturas híbridas, públicas e privadas, onde não há um legislador global, provocando um desequilíbrio de representação entre corporações econômicas, interesses nacionais, consumidores e minorias.<sup>288</sup> Embora haja outros atores e mecanismos de resolução de conflitos supra-estatais na ordem mundial, os Estados continuam a representar um importante papel da proteção dos ideais constitucionais de democracia e proteção de direitos fundamentais, especialmente na contraposição de interesses econômicos dos grandes *global players*.

Portanto, pelo menos no estágio atual das relações humanas, existe espaço para a teoria do Estado no direito constitucional. Só que não uma teoria que descreva o Estado nacional como soberano absoluto, sobre a qual estava ancorado o modelo do Estado social.

No Estado de risco, para dar conta das complexas relações resultantes da globalização dos riscos, o Estado se adéqua à ideia de Estado constitucional cooperativo. Conforme a proposta de Peter Häberle, o Estado constitucional cooperativo não é aquele somente voltado para dentro, preocupado com os problemas internos da divisão dos poderes, direitos fundamentais e jurisdição, mas também voltado para os outros Estados e para o direito internacional. Nesse tipo de Estado, não há relação de subordinação entre o direito constitucional e o direito internacional, ou vice-versa, mas relação de complementaridade. Dentre outras evidências, essa tendência é demonstrada pela abertura do direito internacional nos textos constitucionais.<sup>289</sup>

No Brasil, a tendência para o Estado cooperativo se manifesta na cláusula constitucional que afirma que os direitos e garantias previstas na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte, bem como na que permite que os tratados e convenções internacionais

<sup>287</sup>CASSESE, S. *Oltre lo Stato*. Roma: Laterza, 2007.

<sup>288</sup>CASSESE, S., *Oltre lo Stato...*, op. cit.

<sup>289</sup>HÄBERLE, P. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução Marcos A. Maliska; Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

sobre direitos humanos sejam incorporados à ordem interna com força constitucional, ou ainda na que submete o Brasil “à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.<sup>290</sup>

O Estado constitucional cooperativo vive, como Häberle destacou, tanto da necessidade de cooperação no plano social, econômico e humanitário, como da consciência de cooperação, ligada à legitimação externa.<sup>291</sup> No Estado de risco, a necessidade e a consciência de cooperação manifesta-se através da incorporação à ordem interna de diversos tratados internacionais sobre a prevenção e proteção em face de riscos globais, como, por exemplo, a Convenção de Roterdã,<sup>292</sup> sobre o comércio internacional de certas substâncias químicas e agrotóxicos perigosos, e o Protocolo de Cartagena, sobre biossegurança.<sup>293</sup> As decisões do STF igualmente reconhecem a importância dos direitos de proteção garantidos em tratados e convenções internacionais.<sup>294</sup>

O Estado de risco, portanto, é um modelo teórico para a compreensão do direito constitucional que ainda leva em conta a teoria do Estado, porém não o Estado compreendido como entidade isolada e detentor de soberania absoluta. O Estado constitucional, ao contrário, é visto como um Estado constitucional cooperativo de risco.

<sup>290</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, §§ 2º, 3º e 4º.

<sup>291</sup>HÄBERLE, P., **Estado constitucional cooperativo...**, op. cit., p. 19.

<sup>292</sup>UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP. Rotterdam Convention Secretariat . Rotterdam convention on the prior informed consent procedure for certain hazardous chemicals and pesticides in international trade . Text and annexes (revised in 2008). Disponível em [http://www.pic.int/Portals/5/en/ConventionText/RC%20text\\_2008\\_E.pdf](http://www.pic.int/Portals/5/en/ConventionText/RC%20text_2008_E.pdf). Acesso em 20 abr. 2011. BRASIL. Decreto nº 5.360 de 31.01.2005. Promulga a convenção sobre procedimento de consentimento prévio informado para o comércio internacional de certas substâncias químicas e agrotóxicos perigosos, adotada em 10 de setembro de 1998, na cidade de Roterdã. DOU de 01.02.2005.

<sup>293</sup>UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP. Convention on Biological Diversity. The Cartagena protocol on biosafety. Disponível em <http://bch.cbd.int/database/attachment/?id=10694>. Acesso em 20 abr. 2011. BRASIL. Decreto nº 5.705 de 16.02.2006. Promulga o protocolo de Cartagena sobre biossegurança da convenção sobre diversidade biológica. DOU de 17.02.2006.

<sup>294</sup>Por exemplo, na ADI 3937, em que o STF reconheceu maior proteção contra os riscos do amianto, levando em conta, dentre outras razões, a Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada pelo Decreto 126/1991. STF. ADI 3937 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04.06.2008, DJe-192 pub. 10.10.2008. Sobre outras ações em que o STF leva em conta tratados e convenções internacionais na proteção contra riscos, vide capítulo 6 deste trabalho.

### 3.8 Rumo ao constitucionalismo do risco?

Ao discorrer sobre os desafios da teoria da constituição na atualidade, Canotilho apontou que um dos problemas básicos está ligado ao risco. Segundo esse autor, o paradigma da sociedade de risco obriga a teoria da constituição a compreender novos conceitos da teoria social, como é o caso do conceito de risco, que “parece cristalizar as experiências fundamentais das sociedades altamente industrializadas”. Os riscos colocam desafios “às comunidades humanas no plano da *segurança e previsibilidade* perante eventuais catástrofes provocadas pela técnica e pela ciência”. Para a Constituição, o problema é saber se ela pode servir à reabilitação da “virtude aristotélica da *prudentia*, que não é outra coisa senão a escolha racional de decisões em situações de incerteza”.<sup>295</sup>

A proposta de conciliação entre o paradigma social dos riscos e a teoria da constituição desenvolvida neste trabalho é construída através do modelo teórico do Estado de risco. O Estado de risco deve ser compreendido no contexto de uma fórmula de Estado constitucional, o que traz um duplo significado. Por um lado, o risco torna-se um dos principais elementos de definição e medida para justificação e atuação dos governos. Mas, por outro lado, o Estado de risco não pode ser compreendido fora do contexto constitucional em que está inserido. Esta posição tem uma importante consequência, pois o dever do Estado de proteção aos riscos não deve ser implementado como se o sistema de direitos fundamentais e o princípio democrático não existissem. Como já assinalado, o Estado de risco aumenta o ônus de legitimação do Estado, e não o contrário.

Não se procura elaborar, aqui, uma teoria geral do direito constitucional na sociedade de riscos. Apesar de o Estado de risco ser um modelo teórico do Estado de direito apto à compreensão do direito constitucional em vários países, mesmo naqueles em que a Constituição deixe amplamente aberto o quadro regulatório, para o propósito específico de estudo ele permite compreender o direito constitucional brasileiro de forma mais adequada do que o modelo do Estado social, inclusive no que toca ao problema da globalização.

Como anotou Adriano Pilatti, o processo que gerou a Constituição brasileira de 1988 foi cercado de peculiaridades que o tornaram especialmente singular,

<sup>295</sup>CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., pp. 1336–1337.

entre os quais “o inédito procedimento de elaboração constitucional adotado, que prescindiu da prévia elaboração, endógena ou exógena, de um projeto global inicial”.<sup>296</sup> A Constituição de 1988 nasceu em uma época revolucionária, quando já madura a crise do Estado social e evidente o problema dos limites do crescimento e da tecnologia. Nossa Constituição foi construída em um momento de alta reflexividade, sem tomar partido específico com um modelo de Estado liberal ou de Estado social, como fizeram as constituições alemã e espanhola, proclamando-se apenas um “Estado Democrático de Direito” (art. 1º), mas ao mesmo tempo atribuindo explicitamente os fins que deveriam ser perseguidos pelo Estado. Não foi uma Constituição voltada para o passado, mas uma Constituição que criava vínculos com o futuro em um país que se redemocratizava, inclusive quanto à cooperação com outros países. Uma Constituição com suas imperfeições, pois foi uma criação humana, mas adequada a lidar com os problemas lançados pelos riscos produzidos na sociedade.

Hobsbawm observou que os seres humanos tendem a operar como os historiadores: “eles somente reconhecem a natureza de suas experiências em retrospecto”.<sup>297</sup> Assim também ocorreu com as compreensões teóricas do Estado de direito. Vejam-se os próprios modelos do Estado de direito e do Estado social, em que os fatos precederam os conceitos, e o termos foram “uma expressão relativamente tardia para um fenômeno que vinha se manifestando há muitas décadas”.<sup>298</sup> O Estado de risco, de forma similar, procura identificar um processo em andamento, do qual a Constituição brasileira de 1988 e a respectiva prática constitucional são exemplos.

Trabalhar com a perspectiva do Estado de risco, todavia, coloca uma nova série de problemas à teoria constitucional. Um destes problemas, já destacado por Canotilho, é que os riscos sociais são marcados por uma radical assinalagmaticidade. Os riscos são tomados por uns e suportados por muitos, e as decisões de riscos são tomadas por corpos técnicos de organismos e organizações sem legitimidade democrática.<sup>299</sup> Torna-se necessário discutir, para o Estado

<sup>296</sup>PILATTI, A. **A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2008, p. 2.

<sup>297</sup>HOBBSAWM, E., **The age of extremes: a history of the world, 1914-1991...**, op. cit., p. 257.

<sup>298</sup>PÉREZ ROYO, F. J. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social. **Revista española de derecho constitucional**, v. 4, n. 10, pp. 157-182, 1984.

<sup>299</sup>CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., pp. 1336-1337.

constitucional, os procedimentos, formas e instituições de uma democracia do risco.

Os direitos fundamentais também merecem atenção especial em um Estado de risco. Se por um lado é ampliado o leque de direitos fundamentais através da consagração de novas “gerações” de direitos de proteção, os riscos podem ser usados como desculpa para graves violações de direitos humanos. Sobre isso Beck já alertou que a ambivalência de uma sociedade de riscos pode gerar uma superposição do estado de normalidade com o estado de exceção.<sup>300</sup>

Outra sorte de problemas está ligada à questão da judicialização. Quando vista pela ótica da distribuição de direitos, a judicialização da vida política e social enfrenta dificuldades relativas ao princípio democrático e ao princípio da divisão dos poderes. A visão do Estado de Direito como um estado que distribui riscos tende a ampliar essa dificuldade, pois as decisões judiciais não mais se baseiam simplesmente em aplicar decisões pretéritas – dos legisladores – aos fatos da causa. Quando está em jogo a distribuição de riscos, os julgadores são obrigados a olhar os fatos não somente sob uma ótica retrospectiva, mas também prospectiva, voltada para o futuro e para as possíveis consequências da decisão.

<sup>300</sup>BECK, U. **World at risk**. Cambridge: Polity, 2009, p. 67.