

5 Direitos fundamentais no Estado de risco

5.1 O caso do amianto

O amianto é uma fibra mineral com excelentes propriedades. É durável, resistente à tração, ao calor e ao fogo, além de baixo custo de extração, razões pelas quais foi intensamente utilizado em quase todos os países industrializados. No Brasil, o amianto vem sendo aplicado nos mais diversos fins, como a produção de caixas d'água, telhas, industrialização de produtos têxteis e automobilísticos, entre outros.⁴⁰⁴

Talvez por essas qualidades, o amianto surge no cenário regulatório brasileiro como um produto de a ser incentivado.⁴⁰⁵ No entanto, ao longo do século XX os efeitos danosos do amianto foram revelados. O amianto foi identificado como causador de doenças, entre as quais a asbestose (cujo nome deriva de “asbestos”, que significa amianto na língua inglesa) e o câncer de pulmão, provocando seu banimento em vários países. Frente à interdição naqueles países, a indústria do amianto concentrou-se nos países do Terceiro Mundo e da Europa Centro-oriental, que respondiam, na virada do século XXI, por 80% do consumo mundial de amianto.⁴⁰⁶

Apesar do consenso genérico sobre os efeitos nocivos do amianto, é importante destacar a existência de certa controvérsia científica sobre o diferente grau de nocividade de certas variedades desse produto, em especial quanto ao tipo crisotila ou asbesto branco. Certos estudos pretendem demonstrar a relativa inocuidade do amianto crisotila, particularmente quanto potencial carcinogênico. Tal controvérsia não constitui mero debate acadêmico, pois a tese das diferenças entre o crisotila e as outras modalidades de amianto seria a base para o não

⁴⁰⁴D'ACRI, V. Trabalho e saúde na indústria têxtil de amianto. **São Paulo em Perspectiva**, v. 17, n. 2, pp. 13-22, 2003.

⁴⁰⁵O amianto estava incluído pelo art. 569 da Tarifa de Alfândegas entre as mercadorias isentas de direitos de importação para consumo e demais taxas aduaneiras, e, segundo diversos precedentes firmados pelo STF, essa isenção abrangia a taxa de previdência social, conforme o art. 2º, letra “b”, do Decreto-lei nº 2.878, de 18.12.1940. Neste sentido, como exemplo, o RE 45998, Relator(a): Min. VICTOR NUNES, Segunda Turma, julgado em 11.07.1961, EMENT VOL-00475-01 PP-00600.

⁴⁰⁶PERETTI-WATEL, P. **La société du risque**. Paris: La Découverte, 2001, p. 28.

banimento completo do amianto. Essa tese foi apoiada fortemente pelos grandes exportadores de amianto crisotila, capitaneados pelo Canadá, porém, ao final da década de 1990, Alemanha, Arábia Saudita, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, França, Holanda, Inglaterra, Itália, Noruega, Nova Zelândia, Polônia, República Checa, Suécia e Suíça já tinha efetuado o banimento completo do amianto, enquanto os Estados Unidos trabalhavam na progressiva limitação de seu uso.⁴⁰⁷ A Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 126/1991, resguardou a proteção de direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente, exigindo que os Estados-partes condicionassem o uso do amianto ao progressivo desenvolvimento de materiais alternativos, e, constatada a existência e viabilidade de materiais substitutos ao crisotila, os Estados-partes deveriam dar preferência a esses substitutos.

O banimento total, entretanto, não foi a opção do legislador federal brasileiro. Ao aprovar a Lei do Amianto (Lei nº 9.055, de 01.06.1995), vedou-se completamente qualquer forma de *extração, produção, industrialização, utilização e comercialização da actinolita, amosita (asbesto marrom), antofilita, crocidolita (amianto azul) e da tremolita, variedades minerais pertencentes ao grupo dos anfibólios, bem como dos produtos que contenham estas substâncias minerais*. Também vedou a *pulverização (spray) de todos os tipos de fibras* e a *venda a granel de fibras em pó*, inclusive do tipo crisotila. Contudo, o legislador federal permitiu a extração, industrialização, utilização e comercialização do *asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas*, vedando para esse tipo de amianto apenas a *pulverização (spray)* e a *venda a granel de fibras em pó*.

A regulação federal do amianto provocou reações nos estados. O Estado de Mato Grosso do Sul editou a Lei estadual nº 2.210/2001, proibindo a fabricação, o ingresso, a comercialização de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, no território daquela unidade da federação. O Estado de São Paulo também banuiu o amianto de seu território através da Lei estadual nº 10.813/2001, reafirmada pela Lei estadual nº 12.684/2007. Semelhante iniciativa

⁴⁰⁷Sobre este debate, vide MENDES, R. Asbesto (amianto) e doença: revisão do conhecimento científico e fundamentação para uma urgente mudança da atual política brasileira sobre a questão. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 17, n. 1, pp. 07-29, 2001.

foi adotada pelo Estado de Pernambuco, através da Lei estadual nº 12.589/2004. Tais leis, entretanto, foram questionadas perante o STF, sob o argumento de invasão de competência da lei federal e de excessiva restrição a direitos fundamentais dos produtores de materiais à base do amianto.

O caso do amianto apresenta-se como um interessante exemplo para introduzir a problemática dos direitos fundamentais no Estado de risco. Ao passo que o conceito de segurança se expande no Estado de direito, os riscos sanitários, ambientais e, de modo geral, os que afetam sensivelmente a segurança da comunidade passam a justificar o surgimento de novos direitos fundamentais, com correspondentes deveres estatais de proteção.

Por outro lado, esse movimento de expansão de direitos fundamentais e deveres estatais de proteção inevitavelmente geram restrições e colisões em relação a outros direitos fundamentais, que precisam ser controladas constitucionalmente. O argumento de proteção e segurança em face dos riscos pode inclusive dar margem à criação de estados de vigilância⁴⁰⁸ e exceção, o que reflete uma paradoxal afronta ao próprio Estado constitucional de direito. O Estado de risco, portanto, precisa estar associado a uma teoria que evite a restrição indevida dos direitos fundamentais e a violação da dignidade humana.

Este capítulo aborda como os riscos interagem com o sistema constitucional de direitos fundamentais. Expõe-se como os riscos passam a justificar novos direitos fundamentais, especialmente aqueles ligados a deveres de proteção por parte do Estado, exigindo não somente modelos de reparação, mas também de prevenção e precaução contra as ameaças aos bens prestigiados pela Constituição, ameaças estas que podem ser provocadas tanto pelo Estado quanto por terceiros. Analisa-se, igualmente, como os riscos podem ser utilizados para justificar restrições a direitos fundamentais, em razão de colisão com outros direitos fundamentais ou bens jurídicos da comunidade, e qual a metodologia a ser aplicada no procedimento de restrições. Por fim, discute-se a possibilidade de o discurso do risco ser utilizado para afastar limitações constitucionais e legais à restrições de direitos fundamentais, gerando um estado de exceção permanente.

⁴⁰⁸Vide LOCHAK, D. **Les droits de l'homme**. 3^a ed. Paris: la Découverte, 2009, p. 108.

5.2

Riscos como fundamento de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são a marca do constitucionalismo contemporâneo. Eles constituem, como destacou Ingo Sarlet, “construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade bem o demonstra a trajetória que levou à sua gradativa consagração no direito internacional e constitucional”, não havendo Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais de direitos humanos ou reconhecido um núcleo de direitos fundamentais em sua Constituição.⁴⁰⁹

Afirma-se que os direitos fundamentais adquirem esse status enquanto direitos positivados em uma ordem jurídica constitucional. Com a positivação, incorporam-se à ordem jurídica constitucional os direitos considerados naturais e inalienáveis dos indivíduos, daí resultando o reconhecimento de consequências no âmbito do direito. Não se trata, porém, de uma positivação qualquer, mas a constitucionalização do direito, subtraindo seu reconhecimento e garantia da disponibilidade do legislador ordinário, sujeitando os atos legislativos e administrativos ao controle constitucional, normalmente pela via judicial.⁴¹⁰

Isto, porém, não reduz as controvérsias sobre o que deve ser considerado um direito fundamental, quais são os seus fundamentos ou justificação e, principalmente, como resolver os crescentes conflitos entre esses direitos.

Considerados como vínculos que “condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado constitucional de Direito”,⁴¹¹ os direitos fundamentais possuem aplicabilidade direta, impondo-se aos poderes executivo, legislativo⁴¹² e judiciário,⁴¹³ e, em certa medida, às pessoas e entidades

⁴⁰⁹SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 23.

⁴¹⁰Neste sentido, vide CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 375–376.

⁴¹¹SARLET, I. W., **A eficácia dos direitos fundamentais...**, op. cit., p. 65.

⁴¹²“A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta, portanto, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância”. STF. HC 91386/BA Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19.02.2008, DJe-088 Pub. 16.05.2008, RTJ VOL-00205-01, p. 0322.

⁴¹³“Se se admite, como expressamente estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes e que a decisão judicial deve observar a Constituição e a lei, não é difícil compreender que a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum

privadas.⁴¹⁴

Portanto, a expansão dos direitos fundamentais tem o potencial de aumentar a garantia dos cidadãos contra abusos do poder estatal, político ou econômico, mas também pode abrir a porta para que tribunais constitucionais se engajem politicamente na criação do direito, avançando sobre a competência dos órgãos democráticos e quebrando a lógica da separação de poderes.⁴¹⁵ A força expansiva dos direitos fundamentais pode dar margem a um “totalitarismo constitucional”,⁴¹⁶ subtraindo da comunidade política um importante espaço de decisão, e, por outro lado, pode contribuir para a multiplicação das colisões de direitos fundamentais.⁴¹⁷ Por isso, além da positivação e da constitucionalização, é preciso atentar para a nota de fundamentabilidade dos direitos que aspiram à posição de “elementos constitutivos da legitimidade constitucional”.⁴¹⁸

Na compreensão dos direitos fundamentais, muitas vezes se utilizam compreensões meramente formais.⁴¹⁹ Concepções formais são aquelas que procuram retirar exclusivamente do direito positivo, notadamente do direito constitucional positivo, a nota de fundamentabilidade de um direito. Os direitos fundamentais, segundo esta concepção, seriam aqueles assim declarados pelo direito positivo constitucional em um determinado ordenamento jurídico, independentemente de seu conteúdo.⁴²⁰

direito individual específico, pelo menos o princípio da legalidade.” STF. STA 235/RO, Relator(a): Min. Presidente, Julgado em 05.05.2008, Dje-085, Pub. 13.05.2008.

⁴¹⁴CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., pp. 435–446.

⁴¹⁵Cf. HABERMAS, J. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Tradução William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1998, p. 253.

⁴¹⁶BÖCKENFÖRDE, E. W. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000, p. 43.

⁴¹⁷Vide NOVAIS, J. R. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 85.

⁴¹⁸CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., p. 376. Sobre a fundamentabilidade das normas de direitos fundamentais, vide, também, ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução Carlos Bernal Pulido. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 461–463.

⁴¹⁹Sobre este tópico, conferir a nossa obra MAURICIO JR., A. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Forum, 2009, pp. 34–38.

⁴²⁰Esta, por exemplo a é a posição de Luigi Ferrajoli. Sua definição de direitos fundamentais é formal ou estrutural, tendo em vista que não depende da natureza dos interesses e necessidades tutelados mediante seu reconhecimento como direitos fundamentais, e se baseia unicamente no caráter “universal” de sua imputação. Assim, direitos classicamente universais como a liberdade pessoal ou os direitos políticos poderiam virtualmente ser alienáveis – como nas sociedades escravocratas – perdendo sua característica de universalidade e, portanto, sua fundamentabilidade. Por outro lado, direitos absolutamente fúteis, tais como o direito a fumar, poderiam ser considerados direitos fundamentais se assim fossem estabelecidos pelo direito positivo. Para Ferrajoli, a vantagem dessa definição é ser válida para qualquer ordenamento, pois prescinde das

Distinguem-se os direitos fundamentais em sentido meramente formal das concepções que tomam por base sentidos formais e materiais. Conforme Canotilho, direitos fundamentais em sentido meramente formal são aqueles “que só pelo fato de se beneficiarem da positivação constitucional merecem a classificação de constitucionais (e fundamentais), mas seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental”. Em contraposição, os direitos fundamentais em sentido formal e material seriam aqueles “direitos subjetivamente conformadores de um espaço de liberdade de decisão e de autorrealização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjetividade pessoal”.⁴²¹

Os direitos fundamentais, embora façam parte do ordenamento positivo, possuem uma dimensão moral e uma especial carga de eticidade como instâncias fundadoras da dimensão juspositiva.⁴²² Isto não significa que a positivação seja irrelevante para os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais têm sua origem no campo da moralidade, mas, se eles não obtiverem a proteção do Estado através da positivação, dificilmente terão a força necessária para conduzir a vida social na direção dos objetivos morais que os inspiraram. Eles são, conforme Peces-Barba Martinez, “o ponto de encontro entre a concepção de moralidade social que é corrente no mundo moderno – uma moralidade humanista de liberdade e igualdade – e o aspecto político da concepção [...] de democracia pluralista, o estado de direito”,⁴²³ possuindo, segundo Canotilho, uma dimensão moralmente reflexiva:⁴²⁴

não porque os direitos fundamentais consagrados nas Constituições se reconduzam a simples expressões de direitos morais, mas porque o discurso jurídico do Estado de direito constitucional centrado no catálogo de direitos fundamentais transporta uma consciência moral, uma explicação da ordem social integrada, composta e diferenciada em várias (1) ordens parciais universais (2) que têm como base material práticas sociais solidamente radicadas; (3) que, por sua vez, geram teoria

circunstâncias de fato, e dessa forma tem o valor de uma definição pertencente à teoria geral do direito, sendo válida qualquer que seja a filosofia jurídica ou política que se professe. Trata-se, portanto, de uma definição ideologicamente neutra. FERRAJOLI, L. Derechos fundamentales. In: CABO, A.; PISARELLO, G. (Orgs.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli. Debate com Culca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori, Annta Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo.** Madrid: Trotta, 2001, pp. 19-56.

⁴²¹CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., p. 404.

⁴²²HERRERA, C. **Qué son y cuales son los derechos fundamentales?** Santa Fe de Bogota: Editorial Temis, 1999, p. 36.

⁴²³PECES-BARBA MARTINEZ, G. Fundamental rights: between morals and politics. **Ratio Juris**, v. 14, n. 1, pp. 64-74, 2001.

⁴²⁴CANOTILHO, J. J. G. **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 125–126.

de reflexão racionalizadoras e controladoras dessas práticas.

A conexão entre moral e positivação dos direitos fundamentais reconduz a justificação desses direitos a teorias sobre a justiça e suas concepções. Contudo, a busca por uma justificação dos direitos fundamentais não pode se apartar do caráter histórico que lhes é imanente. Os direitos fundamentais são um “conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido em um determinado contexto histórico”, o que explica o fenômeno de proclamação, modificação e até o desaparecimento de certos direitos fundamentais ao longo do tempo.⁴²⁵

A literatura constitucional costuma narrar a “evolução”⁴²⁶ ou “afirmação histórica”⁴²⁷ dos direitos fundamentais em gerações.⁴²⁸ A primeira corresponderia aos direitos de liberdade, tomando por base o homem individualmente considerado e exigindo abstenções do Estado. A segunda, aos direitos sociais, exigindo do Estado prestações materiais. Em seguida, direitos de terceira geração, de titularidade difusa ou coletiva, visando não somente à proteção do homem, isoladamente, mas de grupos, coletividades e, digamos assim, das próprias gerações futuras. Esta é uma narrativa que vem sendo adotada nas decisões do STF.⁴²⁹ A própria doutrina, contudo, tem procurado enfatizar que essa progressão e expansão dos direitos fundamentais não significa a superação ou o abandono daqueles direitos reconhecidos historicamente em época mais remota, acentuando

⁴²⁵MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 231–232.

⁴²⁶PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; LIESA, C. F.; CASCÓN, A. L.; ROIG, R. DE A. **Curso de derechos fundamentales: Teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999, pp. 145–204.

⁴²⁷COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁴²⁸Conferir, por todos, MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G., **Curso de direito constitucional...**, op. cit., pp. 223–224.

⁴²⁹“Neste contexto, e tal como enfatizado por esta Suprema Corte (RTJ 164/158-161), impende destacar, na linha desse processo evolutivo, dos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, e que realçam o princípio da liberdade. Os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), de outro lado, identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, pondo em relevo, sob tal perspectiva, o princípio da igualdade. [...] Os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível”. STF, ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03.02.2006, p. 00014 (grifos do original excluídos).

o caráter de “unidade e indivisibilidade” dos direitos fundamentais.⁴³⁰ Deve-se ter conta que o processo histórico dos direitos fundamentais não é linear, e a ideia de gerações apenas destaca “momentos de conscientização dos direitos do homem”, sendo mais correto falar em “dimensões” ao se analisar o conjunto dos direitos fundamentais.⁴³¹

Tomando em conta essas características dos direitos fundamentais – direitos positivados na constituição, justificados em fundamentos ético-morais e referidos à compreensão ligada ao momento histórico – não é difícil compreender a afirmação de direitos fundamentais ligados aos problemas da sociedade de riscos.

Dentre os novos direitos fundamentais afirmados na sociedade de risco, especial atenção é dada aos direitos de proteção ao meio ambiente. Constituições promulgadas ou modificadas a partir da década de 1970 tendem a mostrar preocupação com os danos ao meio ambiente e o crescimento descontrolado, incorporando elementos próprios do Estado de risco. A Constituição Sul-africana de 1996, por exemplo, consagrou que todos possuem o direito a um meio ambiente que não seja prejudicial à sua saúde e bem-estar, bem como o direito à proteção do meio ambiente para as gerações presentes e futuras, garantindo-se um desenvolvimento ecologicamente sustentável ao mesmo tempo em que se promove a justiça social.⁴³² A Constituição espanhola de 1978 prevê que todos têm o direito de desfrutar de um meio ambiente adequado, bem como o dever de protegê-lo.⁴³³ Na França, a proteção ao meio ambiente passou a ter assento constitucional com a Carta Ambiental de 2004.⁴³⁴ No Brasil, a Constituição de

⁴³⁰MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G., **Curso de direito constitucional...**, op. cit., p. 224.

⁴³¹CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., pp. 378–385.

⁴³²ÁFRICA DO SUL. Constitution of the Republic of South Africa, 1996. Disponível em <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm>>. Acesso em 05 out.2008. Art. 24: “Everyone has the right to an environment that is not harmful to their health or well-being; and to have the environment protected, for the benefit of present and future generations, through reasonable legislative and other measures that prevent pollution and ecological degradation; promote conservation; and secure ecologically sustainable development and use of natural resources while promoting justifiable economic and social development.”

⁴³³ESPAÑA. Constitución española. Disponível em <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>. Acesso em 15.04.2011. Artículo 45. “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

⁴³⁴FRANÇA. L'ASSEMBLÉE NATIONALE. Constitution du 4 octobre 1958. Charte de l'environnement de 2004. Disponível em http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#charte_environnement. Acesso em 20 jan. 2011. “Article 1er Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.

1988 também reconheceu expressamente o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.⁴³⁵

Direitos fundamentais ambientais possuem uma estreita conexão com os problemas levantados pela preocupação com os riscos produzidos na sociedade contemporânea, inclusive com os riscos provenientes da busca do crescimento socioeconômico para atender os problemas da primeira fase da sociedade industrial. Conforme Nicolas de Sadeleer, “o conceito de risco se tornou o conceito ativador do moderno direito ambiental”.⁴³⁶ Além das exigências de solidariedade que fundamentam os direitos sociais, econômicos e culturais, os direitos fundamentais ambientais, afirmados historicamente em uma sociedade preocupada com os riscos, estendem os argumentos de justificação para estabelecer elementos de solidariedade intergeracional.⁴³⁷

Típicos do Estado de risco, os direitos constitucionais ambientais captam, no âmbito dos direitos fundamentais, a transformação do conceito de segurança nas constituições jurídicas. Nesses direitos, não está em jogo, em primeiro plano, a garantia da liberdade e da propriedade frente a intervenções estatais, ou o fornecimento de prestações materiais necessárias ao desenvolvimento e subsistência com dignidade das pessoas. Direitos fundamentais ambientais se encaixam no conceito mais abrangente de segurança do Estado de risco, tendo como referente os riscos criados pelo impacto das tecnologias desenvolvidas pela própria humanidade.

Contudo, direitos fundamentais ambientais não são os únicos que incorporam esse novo conceito de segurança em sua justificação. A defesa do consumidor frente aos novos riscos tecnológicos é um dever constitucional do

Article 2 Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement.”

⁴³⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art 225,

⁴³⁶SADELEER, N. DE. **Environmental principles: from political slogans to legal rules**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 3.

⁴³⁷Conforme voto do Min. Celso de Mello na AC 1255/RR, “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. [...] Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. STF. AC 1255 MC /RR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, decisão monocrática, julgado em 16.06.2006, publicado em DJ 22.06.2006, p. 00005.

Estado e um dos princípios da ordem econômica.⁴³⁸ Também a demanda por segurança nos alimentos, medicamentos, procedimentos ou qualquer outra tecnologia que pode trazer riscos à saúde da população impõe ao Estado deveres constitucionais,⁴³⁹ com correspondentes direitos fundamentais dos cidadãos.

Mesmo direitos fundamentais clássicos, como o direito à intimidade e à privacidade, adquirem novo matiz frente aos novos recursos tecnológicos. Na Espanha, por exemplo, o art. 18.4 da Constituição determina que a lei limite o uso da informática para garantir a honra e a intimidade dos cidadãos.⁴⁴⁰

A preocupação com os riscos produzidos socialmente surge, portanto, como nova fonte de justificação, afirmação e expansão de direitos fundamentais. A segurança frente aos riscos passa a moldar uma nova dimensão dos direitos fundamentais, impondo a releitura dos dispositivos constitucionais que estabelecem direitos e deveres aos cidadãos e ao Estado.

5.3

Riscos tecnológicos e as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

5.3.1

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser – e normalmente são – compreendidos teoricamente através da estrutura de direitos subjetivos, descrita através do binômio direito-dever ou mediante posições individuais protegidas pelo

⁴³⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art 5º, XXXII - “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor”.

⁴³⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Art. 200. “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; [...] VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

⁴⁴⁰ESPAÑA. Constitución española, cit. Artículo 18. 4. “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

ordenamento jurídico – direitos, liberdades, poderes e imunidades – ordenadas em um modelo de opostos e correlativos.⁴⁴¹

O reconhecimento da dimensão subjetiva de um direito fundamental possui grande importância, pois seu caráter vinculativo e, por decorrência, sua sindicabilidade perante os tribunais, ganha maior efetividade.⁴⁴² Reconhecido como um direito subjetivo, o direito fundamental pode ser exigido de forma individualizada, de forma singular ou por um grupo de indivíduos. Não se deve confundir, porém, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais com os direitos fundamentais individuais clássicos. Ou seja, direitos de “novas gerações”, como os direitos sociais, também possuem dimensão subjetiva.

Os direitos fundamentais que se afirmam na sociedade de riscos igualmente possuem dimensão subjetiva, muito embora seja comum demonstrarem natureza difusa, coletiva ou transindividual. Nisto não há qualquer conflito, pois diferentes normas de direitos fundamentais podem ser extraídas de um mesmo enunciado normativo.⁴⁴³ Por exemplo, do enunciado do art. 196 da Constituição de 1988 pode-se extrair o direito fundamental ao fornecimento de um remédio para o tratamento de saúde, como também o direito ao desenvolvimento de políticas públicas para a regulação e controle de medicamentos.

Sob a forma de direitos subjetivos, direitos fundamentais ligados aos problemas dos riscos tecnológicos podem manifestar-se através do instituto da responsabilidade. A responsabilidade civil entre particulares ou mesmo a responsabilidade objetiva dos entes públicos não é novidade trazida pelo

⁴⁴¹Vide ALEXY, R., **Teoria de los derechos fundamentales...**, op. cit., pp. 151–218.

⁴⁴²No direito constitucional brasileiro, um exemplo que era apontado para marcar a inaplicabilidade imediata de direitos fundamentais, e, portanto, sua não sindicabilidade através do judiciário, foi o do direito de greve pelos servidores públicos. Em seus primeiros precedentes, o STF considerou que a norma prevista no art. 37, VII, da CF/1988, sem regulamentação legal, não era suficiente para definir um direito fundamental subjetivo auto-aplicável: “A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional”. STF, MI 20, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19.05.1994, DJ 22.11.1996 p. 45690. Este precedente foi revertido no julgamento do MI 670, muito embora tenha criado, por analogia, restrições ao direito fundamental de greve dos servidores. Vide STF, MI 670/ES, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25.10.2007, DJe-206 pub. 31.10.2008.

⁴⁴³Vide ALEXY, R., **Teoria de los derechos fundamentales...**, op. cit., pp. 31–38.

desenvolvimento de uma teoria constitucional dos direitos fundamentais e antecede compreensões de sociedade ligadas aos riscos tecnológicos. Contudo, a preocupação com os riscos tecnológicos acentuou os modelos de responsabilidade “sem culpa”,⁴⁴⁴ tanto dos particulares quanto do Estado.

Ícone da sociedade de riscos, a exploração da energia nuclear exemplifica essa mutação do conceito de responsabilidade na Constituição de 1988, quando esta prevê que “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”.⁴⁴⁵ Verifica-se, portanto, uma generalizada tendência à objetivação da responsabilidade na sociedade de risco,⁴⁴⁶ não somente nas relações entre Estado e cidadãos, mas também entre particulares.

Um exemplo interessante, extraído do direito norte-americano, foi debatido no caso *Wyeth v. Levine*.⁴⁴⁷ Diana Levine, musicista profissional em Vermont (EUA), visitou sua clínica local para o tratamento de uma enxaqueca em abril de 2007. Ela recebeu uma injeção intramuscular dos medicamentos Demerol e Pherengan, porém, como a medicação não surtiu efeito, Levine voltou para nova aplicação. Desta vez, as drogas foram injetadas de forma intravenosa, e, por conta deste procedimento, o Phenergan entrou acidentalmente em contato com o sangue arterial de Levine, provocando gangrena. Os médicos tiveram que amputar sua mão direita, e, posteriormente, todo seu antebraço. No rótulo do Phenergan não havia referência aos problemas que eventualmente poderiam ocorrer se utilizada a aplicação intra-venosa do medicamento.

Levine processou a empresa Wyeth, fabricante do Phenergan, argumentando que a aplicação intravenosa dessa droga envolvia riscos que não estavam devidamente apontados no rótulo do produto. A Corte de Vermont acatou esse argumento, condenando a compensar Levine pela amputação de seu braço, mas a

⁴⁴⁴“Dans l’évolution récente vers une plus grande socialisation du risque, les frontières entre la responsabilité fondée sur la faute et la responsabilité sans faute se sont déplacées. [...] La socialisation du risque n’implique pas de fait la disparition de la notion de faute, ni celle de responsabilité. Elle répond, souvent, à un besoin d’indemnisation rapide de la victime, sans exclure les actions récursoires contre les auteurs du dommage. Sous peine de déresponsabilisation, la question se pose plus généralement de la place que doit garder ou reprendre la responsabilité dans les systèmes de couverture de risques”. 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, p. 205.

⁴⁴⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 21, XXIII, “d”.

⁴⁴⁶PARDO, J. E. **Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental**. Barcelona: Ariel, 1999, p. 182.

⁴⁴⁷EUA. Supreme Court of the United States. *Wyeth v. Levine*. 555 U.S. ____ (2009). Docket nº 06-1249. Disponível em <http://www.supremecourtus.gov/opinions/08pdf/06-1249.pdf>. Acesso em 30 nov. 2009.

empresa recorreu à Suprema Corte dos EUA, alegando que a agência federal responsável pela regulação daquela matéria – a *Food and Drug Administration* (FDA) – considerou os avisos no rótulo do Pherengan suficientes para esclarecer os consumidores sobre os riscos de sua utilização. A Suprema Corte manteve a decisão de Vermont, afirmando que a regulação efetuada pela FDA não isenta as companhias farmacêuticas de responsabilidade, já que “os fabricantes possuem superior acesso às informações sobre seus produtos, especialmente na fase pós-comercialização, à medida que novos riscos emergem”.

No Brasil, o STJ teve a oportunidade de analisar caso semelhante no RESP 60129. Nesta ação, o autor requereu indenização em razão de alterações físicas provocadas por medicamento comercializado pela empresa Syntex. O remédio, contendo substância à base de talidomida, foi ingerido pela mãe do autor durante sua gestação, provocando o conjunto sintomático conhecido por “Síndrome de Talidomida”. A empresa discutia no recurso que a responsabilidade seria da União, pois o remédio recebera licença de comercialização. O STJ, contudo, decidiu que “a licença de fabricação e comercialização, em tais casos, concedida à vista das informações de pesquisa fornecidas pelo próprio laboratório e, assim, a via regressiva corresponderá a *venire contra factum proprium*”.⁴⁴⁸

Note-se, quanto ao caso da talidomida, que a União assumiu parte da responsabilidade pelos riscos assumidos na liberação de medicamentos contendo aquela substância. Primeiro, com a concessão de pensão especial aos portadores da deficiência física conhecida como “Síndrome da Talidomida”.⁴⁴⁹ Posteriormente, com a concessão de indenização por dano moral a esses portadores de deficiências decorrentes do uso da talidomida.⁴⁵⁰ Com essas duas iniciativas, o legislador federal procurou concretizar direitos fundamentais subjetivos ligados aos riscos tecnológicos.

Por outro lado, os riscos tecnológicos e as incertezas científicas que os cercam tornam o instituto da responsabilidade civil insuficiente para a proteção de direitos fundamentais, gerando pretensões subjetivas que vão além da reparação

⁴⁴⁸STJ, REsp 60.129/SP, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20.09.2004, DJ 16.11.2004, p. 27.

⁴⁴⁹BRASIL. Lei nº 7.070, de 20.12.1982. Dispõe sobre pensão especial para os deficientes físicos que especifica e dá outras providências. DOU de 21.12.1982.

⁴⁵⁰BRASIL. Lei 12.190, de 13.01.2010. Concede indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida, altera a Lei no 7.070, de 20 de dezembro de 1982, e dá outras providências. DOU de 13.1.2010.

de danos. Direitos fundamentais relacionados aos riscos tecnológicos podem sustentar pretensões de sustação de atividades potencialmente danosas ao meio ambiente, à saúde ou à segurança, ou ainda medidas preventivas de adequação dessas atividades a um nível considerado tolerável dos riscos.

5.3.2

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Ao lado da dimensão subjetiva, os direitos fundamentais também possuem o que se convencionou chamar de dimensão objetiva, existindo entre ambas uma relação de remissão e complementaridade.⁴⁵¹

A noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs, parte da premissa de que os direitos fundamentais passam a ser considerados no constitucionalismo contemporâneo como fundamentos da ordem jurídica, impregnando todo o sistema jurídico. Com esse status, as normas de direitos fundamentais não somente conferem posições jurídicas subjetivas aos seus titulares, mas também “emanam diretivas constitucionais para toda a atuação do poder político”.⁴⁵²

De acordo com Ingo Sarlet, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais já encontrava desenvolvimentos na doutrina do primeiro pós-guerra, mas o impulso decisivo no seu reconhecimento veio com a Lei Fundamental alemã de 1949 e a frequentemente citada decisão do Tribunal Constitucional alemão no caso *Lüth*. Com esta decisão, ficou consignado que os direitos fundamentais não se limitam aos direitos de defesa frente aos poderes públicos, mas, além disso, “constituem decisões de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”.⁴⁵³

A dimensão objetiva confere às normas de direitos fundamentais uma função autônoma que transcende a perspectiva subjetiva. A perspectiva objetiva desencadeia uma “eficácia dirigente” em relação aos órgãos estatais, incumbindo-lhes da permanente concretização e realização dos direitos fundamentais. Ao

⁴⁵¹MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G., **Curso de direito constitucional...**, op. cit., p. 256.

⁴⁵²NOVAIS, J. R., **As restrições aos direitos fundamentais...**, op. cit., pp. 59–66.

⁴⁵³SARLET, I. W., **A eficácia dos direitos fundamentais...**, op. cit., pp. 146–147.

mesmo tempo, provoca uma “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais, fornecendo orientações para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional e apontando para a necessidade de uma “interpretação conforme” aos direitos fundamentais.⁴⁵⁴

Associados à dimensão objetiva, dois importantes desdobramentos merecem a atenção na investigação dos direitos fundamentais em uma sociedade de riscos: os deveres de proteção contra os riscos e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

5.4

Riscos e os direitos fundamentais a ações positivas do Estado

5.4.1

A sistematização dos direitos fundamentais

As posições jurídicas fundamentais se dividem em liberdades, competências e *direitos a algo*. Os *direitos a algo* têm uma estrutura básica de três elementos – o titular do direito, o destinatário do direito e o objeto do direito – e, de acordo com o conteúdo que cada um desses elementos pode adotar, os direitos fundamentais *a algo* se dividem em direitos a ações negativas e direitos a ações positivas. Os direitos a ações negativas, ou direitos de defesa do cidadão frente ao Estado, são aqueles destinados a assegurar a esfera de liberdade do indivíduo frente ao Estado, equivalendo ao status negativo de Jellinek. Subdividem-se em direitos ao não impedimento de ações, direitos à não afetação de propriedades e situações e direitos à não eliminação de posições jurídicas. Os direitos a ações positivas, por sua vez, podem ser divididos em dois grupos: os que envolvem uma ação positiva fática – ou direitos a prestações – e aqueles cujo objeto é uma ação normativa, ou direitos a atos estatais de criação de normas.⁴⁵⁵

Nesta divisão, sem descuidar da relevância dos demais tipos de direitos fundamentais, especial atenção é dada aos chamados direitos prestacionais. Direitos prestacionais são todos aqueles direitos a um ato positivo, ou seja, a uma ação do Estado, sendo, portanto, a contrapartida exata dos direitos de defesa, que equivalem a uma ação negativa (omissão) por parte do Estado. Os direitos a

⁴⁵⁴SARLET, I. W., *A eficácia dos direitos fundamentais...*, op. cit., pp. 148–152.

⁴⁵⁵ALEXY, R., *Teoria de los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 163–173.

prestações poderiam ser divididos em:⁴⁵⁶

a) direitos a proteção – direitos do titular de direito fundamental frente ao Estado para que este o proteja da intervenção de terceiros;

b) direitos a organização e procedimento – equivalentes ao *status activus processualis* de Häberle, que teriam como objeto: competências de direito privado, procedimentos judiciais e administrativos (procedimentos em sentido estrito), organização em sentido estrito e formação da vontade estatal; e

c) direitos a prestações em sentido estrito ou direitos sociais fundamentais, que seriam direitos frente ao Estado a algo que, se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente, poderia obtê-lo também de particulares.

Esta sistematização não é isenta de críticas. A literatura dos direitos fundamentais aponta divergências quanto à nomenclatura e ao conteúdo das categorias de direitos fundamentais resumida nos parágrafos anteriores, mas, ao mesmo tempo, registra uma virtual convergência dos direitos fundamentais em dois grandes grupos – direitos de defesa e direitos a prestações.⁴⁵⁷ Também não se pode confundir, com essa a classificação, que os enunciados constitucionais relativos a direitos fundamentais restringem-se a um tipo específico de direito fundamental. O direito à vida, por exemplo, pode tanto gerar pretensões ligadas a direitos de defesa quanto aos variados tipos de direitos a prestações. Guardadas estas ressalvas, este esquema é útil para o estudo e sistematização dos direitos fundamentais, e a análise que se fará a seguir toma por base essa classificação para delinear como os riscos influenciam a configuração dos direitos fundamentais a prestações.

5.4.2 Direitos a proteção em face dos riscos

Os direitos de proteção, que conferem ao seu titular pretensões para que o Estado o proteja de intervenções de terceiros, podem ter diversos objetos. Desde a clássica proteção da vida e do corpo contra a morte violenta ou a agressão,

⁴⁵⁶Vide ALEXY, R., *Teoria de los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 383–460.

⁴⁵⁷Conferir, neste sentido, SARLET, I. W., *A eficácia dos direitos fundamentais...*, op. cit., pp. 168–175. GOUVÊA, M. M. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, pp. 11–12.

presentes na justificação do Estado liberal, até a proteção contra os riscos dos desenvolvimentos tecnológicos recentes, como a exploração da energia nuclear para fins pacíficos e o lançamento de novos remédios e produtos no mercado consumidor. Nesse espectro, não somente a vida é objeto de proteção, mas todos os valores relevantes sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, como a família, a dignidade humana, a propriedade e a liberdade em seus diferentes matizes. Assim como são variados os objetos de proteção, também são diversas as formas pela qual o Estado pode garantir a proteção dos valores fundamentais da comunidade jurídica. A proteção estatal abarca a criação de normas de direito penal e processual, bem como normas de responsabilidade civil, de procedimentos administrativos e judiciais e ações fáticas, as quais, por sua vez, podem gerar pretensões subjetivas em razão do Estado, ou mesmo demandas de proteção em razão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.⁴⁵⁸

Os direitos à proteção estatal podem derivar, deste modo, dos mais diversos enunciados constitucionais de direitos fundamentais e, não raramente, são extraídos da combinação de alguns desses enunciados. O direito de proteção estatal contra o uso de substâncias tóxicas – o amianto, por exemplo – pode ser extraído tanto do enunciado que impõe o dever de proteção ao meio ambiente quanto daquele que afirma ser dever do Estado garantir a saúde através de políticas que reduzam os riscos de doenças e de outros agravos.⁴⁵⁹ O controle do desenvolvimento e utilização de organismos geneticamente modificados – como é o caso dos alimentos transgênicos – pode ser justificado pelos dispositivos constitucionais que garantem direitos à alimentação, à segurança e à saúde,⁴⁶⁰ e ao meio ambiente equilibrado.

Pode-se afirmar que os direitos de proteção estão entre os que primeiro se afirmam cronologicamente no Estado de direito, presentes até no “Estado guardanoturno”, que teria a “obrigação de salvaguardar, na medida do possível, todos os membros da própria nação contra agressões ilegais de seus concidadãos”.⁴⁶¹ Mas, no Estado de risco, os direitos de proteção alcançam nova significação e

⁴⁵⁸ALEXY, R., **Teoria de los derechos fundamentales...**, op. cit., pp. 398–403. Segundo Alexy, “los derechos de protección pueden tener como objeto cosas muy diferentes. El espectro se extiende desde la protección de tipo clásico, frente al homicidio, hasta la protección frente a los peligros del uso pacífico de la energía atómica”. Ibidem, p. 398.

⁴⁵⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Arts. 196 e 225.

⁴⁶⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 6º.

⁴⁶¹ZIPPELIUS, R. **Teoria geral do estado**. Tradução Karin P. Coutinho. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 377–379.

importância, dividindo as atenções com as questões levantadas pelos direitos prestacionais em sentido estrito.

Sob a ótica do Estado social, preocupado prioritariamente com problema da escassez,⁴⁶² o ponto central dos debates a respeito da eficácia dos direitos fundamentais residia na configuração e no alcance dos direitos a prestação em sentido estrito ou direitos fundamentais sociais, sua exibibilidade frente às restrições orçamentárias e limitações da sindicabilidade judicial em uma sociedade democrática.⁴⁶³ Sem menosprezar a importância desse debate, observa-se uma crescente preocupação, tanto na literatura constitucional quanto nas decisões dos tribunais, com as obrigações de proteção estatal dos direitos fundamentais, independentemente da “geração” a que pertençam. Este desenvolvimento está associado aos problemas do Estado de risco, manifestando-se em questões que vão do terrorismo internacional ao fumo em locais públicos, das experiências genéticas aos questionamento do uso do amianto, do aquecimento global à energia nuclear. Como afirma Gabriel Pascual,⁴⁶⁴

Puede afirmarse *grosso modo* que los derechos a la protección estatal constituyen los derechos fundamentales típicos de la sociedad del riesgo en la cual se dice que vivimos. Serían el precipitado jurídico-subjetivo del “Estado-preventivo”, del “Estado-precaución”, del “Estado ambiental”, al igual que los derechos defensivos, políticos y sociales lo han sido respectivamente del Estado de Derecho, democrático y social”.

A transformação dos deveres de proteção acompanhou a alteração das relações entre Estado e segurança, já apontadas neste trabalho.⁴⁶⁵ Huber, analisando essa transformação na Alemanha, aponta que desde a formação do Estado moderno, a proteção dos cidadãos contra perigos e riscos sempre esteve na base da justificação da estatalidade. A diferença é que na concepção liberal de estatalidade a atuação estatal justificava-se apenas frente à existência de um “perigo” - assim definido como a situação na qual a violação da ordem e da segurança pública, com significativa probabilidade, é iminente. Diante de uma situação de perigo, o Estado estava legitimado a agir, não somente através da

⁴⁶²Vide AMARAL, G. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴⁶³Sobre este ponto, conferir MAURICIO JR., A., **A revisão judicial das escolhas orçamentárias...**, op. cit.

⁴⁶⁴PASCUAL, G. D. **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos: el derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 30.

⁴⁶⁵Vide capítulo 3.

edição de atos normativos, mas também, e principalmente, mediante o uso do poder de polícia administrativa. Por outro lado, não se configurando o perigo concreto (*Gefahr*) ou pelo menos o perigo presumido (*Gefahrenverdacht*), estava fechada a porta para atuação estatal protetiva. Na Alemanha pós-guerra, um caso que se tornou exemplar foi o chamado “*Apotheken – Urteil*”, de 1958, em que a Corte Constitucional anulou uma lei da Bavária que limitava o número de farmácias para preservar a lucratividade das já existentes. Como se tratava de uma restrição à liberdade de profissão, e considerando que não havia perigo presente ou iminente à saúde pública ou outro bem público, a Corte entendeu que a lei bávara violava o art. 12.1 da Lei Fundamental de 1949.⁴⁶⁶

No entanto, como assinala Huber, o desenvolvimento dos problemas sociais colocou o dever de proteção estatal frente a novos desafios. Os maiores problemas ocorrem quando não há probabilidade, experiência ou conhecimento científico suficientes para a decisão sobre a existência de um perigo, e não existe uma previsão razoável de tempo para quando esse conhecimento estará disponível. Quando o Estado se confronta com potenciais danos à saúde decorrentes de conservantes, drogas, exposição a radiações e outras fontes de perigo, por exemplo, as decisões estatais se desenvolvem com base em riscos e, portanto, são denominadas “decisões de risco”. Nessa linha a atuação estatal é voltada à diminuição da probabilidade de que certos bens jurídicos sofram danos até um limite do “risco residual inerente” (*Restrisiko*).⁴⁶⁷

Sob esse novo enfoque, ocorre a partir de 1975 o que Huber chama de a descoberta do dever de proteção (*Schutzpflichten*). Quando a população conscientizou-se dos riscos produzidos internamente na sociedade – como a poluição ambiental, os riscos da energia nuclear, terrorismo e outras ameaças – tornou-se claro que a vida, a liberdade e a propriedade não eram ameaçadas somente pelo Estado, mas também pelas atividades de outros cidadãos e empresas. A doutrina jurídica, então, aperfeiçoou o dever de proteção, sustentando que o Estado não estava somente obrigado a reagir aos perigos externos, mas também assumia o dever – e legitimava-se – a evitar toda sorte de riscos. Da proteção dos nascituros no caso do aborto, às vítimas de sequestro por terroristas, aos vizinhos

⁴⁶⁶HUBER, 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.

⁴⁶⁷HUBER, P. M., Risk decisions in German constitutional and administrative law..., op. cit.

das instalações nucleares, o dever de proteção foi continuamente reafirmado, exigindo-se a ação do Estado para que os riscos fossem minimizados até o limite do “risco residual inerente”. Do dever de proteção aos riscos, desenvolve-se a legitimação da legislação social e ambiental, bem como o princípio da precaução.⁴⁶⁸

O que se observa, então, com a transição para um sistema constitucional preocupado com os riscos, é a expansão dos direitos fundamentais de proteção, com a correspondente ampliação dos deveres de proteção por parte do Estado. Como já foi levantado em debates no STF,⁴⁶⁹ os direitos fundamentais atualmente funcionam não somente como proibições de intervenção do Estado (*Eingriffsverbote*), mas também como postulados de proteção (*Schutzgebote*). Essa transformação, assinala Denninger, denota a passagem de um Estado liberal preocupado com a segurança jurídica, marcada pela certeza, a um Estado de prevenção que aspira à “máxima segurança”, no qual se afirmam direitos fundamentais como deveres de proteção (*Schutzpflichten*) e direitos fundamentais à segurança (*Grundrecht auf Sicherheit*).⁴⁷⁰

5.4.3 Conteúdo dos direitos de proteção

Os postulados de proteção que os direitos fundamentais impõem ao Estado desenvolvem-se em deveres de proibição (*Verbotspflicht*), deveres de segurança (*Sicherheitspflicht*), e deveres de evitar riscos (*Risikopflicht*). Deveres de proibição atribuem ao Estado a obrigação de “proibir determinadas condutas”. Deveres de segurança impõem ao Estado a proteção do indivíduo “contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas”. Os deveres de evitar riscos, por sua vez, autorizam o Estado a “atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção

⁴⁶⁸HUBER, P. M., Risk decisions in German constitutional and administrative law..., op. cit. Sobre as decisões de risco no direito alemão, conferir, também, FABIO, U. D. **Risikoentscheidungen im Rechtsstaat: zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994.

⁴⁶⁹Conforme destacou o Min. Gilmar Mendes na *ADI da Biossegurança*. STF. ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29.05.2008, DJe-096 pub. 28.05.2010. O texto citado e transcrito está disponível na RTJ 214, pp. 287-288.

⁴⁷⁰DENNINGER, E. **Diritti dell'uomo e legge fondamentale**. Torino: Giappichelli, 1998, p. 89.

especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico”.⁴⁷¹

É possível correlacionar os dois primeiros deveres de proteção – dever de proibição e dever de segurança – com as tarefas classicamente atribuídas ao Estado. Nesta linha seguem boa parte das normas do direito civil, de limitações e regulações administrativas, assim como as normas de caráter penal. A proteção básica do Leviatã consiste na garantia da vida, da liberdade e da propriedade, o que se desenvolve em boa parte através da criminalização de condutas que atentam contra bens protegidos juridicamente, ou ainda na proibição administrativa de atividades que causem turbção ou ameacem esses bens. Conforme observa Reis Novais, se a proteção estatal será mediada por normas de direito civil, direito administrativo ou direito penal, “depende da avaliação conjugada da importância constitucional relativa do bem objeto de proteção, da iminência ou grau de probabilidade do ataque ou da gravidade da ameaça que sobre ele impende”, bem como das restrições impostas sobre as pessoas afetadas.⁴⁷² O direito penal e o direito administrativo podem ser vistos como limitações da atividade estatal, já que o Estado não pode reprimir o particular além das estreitas balizas fixadas na legislação. Contudo, sob outro ponto de vista, o direito penal e o direito administrativo são o reverso da moeda na proteção dos direitos fundamentais. Sem o apoio de normas repressivas, o Estado não teria instrumentos suficientes para cumprir os deveres de proteção que lhe são atribuídos.

Os deveres de evitar riscos, por seu turno, identificam-se com as novas funções atribuídas ao Estado em uma sociedade de riscos. As proteções à vida, à propriedade e à liberdade dos cidadãos se expandem através da regulação estatal de novas tecnologias, ou mesmo a revisão de limitações de tecnologias que já se encontravam em uso, porém demonstraram a posteriori a produção de efeitos indesejáveis para a sociedade.

Note-se, entretanto, que deveres de proibição, de segurança e de evitar riscos, embora inspirados em diferentes apreensões socioculturais sobre o papel do Estado e sua justificação, compartilham semelhante instrumental jurídico. O dever de evitar riscos continuará a utilizar-se de instrumentos penais e

⁴⁷¹Aqui, novamente, transcrevendo a sistematização elaborada pelo Min. Gilmar Mendes na *ADI da Biossegurança*, STF ADI 3510, cit.

⁴⁷²NOVAIS, J. R., *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit., p. 90.

administrativos, com proibições e punições na regulação de condutas ou atividades que possam produzir riscos sociais. Apesar de a distinção entre deveres de proibição, de segurança e de evitar riscos oferecer um interessante ponto de vista analítico, pois, afinal, trata-se de diferentes formas de proteção, é preciso reconhecer o hibridismo que os interlaça atualmente. Por um lado, os deveres de evitar riscos incorporam medidas de proibição e levam em conta a ação de terceiros; por outro lado, deveres de proibição e de segurança passam a se relacionar com o desenvolvimento de novas tecnologias e adotam a linguagem do risco. Um exemplo desse hibridismo é evidenciado nos assim denominados crimes de perigo abstrato.⁴⁷³

O grande diferencial dos deveres de proteção no Estado de risco não chega a ser exatamente o objeto sobre o qual recai a proteção estatal ou a forma pela qual o Estado busca cumprir seu dever, mas o momento e o grau de certeza a partir do qual se justifica a ação do Estado. Se em uma concepção liberal o Estado não poderia atuar sem que existisse um perigo atual ou iminente aos bens protegidos pela ordem jurídica, no Estado de risco as medidas para a garantia de direitos fundamentais de proteção podem se justificar mesmo diante de incertezas científicas ou apenas probabilidades de dano. O Estado, conforme observa Pascual, deve oferecer proteção não somente frente aos danos efetivos que esteja sofrendo ou que haja sofrido um bem fundamental, mas também frente a danos eventuais, potenciais ou incertos, ou seja, “está obrigado a proteger os cidadãos não somente contra danos em sentido estrito, mas também frente a simples perigos ou riscos”.⁴⁷⁴

Temos, então, uma gradativa ampliação dos deveres de proteção. No Estado liberal, a proteção estatal estava fixada em garantir os meios legais de punição e reparação dos danos causados por terceiros, especialmente através do direito penal e do instituto da responsabilidade civil, associados ao estabelecimento de um sistema judicial e seu efeito de dissuasão (*deterrence*) sobre a conduta dos indivíduos. Além destes meios, o Estado liberal atuava preventivamente em face dos perigos atuais e iminentes através da polícia administrativa. No Estado social, supera-se a noção de esfera mínima de atuação estatal, ampliando-se o caráter

⁴⁷³Sobre a relação entre os crimes de perigo abstrato e a sociedade de risco, vide BOTTINI, P. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁴⁷⁴PASCUAL, G. D. **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos...**, op. cit., p. 149.

preventivo na proteção positiva dos direitos fundamentais.⁴⁷⁵ No Estado de risco, a ação preventiva estatal avança para um novo patamar, pois o Estado passa a lidar não somente com eventos marcados pela previsibilidade, sendo obrigado a regular atividades cujas consequências não podem ser precisamente aferidas no momento da decisão, tais como a introdução de um novo desenvolvimento biotecnológico. A regulação estatal passa então a ser uma regulação do risco, envolvendo decisões marcadas pela contingência.

Neste novo quadro, dois elementos devem ser ressaltados. Em primeiro lugar, o Estado passa a se utilizar de instrumentos de antecipação de riscos, expandindo-se a aplicação do princípio da precaução para lidar com a regulação dos riscos. Além disso, como já se ressaltou neste trabalho, amplia-se consideravelmente a participação de outros sujeitos que não o Estado nas relações jurídicas de direitos fundamentais. Especialmente quando se trata de direitos fundamentais de proteção contra os riscos, o Estado atua em uma relação complexa em que os potenciais ofensores são também particulares.

5.4.4

Direitos de proteção e antecipação dos riscos: prevenção e precaução

Se o Estado progressivamente assume o dever de proteger os cidadãos frente aos riscos produzidos socialmente, mecanismos de reparação ou mesmo de prevenção podem não se mostrar adequados à proteção de direitos fundamentais ligados à vida, à saúde ou ao meio ambiente. Especialmente em relação aos riscos decorrentes de novas tecnologias, cujos danos são de difícil mensuração e cercados de controvérsias no meio científico quanto à probabilidade de ocorrência e extensão de seus efeitos adversos. A tarefa do Estado deixa de ser dirigida apenas ao restabelecimento do estado de coisas livre de perturbações, orientando-se “a uma previsão de riscos orientada ao futuro, diretora do processo de transformação tecnocientífica da sociedade”.⁴⁷⁶

Diante do dever do Estado de se antecipar às possíveis – porém não mensuráveis – consequências de atividades que podem causar danos a bens

⁴⁷⁵Vide GOMES, C. A. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 246.

⁴⁷⁶GRIMM, D. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006, p. 192.

protegidos constitucionalmente, desenvolveu-se o princípio da precaução, em que se observa a essência de uma decisão regulatória de risco. Se o Estado bloqueia determinada atividade ou o desenvolvimento de um produto, afasta os riscos que lhe seriam inerentes. Ao mesmo tempo, contudo, assume os riscos da ausência da atividade ou do produto regulado.

A adoção do princípio da precaução vem crescentemente assumindo importância como parâmetro para regulação de riscos, tanto no direito internacional quanto no âmbito dos direitos nacionais, recebendo grande interesse na literatura jurídica.⁴⁷⁷ Afirma-se que a matriz do princípio da precaução veio do direito alemão (*Vorsorgeprinzip*), mencionado pela primeira vez em um programa ambiental de 1971 e em uma definição de políticas de meio ambiente do governo federal da Alemanha Ocidental em 1976. Relatórios ambientais alemães datados de 1990 e 1992 referem-se, ainda a “precaução de riscos” (*Risikovorsorge*) e “precaução futura” (*Zukunftsvorsorge*).⁴⁷⁸ A partir da década de 1990, ações de precaução e o princípio da precaução foram utilizados em diversos acordos e convenções de direito internacional.⁴⁷⁹

No direito brasileiro, diversos estatutos incorporaram o princípio da precaução como parâmetro para a regulação dos riscos na efetivação dos deveres de proteção determinados pela Constituição. A Lei de Biossegurança determina “a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”.⁴⁸⁰ A Lei 12.187/2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima, impõe que as ações dela decorrentes “observarão os princípios da precaução, da

⁴⁷⁷A literatura jurídica sobre o princípio da precaução é extensa. Destacamos, dentre outros, O’RIORDAN, T.; CAMERON, J. (ORGS.). **Interpreting the precautionary principle**. London: Earthscan, 1994. EWALD, F.; GOLLIER, C.; SADELEER, N. DE. **Le principe de précaution**. Paris: Presses Universitaires de France, 2001. GOKLANY, I. M. **The precautionary principle: a critical appraisal of environmental risk assessment**. Washington, D.C.: Cato Institute, 2001. SUNSTEIN, C. R. **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. New York: Cambridge University Press, 2005. HANSCHERL, D. Progress and the precautionary principle in administrative law - country report on Germany. In: RIEDEL, E. H.; WOLFRUM, R. (Orgs.). **Recent trends in German and European constitutional law: German reports presented to the XVIIth International Congress on Comparative Law, Utrecht, 16 to 22 July 2006**. Berlin: Springer, 2006, pp. 179-209. SADELEER, N. DE, **Environmental principles...**, op. cit.

⁴⁷⁸Conforme HANSCHERL, D., Progress and the precautionary principle in administrative law..., op. cit.

⁴⁷⁹Vide SADELEER, N. DE, **Environmental principles...**, op. cit., pp. 94-100. Observe-se que o Acordo para Implementação das Disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 10 de dezembro de 1982 sobre a Conservação e Ordenamento de Populações de Peixes Transzonais e de Populações de Peixes Altamente Migratórios, promulgado no Brasil através do Decreto 4.362/2002, também já se referia à aplicação do “critério de precaução” pelos Estados Partes. BRASIL. Decreto 4.362, de 05.09.2002. D.O.U. de 06.09.2002.

⁴⁸⁰BRASIL. Lei 11.105, de 24.03.2005. D.O.U. de 28.03.2005.

prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas”.⁴⁸¹ O princípio da precaução também é um dos princípios cuja observância é determinada na Lei que estabelece a Política Nacional de Resíduos Sólidos,⁴⁸² assim como na que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica.⁴⁸³

Concebido inicialmente como instrumento de regulação de riscos ambientais, o princípio da precaução tem sua aplicação ampliada para a proteção da saúde humana e animal.⁴⁸⁴ Basicamente, o princípio da precaução funciona como um princípio de antecipação, contrapondo-se a modelos curativos e preventivos. Um modelo curativo, próprio dos sistemas de responsabilidade civil, pressupõe a possibilidade de reparação, de regeneração. Um modelo preventivo pressupõe pelo menos parcialmente a irreparabilidade, mas assume um grau de conhecimento científico que torna possível delimitar atividades em uma esfera de reparabilidade. Já o modelo de precaução, embora preventivo, leva em conta que não dispõe de conhecimentos sobre os níveis toleráveis de riscos para as atividades reguladas, trabalhando no terreno da incerteza.⁴⁸⁵ Diferentemente da prevenção do Estado-polícia, “as novas precauções já não apontam à repressão de um ato antijurídico concreto e iminente, mas ao reconhecimento antecipado de possíveis focos de perturbação e risco”.⁴⁸⁶

Segundo Sadeleer, na ação de precaução, o dano não ocorreu nem há prova irrefutável de que irá ocorrer. Diferentemente da prevenção, que é baseada no conceito de “riscos conhecidos”, a precaução “distingue-se pela intrusão da incerteza”.⁴⁸⁷ A prevenção é um instrumento de antecipação dos riscos, pois não lida com a reparação de danos, mas com a redução de sua eventualidade ou com a eliminação dos principais fatores de riscos conhecidos, como, por exemplo, a vacinação e a restrição do uso do tabaco. Quando não se tem conhecimento adequado sobre os riscos de uma atividade ou produto, como no caso da

⁴⁸¹BRASIL. Lei 12.187, de 29.12.2009. D.O.U. de 29.12.2009.

⁴⁸²BRASIL. Lei 12.305, de 02.08.2010. D.O.U. de 03.08.2010.

⁴⁸³BRASIL. Lei 11.428, de 22.12.2006. D.O.U. de 22.12.2006.

⁴⁸⁴Expressamente determinando a aplicação do princípio da precaução nesses casos, vide a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos. BRASIL. Lei 12.305, de 02.08.2010. D.O.U. de 03.08.2010..

⁴⁸⁵Conforme EWALD, F.; GOLLIER, C.; SADELEER, N. DE, **Le principe de précaution...**, op. cit., pp. 30–31.

⁴⁸⁶GRIMM, D., **Constitucionalismo y derechos fundamentales...**, op. cit., p. 193.

⁴⁸⁷SADELEER, N. DE, **Environmental principles...**, op. cit., p. 91.

nanotecnologia e da biotecnologia, não há que se falar em prevenção, mas em precaução.⁴⁸⁸

Esta distinção entre prevenção e precaução é alvo fácil de críticas, já que o conceito de risco pressupõe a incerteza sobre as consequências da decisão a ser tomada. Prevenção e precaução apenas ocupam diferentes pontos na escala circular de incerteza.⁴⁸⁹ Porém isso não desconstrói o especial caráter antecipatório do princípio da precaução. Carla Amado Gomes anota com precisão que a precaução procura dar uma margem suplementar de segurança em comparação com a prevenção, tratando-se de uma preocupação política. Com a adoção do princípio da precaução, aumenta-se consideravelmente o nível de ingerência consentida à Administração quando há potencial lesivo ao ambiente ou à saúde pública. A justificativa desse aumento de ingerência residiria na fragilidade dos bens constitucionalmente protegidos. Desta forma, à “impossibilidade de previsão cabal dos efeitos de uma determinada intervenção ou omissão, pública ou privada”, deve corresponder “uma decisão que lhes assegure tutela, independentemente dos contra-interesses envolvidos”.⁴⁹⁰

A Declaração do Rio Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento qualifica o princípio da precaução da seguinte forma: “havendo ameaças de sérios ou irreversíveis danos, a falta de completa certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas de custo-benefício para prevenir a degradação ambiental”.⁴⁹¹ Outra razoável definição do princípio da precaução, conforme Goklany, pode ser encontrada na chamada Declaração de Wingspread:⁴⁹²

Quando uma atividade ameaça causar dano à saúde humana ou ao meio ambiente, medidas de precaução devem ser tomadas mesmo se relações de cauda e efeito não

⁴⁸⁸Conforme MBENGUE, M. M. **Essai sur une théorie du risque en droit international public: l'anticipation du risque environnemental et sanitaire**. Paris: Pedone, 2009, p. 166.

⁴⁸⁹De acordo com Mbengue, a relação entre prevenção e precaução não é linear, mas circular. Riscos tratados sob o parâmetro da precaução podem passar a ser regulados no parâmetro da prevenção se a o grau de incerteza se reduzir. Isto, porém, não impede que o contrário também ocorra. MBENGUE, M. M., **Essai sur une théorie du risque en droit international public...**, op. cit., p. 168.

⁴⁹⁰GOMES, C. A., **Risco e modificação do acto autorizativo...**, op. cit., pp. 252–253.

⁴⁹¹UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP. Rio Declaration on Environment and Development. Disponível em: <http://www.unep.org/Documents/Multilingual/Default.asp?documentid=78&articleid=1163>.

Acesso em 20.04.2010.”Principle 15 - In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.”.

⁴⁹²GOKLANY, I. M., **The precautionary principle...**, op. cit., p. 2.

estão estabelecidas cientificamente.

Neste contexto, o proponente da atividade, ao invés do público, deve suportar o ônus da prova.

O grande mérito das definições acima transcritas está na exposição do já mencionado caráter antecipatório do princípio da precaução, que busca legitimar intervenções estatais em atividades produtoras de riscos à sociedade, e do seu modo de operação – a inversão do ônus da prova.

A regra geral é o que Estado demonstre previamente o potencial dano a um bem constitucionalmente protegido para intervir em atividades particulares. Todavia, se a atividade regulada ameaça causar dano que tem o potencial de apresentar efeitos intoleráveis pela sociedade, havendo elevado grau de incerteza científica sobre a probabilidade e a extensão desse dano, justifica-se a intervenção estatal até que o proponente da atividade demonstre que o dano é tolerável frente aos benefícios sociais resultantes ou que a probabilidade de sua ocorrência é tão irrisória que não justifique a intervenção. Parafraseando Carla Amado Gomes, em caso de dúvida sobre a lesividade dos efeitos de uma determinada ação ou omissão sobre um bem constitucionalmente protegido, a incerteza deve jogar em favor deste último.⁴⁹³

Esta prevalência na proteção de certos bens fundamentais em cenários de incerteza é, em essência, o conteúdo do princípio da precaução, mas também é o ponto central das críticas ao seu uso. Entre os críticos do princípio da precaução, Cass Sunstein afirma que o principal problema desse princípio não é que ele leve ao caminho errado, mas simplesmente que ele não leva a direção alguma. Para Sunstein, o princípio da precaução é um princípio “paralisante”, proibindo a regulação e gerando inação.⁴⁹⁴ O princípio da precaução seria demasiadamente vago para ser um postulado jurídico, pois não indica qual a intensidade de precaução a ser tomada em cada caso, além de ser opaco quanto aos custos. Afinal, quando é chamado para paralisar uma atividade, o princípio da precaução concentra-se apenas nos riscos dessa atividade, porém não computa os custos de oportunidade e os riscos gerados por sua não implementação. Por exemplo, quando é bloqueado o uso ou desenvolvimento da energia nuclear para fins pacíficos, é provável que a energia que seria gerada através daquela tecnologia

⁴⁹³GOMES, C. A., **Risco e modificação do acto autorizativo...**, op. cit., p. 364.

⁴⁹⁴SUNSTEIN, C. R., **Laws of fear...**, op. cit., p. 14.

tenha de ser produzida por combustíveis fósseis, que, por sua vez, geram seus próprios riscos, inclusive o de aquecimento global. De acordo com Sunstein, esse princípio não oferece qualquer guia de ação para a regulação; apenas cria um bloqueio para a discussão racional da regulação dos riscos.⁴⁹⁵

A doutrina aponta, com fundamento, para “os riscos da precaução”. O primeiro destes riscos seria o “risco do risco-zero”, ou seja, da busca da precaução como uma reação desproporcional à insegurança causada pela “efervescência” do risco na sociedade contemporânea. Desta forma, a precaução pode “branquear a evidência de que a técnica é (também) geradora de mais segurança”.⁴⁹⁶ Como resultado dessa aflição, o princípio da precaução, representado na fórmula *better safe than sorry*, pode fornecer uma resposta enganosa, pois não há uma solução que seja *livre de riscos*. Muitas vezes, a aversão a riscos de baixíssima probabilidade pode levar a sociedade a suportar atividades com riscos maiores.⁴⁹⁷

O absolutismo que pode ser associado ao princípio da precaução poderia também criar um “risco da ausência da ponderação de interesses”, em sério prejuízo aos direitos de liberdade e, em alguns casos, produzir efeitos contrários à ideia central do princípio, que é a redução dos riscos sociais. Por força da ampla discricionariedade que o princípio da precaução confere à Administração, surge o “risco da aplicação automática”, em detrimento do princípio da legalidade da ação administrativa e da reserva de lei, trazendo igualmente sérios problemas ao princípio da separação dos poderes. Adiciona-se a estes problemas o “risco de diluição da responsabilidade individual”. Uma vez que um produto ou atividade conseguem atender o ônus probatório imposto para sua autorização e são iniciados ou introduzidos no mercado consumidor, surge um consenso sobre a ausência de risco. No futuro, se algum dano for verificado, os empreendedores poderão alegar ausência de responsabilidade subjetiva “porque nos limites do conhecimento humano ficou demonstrado que o risco não era previsível, nem devia tê-lo

⁴⁹⁵SUNSTEIN, C. R. **After the rights revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 26–31.

⁴⁹⁶Conforme GOMES, C. A., **Risco e modificação do acto autorizativo...**, op. cit., pp. 364–367.

⁴⁹⁷SUNSTEIN, C. R., **Laws of fear...**, op. cit., pp. 25–26. No mesmo sentido, Goklany apresenta a crítica do banimento absoluto do DDT, inclusive em países em desenvolvimento, nos quais os riscos de morte de seres humanos associados à malária é muito superior ao risco de mortes por câncer. Também em relação aos alimentos geneticamente modificados, Goklany argumenta que os riscos decorrentes de seu cultivo e uso seriam muito inferiores aos riscos de morte por inanição em determinados países africanos. GOKLANY, I. M., **The precautionary principle...**, op. cit.

vido”.⁴⁹⁸

Por esses motivos, o princípio da precaução não pode ser considerado isoladamente na conformação dos direitos fundamentais de proteção em face dos riscos tecnológicos. O princípio da precaução incorpora a necessidade de antecipação da intervenção estatal na defesa de certos direitos fundamentais, e não por acaso vem sendo reconhecido progressivamente nos textos normativos. Todavia, para que não se torne apenas um princípio paralisante, como rotula Sunstein, e para minimizar os riscos de sua aplicação, o princípio da precaução precisa ser compatibilizado com outros princípios da regulação dos riscos, como o princípio do custo benefício, a dignidade humana e a solidariedade.

5.4.5

Destinatários dos deveres de proteção em face dos riscos

Uma das principais características dos direitos fundamentais é que eles vinculam os poderes públicos em razão de sua eficácia imediata. Esta vinculação abrange tanto os direitos de defesa⁴⁹⁹ quanto os direitos que demandam atuação positiva do Estado, limitando a liberdade de atuação do poder executivo e a liberdade de conformação do legislador em relação a direitos prestacionais sociais,⁵⁰⁰ bem como em relação a direitos fundamentais de proteção e segurança,⁵⁰¹ estendendo-se também ao poder judiciário.⁵⁰² Os direitos

⁴⁹⁸GOMES, C. A., **Risco e modificação do acto autorizativo...**, op. cit., pp. 367–374.

⁴⁹⁹Neste sentido, já se manifestou o STF: “A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta, portanto, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância”. STF, HC 91386, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19.02.2008, DJe-088 pub. 16.05.2008.

⁵⁰⁰“O Supremo fixou entendimento no sentido de que '[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”. STF, RE 603575 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-086 pub.14.05.2010.

⁵⁰¹“O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço”. STF, RE 559646 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 07.06.2011, DJe-120 pub. 24.06.2011.

⁵⁰²“Se se admite, como expressamente estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes e que a decisão judicial deve observar a Constituição e a lei, não é

fundamentais de proteção, em razão de sua eficácia imediata, traduzem-se em deveres positivos de dar efetividade às garantias previstas na Constituição em face dos riscos socialmente produzidos, afetando o legislador, o executivo e o judiciário no âmbito de suas respectivas funções.⁵⁰³ Quando os poderes e órgãos públicos adotam medidas insuficientes para proteção adequada dos direitos fundamentais, ocorre o que se convencionou chamar de “defeito de proteção”. Por isso, diz-se que da Constituição emana uma “proibição por defeito” (*Untermassverbot*), pela qual “o Estado deve adotar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais”.⁵⁰⁴

A questão dos destinatários dos deveres de proteção em face dos riscos torna-se mais instigante quando seu escopo é ampliado para alcançar terceiros, particulares, ou simplesmente agentes não estatais. Quando encarados sob a ótica dos direitos de defesa ou de direitos a prestações em sentido estrito, os direitos fundamentais apresentam a ordinária configuração em que o titular do direito é um particular e o sujeito passivo é o Estado. No direito ao fornecimento de medicamentos, por exemplo, o Estado é obrigado a satisfazer a correspondente prestação, sob pena de, com sua omissão, violar a norma constitucional que estabelece o direito fundamental à saúde.⁵⁰⁵ O Estado também incorre em violação de um direito fundamental quando não se abstém de cercear injustificadamente a liberdade de um cidadão.⁵⁰⁶ Essa configuração aparentemente não se altera quando se trata de direitos fundamentais de proteção, porém uma importante característica os distingue do demais direitos fundamentais. Enquanto nos direitos de defesa e direitos prestacionais em sentido estrito é o Estado que diretamente

difícil compreender que a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum direito individual específico, pelo menos o princípio da legalidade”. STF, STA 235, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 05.05.2008, DJe-085 pub. 13.05.2008.

⁵⁰³PASCUAL, G. D., **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos...**, op. cit., p. 129.

⁵⁰⁴Conforme CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., p. 273.

⁵⁰⁵Conforme decidiu o STF, “O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional”. STF, RE 607381 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31.05.2011, DJe-116 pub. 17.06.2011

⁵⁰⁶Como, por exemplo, no caso da prisão do depositário judicial. STF, HC 96772, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-157 pub. 21.08.2009.

poderá promover sua violação, nos direitos de proteção o ataque ao bem constitucionalmente protegido pode vir de um particular. O Estado violará o direito de proteção ao não impedir que o particular – pessoa física, associação ou corporação – coloque a vida, a saúde ou a propriedade de outros cidadãos, ou ainda bens coletivos como o meio ambiente ou a cultura, em situação de perigo ou risco socialmente intolerável.⁵⁰⁷ Contudo, de forma mediata, é o particular que, com sua ação ou omissão, promove a violação de bens jusfundamentais.

Não se quer dizer, neste ponto, que entes estatais não possam promover a violação de direitos fundamentais próprios do Estado de risco. Ao contrário, muitas vezes desenvolvimentos tecnológicos ou atividades geradoras de riscos relevantes são frutos de ações diretas do Estado ou de entes paraestatais ou por eles patrocinados e incentivados. A transposição do Rio São Francisco ou a construção da hidrelétrica de Belo Monte são exemplos de ações estatais que trazem riscos ao meio ambiente e ao patrimônio cultural.⁵⁰⁸ Quando o Estado atua na produção direta de medicamentos e vacinas também pode gerar riscos sanitários. Riscos à saúde também podem ser gerados por campos eletromagnéticos resultantes de redes de distribuição de concessionários públicos de energia.⁵⁰⁹

Entretanto, apesar de o Estado estar diretamente envolvido em atividades produtoras de riscos, entes privados frequentemente são os responsáveis pelo desenvolvimento de novas tecnologias, atividades e produtos geradores de riscos ambientais e sanitários. O que se passa a exigir do Estado, então, não é a ação ou

⁵⁰⁷O adjetivo intolerável, sem olvidar os problemas decorrentes de sua vagueza, nos parece necessário, pois dificilmente poderemos visualizar interações sociais em que a conduta de um indivíduo não coloque em risco a saúde ou o patrimônio de outros indivíduos. A questão está no grau de risco que, em determinado ponto, torna a conduta antijurídica.

⁵⁰⁸A transposição do Rio São Francisco, decorrente do Decreto 5.595, de 19.12.2006, é questionada no STF através da ADI 4113. Na petição inicial, levantam-se os riscos de redução de biodiversidade, tensões e riscos sociais durante a obra, risco de interferência no Patrimônio Cultural, risco de introdução de espécies de peixes potencialmente daninhas ao homem nas bacias receptoras, dentre outros. STF, ADI 4113. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Requerente: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL. Requerido :PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Último andamento: conclusos ao Relator, em 25.05.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2630741>. Último acesso em 20.07.2011.

⁵⁰⁹Como exemplo, a AC 2733/MC, em que a ELETROPAULO requer eficácia suspensiva a recurso extraordinário, apresentado contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que julgou procedentes ações civis públicas movidas com o objetivo de “reduzir a carga dos campos eletromagnéticos na linha de transmissão Pirituba-Bandeirantes, instalada em 1931 na Região Oeste da Capital Paulista”. A liminar foi deferida para conceder efeito suspensivo ao RE. STF, AC 2733 MC, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 03.03.2011, Dje-053pub. 22.03.2011.

omissão em relação a uma atividade própria, mas a garantia de direitos fundamentais de proteção frente a atividades de terceiros, cuja estrutura é diferenciada dos demais direitos fundamentais.

Mesmo que seja possível a concretização dos direitos de proteção em direitos subjetivos, conforme anota Reis Novais, tais direitos serão estruturados diferentemente dos direitos de defesa. Ao invés da relação bipolar “cidadão-Estado”, os direitos de proteção apresentarão uma relação tripolar “cidadão-Estado-terceiro”. Com isso, defronta-se não mais com um “problema unidimensional de liberdade” – em que há um “confronto entre um interesse da comunidade e um direito fundamental” –, mas com um “problema pluridimensional”, no qual “o Estado se vê forçado a considerar diferentes interesses de liberdade e, eventualmente, a arbitrar um conflito de liberdades”.⁵¹⁰ Surge, então, a questão da irradiação e aplicação dos direitos fundamentais em relação a terceiros.

A eficácia sobre terceiros dos direitos fundamentais não é uma questão que surgiu apenas com a emergência dos desafios da sociedade de riscos, despertando, há tempos, o interesse da doutrina.⁵¹¹ Como outras questões ligadas aos direitos fundamentais, a doutrina da eficácia perante terceiros (*Drittwirkung*) desenvolveu-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA), em especial no caso *Lüth*. Nessa decisão, o TCFA reconheceu que os direitos fundamentais geram uma ordem objetiva de valores, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico, inclusive nas relações de direito privado entre particulares.⁵¹²

Praticamente não se discute, atualmente, se os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares. A questão reside em saber se essa eficácia é direta ou indireta.⁵¹³ Segundo a tese da eficácia indireta, os particulares são destinatários de obrigações resultantes dos direitos fundamentais apenas de forma mediata, considerando o efeito irradiante que estes exercem sobre o

⁵¹⁰NOVAIS, J. R., **As restrições aos direitos fundamentais...**, op. cit., pp. 92–93.

⁵¹¹Conferir, dentre outros, CANARIS, C.-W. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. STARCK, C. **Derechos fundamentales y Derecho Privado**. *Revista española de derecho constitucional*, v. 22, n. 66, pp. 65-90, 2002. ALEXY, R., **Teoría de los derechos fundamentales...**, op. cit.

⁵¹²Sobre o caso Lüth, confira ALEXY, R., **Teoría de los derechos fundamentales...**, op. cit., pp. 474–475. STARCK, C., **Derechos fundamentales y Derecho Privado...**, op. cit.

⁵¹³PASCUAL, G. D., **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos...**, op. cit., p. 130.

legislador. O legislador, ao regular as relações privadas, deve procurar realizar os valores consagrados nos direitos fundamentais, porém estes, sem intermediação da legislação, não constituem título suficiente para obrigar os particulares.⁵¹⁴ Com esse entendimento, consagrado majoritariamente na jurisprudência alemã, seria respeitado o princípio da autonomia privada, valor também prestigiado na Constituição e que não poderia ser sacrificado por outros direitos fundamentais.⁵¹⁵

Por outro lado, a tese da eficácia direta, majoritária no direito constitucional espanhol, assume que os direitos fundamentais também possuem efeitos imediatos nas relações privadas, e, independentemente de sua concretização legislativa, criam obrigações para os particulares. Pela tese da eficácia direta ou imediata, os juízes não aplicariam os direitos fundamentais somente *secundum legem*, mas também na ausência de lei ou até de forma contrária à lei, caso esta se revele conflitante com os direitos fundamentais contrapostos.⁵¹⁶

No Brasil, a doutrina considera que a extensão da eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas será maior ou menor dependendo dos direitos em jogo. Considerando a perspectiva da pessoa que poderá ter seu direito restringido em face de um direito fundamental, “nas questões ligadas a opções existenciais da pessoa, a proteção à autonomia privada é maior”, enquanto “nos casos em que a autonomia do sujeito de direito ligar-se a alguma decisão de cunho puramente econômico ou patrimonial, tenderá a ser mais intensa a tutela ao direito fundamental contraposto”.⁵¹⁷ O STF, adotando a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, já decidiu que “na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa”, levando em conta que “a intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum”.⁵¹⁸

Existe uma estreita relação entre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e os deveres de proteção. Ambos derivam da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e levantam problemas conexos na sua concretização. Quando mediados através da intervenção do legislador ou quando

⁵¹⁴PASCUAL, G. D., **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos...**, op. cit., pp. 130–131.

⁵¹⁵Conforme STARCK, C., **Derechos fundamentales y Derecho Privado...**, op. cit.

⁵¹⁶PASCUAL, G. D., **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos...**, op. cit., p. 131.

⁵¹⁷Conforme SARMENTO, D., **Direitos fundamentais e relações privadas...**, op. cit., p. 376.

⁵¹⁸STF, RE 158215, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 30.04.1996, DJ 07.06.1996 PP-19830.

extraídos diretamente de cláusulas constitucionais pela Administração ou pelo judiciário, os direitos fundamentais nas relações entre particulares demandam, para sua concretização, que o Estado exerça seu poder-dever de proteção. Por esta razão, segundo Pascual, todo caso de *Drittwirkung* pode ser visto como um problema em que se coloca o alcance das obrigações de proteção frente a terceiros, ou seja, “um caso de aplicação da doutrina das obrigações de proteção”.⁵¹⁹

Este desenvolvimento é relevante quando se trata de direitos fundamentais relacionados aos riscos, pois a antecipação que se exige para sua proteção em alguns casos pode obrigar o Estado a impor a determinados particulares o dever de proteger certos bens fundamentais do ataque de outros particulares.⁵²⁰ Quando o Estado, por exemplo, proíbe o fumo em compartimentos fechados, cria-se a obrigação para estabelecimentos comerciais de proteger o direito fundamental à saúde dos consumidores. Semelhante relação é estabelecida quando as companhias de transporte aéreo de passageiros são obrigadas a adotar medidas de segurança de aviação ou de prevenção a ataques terroristas. Obrigações trabalhistas ligadas ao risco profissional e medidas de proteção e informação do consumidor também são manifestações da proteção estatal de direitos fundamentais exercidas através da imposição de deveres a outros particulares.

Também afeta o regime de submissão dos particulares à proteção de direitos fundamentais de outros particulares o caráter público de suas atividades, mesmo que não detenham natureza propriamente estatal. Quanto mais pública a natureza da atividade exercida, mais rígida é a vinculação dos particulares ao sistema de direitos fundamentais.⁵²¹ Diversas atividades geradoras de riscos para a sociedade se enquadram nesse perfil, como empresas geradoras e distribuidoras de energia, telecomunicações, transporte de pessoas, tratamento e fornecimento de água e várias outras normalmente submetidas a regimes de autorização ou concessão do poder público. Quanto mais predominante o caráter público da atividade, maior o potencial de geração de riscos, justificando a atividade estatal de proteção dos direitos fundamentais.

⁵¹⁹PASCUAL, G. D., **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos...**, op. cit., p. 134.

⁵²⁰PASCUAL, G. D., **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos...**, op. cit., p. 134.

⁵²¹Neste sentido, Daniel Sarmiento conclui: “devem ser considerados como atores públicos, para fins de submissão a um regime mais rígido de vinculação aos direitos fundamentais, todas as entidades em que se visualizar a presença do Estado, independentemente da sua natureza jurídica”. SARMENTO, D., **Direitos fundamentais e relações privadas...**, op. cit., p. 376.

Contudo, os direitos fundamentais de proteção em face dos riscos e os correspondentes deveres de proteção estatais não significam, em uma ordem constitucional como a brasileira, uma carta branca para que o Estado intervenha nas atividades privadas e nas relações entre particulares. O outro lado da moeda da “proibição por defeito” é a “proibição de excesso”, também associada ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido amplo, que demanda adequação dos meios aos fins e o balanceamento concreto dos interesses e direitos em conflito.⁵²² Nos direitos fundamentais de proteção contra atividades de terceiros, o Estado, através do legislador, do executivo ou do judiciário, se vê diante de um dever de atuação que envolve uma multiplicidade de intervenções, dependendo de uma “avaliação de ponderação e concordância prática e concreta entre valores e de juízos de prognose relativamente às medidas a tomar”.⁵²³ Na maioria dos casos, para a proteção dos direitos fundamentais em face dos riscos, o Estado precisará recorrer a restrições de outros direitos fundamentais ou equacionar colisões de direitos fundamentais. Nessa tarefa, as instâncias estatais que se dedicam à concretização dos direitos fundamentais estarão sempre em um frágil equilíbrio entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência.⁵²⁴

5.5

Risco como elemento de limitação e restrição dos direitos fundamentais

5.5.1

Restrições e colisões de direitos fundamentais

Na teoria dos direitos fundamentais, as limitações e restrições desses direitos ocupam uma posição central.⁵²⁵ Pode-se dizer que as restrições, limitações e colisões de direitos fundamentais são algo inerente ao sistema constitucional, pois é difícil imaginar em uma sociedade pluralista que certos interesses ou bens

⁵²²Segundo definição de Canotilho. CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., p. 268.

⁵²³NOVAIS, J. R., **As restrições aos direitos fundamentais...**, op. cit., p. 93.

⁵²⁴De acordo com a lição de Canaris, na concretização dos deveres de proteção, inclusive quanto aos riscos para a saúde e para vida decorrentes de atividades de particulares, o legislador tem sua liberdade de conformação balizada entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência. CANARIS, C.-W., **Direitos fundamentais e direito privado...**, op. cit., pp. 116–122.

⁵²⁵“A limitação dos direitos fundamentais é um tema central da dogmática (dos direitos fundamentais) e, muito provavelmente, do direito constitucional”. MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G., **Curso de direito constitucional...**, op. cit., p. 284.

protegidos constitucionalmente prevaleçam sobre todos os demais em todas as circunstâncias e momentos. Uma visão mais democrática ou realista percebe os direitos fundamentais como um complexo heterogêneo que não se assenta em um equilíbrio estático, mas em um equilíbrio dinâmico onde direitos individuais têm de conviver entre si e com os interesses da comunidade. Esse equilíbrio tende a ser ainda mais complexo na medida em que novos direitos são reconhecidos e que se expande o sistema de direitos fundamentais, aumentando as possibilidades de colisões entre direitos individuais, coletivos e difusos, e bens jurídicos da comunidade. Exatamente isso é o que acontece no Estado de risco. À medida que a percepção sociocultural dos riscos justifica o reconhecimento de novos direitos fundamentais e de deveres de atuação do Estado, com maior probabilidade direitos fundamentais colidirão, serão limitados ou restringidos.⁵²⁶

As normas que consagram direitos fundamentais protegem certos bens ou, conforme Canotilho, “domínios existenciais”, tais como a vida, o domicílio, a religião, ou a propriedade. Essas “realidades da vida”, captadas como objeto de proteção pelas normas constitucionais, constituem o chamado “âmbito de proteção” ou “domínio normativo” dos direitos fundamentais. A restrição de um direito fundamental ocorre, portanto, quando o âmbito de proteção de um direito é direta ou indiretamente limitado.⁵²⁷ Adotando-se definição mais detalhada de Reis Novais, a restrição, que pode afetar tanto a dimensão objetiva quanto subjetiva de um direito fundamental, consiste:⁵²⁸

[N]a ação ou omissão estatal que afeta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado.

Costuma-se diferenciar restrição dos direitos fundamentais de outros conceitos afins, como regulação e conformação. A restrição é normalmente

⁵²⁶Conforme Reis Novais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode ser “ela própria fonte legitimadora de restrições a direitos fundamentais”, e a força expansiva dos direitos fundamentais pode contribuir para “a multiplicação das chamadas colisões de direitos fundamentais, cuja verificação não ocorreria se os direitos fundamentais fossem concebidos apenas como direitos de defesa contra o Estado”. NOVAIS, J. R., **As restrições aos direitos fundamentais...**, op. cit., pp. 67–68 e 85.

⁵²⁷CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., pp. 1246–1247 e 1258.

⁵²⁸NOVAIS, J. R., **As restrições aos direitos fundamentais...**, op. cit., p. 157.

efetuada através de uma norma, constitucional ou legal, que limita o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, enquanto na conformação, embora haja uma delimitação dos direitos fundamentais através de outras normas, destina-se a complementar e concretizar os referidos direitos. Como exemplo de conformação, cita-se a disciplina infraconstitucional do direito de propriedade intelectual, do direito de consumidor e do direito à proteção judiciária prevista na Constituição, sem a qual “não haveria de se cogitar de uma efetiva garantia constitucional desses direitos”.⁵²⁹ A regulação, por seu turno, seria uma forma de o legislador infraconstitucional limitar internamente um direito, abrangendo tanto a restrição quanto a conformação.⁵³⁰ Vale, entretanto, o alerta de Reis Novais, segundo o qual tanto a regulação quanto a conformação significam um maneira de “colocação de limites aos direitos fundamentais” ao moldar seus respectivos âmbitos de proteção. Portanto, mais importante do que proceder a qualificações tipológicas é considerar, em cada caso, as margens de atuação e vinculação do legislador, e com que alcance devem ser aplicados os requisitos do Estado de direito previstos na Constituição para a restrição dos direitos fundamentais.⁵³¹

Diferentemente das restrições, as colisões de direitos fundamentais ocorrem quando o âmbito de proteção de um direito fundamental afeta o âmbito de outro, colidindo o seu exercício, como nos casos em que a liberdade de imprensa se choca com o direito à intimidade e à privacidade. Fala-se em colisão de direitos em sentido impróprio quando um direito fundamental se choca com outros bens protegidos pela Constituição, tais como a saúde pública, a ordem pública ou a segurança nacional.⁵³² É preciso considerar, entretanto, que a distinção entre colisões e restrições de direitos fundamentais muitas vezes se torna imprecisa, principalmente quando se confrontam liberdades e direitos de defesa com direitos de proteção. Como estes últimos demandam ação do Estado através da legislação,

⁵²⁹ As normas constitucionais referidas estão dispostas no art. 5º, XXII, XXXI, XXXII, XXXV, LXVII-LXXII. MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G., **Curso de direito constitucional...**, op. cit., p. 287. Vide, também, CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., pp. 1245–1248.

⁵³⁰ Segundo CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., pp. 1248–1249.

⁵³¹ NOVAIS, J. R., **As restrições aos direitos fundamentais...**, op. cit., pp. 172–182. Canotilho, conforme referência na nota supra, faz semelhante alerta na distinção entre regulação e restrição: “esta distinção é perigosa e inexata, porque, em qualquer dos casos, se trata de ‘restrições impostas de fora’ e como tais devem ser jurídico-constitucionalmente tratadas”.

⁵³² CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., pp. 1253–1255.

da administração ou da jurisdição, a colisão de direitos fundamentais frequentemente se traduz na restrição de um dos direitos em jogo com a mediação estatal.⁵³³

Segundo Alexy, parece evidente e até mesmo trivial que os direitos fundamentais estejam sujeitos a restrições e possam ser limitados, conforme o próprio texto da Lei Fundamental alemã.⁵³⁴ Sob o ponto de vista do direito constitucional brasileiro, também se pode afirmar que “a ideia de restrição é quase trivial no âmbito dos direitos individuais”, considerando o princípio geral da reserva legal enunciado na Constituição (art. 5º. II), além de que esta, em alguns dispositivos, faz expressa referência à possibilidade de restrições (art. 5º, XII, XIII e XV, por exemplo).⁵³⁵

Contudo, essa aparente ausência de problemas quanto à possibilidade de restrições é enganosa. A restrição de direitos fundamentais segue o parâmetros da denominada “teoria externa” dos direitos fundamentais, pela qual existem duas coisas distintas: um direito fundamental e suas restrições. Existe, portanto, um “direito em si”, não restringido e não limitado, que se transforma em “direito restringido” ao se introduzirem as restrições. Diferentemente, para a assim chamada “teoria interna”, não existiriam o direito e suas restrições, mas somente uma coisa: “o direito com um determinado conteúdo”.⁵³⁶ Para a teoria interna, “todas as restrições, a não ser que sejam inconstitucionais, constituem, na verdade, simples declaração de limites imanentes aos direitos fundamentais”.⁵³⁷ À teoria interna estaria ligada a ideia de direitos fundamentais como regras, ao passo que, de acordo com a teoria externa, os direitos fundamentais apresentariam apenas posições *prima facie* ou princípios, sujeitos à ponderação no caso concreto.⁵³⁸

⁵³³Veja-se, por exemplo, o caso da *Reclamação do Estadão*, em que se discutiu a constitucionalidade da ordem judicial que impediu o Jornal o Estado de São Paulo de publicar matéria sobre investigação coberta por segredo de justiça. STF, Rcl 9428, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 10.12.2009, DJe-116 pub. 25.06.2010.

⁵³⁴ALEXY, R., *Teoria de los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 239.

⁵³⁵Neste sentido, MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G., *Curso de direito constitucional...*, op. cit., pp. 286–287.

⁵³⁶ALEXY, R., *Teoria de los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 240–241.

⁵³⁷NOVAIS, J. R., *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit., p. 173.

⁵³⁸Para Alexy, essa distinção vai além de um mero exercício acadêmico, existindo claras conexões entre as teorias de restrição e seus suportes normativos gerais: “quem sustenta uma teoria individualista do Estado e da sociedade tenderá à teoria externa, e, a quem interessa a posição de membro ou pertencimento a uma comunidade, tenderá à teoria interna”. ALEXY, R., *Teoria de los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 239–241. No mesmo sentido, BOROWSKI, M. La

Saber se os direitos fundamentais são realmente princípios submetidos à ponderação é questão controversa no direito constitucional brasileiro, merecendo destaque as manifestações do Ministro Eros Grau em alguns dos julgados ligados à restrição dos direitos fundamentais.⁵³⁹ Entretanto, tomando emprestada a crítica de Reis Novais ao Tribunal Constitucional português, muitas vezes o uso da teoria interna se transforma em verdadeira “estratégia de fuga”, tornando opaca a fundamentação de restrição de direitos fundamentais nos casos difíceis, ao considerar que não houve restrição, mas apenas revelação “dos limites imanentes à partida inscritos no direito fundamental”.⁵⁴⁰ Apesar dos problemas ligados à discricionariedade e ao juízo de valores (e não de normas) na teoria dos direitos fundamentais como normas *prima facie*, a teoria externa apresenta critérios mais transparentes para o controle das restrições.

5.5.2 Metodologia de controle das restrições

Aplicando-se a teoria externa, a verificação da constitucionalidade de restrições de direitos fundamentais segue uma metodologia de três passos. Inicialmente, identifica-se o âmbito de proteção do direito fundamental. A identificação do âmbito de proteção envolve o conhecimento dos bens protegidos e a extensão da proteção constitucionalmente garantida. O âmbito de proteção, contudo, “não se confunde com proteção efetiva e definitiva, garantindo-se apenas a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em

restricción de los derechos fundamentales. **Revista española de derecho constitucional**, v. 20, n. 59, pp. 29-56, 2000.

⁵³⁹Vide, por exemplo, o voto do Min. Eros Grau na ADPF 101, ou a *ADPF dos Pneus Usados, verbis*: “Daí que os juízos de ponderação entre princípios de direito extirpam seu caráter de norma jurídica. Pretendo afirmar, com isto, que princípios de direito não podem, enquanto princípios, ser ponderados entre si. Apenas valores podem ser submetidos a essa operação. Dizendo-o de outro modo, a ponderação entre eles esteriliza o caráter jurídico-normativo que os definia como norma jurídica. Curiosamente, os princípios são normas, mas, quando em conflito uns com os outros, deixam de sê-lo, funcionando então como valores. A doutrina tropeça em si mesma ao admitir que os princípios, embora sejam normas jurídicas, não são normas jurídicas...”. STF. ADPF 101, Relator(a) Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24.06.2009. Acórdão pendente de publicação em 01.09.2011. Voto do Min. Eros Grau disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF101ER.pdf>. Último acesso em 01.09.2011. Semelhante manifestação de Eros Grau, desta vez contra o uso da proporcionalidade ou da razoabilidade, ocorreu na *ADI da Biossegurança.*: “Tenho reagido incisivamente a qualquer experiência de controle da proporcionalidade ou razoabilidade delas, à prática das quais não estamos habilitados”. STF. ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29.05.2008, DJe-096 pub. 28.05.2010.

⁵⁴⁰NOVAIS, J. R., *As restrições aos direitos fundamentais...*, op. cit., pp. 183–184.

face de dado parâmetro constitucional”.⁵⁴¹ É necessário, neste processo, identificar o objeto da proteção e contra que tipo de agressões se protege. Constatada a agressão ao âmbito de proteção do direito fundamental, resta verificar se essa restrição é constitucional. Passa-se, então, à identificação da restrição, que pode vir explícita ou não no texto constitucional. Por fim, verifica-se se foram respeitados os requisitos constitucionais para a limitação, ou seja, são analisadas as limitações das limitações.⁵⁴²

A doutrina diferencia as restrições conforme elas estejam previstas ou não no texto constitucional. Diz-se que uma restrição é imediata quando é definida pelo próprio texto constitucional. Por exemplo, segundo o art. 5º, XI, da CF/1988, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador”, porém o próprio texto constitucional já cria uma restrição a essa liberdade, ressalvando a inviolabilidade do lar “em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. A Constituição também pode estabelecer a restrição em outro dispositivo, como é o caso das limitações impostas às liberdades individuais durante o estado de sítio (art. 139). A restrição será mediata ou indireta quando a Constituição, embora não a prescreva diretamente, autoriza a lei a restringir o direito fundamental, como, por exemplo, quando autoriza que a o sigilo das comunicações telefônicas seja violado “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, XII). Nas restrições mediatas, o direito fundamental pode ser restringido observando-se a reserva legal definida pela Constituição. Esta reserva legal pode ser simples – quando a Constituição se limita a autorizar a intervenção legislativa (por exemplo, art. 5º, VII) – ou qualificada. Neste último caso a Constituição estabelece que a lei restritiva do direito fundamental deve ter em vista um fim específico ou atender a um requisito expressamente previsto, como é o caso da liberdade de profissão, cuja restrição deve estar relacionada à qualificação profissional (art. 5º, XIII).⁵⁴³

Além das restrições previstas ou expressamente autorizadas no texto

⁵⁴¹Conforme voto do Min. Gilmar Mendes no RE 511961. STF. RE 511961, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17.06.2009, DJe-213 pub. 1.11.2009.

⁵⁴²CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., pp. 1258–1266. NOVAIS, J. R., **As restrições aos direitos fundamentais...**, op. cit., p. 156.

⁵⁴³Vide MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G., **Curso de direito constitucional...**, op. cit., pp. 292–303.

constitucional, identificam-se as chamadas restrições imanes, justificadas para a salvaguarda de outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente garantidos. Embora seja controvertido seu reconhecimento, as restrições imanes costumam ser associadas, segundo Canotilho, a uma “cláusula de comunidade”, segundo a qual “os direitos, liberdade e garantias estariam sempre 'limitados' desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade”. Outra forma de justificar as restrições imanes seria através da teoria das “limitações horizontais”, pela qual, na ausência de restrições previstas ou expressamente autorizadas pela Constituição, o direito existe, *prima facie*, sem restrições, mas, posteriormente, através do jogo argumentativo de ponderação seria possível chegar a uma otimização racional e controlável. Essa ponderação, contudo, estaria assentada em três premissas. Primeiro, a ausência de hierarquia entre as normas constitucionais. Em segundo lugar, a ponderação deve ser realizada entre bens constitucionais. Terceiro, a ponderação pressupõe o exercício não abusivo, arbitrário ou inespecífico de um direito fora do respectivo âmbito de proteção. Em suma, a questão dos limites imanes é irresolúvel através de critérios prévios, pois esses limites são “o resultado de uma ponderação de princípios jurídicos-constitucionais conducente ao afastamento, em um caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protetivo de um direito, liberdade e garantia”.⁵⁴⁴

Após a restrição de um direito fundamental, cumpre verificar se restam satisfeitos os requisitos constitucionais para sua imposição. Quando se trata de restrições legais aos direitos fundamentais, coloca-se inicialmente o problema da forma. Em certas ocasiões, a Constituição demanda determinada forma para o ato de natureza legislativa que configura a restrição. A lei complementar, por exemplo, é exigida para a restrição do direito fundamental de elegibilidade a um mandato público (art. 14, § 9º), para a conformação e restrição de direitos fundamentais tributários (art. 146), para regular o processo de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária (art. 184, § 3º), dentre outros tópicos.

A competência é outro requisito constitucional às leis restritivas de direitos fundamentais e visa a atender ao princípio da divisão de poderes no Estado de

⁵⁴⁴CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., pp. 1259 e 1261–1264.

direito,⁵⁴⁵ especialmente quando se trata de um Estado federativo como o Brasil. A Constituição estabelece competências privativas, comuns e concorrentes aos entes federados (arts. 22, 23 e 24). A lei restritiva de direito fundamental, instituída por ente federado com invasão de competência de outro ente federado, implica a inconstitucionalidade da restrição. Assim, por exemplo, entendeu o STF na ADI 1575, que questionou lei do Estado de São Paulo sobre a regulação de atividades relacionadas com o setor nuclear naquela entidade da federação. A lei atacada determinava que a pesquisa e as atividades ligadas à energia nuclear deveriam “assegurar a saúde, o bem-estar, a segurança da população e a preservação do meio ambiente”, dispondo, ainda, sobre a criação de um conselho de fiscalização. O STF considerou a lei paulista inconstitucional porque invadia a competência exclusiva da União, estabelecida no art. 22, XXVI, da Constituição. Essa conclusão não foi acatada de forma unânime pelo plenário do STF. A divergência foi aberta pelo Min. Marco Aurélio, que entendeu não haver na lei atacada a regulação da pesquisa ou da atividade no campo nuclear. Para o Min. Marco Aurélio, seguido pelo Min. Ayres Britto, a Lei paulista versava sobre saúde, segurança e meio-ambiente, campos em que a competência é concorrente entre os entes da Federação. Prevaleceram, contudo, os argumentos favoráveis à declaração da inconstitucionalidade da Lei paulista, sintetizados no voto da Min. Cármen Lúcia: segurança, saúde e bem-estar estão compreendidos na concorrência concorrente, porém, no caso específico da energia nuclear, a Constituição concentrou tais poderes na União. E, segundo o Min. Lewandowski, tal concentração se justifica porque “a questão da energia nuclear constitui verdadeiramente uma política de Estado, com repercussão no campo da estratégia militar e também da política exterior”, matéria que estaria afetada “direta e exclusivamente á União”.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ o princípio da divisão de poderes, previsto expressamente no art. 2º da CF/1988, concretiza-se através de várias regras de competência espalhadas pelo texto constitucional. Tratamos, aqui, especialmente da divisão de poderes vertical, ou seja, a que se refere a critérios territoriais (Governo Federal, Estadual, Municipal), estando conexas aos problemas do federalismo, da autonomia dos Estados e dos municípios. Vide CANOTILHO, J. J. G., **Direito constitucional e teoria da constituição**..., op. cit., p. 555.

⁵⁴⁶O julgado teve a seguinte ementa: “ENERGIA NUCLEAR. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO. ART. 22, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional norma estadual que dispõe sobre atividades relacionadas ao setor nuclear no âmbito regional, por violação da competência da União para legislar sobre atividades nucleares, na qual se inclui a competência para fiscalizar a execução dessas atividades e legislar sobre a referida fiscalização. Ação direta

Quando se trata da regulação e limitação de atividades em razão dos potenciais riscos que podem ser causados à saúde e ao meio ambiente, a competência legislativa tem um grande impacto, principalmente quando a lei local impõe restrições aos direitos fundamentais mais severas do que a lei federal. Discute-se, nesses casos, se há a prevalência da lei federal sobre a lei local, ou o que no direito norte-americano se denomina preempção (*preemption*) da lei federal sobre a lei estadual. A questão pode ser resumida da seguinte forma: a legislação federal, em relação à lei local, impõe um teto (não pode haver restrições mais intensas) ou um piso (confere uma proteção mínima em face dos riscos regulados, que pode ser intensificada)? A questão não é simples, porque, de um lado o “teto” garante maior previsibilidade e segurança jurídica, além de uniformidade em um Estado federado; por outro lado, o “piso” tem mais chances de garantir a minimização do risco, evitando problemas de perda de diversidade institucional e falha regulatória.⁵⁴⁷ No caso *Wyeth v. Levine*, tratado anteriormente neste capítulo, cuidou-se exatamente de saber se, em razão de o rótulo do medicamento Phenergan ter sido aceito pela FDA, conforme a legislação federal, as exigências decorrentes da regulação implantada pelo Estado de Vermont foram alcançadas pela “preempção”. A Suprema Corte, no caso, acatou a decisão da Corte de Vermont, firmando que “a regulação federal estabelece um piso, mas não um teto, para a regulação estadual”.⁵⁴⁸

No Brasil, a questão da preempção na regulação dos riscos gravita principalmente em torno da interpretação do art. 24, e seus parágrafos, da Constituição. Segundo este dispositivo, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais, sem excluir a competência suplementar dos Estados. Surgem, então, dois tipos de problemas. O primeiro reside na fronteira entre o que são normas gerais e o que são normas suplementares. O segundo, que dá um matiz distinto às questões da regulação dos riscos e restrições de direitos fundamentais, está em averiguar se a proteção conferida pela lei federal é suficiente para a proteção de outros direitos fundamentais, considerando os demais dispositivos da Constituição. Ou seja, a

julgada precedente.” STF, ADI 1575, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 07.04.2010, Dje-105pub. 11.06.2010.

⁵⁴⁷Vide BUZBEE, W. W. Asymmetrical regulation: risk, preemption, and the floor/ceiling distinction. *New York Law Review*, v. 82, n. 6, pp. 1547-1619, 2007.

⁵⁴⁸EUA. Supreme Court of the United States. *Wyeth v. Levine*. 555 U.S. ____ (2009), cit.

constitucionalidade da regulação oscila entre a invasão de competência pela lei estadual mais restritiva ou a constatação de que a lei federal não oferece proteção suficiente contra os riscos.

A preempção da regulação do risco foi o ponto principal de várias ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF, questionando leis estaduais mais rigorosas na proteção contra riscos tecnológicos. Na ADI 3645, que atacava lei paranaense sobre a rotulação de alimentos geneticamente modificados, o STF considerou que a lei estadual procurava inaugurar regulamentação paralela e explicitamente contraposta à legislação federal vigente, estabelecendo substituição – e não suplementação, como determina o art. 24 da Constituição – das regras que cuidam das exigências relativas àqueles alimentos.⁵⁴⁹ Semelhante decisão foi adotada em ações questionando leis estaduais que baniram completamente o amianto,⁵⁵⁰ até que, na ADI 3937, o STF entendeu que a proteção à saúde prevista no art. 196 da Constituição justificava a regulação estatal mais restritiva, adotando o princípio da maior proteção.⁵⁵¹

Além dos requisitos formais ou de competência, as restrições dos direitos fundamentais são limitadas por parâmetros voltados ao seu conteúdo material. Nesta etapa, as restrições são cotejadas com a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, com o princípio da proporcionalidade, com as proibições de excesso, de proteção insuficiente, e de restrições casuísticas (esta última ligada ao princípio da igualdade).⁵⁵²

Quanto à proteção ao núcleo essencial, diferentemente da Constituição portuguesa que o prevê expressamente,⁵⁵³ a Constituição brasileira apenas o deixa

⁵⁴⁹STF. ADI 3645, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 31.05.2006, DJ 01.09.2006, PP-00016.

⁵⁵⁰Vide STF. ADI 3645, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 31.05.2006, DJ 01.09.2006, PP-00016. STF, ADI 2656, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08.05.2003, DJ 01.08.2003 PP-00117.

⁵⁵¹ STF. ADI 3937 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04.06.2008, DJe-192 pub. 10.10.2008. A evolução da jurisprudência do STF nas ADIs do amianto será tratada com mais detalhes no capítulo sobre a judicialização do risco.

⁵⁵²Neste sentido, vide NOVAIS, J. R., **As restrições aos direitos fundamentais...**, op. cit., p. 190.

⁵⁵³PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 20.01.2011: “Art. 18. Força Jurídica. [...] 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] IV - os direitos e garantias individuais”.

subentendido no art. 60, § 4º.⁵⁵⁴ Apesar disto, a doutrina considere desnecessária a referência expressa, pois a proteção do núcleo essencial seria decorrente do próprio modelo garantístico adotado na Constituição de 1988.⁵⁵⁵ Existe controvérsia se o núcleo essencial representa uma unidade autônoma e independente de qualquer situação concreta (teoria absoluta) ou se deve ser definido caso a caso (teoria relativa). De qualquer forma, independentemente da teoria adotada e da dificuldade de se precisar o núcleo de um direito fundamental, a proteção ao núcleo essencial visa assegurar maior proteção aos direitos fundamentais, resguardando-os de restrições desarrazoadas.⁵⁵⁶ Na ADI 939, por exemplo, o STF considerou violadora do núcleo essencial do direito fundamental à garantia da anterioridade tributária a Emenda Constitucional nº 03/1993, que criou o Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – I.P.M.F.⁵⁵⁷

Por conta das dificuldades de se trabalhar com ideia de núcleo essencial, o controle das restrições dos direitos fundamentais, adotando-se a teoria externa, recorre ao princípio ou postulado da proporcionalidade,⁵⁵⁸ que, por sua vez, conjuga-se com as já referidas proibições de excesso e de proteção insuficiente. Segundo a descrição de Alexy, o princípio da proporcionalidade se estrutura em três subprincípios ou critérios: necessidade, idoneidade ou adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Pelo critério da adequação, verifica-se se o meio adotado é idôneo para a satisfação do fim subjacente à restrição. Segundo o critério da necessidade, o fim a ser atingido com a restrição “não se pode alcançar de outra maneira que afete menos o indivíduo”. Por fim, aplica-se a proporcionalidade em sentido estrito, ou o “mandato de ponderação” entre os diversos princípios e interesses em colisão, na qual se analisa a justificação da restrição de um direito em fundamental em razão da proteção de outro direito

⁵⁵⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 60, § 4º, “

⁵⁵⁵Neste sentido, MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G., **Curso de direito constitucional...**, op. cit., p. 309.

⁵⁵⁶Conforme MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G., **Curso de direito constitucional...**, op. cit., pp. 306–307.

⁵⁵⁷STF. ADI 939, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15.12.1993, DJ 18.03.1994 PP-05165.

⁵⁵⁸Mendes, Coelho & Branco anotam, neste sentido, a proposta de Hesse, “reconhecendo no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais”. MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G., **Curso de direito constitucional...**, op. cit., p. 308.

fundamental ou interesse da coletividade.⁵⁵⁹

O STF seguiu essa metodologia no RE 511961,⁵⁶⁰ no qual se discutiu a constitucionalidade da exigência do diploma de jornalismo para o exercício dessa profissão. Primeiramente procurou-se identificar o âmbito de proteção da liberdade de profissão previsto no art. 5º, XIII, da Constituição, verificando-se, também a previsão constitucional de restrição do direito fundamental através de reserva legal qualificada (“...atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”). Em seguida, passou-se à análise do princípio da proporcionalidade, concluindo-se pela desproporcionalidade da exigência do diploma, tendo em vista que “a profissão de jornalista, por não implicar riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral, não poderia ser objeto de exigências quanto às condições de capacidade técnica para o seu exercício”. Segundo o STF, a restrição da liberdade fundamental de exercício profissional só é justificada se o referido exercício gerar riscos consideráveis para a sociedade.

Nas restrições justificadas pelo dever de proteção do Estado em face dos riscos, observa-se que o princípio da proporcionalidade funciona como um “guarda-chuva” para o equacionamento de outros princípios constitucionais, como a dignidade humana, a precaução, o custo-benefício ou o princípio do poluidor-pagador.⁵⁶¹ Na ADI 3378, em que se questionou a obrigação do pagamento, para o empreendedor de projetos de significativo impacto ambiental, de compensação

⁵⁵⁹Vide ALEXY, R., **Teoría de los derechos fundamentales...**, op. cit., pp. 91–95. ALEXY, R. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. **Revista española de derecho constitucional**, v. 22, n. 66, pp. 13-64, 2002. Com semelhante descrição, vide o voto do Min. Gilmar Mendes no RE 511961: “O subprincípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito)”. STF. RE 511961, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17.06.2009, DJe-213 pub. 1.11.2009. Basicamente quase todas as obras recentes sobre direitos fundamentais descrevem e analisam o princípio da proporcionalidade, motivo pelo qual não vamos nos estender neste ponto. Para uma análise bem extensa do princípio da proporcionalidade na teoria dos direitos fundamentais, conferir PULIDO, C. B. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador**. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

⁵⁶⁰STF. RE 511961, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17.06.2009, DJe-213 pub. 1.11.2009

⁵⁶¹Como ensina Sadeleer, o princípio do poluidor-pagador tem por função não somente promover uma redistribuição dos custos sociais de prevenção e controle do dano ambiental, como também possui valor dissuasivo, ligado ao princípio da prevenção. SADELEER, N. DE, **Environmental principles...**, op. cit., pp. 35–36.

destinada a apoiar a implantação e a manutenção de unidades de conservação ambiental, criada pela Lei 9.985/2000, o STF conjugou o princípio da proporcionalidade com o princípio do poluidor-pagador e o dever de proteção imposto pelo art. 225 da Constituição. No julgado, afastou-se a falta de razoabilidade da contribuição através da metodologia da proporcionalidade. Considerou-se que a compensação ambiental se revelava como instrumento adequado para o fim visado pela Constituição – a defesa do meio ambiente e a preservação para as gerações futuras (adequação), e que não havia outro meio eficaz para atingir o fim constitucional de preservação do meio ambiente sem impor ao empreendedor o dever de arcar, pelo menos em parte, com os custos da prevenção (necessidade). Por fim, o encargo financeiro – como restrição ao direito de propriedade e liberdade de iniciativa empresarial – é amplamente compensado com os benefícios que dele resultam para a comunidade.⁵⁶²

5.6 Risco, emergência e exceção

Nas seções precedentes deste capítulo verificou-se que os riscos podem ser utilizados para justificar a restrição de direitos fundamentais em nome da proteção de outros direitos fundamentais, em um processo controlável através de certos parâmetros e princípios constitucionais. Esta questão se torna mais complicada quando se está diante de uma situação de emergência, como a iminência de um risco em cujo cenário negativo se desenha um evento catastrófico.

A noção de emergência não é estranha à Constituição, que prevê o estado de defesa para “preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza” (art. 136). Outras disposições constitucionais também fazem previsão

⁵⁶²Na ementa, registrou-se que: “O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. 4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez”. STF. ADI 3378, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09.04.2008, DJe-112 pub. 20.06.2008. Sobre a ADI 3378, conferir MAURICIO JR., A. Compensação ambiental e o princípio do poluidor-pagador: comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 3.378/DF. *Revista IOB de Direito Administrativo*, n. 32, pp. 217-226, 2008.

de medidas extraordinárias em situação de urgência, como a instituição de empréstimos compulsórios ou impostos extraordinários (arts. 148 e 154, I) e abertura de crédito orçamentário extraordinário (art. 167, § 4º). Conforme assinala Canotilho, “as 'situações de anormalidade constitucional' não são 'estados' sem Constituição ou fora da Constituição”, mas situações em que aplica uma disciplina constitucional diferente da que se aplica a situações de “normalidade”. O problema, contudo, não reside em reconhecer uma disciplina constitucional da necessidade, mas usar a emergência como pretexto e “lançar as situações de necessidade para os 'espaços livres da Constituição’”, com possível comprometimento dos princípios do Estado de direito.⁵⁶³

Também é certo, por outro lado, que quando o Estado assume a função de proteger a sociedade dos mais diversos riscos, antecipando seus efeitos através de mecanismos de prevenção e precaução, torna-se praticamente inevitável aumentar a discricionariedade do poder executivo. Ao se expandir a preocupação com os riscos, desde os riscos “naturais” aos produzidos pela alta tecnologia, dilata-se progressivamente o conceito de emergência, inserindo-a num “vasto contexto de administração de risco”.⁵⁶⁴

O principal problema desse raciocínio surge quando o discurso do risco é simplesmente levantado para que se afastem limitações constitucionais e legais. Em determinadas circunstâncias, condições emergenciais podem justificar a flexibilização dos procedimentos ordinários, mas mesmo nesses casos devem ser respeitadas as regras constitucionais de flexibilização. No caso da ADI 4048, em que se questionou a abertura de créditos extraordinários para, entre outras medidas, tomar prevenções em face da denominada gripe aviária, o STF afirmou que não havia “calamidade pública configurada e oficialmente decretada, mas apenas uma situação de risco previamente conhecida”, não configurando

⁵⁶³CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição...**, op. cit., p. 1083.

⁵⁶⁴BARONE, A. **Il diritto del rischio**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 26. Vide, também, conforme Leonardis, “l'amministrazione, ormai intesa fondamentalmente in senso oggettivo, possiede tutti gli strumenti (e gli attrezzi sono levigati da un uso più che secolare) per poter affrontare al meglio la situazione di generale incertezza che caratterizza la società attuale: fin dalle sue origini, si può dire, si è misurata sul difficile equilibrio tra “libertà” dai vincoli legislativi e necessità di curare al meglio l'interesse generale ed è, per questo, avveza a riconoscere certezza nell'insicurezza, a costruirsi in modo autonomo dall scienza e dalla tecnica (ma rispettandone i risultati), a cercare l'integrazione ove si manifesta la disunione. In un certo senso, si potrebbe dire che, tra i vai poteri, è quello que 'utilizza' la ragionevolezza como potere dinamico, flessibile e aperto”. LEONARDIS, F. D. **Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio**. Milano: Giuffrè, 2005, pp. 369–370.

“situações de crise imprevisíveis e urgentes, suficientes para a abertura de créditos extraordinários”.⁵⁶⁵ Ou seja, não é qualquer alegação de risco que pode fundamentar a adoção de medidas excepcionais, ainda que previstas na Constituição, mas apenas aqueles riscos que escapam da previsão ordinária.

A adoção do discurso do risco para flexibilizar regras constitucionais é, entretanto, tentadora. Na ADI 3430, por exemplo, o STF também considerou inconstitucional a contratação temporária de servidores do serviço público de saúde pelo Estado do Espírito Santo. Contudo, modulou os efeitos da decisão para que tivesse eficácia a partir de 60 dias da data de sua comunicação, “tendo em conta a situação excepcional pela qual passa o país, em virtude do surto da denominada 'gripe suína’”.⁵⁶⁶

A questão se torna extremamente delicada quando a emergência é utilizada para a restrição de direitos fundamentais, em muitos casos de forma drástica. Tome-se como exemplo o programa “Morar Seguro” do Governo do Estado do Rio de Janeiro.⁵⁶⁷ Considerando a tragédia ocorrida naquele Estado em 2010, decorrente de eventos climáticos, autorizou-se a Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil a realizar a interdição e a desocupação compulsória de imóveis situados nas áreas classificadas pela Comissão gestora do programa como vermelha (alto risco). A população removida seria reassentada em imóveis a serem construídos com financiamento do governo, enquanto as áreas de risco desocupadas seriam recuperadas ambientalmente. Sob um ponto de vista, a ação do executivo estadual dá cumprimento ao dever estatal de proteção contra riscos, porém fica clara a restrição ao direito fundamental de inviolabilidade do lar e de outras liberdades constitucionais previstas no art. 5º da Constituição. Note-se que a restrição imediata prevista no art. 5º, XI,⁵⁶⁸ aplica-se, a princípio, apenas ao caso de desastre atual ou iminente, sendo discutível seu alargamento para alcançar a situação de risco de desastre, este, aliás, provocado pelo não atendimento

⁵⁶⁵STF, ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14.05.2008, DJe-157 pub. 22.08.2008.

⁵⁶⁶STF, ADI 3430, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12.08.2009, DJe-200 pub. 23.10.2009.

⁵⁶⁷BRASIL. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decreto nº 42.406, de 13.04.2010. D.O.E.R.J, 14.04.2010. Disponível em <http://www.atosdoexecutivo.rj.gov.br/publico/>. Acesso em 25.11.2010.

⁵⁶⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, XI, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre [...]”.

satisfatório do direito fundamental à moradia.⁵⁶⁹ A estes problemas, soma-se o fato de a medida ter sido implementada por decreto do executivo, e não por lei, confrontando a reserva legal prevista no art. 5º, II, da Constituição. A remoção compulsória das pessoas em situação de risco – como a hipótese de proteção estatal da vida de um indivíduo contra sua própria vontade – constitui um dos chamados casos difíceis ou trágicos que inviabiliza a generalização, e só permite análises minimamente racionais em situações concretas.

Denninger afirma que o quadro constitucional seria ofendido se o direito à segurança fosse utilizado como legitimação para a intervenção indefinida na esfera de terceiros sem a ingerência do legislador democrático, mas alerta sobre o “dilema da lacuna na legalidade”, questionando se o dever constitucional de tutela dos direitos fundamentais autorizaria a intervenção, mesmo sem autorização legislativa, se fosse evidente a necessidade.⁵⁷⁰ Sem menosprezar esse dilema, não escapa à observação que o argumento dos riscos e da urgência, embora apresentado com a roupagem da proteção e da segurança, e não necessariamente acobertando más intenções, pode abrir margem a uma governamentalidade baseada na exceção.

A conexão entre risco e exceção se torna mais explícita quando analisada sob o ângulo da sociedade de risco global. Se por um lado a expansão do contexto da sociedade risco ao nível global facilitou o reconhecimento de direitos humanos internacionais, o mesmo discurso dos riscos deu margem à adoção de medidas radicalmente restritivas de direitos, levantando a indagação se, sob a cortina de um Estado de direito, existe uma sobreposição entre estado de normalidade e estado de exceção.⁵⁷¹

Um evento que se tornou um dos marcos da sociedade de risco global foi o ataque terrorista de Onze de Setembro. Quando as televisões de todo o mundo transmitiram ao vivo o colapso das torres gêmeas do *World Trade Center* em 2001, a expectativa compartilhada de catástrofe que marca a sociedade global de riscos ganhou palco para ser encenada em toda sua potência, deixando marcada na população norte-americana e no mundo ocidental a forte percepção de que, por

⁵⁶⁹Sobre este tema, conferir a análise sociológica desenvolvida em VALENCIO, N. Desastres, ordem social e planejamento em defesa civil: o contexto brasileiro. *Saúde e Sociedade*, v. 19, pp. 748-762, Dez 2010.

⁵⁷⁰DENNINGER, E., *Diritti dell'uomo e legge fondamentale...*, op. cit., p. 92.

⁵⁷¹BECK, U. *World at risk*. Cambridge: Polity, 2009, p. 67.

mais poderosa que seja a nação ou remota a possibilidade de tal ataque, o pior cenário é possível.⁵⁷²

Após o ataque, o governo norte-americano hesitou por três dias, mas logo em seguida declarou que a América estava mais ou menos em estado de guerra. O estado de emergência foi declarado pelo presidente, enquanto o Congresso norte-americano autorizou que fossem utilizados os meios necessários e apropriados contra as nações, organizações ou pessoas que planejaram, executaram ou apoiaram os ataques do Onze de Setembro. Diversas políticas e medidas jurídicas foram adotadas para reforçar o combate ao terrorismo tanto o âmbito externo quanto doméstico, destacando-se o famoso *USA Patriot Act*, conferindo às autoridades norte-americanas poderes excepcionais de vigilância e investigação de atividades relacionadas ao terrorismo, com severas restrições a direitos fundamentais de privacidade e intimidade. No plano externo, o governo de G. W. Bush não vacilou em flexibilizar convenções internacionais, assim como procurou convencer outras nações a quebrar suas obrigações decorrentes de tratados internacionais e suas próprias constituições para aderir aos EUA na guerra contra o terror.⁵⁷³ O pós Onze de Setembro, conforme Frankenberg ressaltou, marca fortemente o retorno da doutrina do inimigo, muitas vezes construído ao bel-prazer de dos que pretendem reprimi-lo.⁵⁷⁴

Apesar de não ser o objetivo deste trabalho desenvolver estudo específico sobre o estado de exceção, mas apenas sua conexão a sociedade de riscos, é preciso destacar que um dos marcos teóricos para a compreensão desta questão vem da obra de Carl Schmitt.⁵⁷⁵ A partir da célebre premissa de abertura de sua *Teologia Política* – “o soberano é quem decide na exceção” –, Schmitt afirma que

⁵⁷²BECK, U., *World at risk...*, op. cit., pp. 67–69.

⁵⁷³Conforme SCHEPPELE, K. L. *Law in times of emergency: states of exception and the temptations of 9/11. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 5, pp. 1001-1083, 2004.

⁵⁷⁴Segundo Frankenberg “nenhum tema terá a presunção afortuitamente plausível de que o renascimento do inimigo, observado desde o 11 de setembro, na política interna e externa poderia, por um lado, na visão do Direito dos Povos, solapar as doutrinas porosas sobre a proibição elementar da violência e sobre a justificação excepcional dela em situações de necessidade (como legítima defesa) e com o fim de restabelecimento da paz, por outro, no âmbito internacional, ter favorecido dramática restrições dos direitos políticos em favor do imperativo vago da segurança interna”. FRANKENBERG, G. *A gramática da constituição e do direito*. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2007, pp. 3–39.

⁵⁷⁵“[T]he place to start in thinking about theoretical justifications for states of emergency in a system of democratically accountable, representative, and rights-respecting government is with Carl Schmitt, who not only attempted to justify the state of exception in a constitutional democracy but who, in the end, played a role in the demise of the Weimar Constitution itself”. SCHEPPELE, K. L., *Law in times of emergency...*, op. cit.

“a decisão na exceção é a decisão no verdadeiro sentido da palavra”, pois uma norma jurídica geral nunca poderia compreender a exceção e, portanto, esta última não poderia ser derivada da norma. Por isso, é precisamente “a exceção que torna relevante a questão da soberania”, pois “os precisos detalhes de uma emergência não podem ser antecipados”.⁵⁷⁶ Schmitt percebe a capacidade de suspender o Estado de direito, ou seja, a capacidade de “operar fora da normalidade jurídica”, como a característica definidora da soberania. Por esse motivo, as constituições liberais apenas passariam aos cidadãos a ilusão de que tudo conteriam, pois na verdade sempre haverá momentos de emergência que não podem ser antecipados e ameaças que não podem ser completamente compreendidas em termos constitucionais. A emergência revela a incompletude da Constituição e sua inabilidade em conformar completamente o soberano, pois, se o contrário fosse verdadeiro, o soberano não poderia invocar a exceção às regras constitucionais.⁵⁷⁷

Em uma abordagem mais recente, elaborada por Giorgio Agamben, o estado de exceção é descrito como o “paradigma de governo dominante na política contemporânea”. O estado de exceção deixa de ser uma medida provisória e excepcional para se transformar em uma verdadeira “técnica de governo”, transformando a estrutura e o sentido de distinção entre os diversos tipos de constituição.⁵⁷⁸

Trabalhando a partir de exemplos recentes, como o *USA Patriot Act* e os prisioneiros de Guantánamo, Agamben observa que o estado de exceção não é um direito especial, mas uma suspensão da própria ordem jurídica. O estado de exceção também está relacionado a um “vazio de direito” ou anomia, no qual geralmente são ampliados os poderes do executivo, com a conseqüente erosão dos poderes legislativos do parlamento e a abolição gradual da separação de poderes no Estado.⁵⁷⁹ Isto não significa que o estado de exceção seja exterior ou interior ao ordenamento jurídico. Seu *locus* estaria em “zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam”, já que “a suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou pelo

⁵⁷⁶SCHMITT, C. **Political theology: four chapters on the concept of sovereignty**. Tradução George Schwab. Chicago: University of Chicago Press, 2005, pp. 5–7.

⁵⁷⁷Conforme SCHEPPELE, K. L., *Law in times of emergency...*, op. cit.

⁵⁷⁸AGAMBEN, G. **Estado de exceção: homo sacer, II, I**. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 13.

⁵⁷⁹AGAMBEN, G., **Estado de exceção...**, op. cit., pp. 14–19.

menos não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica”.⁵⁸⁰

Não se pode negar o potencial descritivo da teoria do estado de exceção, principalmente diante dos exemplos vivenciados na história recente, em que sérias restrições a direitos fundamentais – muitas vezes justificadas como proteção a riscos terroristas, sanitários ou ambientais – conviveram com períodos de normalidade institucional e jurídica. Também não pode ser desprezado o potencial crítico da teoria do estado de exceção para o questionamento de um constitucionalismo liberal que se descreve ingenuamente neutro às forças políticas. Não se pode adotar, contudo, a proposta normativa subjacente à teoria do estado de exceção, de submissão do jurídico ao político, da Constituição à força dos fatos.⁵⁸¹

A supremacia do político sustentada pela teoria do estado de exceção lembra, de certo modo, a afirmativa de Ferdinand Lassale – pela qual a Constituição jurídica não passa de pedaço de papel, que sempre há de se submeter à Constituição real.⁵⁸² Tal afirmativa não pode ser aceita normativamente enquanto existir a pretensão de vinculação dos poderes à Constituição, o que é a pedra fundamental do constitucionalismo e do Estado de direito. Como sustentou Konrad Hesse, apesar de a Constituição jurídica estar limitada pela realidade histórica, ela não configura apenas uma expressão de uma dada realidade. A Constituição jurídica, graças ao elemento normativo, “ordena e conforma a

⁵⁸⁰Um dos exemplos dessa relação entre a suspensão da norma e o próprio ordenamento jurídico seriam as lacunas de direito e a determinação de integração através da analogia. Segundo Agamben, “em que consiste a lacuna em questão? Será ela, realmente, algo como uma lacuna em sentido próprio? Ela não se refere, aqui, a uma carência no texto legislativo que deve ser reparada pelo juiz; refere-se, antes, a uma suspensão do ordenamento vigente para garantir-lhe existência [...] E como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, ma onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor”. AGAMBEN, G., **Estado de exceção...**, op. cit., pp. 39–49.

⁵⁸¹No STF, a força dos fatos e a doutrina de Agamben foram levantados em diversos acórdãos pelo Min. Eros Grau. Não é possível dizer, contudo, que o STF continuará utilizando a doutrina de Agamben na *ratio decidendi* de seus julgados, já que, após a aposentadoria do Min. Eros Grau, não se constatou a referência àquela doutrina, conforme pesquisa de jurisprudência efetuada no sítio do Tribunal (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>). Como exemplo da utilização da doutrina de Agamben, vide RE 597994: “A exceção é o caso que não cabe no âmbito de normalidade abrangido pela norma geral. Ela está no direito, ainda que não se encontre nos textos normativos de direito positivo. Ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo não se afasta do ordenamento. Recurso extraordinário a que se dá provimento”. STF. RE 597994, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 04.06.2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-162 pub. 28.09.2009.

⁵⁸²Conforme descrita em HESSE, K. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 9.

realidade política e social”. Hesse admite que em tempos difíceis é que a Constituição jurídica é posta à prova, e, de certa forma, há relativa verdade na tese de Carl Schmitt segundo a qual “o estado de necessidade configura ponto essencial para a a caracterização da força normativa da Constituição”. Porém, segundo Hesse, o importante⁵⁸³

não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas.

Não por acaso juristas alemães pós-1945, como Kāgi, que sucederam o pensamento jurídico do período em que seu país viu o político predominar sem controles, marcaram sua confiança em uma Constituição estável como fundamento da ordem estatal. Se houvesse tensão entre a política e a Constituição, esta última é que deveria predominar.⁵⁸⁴ Alinhadas a esse pensamento, as reações da comunidade internacional às políticas antiterrorismo do governo G. W. Bush surgiram principalmente porque a proposta *schmittiana* (como modelo normativo) já não era mais aceita. Muitos aliados dos EUA consideraram que o Onze de Setembro não deveria ser visto como um momento em que o Estado de direito deveria ser suspenso, mas precisamente um momento em que ele deveria ser fortalecido.⁵⁸⁵

Um exemplo da reação a medidas excepcionais adotadas na comoção que se sucedeu aos ataques terroristas do Onze de Setembro veio do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA). Após os referidos ataques, a Alemanha experimentou uma expansão na legislação de segurança, dentre os quais o Estatuto de Segurança no Transporte Aéreo – ESTA (*Luftsicherheitsgesetz*), que entrou em vigor em 15 de janeiro de 2005. Dentre as provisões do ESTA, despertou ampla atenção do público o § 14 (3), que dava poderes ao ministro da defesa para ordenar o abate de aviões de passageiros, caso pudesse se assumir que

⁵⁸³HESSE, K., **A força normativa da constituição...**, op. cit., pp. 24–25.

⁵⁸⁴KĀGI, W. **La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado: investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional.** Tradução Sergio Ma Diaz Ricci; Juan José Reyven. Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2005.

⁵⁸⁵Conforme Scheppele, “the idea of the state of exception from which the Bush administration has proceeded has met sharp international criticism, precisely because the international community has moved on from the Schmittian framework to which the Bush administration’s response bears strong resemblance. Carl Schmitt’s justification for the state of exception—and by extension the Bush administration’s justification for the response to the terrorist attacks of 2001—presupposes a world that no longer exists, even after 9/11. As I argue, many of America’s allies have seen 9/11 not as a moment when the rule of law should be suspended, but precisely a moment when the rule of law needs to be strengthened”. SCHEPPELE, K. L., *Law in times of emergency...*, op. cit.

a aeronave poderia ser utilizada contra a vida de outras pessoas e o abate fosse o único meio de prevenir esse perigo iminente. O § 14 (3) do ESTA levantou uma questão fundamental para o Estado contemporâneo: poderia a preocupação com a segurança justificar o Estado a passar por cima da vida de indivíduos? Estaria tal medida autorizada pela Constituição? O TCFA respondeu negativamente a estas questões. Para o Tribunal, a autorização conferida pelo estatuto federal para sacrificar a vida de inocentes em nome da segurança violou a Lei Fundamental. O Estado, segundo afirmou o TCFA, deve respeitar o direito constitucional dos seres humanos à dignidade. Ao não mostrar respeito pela vida dos passageiros, a provisão antiterrorismo do ESTA simplesmente os tratou como parte da aeronave, que teria de ser destruída por ter se transformado em uma arma na mão dos sequestradores. Quando o direito considera a morte de seres humanos como um dano inevitável em benefício de outros objetivos, ele os transforma em coisas e os coloca à margem da ordem jurídica.⁵⁸⁶

Portanto, embora os riscos experimentados na sociedade atual possam ser utilizados em um discurso de emergência, para gerar estados de exceção e fomentar severas restrições aos direitos fundamentais, a saída não é porta da negação da Constituição e de sua força normativa e limitadora dos poderes estatais. As restrições aos direitos fundamentais sempre devem estar submetidas ao crivo da compatibilidade com os princípios e valores consagrados na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos.

Daí a responsabilidade, dos juristas, de criar teorizações que favoreçam a proteção aos direitos fundamentais, pois, conforme a lição de José Ribas Vieira, “cabe a nós, usando as lições de Peter Häberle, como intérpretes da Constituição Federal de 1988, estarmos presentes para a prevalência dos direitos fundamentais por ela emanadas”.⁵⁸⁷

A adequada proteção dos direitos fundamentais requer o constante reforço da ideia de uma Constituição com força normativa, que não se submete

⁵⁸⁶Conforme descrito por LEPSIUS, O. Human dignity and the downing of aircraft: the German Federal Constitutional Court strikes down a prominent anti-terrorism provision in the new air-transport security act. *German Law Journal*, v. 7, n. 9, pp. 761-776, 2006. Sobre a decisão do TCFA no caso da *Luftsicherheitsgesetz*, vide MIGUEL FILHO, T. A. A decisão do tribunal constitucional federal alemão sobre a lei do abate. In: VIEIRA, J. R. (Org.). **Constituição e estado de segurança nas decisões do tribunal constitucional federal alemão**. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 103-108.

⁵⁸⁷VIEIRA, 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.

simplesmente à força dos fatos, porém não se pode ignorar que a expansão dos direitos fundamentais acarreta um efeito colateral relevante: a transferência de poder para os órgãos encarregados do controle de constitucionalidade. Como em muitos outros países, no Brasil razoável parcela do poder de controle constitucional é colocada nas mãos do poder judiciário. Com isso, a relação entre os riscos e dos direitos fundamentais tende a ser judicializada, com implicações nos planos institucional, democrático e epistemológico das decisões de risco na sociedade.