

7 Conclusões

A transformação de uma sociedade industrial para uma sociedade de riscos provoca uma correspondente alteração no modelo teórico do Estado constitucional de direito? Se provoca, quais as implicações no campo da legitimação das decisões públicas em uma sociedade democrática? É possível formular uma compreensão teórica do Estado de direito que permita dar conta da problemática dos riscos na sociedade contemporânea, e, ao mesmo tempo, seja constitucionalmente adequada?

Para responder a essa pergunta, esta tese partiu da hipótese de que o Estado constitucional de direito, na transformação ocorrida na sociedade frente aos riscos tecnológicos, e com a expansão do conceito de segurança, assume uma configuração de Estado de risco, que se caracteriza por tomar a ideia de risco como um dos principais elementos de definição e justificação da atuação dos governos. Desta hipótese decorrem duas hipóteses auxiliares. A primeira é que, no Estado de risco, acentua-se o problema da legitimação no Estado, aumentando-se o ônus de justificação das decisões e impondo-se a abertura do processo deliberativo. A segunda é que os problemas de legitimação demandam a formulação de um modelo constitucionalmente adequado do risco, que compatibilize o caráter político-científico da percepção e avaliação do risco com a necessidade de utilização do direito para a regulação de uma sociedade complexa. Após o desenvolvimento desta tese, pode-se afirmar com segurança que as hipóteses lançadas no trabalho foram confirmadas.

Preliminarmente, destacou-se a necessidade de mapear o paradigma social do risco, ou a base sociológica que possibilite compreender o risco e construir uma ponte para sua assimilação no âmbito da teoria do Estado e do direito constitucional, já que o direito, isoladamente, não permite a construção do significado social do risco.

Risco está ligado a uma lógica de decisão em um contexto de incerteza e possibilidade, cujas consequências, a serem observadas no futuro, afetam valores humanos. Diante das diversas teorias que buscam entender o risco na sociedade,

optou-se por um marco teórico plural, que abarcasse os diversos ângulos da problemática dos riscos na sociedade. Embora haja diferenças entre as diversas teorias sociológicas do risco, estas abordagens compartilham as premissas de que o risco se tornou um conceito cada vez mais onipresente nas sociedades ocidentais e de que o risco se tornou um conceito político e cultural central pelo qual indivíduos, grupos sociais e instituições são organizados, monitorados e regulados.

As correntes socioculturais compartilham, ou pelo menos não rejeitam, que o risco é um aspecto central da subjetividade humana, que o risco é visto como algo que pode ser gerenciado através da intervenção humana, e que o risco é associado com as noções de escolha, responsabilidade e culpa. O risco não pode ser plenamente conhecível ou objetivável fora de um sistema de crenças e posições morais. Portanto, o conhecimento sobre risco está bitolado por contextos socioculturais, e o conhecimento científico ou qualquer outro conhecimento nunca é livre de valores, mas, ao contrário, é sempre um produto de diversos pontos de vista.

Partindo destes pontos de razoável consenso, o paradigma social do risco foi delineado através de alguns postulados. Em primeiro lugar, os riscos são humanos, não só porque existem em face de uma ideia criada pelo ser humano para lidar com os desafios da natureza e da incerteza a respeito do futuro, mas também porque, dessa ideia, e das ações tomadas para concretizá-la, surgem novos riscos, os riscos tecnológicos. Além disso, os riscos são humanos porque são percebidos, comunicados, avaliados e gerenciados por seres humanos, com suas racionalidades e irracionalidades, e não por máquinas desprovidas de emoções e afetos. Os riscos também são sociais. A percepção, avaliação e comunicação do risco são processos sociais, que podem ser amplificados ou reduzidos conforme o meio cultural e social, bem como se encontram na base da distribuição dos encargos e benefícios sociais. Os riscos são globais, pois não se restringem geograficamente. Os riscos são igualmente políticos, demandando, em contrapartida, legitimação democrática para o seu gerenciamento na sociedade.

Diante dos desafios colocados pelos riscos contemporâneos à regulação pelo direito, constatou-se que a atual forma de compreensão da dimensão material do Estado constitucional de direito – o modelo do Estado social – encontra-se em crise. O Estado constitucional legitima-se pela origem democrática da produção e

reprodução da ordem jurídica, mas também se legitima materialmente, através dos fins ditados pela constituição. O modelo do Estado social de direito, consagrado no século XX, afirma-se em razão das desigualdades surgidas no desenvolvimento da sociedade industrial, tendo como referência uma forma de Estado de bem-estar social para resolver a questão dos conflitos de classe. O modelo do Estado social pressupõe um Estado nação soberano e independente, a partir do qual decorre toda a regulação, e a adoção acrítica da tecnologia e do desenvolvimento para a realização dos fins estatais. Desafiando esse modelo, o impacto dos riscos tecnológicos na sociedade coloca em crise a visão de um Estado de bem-estar produtivista. Representado pela alegoria do “paradoxo do Agreste”, o Estado social vê-se na complicada situação em que os fins que se apontavam como legitimadores da atuação estatal conduzem a uma situação de perda ou questionamento da própria legitimidade do Estado. O Estado deveria perseguir outros fins que não se limitavam à redistribuição da riqueza ou à resolução dos conflitos de classe na sociedade.

Na sociedade de riscos, a premissa da simplificação dos conflitos sociais às lutas entre classes econômicas se esgota, gerando problemas de legitimidade para o Estado social. Não que os riscos tenham levado ao fim das classes econômicas, ou que a desigualdade social tenha deixado de existir. Muito pelo contrário, os riscos dão origem a novas desigualdades, inclusive de ordem global, porém estas não estão ligadas propriamente a posições de classe, mas a posições de risco. As desigualdades sociais não desaparecem, mas são redefinidas em termos de risco e vulnerabilidade, e os conflitos tendem a aparecer ao longo de características conectadas à discriminação, como raça, gênero, opção sexual, idade, ou deficiências. A globalização também promove a crise dos fundamentos do Estado social, pois o correto funcionamento do modelo do Estado nacional pressupõe a congruência entre território, povo e governo efetivo.

A crise do modelo do Estado social afeta seu potencial descritivo e normativo, o que se torna evidente quando verificada a expansão do conceito de segurança no Estado de direito na sociedade de risco. A segurança sempre esteve na base da justificação Estado e do Estado de direito. Inicialmente, uma segurança contra a ordem interna e ameaças externas, evoluindo para a segurança da vida, da liberdade e da propriedade. Depois, segurança contra os desequilíbrios sociais provocados pelo capitalismo. Na sociedade de risco, o Estado de direito se vê

frente a outro desafio: garantir os cidadãos contra os perigos produzidos na sociedade pós-industrial. O Estado continua com suas funções anteriores, mas agora precisa lidar com as consequências dos perigos gerados pela tecnologia. Da segurança nacional, evolui-se para a segurança jurídica do estado liberal clássico. Daí, adquire uma dimensão de segurança social no Estado de bem-estar, para enfim assumir uma configuração de segurança multidimensional, agregando componentes como a segurança ambiental e sanitária. À expansão do conceito de segurança no Estado correspondem as modificações nas instituições e no Estado de direito, sinalizando modificações no “imaginário da segurança” que o justificam.

A análise da expansão do conceito de segurança aponta que o Estado de direito, na sociedade contemporânea, passa a se justificar pela proteção dos riscos aos seus cidadãos. O Estado de direito não se preocupa apenas com a proteção dos direitos individuais frente ao Estado, como era a proposta do Estado liberal, ou busca seus fins legitimadores apenas na redistribuição da produção social, como sustentado no modelo do Estado social. O Estado de direito assume a forma de um Estado de risco em um duplo aspecto. Por uma dimensão, assume novos fins ligados à proteção dos riscos ligados ao desenvolvimento econômico e tecnológico. Por outra, traduz os problemas do Estado liberal e do Estado social para a linguagem dos riscos.

Evidências do modelo do Estado de risco se apresentam no discurso dos textos normativos e das decisões judiciais. A Constituição e o ordenamento jurídico brasileiros, assim como diversas normas estrangeiras e internacionais, demonstram a preocupação com os riscos e adotam sua linguagem para tratar de problemas novos e antigos. As decisões do STF e de tribunais estrangeiros também reflete essa tendência.

O modelo do Estado de risco não implica que o Estado abandone sua preocupação com direitos de liberdade ou sociais. Estes fins, contudo, são traduzidos na sociedade contemporânea para a linguagem da segurança e dos riscos, cabendo ao Estado uma posição de predominância – e responsabilidade – na governança dos riscos sociais. Por conta desse fenômeno, a semântica dos riscos se torna a “língua franca” da tomada de decisões, passando a fazer parte do discurso jurídico através da Constituição, dos textos legais e normativos e das decisões judiciais.

O modelo do Estado de risco também não significa um retorno às propostas liberais de desregulamentação. A crise do Estado social não significa a volta ao Estado liberal. A liberdade de iniciativa econômica deve ser regulada, pois não é um valor que se sobrepõe à demanda de proteção estatal à segurança humana, à saúde e ao ambiente. Estes novos fins impostos ao Estado legitimam a regulação que protege o consumidor, o trabalhador, as pessoas em situação de vulnerabilidade, e todos aqueles que, sem ter poder para influir nas decisões, suportam os riscos tomados na sociedade.

O Estado de risco também chama a atenção para novas exigências de legitimação. A superavaliação ou subavaliação dos riscos pelo Estado regulatório pode transformar experiências humanas em inumanas. A tentativa de equacionamento de um risco normalmente abre as portas para outros riscos. A cada risco tomado, a cada questão de segurança levantada, tem-se um correspondente valor. Bloquear o avanço tecnológico pode fechar as portas para soluções que irão melhorar a vida humana; impedir que empresas e cidadãos se arrisquem pode sufocar a iniciativa econômica e o desenvolvimento pessoal; buscar segurança contra atos criminosos e terroristas pode levar a graves violações de direitos humanos. A discussão sobre os riscos não pode ser entre uma situação de risco versus uma situação de não-risco. O debate deve desenvolver-se sobre os riscos que a sociedade entende toleráveis.

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

Contudo, o Estado de risco não pode ser compreendido fora do contexto constitucional em que está inserido. Esta posição tem uma importante consequência, pois o dever do Estado de proteção aos riscos não deve ser implementado como se o sistema de direitos fundamentais e o princípio democrático não existissem. O Estado de risco aumenta o ônus de legitimação do Estado, e não o contrário.

De acordo com o modelo do Estado de risco, o Estado constitucional de direito incorpora progressivamente aos seus fins legitimadores a proteção dos cidadãos frente aos riscos tecnológicos, porém não abre mão do princípio

democrático, que reconduz a legitimidade das decisões públicas ao ideal de autogoverno do povo.

A virada do século XXI trouxe para o âmbito da política e do direito questões que antes se restringiam aos centros de pesquisa científica, e, por razões estruturais e semânticas, o sistema político é hoje pressionado para a politização dos riscos de qualquer origem ou procedência. Uma das dificuldades da sociedade de risco é a que diferenciação dos sistemas político-econômico e técnico-econômico deixa de ser precisamente distinta. O sistema político se vê condutor de um processo para o qual não estava preparado, e, em contrapartida, os sistemas científico e econômico recebem uma carga de poder político sem possuir legitimação democrática. Desta forma, os riscos criam pressão por legitimação em uma área que antes estava blindada ao espaço democrático, mas isto acaba gerando novas dificuldades em um Estado constitucional.

A pressão por prevenção de consequências indesejáveis em um Estado orientado para o futuro tende a afastar a produção de políticas públicas do legislativo para agências administrativas. Ocorre, então, um duplo movimento de enfraquecimento da lei. Em um movimento para cima, a Constituição estabelece normas que limitam a competência forma e material do legislador ordinário. Na outra direção, o detalhamento e a dinâmica das tarefas que o Estado passa a assumir não conseguem ser absorvidos pela prática legislativa, sendo repassados à Administração. Cria-se uma curva descendente de legitimação democrática na regulação do risco. Primeiro, a lei, como norma de maior hierarquia, não se mostra capaz de fixar de maneira precisa o que é proibido e permitido, delegando a definição das condutas para atos administrativos. Segundo, a técnica, em muitos casos, supera as possibilidades de conhecimento da Administração, forçando o Estado a adotar premissas da indústria ou mesmo transferir aos particulares atividades próprias da Administração. Quando as decisões sobre riscos se afastam das instâncias democráticas, a crise de legitimação no Estado de direito se amplifica, já que as decisões públicas sobre risco se respaldam quase que unicamente em uma legitimação técnica, supostamente neutra em termos políticos.

A questão das decisões públicas sobre o risco não seria tão acentuada se o conhecimento científico mantivesse o potencial legitimatório que possuía antes das últimas décadas do século XX, porém esse status da ciência não é mais

sustentável, expondo a necessidade da reconstrução democrática do processo decisório público. Produz-se, em decorrência, um choque entre a opinião de leigos e experts. No confronto de ideias entre leigos e experts surgem questões ligadas a diferenças ideológicas e à falta de confiança recíproca. Leigos e técnicos também podem levar em conta diferentes dimensões dos riscos associados a produtos ou atividades, onde racionalidades rivais geram diferentes respostas sem que necessariamente a correção de uma posição gere automaticamente o erro da outra.

Uma compreensão de racionalidade que considera que os julgamentos baseados em análises (dos experts) tendem a ser mais precisos do que os baseados na intuição (do público), leva à centralização das decisões em agências especializadas, de modo a tornar o gerenciamento estatal do risco mais eficiente. Contudo, todos os riscos, de certa forma, são percebidos para que possam ser considerados social e culturalmente como riscos. Os próprios cientistas são forçados a tomar por base riscos subjetivos ou percebidos, pois não é possível elaborar modelos probabilísticos que levem em conta todos os fatores necessários a um cálculo perfeito. Quando se afirma a superioridade dos julgamentos dos técnicos em relação aos cidadãos em geral, subjaz uma compreensão hierarquizada do conhecimento, que não necessariamente irá produzir os melhores resultados.

Para escapar dessa dicotomia, como sugere Boaventura Santos, é preciso desenvolver um pensamento pós-abissal, que confronta a monocultura da ciência moderna com uma ecologia de saberes, fundando-se no reconhecimento da pluralidade de conhecimentos heterogêneos e em interações sustentáveis e dinâmicas entre eles sem comprometer sua autonomia. Esta proposta é atraente sob o ponto de vista epistemológico, pois permite que a tomada de decisões seja informada por um maior número de fontes, o que, pelo menos em tese, torna maior a probabilidade de acerto. Ela torna a tomada das decisões mais próxima do ideal de autogoverno democrático, principalmente quando se tem em conta a disjunção entre os que tomam as decisões sobre riscos e aqueles que suportam os respectivos efeitos econômicos, sociais e ambientais na sociedade contemporânea.

Para o Estado de risco, o desafio é compreender teoricamente o princípio democrático de forma mais ampliada, permitindo que as normas da Constituição se tornem um instrumento – e não um empecilho – ao desenvolvimento de uma democracia na sociedade de riscos. Nesta ótica, o princípio democrático não é um

entranche ao desenvolvimento de uma cidadania do risco. Pelo contrário, ele fornece o instrumental jurídico-constitucional para ampliar o debate democrático sobre a regulação dos riscos, não convivendo muito bem com modelos normativos de democracia elitista.

Os riscos tecnológicos – afastada uma compreensão elitista – podem constituir uma força democratizante na sociedade contemporânea, ao invés de propulsionarem a burocratização do espaço democrático. Considerando-se as reações sociais e culturais às consequências da tecnologia, os riscos podem mudar o significado da participação democrática, abrindo o espaço para a deliberação e o debate inclusivo.

Por isso, em uma sociedade tão dependente da tecnologia como a em que vivemos, não parece razoável propor que o conhecimento científico seja afastado da tomada de decisões públicas, nem há elementos que permitam supor que as instâncias políticas tenham condições de, isoladamente, alcançar regulações de risco aceitáveis para a garantia dos novos fins que a Constituição adota no Estado de risco. O princípio democrático precisa conviver com uma forma de constitucionalismo administrativo, no qual o poder decisório é informado por burocracias técnicas. Entretanto, o trabalho dos experts deve ser visto como uma contribuição à construção de políticas públicas e não como substitutivo da decisão democrática. A melhor forma de alcançar a aceitação pública das decisões – e, portanto, legitimá-las – é através de mecanismos de garantam a melhor representação das pessoas afetadas e do público em geral.

Em um quadro normativo que prestigie o conhecimento formado por uma ecologia dos saberes, os riscos podem tornar-se uma força de ampliação do debate democrático. Da mesma forma que o Estado social interagiu com processo democrático, liberando novas fronteiras de sufrágio ao mesmo tempo em que era reafirmado pela democracia, o Estado de risco demanda a expansão do princípio democrático da Constituição, integrando novas formas de participação popular para as decisões públicas. A indeterminação científica na sociedade contemporânea impõe que os riscos sejam abordados não somente como uma questão técnica, mas, também – e principalmente – como uma questão política, sendo fundamental a maior participação possível de todos os interessados.

A ampliação do princípio democrático no Estado de risco precisa ter em conta que os riscos possuem natureza comunicativa, e, portanto, que o debate

sobre a sua regulação deve ter em vista um ambiente de livre diálogo, no qual os interlocutores entendam e possam ser entendidos pelos participantes. Em uma sociedade onde o ideal de democracia encontra suporte razoável, as decisões não alcançarão a pretendida legitimidade se puderem ser compreendidas apenas pelos iniciados. É preciso que o debate sobre os riscos se desenvolva com transparência, lealdade e responsabilidade entre as partes envolvidas, e nisto a prática constitucional tem muito a contribuir.

O modelo teórico do Estado de risco também produz importantes desdobramentos sobre outra dimensão básica do constitucionalismo contemporâneo: o sistema de direitos fundamentais. Os riscos são utilizados para legitimar novos direitos fundamentais, para reinterpretar antigos direitos fundamentais, e, ainda, justificar a restrição desses direitos.

Os direitos fundamentais são direitos positivados na constituição, justificados em fundamentos ético-morais e referidos a uma compreensão ligada ao momento histórico. Com a expansão do conceito de segurança que se verifica no Estado, observa-se a afirmação de direitos fundamentais ligados às questões 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. Direitos fundamentais ambientais possuem uma estreita conexão com as questões levantadas 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. 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.

Entretanto, 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 Estado e um dos princípios da ordem econômica. 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, 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. Portanto, a preocupação com os riscos produzidos socialmente surge como nova fonte de justificação, afirmação e expansão de direitos fundamentais, impondo a releitura dos dispositivos constitucionais que estabelecem direitos e deveres aos cidadãos e ao Estado.

Os direitos fundamentais relacionados aos riscos possuem a dimensão subjetiva clássica, mas também incorporam uma dimensão objetiva, desencadeando uma eficácia dirigente em relação aos órgãos estatais e uma eficácia irradiante sobre toda a ordem jurídica. Desta dimensão objetiva decorrem os deveres de proteção em face dos riscos e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Os direitos de proteção estão entre os que primeiro se afirmam cronologicamente no Estado de direito, mas eles alcançam nova significação e importância no Estado de risco, dividindo as atenções com as questões levantadas pelos direitos prestacionais em sentido estrito. Os postulados de proteção que os direitos fundamentais impõem ao Estado desenvolvem-se em deveres de proibição, deveres de segurança, e deveres de evitar riscos. Estes últimos se identificam com as novas funções atribuídas ao Estado em uma sociedade de riscos, impondo não somente medidas reparatórias, mas também antecipatórias – preventivas ou precaucionárias. 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.

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. 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. O princípio da precaução incorpora a necessidade de antecipação da intervenção estatal na defesa de certos direitos fundamentais, e por isso vem sendo reconhecido progressivamente nos textos normativos. Todavia, para que não se torne apenas um princípio paralisante, e para minimizar as dificuldades de sua aplicação, este princípio precisa ser compatibilizado com outros princípios da regulação dos riscos, como o princípio do custo benefício, a dignidade humana e a solidariedade.

Os direitos fundamentais no Estado de risco igualmente apresentam peculiaridades quanto aos seus destinatários. 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 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. Quando se trata de direitos fundamentais relacionados aos riscos, 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.

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. 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.

Para que a solução de colisões de direitos fundamentais ou controle de constitucional das restrições a esses direitos não se torne uma atividade arbitrária, é preciso observar uma metodologia que observe limites formais, de competência, e materiais.

Uma das grandes questões na utilização do conceito de risco para a

fundamentação de restrições aos direitos fundamentais repousa na criação de situações de exceção ao regime constitucional sob a alegação de estado de emergência. Ao se expandir a preocupação com os riscos, dilata-se progressivamente o conceito de emergência, surgindo a possibilidade de o discurso do risco ser levantado para que se afastem limitações constitucionais e legais, gerando um estado de exceção permanente.

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 a um 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 à indagação se, sob a cortina de um Estado de direito, existe uma sobreposição entre estado de normalidade e estado de exceção

A teoria do estado de exceção tem sido uma forma de compreender esse fenômeno em que regras legais e constitucional são afastadas em nome da emergência. 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 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. Esta proposta não pode ser aceita normativamente enquanto existir a pretensão de vinculação dos poderes à Constituição.

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. A decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão no caso da lei do abate é um exemplo de que medidas de exceção podem ser revertidas através do sistema constitucional de direitos fundamentais. Para evitar que a Constituição seja sobrepujada pela exceção, cabe, aos juristas, a responsabilidade de criar teorizações que favoreçam a proteção aos direitos fundamentais.

A questão da legitimação no Estado de risco também exige atenção ao problema da judicialização. No Estado de risco ocorre um alargamento do conceito de segurança e dos direitos fundamentais, ampliando-se o que é constitucional e o que está sujeito a controle pelas instituições estabelecidas na Constituição, como já ocorreu na transição do Estado liberal para o Estado social. Isto faz com que seja esperada a expansão da atuação dos tribunais sobre as questões do risco na sociedade contemporânea, porém este fenômeno não deixa ser problemático sob o ponto de vista da legitimação.

Ao incluir argumentos sobre risco e urgência nas decisões, os tribunais precisam sustentar premissas empíricas extrajurídicas voltadas para o futuro e marcadas pela incerteza, e não simplesmente aplicar as decisões pretéritas de constituintes e legisladores. Por outro lado, quando intervem na regulação dos riscos, o judiciário tem o potencial de refazer a distribuição já promovida pelos poderes legislativo e executivo, sem possuir legitimação pelo voto popular e estando sujeito a diversas limitações epistemológicas.

A partir da análise de casos selecionados da jurisprudência do STF, demonstrou-se que esse Tribunal tende a expandir sua atuação sobre as decisões de risco na sociedade, reavaliando as decisões do executivo e do legislativo. Mantendo ou não as decisões dos outros poderes estatais, o STF se dispõe a estender sua jurisdição sobre a regulação do risco. Para tanto, o Tribunal vai além da simples confrontação abstrata entre a Constituição e a norma jurídica desafiada, alargando sua cognição sobre questões empíricas e potenciais consequências da decisão.

Em um sistema constitucional, a judicialização da política mantém constante tensão com o princípio da divisão dos poderes e o princípio democrático. No Estado de risco, o exercício de juízo de valor sobre as questões empíricas na jurisdição constitucional coloca um grande poder nas mãos dos tribunais e juízes, extrapolando a mera aplicação da Constituição proposta por

Kelsen e Marshall.

Um caso especial das questões de fato na jurisdição constitucional se apresenta nas chamadas decisões judiciais consequencialistas, ou seja, as decisões que se justificam levando em conta suas próprias consequências – e não somente argumentos jurídicos. Na decisão consequencialista, os tribunais não fazem um juízo sobre a interpretação de normas ou mesmo de fatos da causa, mas uma prognose sobre a probabilidade de um evento incerto que pode afetar os bens jurídicos em discussão. Ao trazer as consequências para a argumentação jurídica, os juízes assumem nítida atitude prospectiva, normalmente trabalhada no campo político, colocando em suas decisões contingências que sobrecarregam o sistema social do direito.

Apesar das dificuldades impostas pela análise de consequências na jurisdição constitucional, deve-se também questionar se os tribunais podem simplesmente passar ao largo dos possíveis desdobramentos de suas decisões, especialmente quando a Constituição consagra direitos fundamentais ligados aos riscos. Ignorar completamente as consequências corresponde a afirmar que não merece ser resguardada a possibilidade – futura e incerta – de danos a bens protegidos pela Constituição. Desta forma, a decisão que ignora completamente as consequências também apresenta dificuldades em sua justificação.

O que não pode ocorrer, em termos de argumentação jurídica, é que a consequência seja apresentada conclusivamente, e não argumentativamente, escondendo o verdadeiro debate sobre os valores em jogo na discussão. As consequências assumem no discurso jurídico o papel de premissas empíricas, e, portanto, necessitam justificação externa compatível com a sua natureza, não podendo tomar por base opiniões ou preferências.

Na judicialização da técnica, juízes e tribunais enfrentam limitações em termos de conhecimento e procedimento. Parcela de poder decisório é transferido a peritos, e o judiciário é obrigado muitas vezes a decidir na incerteza. Ao mesmo tempo em que muitos espaços relevantes tradicionalmente ocupados pelo direito passam a ser ocupados pela ciência, os tribunais também se colocam como árbitros da ciência, aumentando as tensões entre conhecimento jurídico e tecnocientífico, assim como na divisão de poderes entre o judiciário e corpos burocráticos administrativos. Juízes e tribunais colocam-se na complicada posição de observadores de segunda e terceira ordem das regulações do risco efetuadas

por outros poderes, com a obrigação de revê-las, confirmá-las ou rejeitá-las, assumindo os ônus daí decorrentes.

Por outro lado, o judiciário também não pode se escusar de decidir. Portanto, entre o dever de decidir e as limitações temporais e epistemológicas do procedimento judicial, juízes e tribunais devem observar uma presunção em favor das regulações legislativas e administrativas ao exercer um juízo de revisão das relações causais hipotéticas e prognoses efetuadas nas decisões questionadas.

O equacionamento da revisão judicial de políticas públicas e regulações do risco com o princípio democrático reside não exatamente na aceitação sem limites ou na rejeição integral do controle de constitucionalidade, mas na forma em que a atuação do judiciário pode buscar a compatibilização com o ideal de autogoverno do povo que caracteriza a democracia.

Uma das formas de tentar compatibilizar o controle jurisdicional com o ideal de autogoverno do povo é entender o judiciário como uma instância não-majoritária de representação argumentativa dos cidadãos, ampliando o espaço de deliberação democrática. Entretanto, não se pode aceitar que os tribunais afirmem que qualquer argumento é um argumento que representa o povo. Os argumentos devem ter uma pretensão de correção e precisam ser aceitos pela comunidade de intérpretes da Constituição.

A Constituição não institui os tribunais como oráculos finais sobre as controvérsias da comunidade política. Os tribunais supremos e cortes constitucionais dão a última palavra em um processo judicial, mas isso não interrompe o ciclo de discussões e debates em uma sociedade plural. As decisões judiciais sujeitam-se a formas de “correção legislativa”.

O Estado de risco demanda a expansão do princípio democrático na Constituição, de modo a integrar novas formas de participação popular nas decisões públicas. A concepção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, o reconhecimento da “sabedoria das multidões” e as dificuldades epistemológicas geradas no procedimento judicial apontam para a necessidade de abertura dos tribunais a mecanismos de participação dos interessados e potencialmente atingidos. As audiências públicas e a admissão de *amici curiae* na jurisdição constitucional tem potencial para aumentar legitimidade argumentativa do judiciário, mas para que esse potencial se realize é necessário que os tribunais considerem e respondam aos argumentos levantados.

A delimitação normativa do ativismo judicial no Estado de risco está ligada à construção de uma concepção de Constituição que deve ser adotada pelos tribunais. A Constituição deve ser vista como uma ordem marco para que as regras constitucionais que permitem o controle judicial sejam compatíveis com o princípio democrático e o princípio da divisão dos poderes.

A partir de uma Constituição pensada como ordem marco, o judiciário deve adotar uma postura minimalista na revisão das regulações do risco, o que não significa negar a prestação jurisdicional, mas apenas não avançar sobre questões cujo deslinde não depende a solução do caso concreto, deixando aberta a porta para futuras reflexões e para que essas outras questões sejam resolvidas no livre jogo político e no debate democrático. A partir dessa perspectiva, o judiciário também deve reconhecer margens de ação e prognose para o legislador e para o executivo.

O judiciário não é uma academia de ciências, muito menos pode ser-lhe atribuída a posição de primazia na tomada de decisões em uma sociedade democrática, mas mesmo assim tem um papel a representar na proteção dos direitos fundamentais e na abertura de espaço para as reivindicações dos que foram excluídos do processo político de tomada de decisões, como determina a própria Constituição. As limitações institucionais, procedimentais e epistemológicas sugerem uma autocontenção do judiciário na revisão das decisões dos poderes legislativo e executivo, e em particular naquelas ligadas à regulação dos riscos sociais, onde a incerteza sobre as premissas normativas e empíricas tende a ser maior.

A autocontenção, entretanto, não se confunde com uma deferência acrítica às instâncias políticas, sob pena de inviabilizar um importante mecanismo de defesa dos direitos fundamentais. Em algumas hipóteses, apesar das limitações institucionais, procedimentais e epistemológicas do judiciário, a autocontenção não se recomenda, como, por exemplo, quando o legislativo ou os órgãos reguladores retardam injustificadamente a correção das regulações claramente defasadas em relação a mudanças nos quadros normativo e social ou no consenso científico sobre os riscos de determinados produtos ou atividades. A autocontenção judicial não é recomendada quando o legislativo, por entraves políticos insuperáveis, deixa de legislar sobre temas importantes, criando um vácuo jurídico que viola direitos fundamentais.

A Constituição depositou no judiciário relevante parcela do poder-dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, mas esse poder-dever não afasta a obrigação de juízes e tribunais de adotar uma postura humilde, compatível com o princípio da tolerância na sociedade de riscos, ouvindo e levando a sério os argumentos dos demais indivíduos e instituições que também fazem parte da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Nesta tese verificou-se que a sociedade torna-se cada vez mais complexa, e o Estado de direito lida com a complexidade através da noção de risco. A natureza dos riscos que são produzidos na sociedade contemporânea coloca o Estado em uma posição de destaque na garantia de novas formas de segurança, impondo-lhe cada vez mais uma atitude prospectiva, voltada para o futuro. As atuais formas de compreensão teórica do Estado constitucional de direito – como o modelo teórico do Estado social – não dão conta de lidar descritiva e normativamente com esse fenômeno e sua exigência reforçada de legitimação.

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

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

O modelo teórico do Estado de risco tem capacidade de explicar, com melhor consistência, os problemas do Estado de direito na sociedade contemporânea, permitindo equacionar questões ligadas ao princípio democrático, aos direitos fundamentais e à judicialização na sociedade de riscos. Poderá, desta forma, abrir um programa de pesquisa para o estudo do direito constitucional que leve em conta a problemática dos riscos na sociedade.