

Do estado social ao estado de risco: a transformação do paradigma da segurança no estado constitucional de direito*

From welfare state to risk state: the transformation of the security paradigm on the constitutional rule of law

*Alceu Mauricio Junior***

RESUMO

Neste artigo, apresentamos um modelo teórico do estado constitucional de direito que procura fazer frente aos desafios epistemológicos levantados na sociedade de risco. Considerando a crise do modelo do

* Artigo recebido em 12 de abril de 2016 e aprovado em 29 de janeiro de 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v274.2017.68745>.

** Universidade Vila Velha, Vila Velha, Espírito Santo, Brasil. E-mail: alceu.mauricio@gmail.com. Doutor em direito constitucional e teoria do estado pela PUC-Rio. Mestre em direito público pela Uerj. Ex-bolsista da Comissão Fulbright – American University – Washington College of Law. Professor da Universidade Vila Velha (ES). Coordenador do projeto de pesquisa “Análise de risco nos processos de concessão e autorização de instalações portuárias no marco regulatório da Lei 12.815/2013”, aprovado pela Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (Fapes), Edital 06/2014. Juiz federal.

estado social e as transformações provocadas pelos riscos ambientais, sanitários e tecnológicos, vivenciados em uma escala global na sociedade contemporânea, sugerimos que o estado constitucional de direito deve ser compreendido por meio do modelo teórico que denominamos estado de risco. Analisando a transformação do conceito de segurança no estado constitucional de direito, procuramos demonstrar que, mais do que a simples adição de novos fins constitucionais — como a proteção ao meio ambiente e ao consumidor — altera-se a própria fonte de legitimação do Estado. Consideramos que o estado de risco apresenta maior potencial descritivo e normativo do que o estado social, assim como é mais capaz de evidenciar novos desafios democráticos e institucionais levantados na sociedade de riscos.

PALAVRAS-CHAVE

Estado de direito — estado social — sociedade de risco — regulação — Constituição

ABSTRACT

In this Article, we present a new theoretical model of the constitutional rule of law that aims to face the epistemological challenges raised in risk society. Considering the crisis of the social state model and the transformations provoked by environmental, sanitary and technological risks, experienced in a global scale in contemporary society, we suggest that the constitutional rule of law should be understood through the theoretical model we call risk state. Analyzing the transformation of the concept of security in Constitutional rule of law, we seek to demonstrate that, beyond the simple addition of new constitutional goals — such as environmental and consumer protection — the very source of legitimization of the State is changed. We consider that the risk state model has a higher descriptive and normative potential than the social state model, as well as is more capable to evidence democratic and institutional challenges raised in risk society.

KEYWORDS

Rule of law — social state — risk society — regulation — Constitution

1. Introdução

A natureza multidimensional dos riscos contemporâneos¹ nos induz a questionar o modelo de estado constitucional de direito que seria adequado a uma sociedade complexa e contingente como a atual. Afinal, poderia se esperar que, com o câmbio provocado pelos riscos na sociedade,² o estado de direito também tivesse sua estrutura modificada. A questão se aprofunda quando indagamos se essa transformação é apenas uma adaptação do estado de direito às novas necessidades sociais ou se estamos diante de uma mudança de suas próprias estruturas.

Concepções de estado de direito correspondem a concepções de Estado, que, por sua vez, refletem as questões sociais, segundo uma visão específica de sociedade encampada por seus teóricos.³ Ao modelo de estado de direito predominante no século XIX correspondia uma concepção de estado liberal, tendo em vista uma sociedade que começava a se tornar industrializada e desprendida de hierarquias e tradições. O modelo do estado social de direito, consagrado no século XX, afirma-se em razão das desigualdades surgidas no desenvolvimento da sociedade industrial, tendo como referência uma forma de estado de bem-estar social para resolver o problema dos conflitos de classe. Ambos os modelos, contudo, comungam certos pilares, como a ideia de um Estado-nação soberano e independente, o sistema econômico capitalista e a adoção acrítica da tecnologia e do desenvolvimento para a realização dos fins estatais.

¹ O risco mostra-se como um elemento fundamental para a compreensão da sociedade contemporânea. Segundo Beck, os riscos influenciam a teorização descritiva e normativa da sociedade por meio de diversas dimensões: as consequências indesejadas das inovações tecnológicas esvaziam o potencial legitimatório da ciência, tornando-a reflexiva; a sociedade passa a se organizar em posições de risco; a incerteza sobre as consequências das ações coletivas torna a política reflexiva; o caráter global dos riscos põe em xeque a capacidade de ordenação da sociedade dos Estados nacionais. BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. Londres: Sage, 1992.

² Como já foi observado anteriormente, “Risco tornou-se um elemento-chave para a compreensão do direito constitucional, mas o direito em si não fornece um significado para o risco na sociedade contemporânea. [...] Por outro lado, observam-se nas ciências sociais diversas aproximações teóricas desenvolvidas para a compreensão dos riscos na sociedade contemporânea, as quais, em determinados pontos, são conflitantes e dificultam a descrição de um paradigma no sentido definido por Kuhn”. MAURICIO JUNIOR, Alceu. O Estado constitucional e o paradigma social do risco. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 194-219, jan./jun. 2016.

³ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998. p. 389.

Contudo, os pilares que sustentavam os modelos do estado liberal e do estado social foram seriamente abalados. Os conflitos que permeiam a sociedade contemporânea não são necessariamente disputas entre classes econômicas, burguesas e operárias. As posições de classe são substituídas por posições de risco, e a ideia de necessidade cede lugar à de vulnerabilidade. O desenvolvimento econômico e tecnológico deixa de ser, por si só, algo bom, transformando-se em fonte de riscos.⁴ A soberania estatal e a própria significação teórica do Estado são questionadas em razão da globalização.

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

Isso não significa, absolutamente, que o Estado abandone sua preocupação com direitos liberais ou sociais. Esses fins, contudo, são traduzidos na sociedade contemporânea para a linguagem da segurança e dos riscos. Por conta desse fenômeno, a semântica dos riscos se torna a “língua franca” da tomada de decisões,⁵ passando a fazer parte do discurso jurídico por meio da Constituição, dos textos legais e normativos e das decisões judiciais.

O estado providência absorve os direitos liberais e sociais sob a lógica dos riscos,⁶ mas, ao lado dos riscos sociais, o uso de novas técnicas, como a nuclear, a engenharia genética, novas substâncias químicas e nanotecnologia provocam riscos que superam os perigos da primeira fase da industrialização, cujos efeitos de longo prazo são de difícil previsão. A segurança se eleva ao nível dos direitos humanos e fundamentais, atuando como legitimadora das funções do Estado, mas ao mesmo tempo forçando suas instituições a tomar decisões com base na precaução.⁷

Por questões estruturais e semânticas, os riscos das mais variadas origens são politizados,⁸ transformando o Estado no grande gerenciador de riscos na sociedade.⁹ Surge, então, a questão de como abordar essa nova face do Estado

⁴ Ulrich Beck, *Risk society*, op. cit.

⁵ ROTHSTEIN, Henry; HUBER, Michael; GASKELL, George. A theory of risk colonization: the spiralling regulatory logics of societal and institutional risk. *Economy & Society*, v. 35, n. 1, p. 91-112, 2006.

⁶ EWALD, François. *L'état providence*. Paris: Grasset, 1986.

⁷ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2006. p. 190-193.

⁸ LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Aldine Transaction, 2006. p. 160.

⁹ MOSS, David. A. *When all else fails: government as the ultimate risk manager*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

mediante uma teoria adequada à Constituição, em que a nova demanda por segurança não abra as portas para a violação de direitos fundamentais ou o estrangulamento do espaço democrático.

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

2. Estado de direito e legitimação

Em seu estudo sobre o estado constitucional democrático, Martin Kriele chamou a atenção para os dois conceitos que, no seu ponto de vista, representam a chave para a compreensão teórica do Estado moderno: a soberania e a legitimidade. Enquanto a soberania se refere à força de imposição do poder do Estado, a legitimidade está ligada à questão da sua justificação. Nessa perspectiva, soberania e legitimidade representam dois lados do mesmo problema, pois a soberania estatal depende de sua legitimidade para ser sustentável. É por meio do problema da legitimidade, segundo Kriele, que se pode entender a questão da coesão interna do Estado, o que impulsiona a história constitucional, como se condicionam mutuamente o poder e o direito, e quais fatores determinam as possibilidades futuras e os perigos que podem ameaçar o estado constitucional democrático, ou seja: “com a pergunta pela legitimidade se coloca o problema das condições da soberania”.¹⁰

O equacionamento do problema do Estado por Kriele não poderia ser mais preciso. O problema dos fins do Estado corresponde fundamentalmente a um problema de legitimidade — ou legitimação¹¹ —, que, segundo entendemos,

¹⁰ KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del estado: fundamentos históricos de la legitimidad del estado constitucional democrático*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980. p. 13-14.

¹¹ Alguns autores diferenciam os conceitos de legitimidade e legitimação. Canotilho, por exemplo, associa legitimação à titulação do poder soberano, enquanto a legitimidade teria

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

Atualmente, a literatura jurídica indica que a principal base para compreensão teórica do estado constitucional de direito é o modelo do estado social e democrático de direito.¹² Uma das dimensões desse modelo, a democrática, indica a origem genética da produção e reprodução da ordem jurídica, que deve, em diferentes graus, corresponder ao autogoverno do povo na tomada de decisões de interesse da sociedade. A segunda dimensão, a social, refere-se à atribuição dos fins que devem ser buscados pelo Estado para justificar sua atuação. Ambas estão diretamente conectadas à exigência de legitimação que é exigida no estado constitucional de direito.

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

3. A compreensão teórica do estado constitucional de direito

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

Essa tarefa envolve uma série de dificuldades. Estado de direito é um conceito controverso, capaz de se alterar e adaptar a mudanças na sociedade,

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

¹² Ver BIN, Roberto. *Lo stato de diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004.

embora, em seu núcleo, esteja a contínua busca de limitação e restrição do poder e domínio do Estado em favor da liberdade do indivíduo e a realização do direito material. Ao longo de sua evolução histórica e teórica, o estado de direito agregou diversos qualificadores, como liberal, social, democrático, constitucional, ecológico,¹³ e essa pluralidade de significados vem exatamente do fato de que, por ser um conceito político fundamental, atrai para si as cambiantes ideias e exigências de legitimação do Estado.¹⁴

Ao lado da multiplicidade de significados, a correta caracterização do estado de direito pode se confundir com uma determinada concepção de Estado ou de sociedade, ou ainda com uma específica experiência histórica, quando, embora interaja diretamente com o Estado e a sociedade, trata-se de um conceito jurídico-normativo. Por isso, compreensões teóricas do estado de direito sempre estarão em tensão com a realidade de constituições e sociedades históricas, e sempre correrão o risco de se tornarem constitucionalmente inadequadas — por destoarem do que expressamente prescreve o texto constitucional — ou historicamente inadequadas, por não representarem a realidade social.¹⁵

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

3.1 A referência ao Estado

A expressão “estado social de direito”, como já foi observado, traz em si uma série de problemas ontológicos e epistemológicos, já que tanto o Estado quanto o direito são realidades sociais, independentemente da configuração

¹³ Atribuindo o adjetivo “ecológico” ao estado constitucional, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 493-508.

¹⁴ Ver BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madri: Trotta, 2000. p. 45.

¹⁵ Ver, neste sentido, questionando a descrição teórica do estado liberal de direito, CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida*. 5. ed. Madri: Trotta, 2008. p. 155.

que adotem.¹⁶ Outra série de problemas está ligada às relações entre estado social de direito e estado de bem-estar social ou estado providência. Estado social de direito é um conceito jurídico-normativo, enquanto estado de bem-estar social revela uma natureza descritiva, sociopolítica e socioeconômica, muito embora entre eles haja certa interdependência, ainda que não necessária.¹⁷

Estado e estado de direito são expressões com significados distintos, porém altamente inter-relacionados. O Estado nacional, em seu conceito moderno, é a organização política de uma comunidade, investida no monopólio do poder de regular a conduta de todos os indivíduos e organizações nos limites de seu território.¹⁸ Nessa concepção, correspondente ao chamado modelo *westphaliano*, o Estado nacional é uma organização dotada de uma qualidade especial que o distingue de outros poderes ou organizações: a soberania. No plano internacional, essa soberania se manifesta pela independência e igualdade ante os demais Estados. No plano interno, traduz-se a soberania no monopólio da coação física legítima para impor seus comandos e regulações ao povo reunido no território do Estado.¹⁹ Por conta dessa qualidade, direito e Estado acabam por se tornar imbricados. A comunidade estatal constitui-se como “estrutura de ação juridicamente organizada”, em que a conduta dos sujeitos é coordenada por normas que possuem “forte probabilidade de serem executadas mediante um procedimento coercitivo juridicamente organizado”. Por outro lado, o “direito garantido”, ou a ordem normativa eficaz, depende do sistema de domínio institucionalizado promovido pelo Estado.²⁰

O estado liberal de direito se definia como um Estado nacional, e deste parâmetro não se afastou o estado social de direito. Como alguns autores reconhecem, o estado social teve inspirações filosóficas na doutrina marxista,²¹ razão pela qual poderia supor-se que esse modelo se afasta do Estado nacional.

¹⁶ CAMPOAMOR, Alfonso Fernández-Miranda. El estado social. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 69, p. 139-180, 2003; JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Buenos Aires: Albatros, 1973. p. 273.

¹⁷ Ver Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, El estado social, op. cit., p. 141.

¹⁸ ZIPPÉLIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 61; Georg Jellinek, *Teoria general del estado*, op. cit., p. 135.

¹⁹ Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 89-90.

²⁰ Ver Reinhold Zippelius. *Teoria geral do estado*, op. cit., p. 61-63, “o Estado e o direito garantido são o resultado de uma evolução histórica, um produto da civilização progressiva, um passo na ‘autodomesticação’ da humanidade”.

²¹ Entre os quais, BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 165-181.

No entanto, conforme Giddens explica, os sistemas de seguridade social foram desenvolvidos desde o início como parte de um processo generalizado de construção de Estados, e “quem diz Estado social diz Estado nação”.²²

O estado social de direito pressupõe um Estado, mais precisamente um Estado nação,²³ cujos mecanismos e instituições garantirão os meios necessários para a consecução dos fins propostos por esse modelo.

3.2 Estado de direito e sociedade

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

Não é recomendável investigar o significado do estado de direito desconectado da compreensão de sociedade que lhe é inerente. Afinal, “a orgânica do direito e a organização social condicionam-se reciprocamente”, pois “a toda norma jurídica pertence, como pano de fundo indispensável à sua compreensão, a realidade social em resposta à qual foi concebida, a realidade jurídica aquando do seu surgimento, e a realidade social atual face à qual deve operar”.²⁴

Segundo anotou Habermas, textos constitucionais e catálogos de direitos representam a reação do povo a injustiças sofridas, ressoando, por meio da linguagem jurídica, experiências concretas de humilhação e repressão. Tribunais e parlamentos, ao concretizarem direitos, interpretam esses textos à luz de suas reais e limitadas possibilidades de ação, de forma que só é possível compreender a que esses atores respondem — e o que subjaz às suas razões e decisões — se o observador for capaz de vislumbrar suas “imagens implícitas

²² GIDDENS, Anthony. *Beyond left and right: the future of radical politics*. Cambridge: Polity Press, 1994. p. 136-137.

²³ Anote-se que o socialismo contemporâneo não descarta a ideia de Estado ou de nação. Segundo Manuel García-Pelayo, “es lo cierto que las más importantes direcciones del pensamiento socialista posterior consideraron a la nación como un dos bienes a ganar por el proletariado”, e, ainda, que “las anteriores críticas han sido neutralizadas, al menos hasta cierto punto, por la idea Y la praxis del Estado social de los países desarrollados”. GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. 2. ed. Madri: Alianza Editorial, 2005. p. 41-44.

²⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 261-263.

de sociedade” e perceber que “estruturas, conquistas, potenciais e perigos eles atribuem à sua própria sociedade” em um determinado momento.²⁵

O estado social de direito compartilha com o estado liberal uma referência ao Estado nacional, porém uma bifurcação ocorre quanto à teorização das relações entre Estado e sociedade.²⁶ No paradigma liberal, o Estado era concebido como uma forma de racionalização de certos fins e valores, expressada por leis abstratas e divisão de poderes, como garantia da liberdade e instrumento de divisão do trabalho e integração da burocracia. A sociedade consistia em uma racionalidade de outro tipo, espontânea e não projetada, sustentada pela livre concorrência no mercado, superior a qualquer organização artificial. Por isso, o Estado não deveria intervir na sociedade, mantendo apenas as condições ambientais mínimas para seu funcionamento espontâneo. Estado e sociedade eram descritos como sistemas autônomos, com limites definidos e inter-relações restritas.²⁷ Observe-se, entretanto, que, embora o estado liberal propusesse a separação entre Estado e sociedade, mesmo assim esse modelo teórico guardava uma descrição própria de sociedade, que segundo o mesmo era capaz de gerar uma autorregulação racional.

A premissa que embasa o estado social de direito é completamente oposta. Ela parte da experiência de que a sociedade deixada a seus mecanismos autorregulatórios é irracional, e somente o Estado, por meio da regulação, do planejamento e do controle estatais, poderia amenizar as disfunções da sociedade.²⁸

A tese de que o Estado devia abster-se de todo o cuidado pela prosperidade positiva dos cidadãos, não devendo dar um passo além da proteção dos cidadãos contra si próprios ou contra um inimigo externo para garantir-lhes a liberdade, restou fracassada no plano social. Uma economia livre e

²⁵ Jürgen Habermas, *Between facts and norms*, op. cit., p. 388-389.

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

²⁷ Manuel Garcia-Pelayo, *Las transformaciones del estado contemporáneo*, op. cit., p. 21-22.

²⁸ *Ibid.*, p. 22-23.

sem restrições aos contratos resultou na exploração da classe trabalhadora, inspirando a crítica de Marx e de Lassale.²⁹

O estado de direito, conjugando-se com o estado social, agora rejeita a pretensa separação com a sociedade civil, obrigando-se a intervir na ordem social para modificá-la e garantir a igualdade de condições materiais entre os cidadãos.³⁰

3.3 O estado social de direito

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

Tudo começa, segundo Forsthoff, com as transformações nos modos de existência individual ocorridas com o desenvolvimento da sociedade industrial no século XIX, sendo necessário formular a distinção entre “espaço vital dominado” e “espaço vital efetivo”. O primeiro significa aquilo que está colocado sob o domínio do indivíduo, sem que necessariamente corresponda a um direito de propriedade em sentido estrito. Já o espaço vital efetivo corresponde ao espaço em que faticamente se desenvolve a existência de cada um. No início do século XIX, uma boa parte da população possuía um espaço sob seu domínio, seja uma casa, um curral ou oficina, mas, por causa do aumento da população e da urbanização, esse espaço vital viu-se cada vez mais reduzido. Por outro lado, o progresso da técnica resultou em uma ampliação considerável do espaço vital efetivo. Esta transformação impactou as funções do Estado, pois o homem sem espaço vital que domine vive em uma situação de notória necessidade, precisando de medidas organizadas e amplos mecanismos de abastecimento para se proteger das crises. Com a dependência crescente do indivíduo a fatores externos que escapam de seu poder, assume o Estado a competência de adotar medidas que permitam

²⁹ Reinhold Zippelius, *Teoria geral do estado*, op. cit., p. 379. Segundo Zippelius, Ferdinand Lassale “caricaturou o Estado liberal, que garante apenas proteção e segurança, como ‘Estado guarda-noturno’”. Sobre a crítica de Marx, conferir Paulo Bonavides, *Do estado liberal ao estado social*, op. cit., p. 165-181.

³⁰ Roberto Bin, *Lo stato de diritto*, op. cit., p. 41.

a subsistência dos cidadãos em face da necessidade social em que hajam caído. Essa atuação do Estado vai além de manter o processo econômico em funcionamento, passando a configurá-lo mediante políticas socioeconômicas que garantam, entre outras coisas, um salário adequado e um sistema de previdência social aos trabalhadores, alcançando um sentido muito mais amplo do que a simples assistência em favor dos necessitados. O estado social de direito, diferentemente do estado liberal, mas também distinto do estado de polícia, “é um Estado que garante a subsistência e, portanto, é um Estado de prestações e redistribuição de riqueza”.³¹

Essa garantia do estado social se estende à generalidade dos cidadãos, já que praticamente todos são incapazes de dominar por si mesmos as condições de existência em uma sociedade industrial, mas também não ignora as diferenças materiais.³² O estado social, portanto, não está orientado à liberdade, na forma adotada pelo estado liberal, mas à igualdade; não rejeita a liberdade, mas esta deve suportar a ajuda aos mais debilitados para garantir ao menos uma igualdade de oportunidades. O estado social “impõe que não se distribuam conforme um esquema geral e abstrato os limitados recursos, mas que se concentrem naqueles mais necessitados”.³³ Desse modo, como sintetiza Garcia-Pelayo, “enquanto o Estado tradicional se sustenta na justiça comutativa, o Estado social se sustenta na justiça distributiva”.³⁴

A função redistribuidora do estado social gera consequências de ordem teórica e prática. Ao assumir uma função redistribuidora, o Estado é obrigado a adotar alguma forma de estado de bem-estar ou de estado providência, instituindo direitos sociais de proteção ao trabalho, ao desemprego involuntário, à saúde, educação, previdência social, moradia e outras prestações materiais aos cidadãos que não tiverem condições de supri-las individualmente ou por redes de proteção familiares e sociais. Além das prestações materiais específicas, o estado social torna-se um estado regulador da economia e da vida pública, incentivando ou desencorajando certas atividades, controlando importações, exportações e moeda, regulamentando profissões e atividades produtivas.³⁵

³¹ FORSTHOFF, Ernst. Problemas constitucionales del estado social. In: ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl (Org.). *El estado social*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. p. 43-67.

³² Manuel Garcia-Pelayo, *Las transformaciones del estado contemporáneo*, op. cit., p. 28-29.

³³ BENDA, Ernesto. El estado social de derecho. In: BENDA, Ernesto et al. (Org.). *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2001. p. 487-559.

³⁴ Manuel Garcia-Pelayo, *Las transformaciones del estado contemporáneo*, op. cit., p. 26.

³⁵ Paulo Bonavides, *Do estado liberal ao estado social*, op. cit., p. 186.

O estado social, contudo, não é um estado socialista, na acepção de um Estado que controla inteiramente os meios de produção e remove o capitalismo. Conforme Bonavides, o estado social representa uma transformação superestrutural por que passou o antigo estado liberal, mas algo o distingue do estado proletário vislumbrado pelo socialismo marxista: “é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia”.³⁶ Esse capitalismo que convive com o estado social não é, porém, o capitalismo sem rédeas que os teóricos liberais defendiam, mas uma forma de “capitalismo renano”.³⁷ O que caracteriza o estado social, portanto, não é uma política de nacionalização dos meios de produção, mas a justa distribuição das riquezas produzidas na sociedade. Mantendo-se ainda ligado ao sistema capitalista de produção, o estado social repousa na tributação e na regulação para atingir seus fins.³⁸

O estado social assume que a comunidade nacional se estrutura em uma sociedade industrial — “o Estado de direito foi um produto da Revolução burguesa, enquanto o Estado social é um produto da sociedade industrial”.³⁹ A sociedade não é composta apenas de uma única classe nacional — a burguesia —, mas dividida em classes econômicas, e cumpre ao Estado dar solução à luta de classes.⁴⁰ A função do estado social é “produzir a integração dentro das condições da atual sociedade industrial, com sua pluralidade de grupos e interesses antagônicos, reduzindo os conflitos sociais a ‘contratos sociais’”.⁴¹

Como um Estado da sociedade industrial, o estado social se desenvolve por meio do eixo do crescimento econômico e da aplicação do conhecimento tecnológico às questões sociais de um modo metódico e sistemático.⁴²

³⁶ Ibid., p. 184, 186-187.

³⁷ Ver Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *El estado social*, op. cit., p. 147.

³⁸ Manuel Garcia-Pelayo, *Las transformaciones del estado contemporáneo*, op. cit., p. 33.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 380.

⁴⁰ Segundo Dahrendorf, ao contrário das crenças de Marx, a sociedade capitalista conseguiu de certa forma lidar com o problema do conflito de classes por meio da institucionalização: “the organization of capital and labor, bourgeoisie and proletariat, was soon followed by several further patterns of conflict regulation [...] such forms of conflict regulation proper have been supplemented, in most industrial societies, by changes in the structure of the industrial enterprise and of the state which aim at reducing the intensity of conflict [...] The institutionalization of class conflict implies its continued existence. But institutionalized class conflict is nevertheless far removed from the ruthless and absolute class struggle visualized by Marx”. DAHRENDORF, Ralf. *Class and class conflict in industrial society*. Stanford: Stanford University Press, 1959. p. 65-66.

⁴¹ Citando E. R. Huber, Manuel Garcia-Pelayo, *Las transformaciones del estado contemporáneo*, op. cit., p. 45.

⁴² Sobre as características da sociedade industrial, conferir BELL, Daniel. *The coming of post-industrial society: a venture in social forecasting*. Nova York: Basic Books, 1976. p. 74-76.

De certo modo, o estado social, inserido em um regime capitalista, acabou por se associar em muitos países a um modelo de Estado *fordista*, caracterizado pela imposição de um sistema de produção e consumo de massa *taylorista*, pelo desenvolvimento de um estado de bem-estar, e pela intervenção estatal keynesiana voltada ao crescimento econômico e ao pleno emprego.⁴³ Em resumo, o estado social impõe e incentiva o desenvolvimento econômico.

3.4 A materialização do direito constitucional

A mudança do paradigma do estado liberal para o estado social provoca a materialização do direito constitucional.⁴⁴ Enquanto as liberdades liberais reclamavam uma esfera de autonomia pessoal protegida das ingerências ilegítimas do Estado, os direitos sociais demandam a ação efetiva do Estado. Os direitos sociais, em grande extensão, são direitos prestacionais, cuja eficácia não depende somente da vontade política e da argumentação jurídica, mas também das possibilidades econômicas e financeiras.⁴⁵

Isso não significa que, sob a lente do estado social, tenham sido desconstitucionalizadas as garantias liberais de proteção à vida, à propriedade e à liberdade, mas agora o estado constitucional deve torná-las mais efetivas, dando-lhes um substrato material, já que o indivíduo e a sociedade não são mais vistos como categorias isoladas e contraditórias, mas termos reciprocamente considerados, de modo que um não se realiza sem o outro. Ao lado da segurança formal, o Estado também deve garantir a segurança material.⁴⁶

O estado social de direito significa, no nível constitucional, a assunção de fins, de novas tarefas ligadas à justiça social pelo Estado. Na Constituição, a cláusula do estado social converte-se em um princípio material que demanda o cumprimento de fins.⁴⁷

⁴³ Ver HIRSCH, Joachim. Globalization of capital, nation-states and democracy. *Studies in Political Economy*, v. 54, p. 39-58, 1997.

⁴⁴ Jürgen Habermas, *Between facts and norms*, op. cit., p. 392-409.

⁴⁵ Neste sentido, Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *El estado social*, op. cit., p. 158.

⁴⁶ Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del estado contemporáneo*, op. cit., p. 26.

⁴⁷ REYES, Manuel Aragón. *Estudios de derecho constitucional*. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2009. p. 420-422. Sobre o alcance da cláusula do Estado social na Espanha, assim afirmou o Tribunal Constitucional daquele país: “La configuración del Estado como social y democrático de Derecho en la Constitución supone la afirmación de un principio que se ajusta a una realidad propia del mundo occidental, que trasciende a todo el orden jurídico” ESPANHA.

4. A crise do estado social

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

4.1 *O impacto dos riscos tecnológicos e a crise do desenvolvimento*

Caracterizando-se como um Estado redistribuidor, mas ao mesmo tempo mantendo o sistema capitalista de produção, o estado social extrai seus recursos basicamente de três fontes: a tributação, o endividamento e a exploração do seu próprio patrimônio. Porém, predominantemente o financiamento recai sobre os tributos.⁴⁸

Para muitos países, isso não foi problema na “Era Dourada” do século XX.⁴⁹ Verificou-se, naquela era, o crescimento da população ativa, com a integração da mulher ao mercado de trabalho, o predomínio da juventude na pirâmide populacional, com mais contribuintes que beneficiários na seguridade social, e o pleno-emprego técnico na economia, que permitia o financiamento amplo do desemprego involuntário. Todos esses fatores se tornaram um ambiente perfeito para a maturação do estado do bem-estar nas economias com razoável grau de desenvolvimento. Apesar da forte pressão fiscal, o contexto

Tribunal Constitucional. Sentencia 18/1984. Decisão em 7.2.1984. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1984-6106.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

⁴⁸ MAURICIO JUNIOR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 82-83, 121-122.

⁴⁹ HOBBSAWM, Eric. *The age of extremes: a history of the world, 1914-1991*. Nova York: Vintage Books, 1996. p. 257-268. Para Hobsbawm, a “Era Dourada” corresponde ao período compreendido entre o final da Segunda Guerra Mundial e os anos 1970.

econômico permitia a busca da igualdade com recursos estatais sem colocar em perigo o sistema macroeconômico ou a competitividade.⁵⁰

Todo o cenário que permitiu o desenvolvimento do estado de bem-estar na “Era Dourada” estava prestes a se alterar nas “Décadas da Crise”. Segundo Hobsbawm, “a história dos vinte anos que se seguiram a 1973 é a de um mundo que perdeu seu suporte e deslizou para a instabilidade e crise”, especialmente nos países do chamado “Terceiro Mundo”, onde o crescimento do Produto Interno Bruto estagnou-se e, em alguns casos, caiu. Mesmo nos países mais ricos, o problema da má distribuição de renda se agravou, e os conflitos sociais só não aumentaram por conta das prestações da seguridade social. Porém, os gastos com o estado de bem-estar aumentaram de modo significativo, impondo às nações um ônus difícil de ser controlado.⁵¹

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

Não é o objetivo deste trabalho continuar elaborando o problema fiscal do estado de bem-estar e os reflexos sobre a efetivação de direitos sociais. Esse tema foi largamente explorado ao longo da última década, tanto no exterior quanto Brasil.⁵² É preciso destacar, contudo, que a crise do financiamento das prestações do estado social não coloca em xeque suas premissas, pois é um problema externo ao estado de direito. Como já foi explorado em outro estudo, o estado de direito possui mecanismos para lidar internamente com o problema da escassez de recursos e as escolhas orçamentárias na efetivação dos direitos fundamentais sociais.⁵³ A simples crise fiscal não altera os

⁵⁰ Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *El estado social*, op. cit., p. 147.

⁵¹ Eric Hobsbawm, *The age of extremes*, op. cit., p. 403-408. Segundo Hobsbawm, em 1972, 14 estados gastaram em média 48% de seu orçamento público em moradia, seguridade social, saúde e outras prestações do estado de bem-estar.

⁵² Ver a coletânea SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁵³ Alceu Mauricio Junior, *A revisão judicial das escolhas orçamentárias*, op. cit., passim.

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

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

Na “Era Dourada”, segundo Hobsbawm, as nações ocidentais — e especialmente, mas não exclusivamente, os países do “norte” — experimentaram um progresso econômico e tecnológico sem precedentes. O desenvolvimento tecnológico rapidamente saltava dos laboratórios científicos para as aplicações políticas e prateleiras dos supermercados, transformando a vida cotidiana. A tecnologia revolucionou a consciência dos consumidores a tal ponto que a novidade tornou-se um dos maiores apelos para a venda. O keynesianismo garantia a estabilidade e os empregos dos trabalhadores, enquanto o estado de bem-estar fornecia uma rede de proteção contra os infortúnios da doença, pobreza e velhice. O que faltava à humanidade era apenas expandir esse modelo aos países que ainda não tinham alcançado o estágio de “desenvolvimento” e “modernização”.⁵⁴ Apesar dos problemas enfrentados durante as “Décadas da Crise”, a saída para o financiamento do estado social continuou sendo buscada nas mesmas bases que tinham funcionado nos anos 1950 e 1960. O Estado manteve sua estrutura fordista e keynesianista. A saída para os problemas macroeconômicos e fiscais continuava a ser o crescimento da economia, e nisso a tecnologia tinha um papel de relevo.

Na sociedade da escassez, o processo de modernização se instala sob a bandeira de liberar “as fontes escondidas da riqueza social com as chaves do desenvolvimento técnico-científico”.⁵⁵ Giddens explorou essa face do estado de bem-estar por meio do conceito de produtivismo, definido como “um ethos onde o trabalho é autônomo e os mecanismos de desenvolvimento econômico substituem o crescimento pessoal, o objetivo de viver uma vida feliz em harmonia com os outros”.⁵⁶ A base do estado de bem-estar restava sobre a

⁵⁴ Eric Hobsbawm, *The age of extremes*, op. cit., p. 257-268. Por outro lado, segundo Hobsbawm, as novas tecnologias eram intensivas em capital, mas reduziam a necessidade de mão de obra. A maior característica da “Era Dourada” era que ela necessitava de constantes e pesados investimentos, mas não precisava de pessoas, a não ser como consumidores. A lógica da “Era Dourada” era substituir as pessoas nos processos de produção e serviços: “seres humanos eram essenciais em tal economia somente em um respeito: como compradores de bens e serviços”. Tal fenômeno demorou a ser notado porque boa parte dos países apresentou crescimento constante nesse período, demandando mais trabalhadores.

⁵⁵ Ulrich Beck, *Risk society*, op. cit., p. 20.

⁵⁶ Anthony Giddens, *Beyond left and right*, op. cit., p. 247.

produção em massa e a organização centralizada do capital e do trabalho assalariado.⁵⁷ Maior produção, maior consumo e maiores possibilidades de redistribuição: esse era o círculo virtuoso do estado de bem-estar na sociedade industrial e capitalista na segunda metade do século XX, cabendo ao Estado garantir as condições para que essa engrenagem funcionasse a contento mediante intervenções que fossem necessárias na economia. A lógica da sociedade industrial impõe o crescimento contínuo, a constante busca do pleno emprego. O crescimento atrela-se aos fins do Estado e por isso torna-se, em tese, algo sempre bom.

Com a aproximação do final do século XX, essa visão de um crescimento sempre bom começou a se alterar em razão de movimentos difusos, porém conectados com a crescente preocupação da sociedade com os riscos tecnológicos. Na sociedade atual, a produção social de riquezas vem acompanhada da produção social de riscos. Isso não quer dizer que a escassez não seja mais um problema, mas os conflitos de distribuição que derivam da escassez se misturam com os problemas de distribuição dos riscos tecnocientíficos produzidos. Se por um lado as necessidades materiais podem ser reduzidas por meio do desenvolvimento da produtividade tecnológica, esse mesmo desenvolvimento é capaz de liberar perigos e ameaças numa extensão nunca vista.⁵⁸

Um desses movimentos foi o ambientalismo, inflamado pelo livro de Rachel Carson, *Primavera silenciosa*. O livro de Carson, publicado inicialmente em 1962 como uma série de artigos no *New York Times*, praticamente colocou em curso o movimento ambientalista, resultando no banimento do pesticida DDT nos EUA. Carson denunciou o uso desmedido e os riscos dos pesticidas, que, segundo ela, deveriam ser chamados de “*biocides*” por seu potencial de destruição da vida animal.⁵⁹ O ambientalismo serviu de ponto de vista crítico ao dogma do crescimento econômico. Já no início da década de 1970, o Clube de Roma chamava a atenção para o problema dos limites do crescimento. Algo que até então praticamente não havia sido objeto de debate público.⁶⁰

⁵⁷ Ibid., p. 140.

⁵⁸ Ulrich Beck, *Risk society*, op. cit., p. 19.

⁵⁹ CARSON, Rachel. *Silent spring*. Nov York: Mariner Books, 2002. O título do livro faz referência a uma fábula contada no primeiro capítulo, em que o renascer da vida que acompanha a primavera não acontece; porém, não se trata de obra de feitiçaria ou de um inimigo; as próprias pessoas é que trouxeram esse mal a si próprias. Quanto ao fato de o livro de Carson ter impulsionado o movimento ambientalista, ver introdução escrita por Linda Lear na obra citada nesta nota, p. x-xix; DDT é a sigla de dicloro-difenil-tricloro-etano.

⁶⁰ Juan Ramón Capella, *Fruta prohibida*, op. cit., p. 275-276.

Além da questão ambiental, o questionamento dos produtos colocados no mercado de consumo contribuiu para aumentar a desconfiança em relação à industrialização descontrolada. Um caso emblemático é o da Talidomida. A Talidomida foi um medicamento desenvolvido no final dos anos 1950, apontado na época de seu lançamento como um sedativo capaz de provocar um sono profundo e duradouro sem causar efeitos colaterais. Lançada no mercado alemão em 1957, e em boa parte do mercado europeu e brasileiro no ano seguinte, a Talidomida se tornou um sucesso de vendas. Contudo, a partir de 1959 começou a ser relatado o aumento de incidência de recém-nascidos com uma peculiar malformação congênita, caracterizada pelo desenvolvimento defeituoso de braços e pernas, que mais tarde foram associados ao uso da Talidomida, levando à sua retirada do mercado e banimento em diversos países. O desastre da Talidomida é considerado “uma das mais terríveis tragédias da história da farmacoterapia”.⁶¹

4.2. Das posições de classe às posições de riscos

Por ser um produto da sociedade industrial, o estado social procura produzir a integração dos interesses antagônicos das classes econômicas, reduzindo os conflitos entre burgueses e operários, entre os detentores dos meios de produção e a classe trabalhadora. Isso seria alcançado basicamente pela garantia de direitos trabalhistas, previdenciários e demais prestações do estado de bem-estar. Na sociedade pós-industrial, a premissa da simplificação dos conflitos sociais às lutas entre classes econômicas se esgota, gerando problemas de legitimidade para o estado social.

Se os acordos do estado de bem-estar no pós-guerra refletiam posições de classe, na sociedade contemporânea, novas “classes” e grupos de interesse emergem no conflito político pelo reconhecimento de direitos. Mulheres, crianças, jovens, estudantes, idosos, aposentados, homossexuais, negros,

⁶¹ OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antônio Zepeda; SOUZA, Arthur Custódio Moreira de. Talidomida no Brasil: vigilância com responsabilidade compartilhada? *Cadernos de Saúde Pública*, v. 15, p. 99-112, 1999. Capella também chamou a atenção para o desastre da talidomida, assim como os desastres de Chernobyl, Bhopal e também do DDT, destacando os novos problemas lançados no âmbito da teoria do Estado de direito. Juan Ramón Capella, *Fruta proibida*, op. cit., p. 251-252. Para não deixar o Brasil de fora das catástrofes ambientais que colocaram em xeque o ideal do crescimento econômico, lembremos o exemplo de Vila Parisi, em Cubatão, citado por Ulrich Beck, *Risk society*, op. cit., p. 43.

índios e outros grupos excluídos por fatores étnicos, raciais e de gênero desafiam a lógica binária de uma sociedade dividida entre burgueses e proletários. Entre esses grupos, o Estado, as corporações e as associações, existe uma batalha de visões de mundo em que não somente a igualdade econômica está em jogo.⁶² Entre esses grupos pode haver entrecruzamento de interesses ou mesmo disputas entre si na luta por direitos.

Habermas também aponta para essa questão quando analisa o desenvolvimento de uma teoria jurídica feminista que rejeita o paradigma do estado de bem-estar. Observando progresso do feminismo nos EUA, Habermas anota que os problemas de tratamento igual e liberação entre homens e mulheres não podem ser entendidos simplesmente em termos de benefícios do estado de bem-estar.⁶³

Problemas como a divisão sexual do trabalho, a globalização e as transformações nas relações da família também alteram como o indivíduo se coloca em relação às classes econômicas. Por conta de certas amarras que se romperam no estado liberal e no estado social, o indivíduo busca construir sua própria biografia, e a classe cada vez menos é experimentada como um destino coletivo. Filhos já não seguem necessariamente a profissão dos pais, rompendo a correia de transmissão geracional das classes. A classe também não é uma experiência para toda a vida, e o desemprego não afeta somente aos mais pobres, muito embora estes sejam os mais vulneráveis nessa situação.⁶⁴

A mudança na estrutura da propriedade observada ao longo do século XX também contribui para que a classe econômica perca sua força de definição de problemas na sociedade pós-industrial. A propriedade não mais guarda aquele sentido estrito de um domínio ilimitado e exclusivo de uma pessoa sobre uma coisa. Não somente a propriedade passa a ter uma função social, recebendo intervenções da lei e da administração, como também tem sua própria estrutura modificada. Principalmente nas grandes companhias de capital aberto, abre-se uma distinção entre o direito dos frutos do capital e o domínio da gestão da coisa, este último nem sempre ficando nas mãos dos proprietários.⁶⁵ Ao mesmo tempo que um empregado pode assumir o comando de uma grande multinacional sem ser proprietário, um operário pode ser acionista dessa mesma empresa e, assim, ter interesse no aumento dos lucros.

⁶² Ver, suportando esta afirmação, Anthony Giddens, *Beyond left and right*, op. cit., p. 188-190.

⁶³ Jürgen Habermas, *Between facts and norms*, op. cit., p. 419-420.

⁶⁴ Anthony Giddens, *Beyond left and right*, op. cit., p. 143-144.

⁶⁵ Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del estado contemporáneo*, op. cit., p. 55-56.

De modo algum se sugere o fim das classes econômicas, muito menos que a desigualdade social tenha deixado de existir. O Brasil, apesar do progresso obtido nos últimos anos com políticas redistributivas, continua uma nação acentuadamente desigual em termos econômicos.⁶⁶ Mesmo nos países considerados desenvolvidos, a desigualdade social persiste.⁶⁷ O que se altera é que os conflitos puramente socioeconômicos perdem a predominância que tinham na sociedade industrial,⁶⁸ e, portanto, o potencial de legitimação e justificação dos fins do Estado. Com o processo de individualização que acompanhou processo de industrialização, o pertencimento a uma classe no sentido weberiano se enfraquece. As desigualdades sociais não desaparecem, mas são redefinidas em termos de risco e vulnerabilidade, e os conflitos tendem a aparecer ao longo de características conectadas à discriminação (raça, gênero, opção sexual, idade, deficiências etc.).⁶⁹

Os riscos, então, passam a ter um papel fundamental no questionamento de um Estado de direito que procura se justificar unicamente por meio da resolução de conflitos de classe e redistribuição da riqueza social. Nessa nova lógica da distribuição, formam-se posições de risco, em contrapartida às posições de classe da lógica do estado social. Mas, ao contrário desta última, a lógica da distribuição de riscos não é tomada somente com base em coisas palpáveis, ou apreensíveis, como bens de consumo,⁷⁰ avançando sobre parâmetros ligados à vulnerabilidade.⁷¹

5. A expansão do conceito de segurança no estado de direito

Os problemas que colocaram em xeque o modelo do estado social sugerem uma alteração na compreensão do conceito de segurança no estado de

⁶⁶ Ver IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

⁶⁷ Ver PIKETTY, Thomas. *Le capital au XXI^e siècle*. Paris: Seuil, 2013.

⁶⁸ Ulrich Beck, *Risk society*, op. cit., p. 91.

⁶⁹ Ibid., p. 92-101.

⁷⁰ Ibid., p. 26-27.

⁷¹ Sobre como as questões de vulnerabilidade podem ser relacionadas com posições de risco, conferir: VALENCIO, Norma. Desastres, ordem social e planejamento em defesa civil: o contexto brasileiro. *Saúde e Sociedade*, v. 19, p. 748-762, 2010; RISCADO, Jorge Luís de Souza; OLIVEIRA, Maria Aparecida Batista de; BRITO, Ângela Maria Benedita Bahia de. Vivenciando o racismo e a violência: um estudo sobre as vulnerabilidades da mulher negra e a busca de prevenção do HIV/Aids em comunidades remanescentes de Quilombos, em Alagoas. *Saúde e Sociedade*, v. 19, p. 96-108, 2010.

direito. Isso abre uma linha de investigação sobre a forma como o estado de direito se relaciona com o conceito de segurança, sobre como esse conceito se expandiu na justificação do papel do Estado diante da sociedade, e de que maneira a segurança no estado de direito está conectada à teoria do risco.

Segurança não é propriamente um conceito essencialmente contestado, mas possui uma pluralidade de dimensões que precisa ser esclarecida. No seu núcleo, costuma-se dizer que a segurança representa a ausência — ou mais propriamente a baixa probabilidade — de ameaças a um determinado valor. Trabalhar com esse conceito implica desenvolver as questões sobre os destinatários da segurança (segurança de quem?), o objeto da segurança (que valores devem estar seguros e contra que ameaças?), se é possível raciocinar com graus de segurança, e por que meios e a que custos (monetários e humanos) ela deve ser buscada.⁷²

O conceito de segurança está ligado ao de risco, já que ambos se relacionam com a possibilidade de ocorrência de um evento negativo sobre algo valorado pelo indivíduo ou pela sociedade.⁷³ Risco é uma forma de lidar com a insegurança, tanto assim que Ewald define o seguro como uma tecnologia do risco.⁷⁴ Segurança, afirma Beck, é o contraprojeto normativo da sociedade de risco.⁷⁵ Contudo, não se pode definir segurança como a ausência de risco.⁷⁶ Tal raciocínio poderia levar à ilusão sobre a existência de opções sem risco, quando a alternativa ao risco não é a segurança, mas outro risco.⁷⁷ Essa ressalva, porém, não invalida a conexão entre segurança e risco, e a expansão do conceito de segurança no Estado permite acompanhar a correspondente evolução — e juridicização — da tecnologia do risco no Estado de direito.

A proposta deste trabalho é que a segurança sempre esteve na base da justificação do Estado e do estado de direito. Inicialmente, uma segurança da ordem interna e contra ameaças externas, evoluindo para a segurança da

⁷² BALDWIN, David A. The concept of security. *Review of International Studies*, n. 23, p. 5-26, 1997.

⁷³ “[I]t is not by chance that since the seventeenth century the topics of security and risk have matured in a process of mutual interaction”. Niklas Luhmann, *Risk*, op. cit., p. 20.

⁷⁴ EWALD, François. Insurance and risk. In: BURCHELL, Graham; GORDON, Colin; MILLER, Peter (Org.). *The Foucault effect: studies in governmentality*. Chicago: University of Chicago Press, 1991. p. 197-210.

⁷⁵ Ulrich Beck, *Risk society*, op. cit., p. 49. Nas palavras de Beck, “risk society[s] ... normative counter-project, which is its basis and motive force, is safety. The place of the value system of the ‘unequal’ society is taken by the value system of ‘unsafe’ society”.

⁷⁶ Niklas Luhmann, *Risk*, op. cit., p. 20-21.

⁷⁷ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 14.

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.⁷⁸

À expansão do conceito de segurança no Estado correspondem as modificações nas instituições e no direito. Observa-se, adaptando um conceito de Ewald, que as transformações no estado de direito sinalizam modificações no “imaginário da segurança” que o justificam, e, portanto, também no imaginário político.⁷⁹

Assim, no imaginário securitário do estado liberal, os riscos são individuais e praticamente se esgotam na autonomia privada do cidadão. O indivíduo é livre para correr riscos com sua vida e propriedade e, se por acaso quiser se resguardar de riscos previsíveis, pode recorrer às empresas de seguro no mercado. Ao Estado cabe apenas prover mecanismos de segurança dos direitos individuais. Assim, se o cidadão tiver propriedade ou liberdade atacada, poderá contar com um sistema estatal de justiça retributiva. Riscos e segurança estão ligados a uma lógica de reparação de danos, correspondendo ao que François Ost denomina a primeira forma do risco.⁸⁰

O passo seguinte foi a incorporação da segurança social ao estado de direito, cujas razões e fundamentos já foram analisados ao caracterizar-se o estado social. Essa nova segurança se incorpora aos fundamentos do estado de direito tanto por meio de programas legislativos, como alterações na constituição política para a inclusão de direitos econômicos, sociais e culturais.⁸¹

⁷⁸ Em sentido semelhante, conferir TORRES, Ricardo Lobo. Legalidade tributária e os riscos sociais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 59, p. 95-112, 2000.

⁷⁹ François Ewald, *L'état providence*, op. cit., p. 172; EWALD. Insurance and risk, p. 198.

⁸⁰ “Segundo Ost, na sociedade liberal do século XIX, o risco assume a forma do acidente — um acontecimento exterior e imprevisto. O risco é corrigido pela reparação, por meio da responsabilidade civil — ou da prudência individual. Diante dos riscos, a atitude é “curativa-retroativa” ou “prudentemente prospectiva”. OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005. p. 324.

⁸¹ Uma análise histórica da constitucionalização da segurança social em diversos países pode ser encontrada em Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *El estado social*, op. cit.

Ocorre, nessa fase, novamente uma alteração no imaginário da segurança, pois os riscos da sociedade industrial não poderiam ser simplesmente garantidos mediante seguros individuais. O seguro, segundo Ewald, é sempre algo coletivo, pois para que os riscos se tornem calculáveis eles devem recair sobre uma população.⁸² Porém, além de coletivos, nessa fase os seguros também são sociais. Essa segurança corresponde a um segundo tempo na história do risco, em que se assiste à emergência da noção de prevenção. Corresponde ao surgimento do estado social e da sociedade providencial. Baseada em uma utopia técnica e científica, avança para todos os lados: prevenção de crimes, prevenção de doenças, prevenção da miséria e da insegurança social.⁸³

O estado de bem-estar ou estado providência preocupa-se com o gerenciamento de riscos, constituindo-se em uma forma de seguro social. Trata da alocação dos riscos em uma sociedade orientada para o futuro e preocupada com a criação de riquezas.⁸⁴

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

Aproveitando uma distinção feita por Giddens,⁸⁵ pode-se dizer que a segurança buscada no estado liberal e no estado social tinha por referentes riscos externos, ou seja, aqueles experimentados como provenientes de fora, da fixidez da tradição ou da natureza. Procurava-se garantir segurança em razão de possíveis ataques de outras nações, de danos à pessoa, à liberdade ou à propriedade, ou ainda quanto a infortúnios como o desemprego involuntário, a miséria, a doença. Seriam riscos decorrentes da diminuição do espaço vital dominado, para se utilizar a expressão de Forsthoff já explicada. O conceito de segurança que passa a orientar o estado de direito contemporâneo lida com outra visão de risco. A segurança no Estado passa a ter como referente

⁸² François Ewald, *Insurance and risk*, op. cit., p. 202-203.

⁸³ François Ost, *O tempo do direito*, op. cit., p. 324.

⁸⁴ Anthony Giddens, *Beyond left and right*, op. cit., p. 137; François Ewald, *L'état providence*, op. cit., p. 395.

⁸⁵ GIDDENS, Anthony. *Runaway world: how globalization is reshaping our lives*. Nova York: Routledge, 2002, p. 44.

os riscos fabricados, aqueles criados pelo impacto das próprias tecnologias desenvolvidas pela humanidade sobre o mundo. Como diz Ost, chega-se à fase dos riscos enormes, potencialmente irreversíveis, derivados como efeito secundário de nossas próprias decisões, nossas escolhas tecnológicas e julgamentos normativos.⁸⁶

O Estado de direito passa a se preocupar não somente com a regulação das relações civis, comerciais e trabalhistas, ou das prestações da seguridade social. Começa a se desenvolver ao longo da última metade do século XX a chamada regulação do risco, manifestando-se por meio de textos constitucionais, programas legislativos e administrativos, orientados à proteção da saúde, do meio ambiente, do consumidor, das pessoas em situação de vulnerabilidade, enfim, proteção aos que suportam os efeitos dos riscos produzidos na sociedade.

As anteriores fontes de insegurança que orientaram o estado de direito não desaparecem, mas passam a ser relidas sob a ótica dos riscos fabricados. O terrorismo,⁸⁷ por exemplo, que não é uma preocupação surgida apenas no final do século XX, adquire uma nova dimensão em razão do potencial catastrófico de suas ações em um mundo globalizado e baseado na alta tecnologia. O mesmo se aplica aos casos de segurança contra ataques oriundos de outras nações. A segurança nacional e a segurança econômica passam a ser lidas com o filtro dos riscos fabricados, dinamizados pela globalização.

Todavia, não se pode cair na ilusão de que essa nova compreensão do conceito de segurança torne mais fácil o equacionamento dos problemas no estado de direito. Muito ao contrário, o estado de direito vê-se à frente de diversos outros focos de conflito que os modelos do estado liberal ou do estado social não poderiam prever e, portanto, se coloca ante uma indeterminação teórica e prática. Além disto, para muitos dos problemas referentes aos riscos tecnológicos, a ferramenta do seguro como técnica do risco não estará à disposição do Estado. Outros instrumentos, como a precaução, serão necessários,⁸⁸ bem como aumentará a pressão por legitimação.

⁸⁶ François Ost, *O tempo do direito*, op. cit., p. 325.

⁸⁷ Existe grande controvérsia sobre o conceito de terrorismo, mas essa não é uma problemática exclusiva da virada do terceiro milênio. Sobre esse tema, conferir GOLDER, Ben; WILLIAMS, George. What Is "terrorism"? Problems of legal definition. *University of New South Wales Law Journal*, v. 27, n. 2, p. 270-295, 2004.

⁸⁸ Ver EWALD, François. The return of the crafty genius: an outline of a philosophy of precaution. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 6, n. 1, p. 47-79, 1999.

6. O estado de direito como estado de risco

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. Não estamos mais diante de um estado de direito que se preocupa apenas com a proteção dos direitos individuais ante o Estado, como era a proposta do estado liberal, ou cujos fins legitimadores se esgotam na redistribuição da produção social. O estado de direito assume a forma de um estado de risco em um duplo aspecto.

6.1 O Estado como regulador dos riscos

Por uma dimensão, O ESTADO de direito assume novos fins relativos à proteção dos riscos ligados ao desenvolvimento econômico e tecnológico. Por outra, traduz os problemas do estado liberal e do estado social para a linguagem dos riscos. Como afirmou Esteve Pardo:⁸⁹

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

Apesar de os modelos teóricos do estado liberal e do estado social não se identificarem com o conceito de risco, ao largo dessas concepções desenvolveram-se programas constitucionais e legislativos que, de uma forma ou de outra, colocaram o Estado como gerenciador dos riscos na sociedade. David Moss, ao estudar a evolução dos modelos regulatórios nos EUA, destacou que o gerenciamento dos riscos é uma forma de política pública poderosa e difusa, sem a qual a economia não funcionaria. O gerenciamento dos riscos não é visto como uma atividade do Estado, mas está por toda parte. O Estado gerencia e distribui riscos quando estabelece regras para empresas de responsabilidade limitada, seguros compulsórios em depósitos bancários, limites de velocidade, proteção dos consumidores ou responsabilidade ambiental.⁹⁰

⁸⁹ PARDO, José Esteve. *Técnica, riesgo y derecho*: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental. Barcelona: Ariel, 1999. p. 27.

⁹⁰ Ver David Moss, *When all else fails*, op. cit.

Conforme Cass Sunstein, após o New Deal, e principalmente nas décadas de 1960 e 1970, ocorreu uma verdadeira “Revolução dos Direitos”. Tomando por base os direitos constitucionais básicos, e inspirado no movimento dos direitos civis, o Congresso norte-americano criou “programas regulatórios como um meio de fornecer proteção governamental contra os múltiplos perigos da sociedade industrializada”. Esses programas deram partida a arrojados esforços de regulação em novas áreas, especialmente aqueles envolvendo a poluição do ar e da água, discriminação racial e sexual e o gerenciamento dos riscos sociais em geral.⁹¹

Denninger vai mais além para propor que a tríade da liberdade, igualdade e fraternidade — que advém da tradição deixada pela Revolução Francesa e inspirou a Lei fundamental alemã — é substituída por uma nova tríade: segurança, diversidade e solidariedade. Essa nova tríade, segundo Denninger, coloca-se no núcleo dos debates sobre a reforma constitucional, especialmente na política constitucional dos Länder alemães. No plano da diversidade, homens, mulheres, imigrantes, homossexuais e transexuais, pessoas com deficiências e idosos recebem tratamento diferente pelo direito, pois os textos constitucionais passam a ser vistos como registros programáticos para objetivos e demandas de grupos. A fraternidade, compreendida no modelo liberal sob a noção de orientação compulsória ao bem comum de propriedade, é substituída nos novos movimentos constitucionais pelo ideal de solidariedade, que significa uma “permanente injunção para demonstrar ‘respeito para com os outros’”. Solidariedade se associa à noção de “espírito comum”, provocando a transcendência da mera legalidade nas esferas da ética e da moral. A segurança deixa de significar a mera certeza jurídica, assumindo o prospecto de ilimitada e interminável atividade de proteção estatal em favor do cidadão contra perigos sociais, tecnológicos, ambientais, bem como os perigos da criminalidade.⁹²

⁹¹ SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 11-30.

⁹² Denninger, contudo, alerta que diversidade, segurança e solidariedade não podem ser mal compreendidas como os “valores básicos” para uma nova geração de constituições, nem representam padrões de comportamento aplicáveis diretamente, seja na forma de políticas constitucionais direcionadas a fins, nem como padrões para decisões éticas individuais. A nova tríade deveria ser compreendida em dois sentidos: como ideais constitucionais e modelos para políticas internacionais de direitos humanos, elas possuem um caráter de utopia; na realidade social, elas capturam “as situações básicas reais” dos homens e mulheres modernos. DENNINGER, Erhard. “Security, diversity, solidarity” instead of “freedom, equality, fraternity”. *Constellations*, v. 7, n. 4, p. 507-521, 2000; DENNINGER, Erhard. *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*. Turim: Giappichelli, 1998. p. 5-50; Ver, também, VIEIRA, José

Como destacou Dieter Grimm, o questionamento do progresso tecnocientífico e os riscos dele decorrentes dirigem ao Estado a expectativa de impor limites de tolerância à produção social de riscos e demandam a proteção a um futuro ameaçado. Dessa forma, segundo Grimm:⁹³ “A segurança se eleva a tarefa urgente do estado, de cujo cumprimento sua legitimidade não está menos pendente que da conservação do bem-estar material, e se concentra já em uma pretensão subjetiva, de hierarquia equivalente a dos direitos humanos”.

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

6.2 O risco no discurso normativo e judicial

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

No campo dos textos normativos, o termo “risco” pode ser encontrado já no corpo da Constituição brasileira de 1988. A palavra risco é utilizada explicitamente em várias partes da Constituição: a redução de riscos aos trabalhadores; regras facilitadas de aposentadoria a servidores submetidos a maiores riscos; riscos inerentes à exploração do monopólio estatal; riscos à saúde; o controle estatal da produção, da comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; a proteção da fauna, da flora e dos índios.⁹⁴ Essa

Ribas (Org.). *Constituição e estado de segurança nas decisões do tribunal constitucional federal alemão*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 103-108.

⁹³ Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, op. cit., p. 190-191.

⁹⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Especialmente os artigos 7º, XXII; 40, §4º, II; 196; 201, §10; 225, §1º, V e VII; 231, §5º; e a antiga redação do art. 177, §1º.

enumeração é apenas exemplificativa, pois há outros casos em que, sem utilizar diretamente o termo “risco”, a Constituição se encarrega diretamente de sua distribuição. Por exemplo, quando atribui aos entes públicos o ônus do risco pela atuação de seus agentes ou quando determina que a lei federal regule a instalação de usinas nucleares.⁹⁵

Muito embora a Constituição aparente simplesmente conferir direitos e atribuir competências, ela, na verdade, estabelece um marco de distribuição de riscos. Como já destacado pelo STF, a Constituição “é o marco regulatório por excelência”, constituindo a baliza para as futuras decisões,⁹⁶ e nesse sentido vem-se desenvolvendo um verdadeiro quadro de regulação do risco. Sem a pretensão de apresentar um rol exaustivo sobre a regulação do risco, convém destacar alguns atos normativos relevantes, como a Lei da Biossegurança,⁹⁷ a Lei dos Crimes Ambientais,⁹⁸ a Lei Federal do Amianto,⁹⁹ a Lei dos Rejeitos Radioativos,¹⁰⁰ a Lei de Vigilância Sanitária,¹⁰¹ entre outros.

A apreensão jurídica do risco também é perceptível no direito estrangeiro. Na França, por exemplo, a Constituição, por meio da Carta Ambiental de 2004, determina a aplicação do princípio da precaução e da proporcionalidade na avaliação dos riscos tecnológicos.¹⁰² Dada a relevância do tema, o Conseil d’État publicou em 2005 um relatório especialmente dedicado à “responsabilidade e socialização do risco”.¹⁰³ Nos Estados Unidos, a relação entre risco e direito é igualmente rica. A regulação do risco (*risk regulation*) se desenvolve não somente mediante um intrincado sistema de agências especializadas, mas com semelhante intensidade na jurisprudência dos tribunais e da Suprema Corte.¹⁰⁴

⁹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Arts. 37, §6º; e 225, §6º.

⁹⁶ STF. ADIn nº 3.768/DF. Tribunal Pleno. Relator(a): min. Cármen Lúcia. DJ 26.10.2007, p. 00028. O excerto citado se encontra no voto do min. Gilmar Mendes, acompanhando a relatora.

⁹⁷ Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. D.O.U. de 28.3.2005. Anote-se que essa lei revogou a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, que já regulava o risco na pesquisa, desenvolvimento, comercialização e consumo de organismos geneticamente modificados (OGM).

⁹⁸ Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. D.O.U. de 13.2.1998.

⁹⁹ Lei nº 9.055, de 1º de junho de 1995. D.O.U. de 2.6.1995

¹⁰⁰ Lei nº 10.308, de 20 de novembro de 2001. D.O.U. de 21.11.2001.

¹⁰¹ Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. D.O.U. de 27.1.1999.

¹⁰² FRANÇA. L’Assemblée Nationale. *Constitution du 4 octobre 1958*. Charte de l’environnement de 2004. “Article 5. Lorsque la réalisation d’un dommage, bien qu’incertaine en l’état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l’environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d’attributions, à la mise en œuvre de procédures d’évaluation des risques et à l’adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.”

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ Ver BREYER, Stephen G. et al. *Administrative law and regulatory policy: problems, text, and cases*. Nova York: Aspen Pub, 2002.

Na Alemanha, desenvolveu-se a teoria do dever de proteção (*Schutzpflichten*) em relação aos riscos.¹⁰⁵

O risco vem sendo abordado nas decisões do STF sobre os mais diversos temas: a aposentadoria dos servidores públicos,¹⁰⁶ a regulação do amianto¹⁰⁷ e dos organismos geneticamente modificados,¹⁰⁸ a pesquisa com células-tronco¹⁰⁹ e até mesmo na responsabilidade criminal.¹¹⁰

Isto não quer dizer que o Estado abandone sua preocupação com direitos de liberdade ou sociais. Mais do que nunca, o Estado precisa garantir aos cidadãos direitos ligados às liberdades de locomoção, expressão, empresa e trabalho, bem como os direitos necessários a uma existência condizente com a dignidade humana, entre outros, a alimentação, a educação, a moradia e a proteção à saúde e ao trabalho. Esses 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.

O estado de direito absorve os direitos liberais e sociais sob a lógica dos riscos e incorpora ao rol das garantias fundamentais a proteção aos riscos tecnológicos. O direito “é continuamente confrontado com o risco em todos os níveis para melhorar as condições de vida dos homens no planeta”.¹¹¹

6.3 A atualidade do estado regulador

A expansão do conceito de segurança no estado de direito também oferece uma base sólida para contestar as propostas liberais de desregulamentação no final do século XX.

¹⁰⁵ HUBER, Peter M. Risk decisions in German constitutional and administrative law. In: WOODMAN, Gordon R.; KLIPPEL, Diethelm (Org.). *Risk and the law*. Nova York: Routledge-Cavendish, 2009. p. 23-35.

¹⁰⁶ STF, ADIn nº 3105/DF. Tribunal Pleno. Relator(a): min. Ellen Gracie. Relator(a) p/ Acórdão: min. Cezar Peluso. DJ 18.2.2005, p. 004.

¹⁰⁷ STF, ADIn nº 2396/MS. Tribunal Pleno. Relator(a): min. Ellen Gracie. DJ 1.8.2003, p. 0100, entre outros.

¹⁰⁸ STF, ADIn-MC nº 3035/PR. Tribunal Pleno. Relator(a): min. Gilmar Mendes. DJ 12.3.2004, p. 0036.

¹⁰⁹ STF, ADIn nº 3510/DF. Tribunal Pleno. Relator(a): min. Carlos Britto. DJe-096 divulgado 27.5.2010, publicado 28.5.2010.

¹¹⁰ Por exemplo, STF. HC 83554/PR. Segunda Turma. Relator(a): min. Gilmar Mendes. DJ 28.10.2005.

¹¹¹ ARGIROFFI, Alessandro; AVITABILE, Luisa. *Responsabilità, rischio, diritto e postmoderno: percorsi di filosofia e fenomenologia giuridica e morale*. Turim: G. Giappichelli, 2008. p. 281.

A crise fiscal e organizatória do Estado na transição do milênio não é algo que possa ser simplesmente ignorado.

Contudo, daí não se pode extrair que o Estado deva se retrair a níveis mínimos, anteriores aos padrões do início do século XX. A crise do estado social não significa um retorno ao estado liberal. Conforme Habermas observou, “o caminho de volta que o neoliberalismo anuncia como um ‘retorno da sociedade civil e de seu direito’ está bloqueado”.¹¹²

Os problemas do século XXI não são solucionáveis unicamente por meio da técnica; eles requerem uma “extensão fundamental na moralidade”.¹¹³ O Estado, em uma configuração “pós-moderna”, deve dar resposta a uma exigência de segurança ampliada, extrapolando a simples exigência de ordem ou de segurança jurídica no sentido liberal.¹¹⁴

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.¹¹⁵ Esses 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.

Os riscos são experimentados como poder, e na sociedade contemporânea o poder industrial e tecnológico é um hiperpoder.¹¹⁶ Empresas de biotecnologia, por exemplo, começam a ter o poder de alterar os alimentos, os animais e o próprio ser humano na estrutura molecular. Empresas de comunicação são capazes de saber onde, quando e com quem uma pessoa conversou, quais páginas na internet essa pessoa visitou, quais os seus sonhos de consumo ou seus desejos sórdidos.

Os riscos se referem a relações entre indivíduos. A tecnologia não é uma relação somente com a natureza, mas principalmente uma relação social, e, fundamentalmente, assimétrica. Maior tecnologia pode trazer maior liberdade, mas paradoxalmente também traz mais dependência e assimetria na relação entre produtores e consumidores.¹¹⁷ O espaço vital dominado se reduz

¹¹² Jürgen Habermas, *Between facts and norms*, op. cit., p. 409.

¹¹³ HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, n. 13, p. 1243-1248, 1968: “The population problem has no technical solution; it requires a fundamental extension in morality”.

¹¹⁴ CHEVALLIER, Jacques. *L’État post-moderne*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2008. p. 55-59.

¹¹⁵ BARONE, Antonio. *Il diritto del rischio*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2006. p. 57-58.

¹¹⁶ EWALD, François. Risk in contemporary society. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 6, n. 2, p. 365-379, 2000.

¹¹⁷ Ibid.

drasticamente com o avanço tecnológico e, progressivamente, o ideal liberal de uma sociedade regulada pelos contratos se torna inviável.

Os que atacam o Estado regulatório como um “Estado-babá”, que desapropria os cidadãos de suas liberdades, direitos e poderes decisórios,¹¹⁸ se esquecem que a complexidade das relações na sociedade contemporânea demanda uma solidariedade que extrapola a ação individual e não é suprida pelo mito do “mercado racional”. Nesse sentido, Jacob Hacker anotou com perspicácia que a onda de desregulamentação da economia norte-americana nada mais foi do que uma contínua transferência de riscos do governo, das instituições financeiras e corporações para as famílias. O crescimento econômico promovido pela desregulamentação promoveu um pequeno aumento de renda na população, mas deixou as famílias americanas em uma situação de risco muito maior.¹¹⁹

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

6.4 Os riscos das decisões sobre riscos

Apesar de o Estado regulatório justificar-se em razão do caráter público e coletivo dos riscos na sociedade contemporânea, é preciso lembrar que, enquanto o risco constitui um princípio de valorização, motivação e ação, “ele também constitui um princípio de limitação, restrição e proibição”, e “quando superavaliado ou subavaliado, o risco rapidamente transforma as experiências humanas em inumanas”.¹²⁰

Como não existe situação livre de riscos, a tentativa de equacionamento de um risco normalmente abre as portas para outros riscos. A cada risco tomado, a cada questão de segurança levantada, tem-se um correspondente

¹¹⁸ Neste sentido, HARSANYI, David. *Nanny state: how food fascists, teetotaling do-gooders, priggish moralists, and other boneheaded bureaucrats are turning America into a nation of children*. Nova York: Broadway Books, 2007.

¹¹⁹ HACKER, Jacob S. *The great risk shift: the new economic insecurity and the decline of the American dream*. Nova York: Oxford University Press, 2008.

¹²⁰ François Ewald, *Risk in contemporary society*, op. cit.

valor. Bloquear o avanço tecnológico pode fechar as portas para soluções que irão melhorar a vida humana;¹²¹ 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 se desenvolver sobre os riscos que a sociedade entende toleráveis.

O caráter sistêmico dos riscos na sociedade aumenta a complexidade das decisões no Estado, adicionando novos graus de contingência. O discurso do risco no Estado não pode ser aceito sem um olhar crítico sobre quais valores estão sendo contrapostos, e que formas de poder estão em jogo. Isso demandará maior exigência de legitimação democrática.

Sob outro ângulo, ao passo que o risco se torna um conceito organizatório-chave para novos regimes regulatórios, expandindo-se quantitativamente sobre antigos e novos problemas da sociedade, existe um movimento de transformação qualitativa em direção aos chamados “riscos institucionais”. Segundo Rohtstein, Huber e Gaskell, riscos institucionais seriam aqueles relacionados com as organizações — estatais ou não — que regulam e gerenciam riscos sociais, notadamente riscos à legitimidade de seus métodos e regras. Todavia, como esses autores realçam, a pressão sobre os atores governamentais e não governamentais que gerenciam riscos os leva a um fenômeno reflexivo de “colonização dos riscos”, resultando na extensiva utilização do termo risco nos processos regulatórios. Ou seja, “a sociedade de risco é uma sociedade regulatória”, mas também a “sociedade regulatória é uma sociedade de risco”, gerando seus próprios riscos e criando seu discurso de risco. O risco é utilizado para gerenciar não somente o objeto da regulação, mas também os limites da atividade regulatória. Nessa espiral conceitual, risco é usado de forma crescente como uma medida para minimizar as externalidades negativas do processo decisório. A pluralidade de utilizações do termo risco pode significar que, “embora os riscos se tornem a língua franca para tomada de decisões, as práticas atuais de avaliação e gerenciamento de risco podem tender a uma Torre de Babel”.¹²²

¹²¹ Este foi um argumento utilizado pela min. Cármen Lúcia na ADI 3510: “a pesquisa com células-tronco embrionárias não é certeza de resultados terapêuticos promissores. Mas a não pesquisa é a certeza da ausência de resultados, pois sem a tentativa não há a conquista no campo científico”.

¹²² Henry Rothstein, Michael Huber e George Gaskell, A theory of risk colonization, top. c.

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

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

A sociedade torna-se cada vez mais complexa, e o estado de direito lida com essa complexidade por meio da noção de risco. A natureza dos riscos que são produzidos na sociedade contemporânea coloca o Estado em uma posição de destaque na garantia de novas formas de segurança, impondo-lhe cada vez mais uma atitude prospectiva, voltada para o futuro. O risco, como disse De Giorgi, é “uma modalidade da construção de estruturas através do necessário tratamento das contingências”; o risco é “uma modalidade da relação com o futuro”, e é disso que se ocupa o estado de direito.¹²³

7. Considerações finais: rumo ao constitucionalismo do risco?

Ao discorrer sobre os desafios da teoria da Constituição na atualidade, Canotilho apontou que um dos problemas básicos está ligado ao risco. Segundo esse autor, o paradigma da sociedade de risco obriga a teoria da Constituição a compreender novos conceitos da teoria social, como é o caso do conceito de risco, que “parece cristalizar as experiências fundamentais das sociedades altamente industrializadas”. Os riscos colocam desafios “às comunidades humanas no plano da segurança e previsibilidade perante eventuais catástrofes provocadas pela técnica e pela ciência”. Para a Constituição, o problema é saber se ela pode servir à reabilitação da “virtude aristotélica da prudência, que não é outra coisa senão a escolha racional de decisões em situações de incerteza”.¹²⁴

¹²³ Raffaele De Giorgi, *Direito, democracia e risco*, op. cit., p. 197.

¹²⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 1136-1337.

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

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

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

Hobsbawm observou que os seres humanos tendem a operar como os historiadores: “eles somente reconhecem a natureza de suas experiências em retrospecto”.¹²⁵ Assim também ocorreu com as compreensões teóricas do

¹²⁵ Eric Hobsbawm, *The age of extremes*, op. cit., p. 257.

estado de direito. Vejam-se os próprios modelos do estado de direito e do estado social, em que os fatos precederam os conceitos, e o termos foram “uma expressão relativamente tardia para um fenômeno que vinha se manifestando há muitas décadas”.¹²⁶ O estado de risco, de forma similar, procura identificar um processo em andamento, do qual a Constituição brasileira de 1988 e a respectiva prática constitucional são exemplos.

Trabalhar com a perspectiva do estado de risco, todavia, coloca uma nova série de problemas à teoria constitucional. Um destes problemas, já destacado por Canotilho, é que os riscos sociais são marcados por uma radical assinalagmaticidade. Os riscos são tomados por uns e suportados por muitos, e as decisões de riscos são tomadas por corpos técnicos de organismos e organizações sem legitimidade democrática.¹²⁷ Torna-se necessário discutir, para o estado constitucional, os procedimentos, formas e instituições de uma democracia do risco.

Os direitos fundamentais também merecem atenção especial em um estado de risco. Se por um lado é ampliado o leque de direitos fundamentais por meio da consagração de novas “gerações” de direitos de proteção, os riscos podem ser usados como desculpa para graves violações de direitos humanos. Sobre isso Beck já alertou que a ambivalência de uma sociedade de riscos pode gerar uma superposição do estado de normalidade com o estado de exceção.¹²⁸

Estes problemas, entretanto, não são deficiências do modelo teórico do estado de risco. Ao contrário, são novas fronteiras abertas pelo programa de pesquisa no modelo teórico do estado de risco.

Referências

ARGIROFFI, Alessandro; AVITABILE, Luisa. *Responsabilità, rischio, diritto e postmoderno*: percorsi di filosofia e fenomenologia giuridica e morale. Turim: G. Giappichelli, 2008.

¹²⁶ PÉREZ ROYO, Francisco Javier. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 4, n. 10, p. 157-182, 1984.

¹²⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 1336-1337.

¹²⁸ BECK, Ulrich. *World at risk*. Cambridge: Polity, 2009. p. 67.

BALDWIN, David A. The concept of security. *Review of International Studies*, n. 23, p. 5-26, 1997.

BARONE, Antonio. *Il diritto del rischio*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2006.

BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. Londres: Sage, 1992.

_____. *World at risk*. Cambridge: Polity, 2009.

BELL, Daniel. *The coming of post-industrial society: a venture in social forecasting*. Nova York: Basic Books, 1976.

BENDA, Ernesto. El estado social de derecho. In: BENDA, Ernesto et al. (Org.). *Manual de derecho constitucional*. Tradução de Antonio López Pina. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2001. p. 487-559.

BIN, Roberto. *Lo stato de diritto*. Bolonha: Il Mulino, 2004.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madri: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BREYER, Stephen G. et al. *Administrative law and regulatory policy: problems, text, and cases*. Nova York: Aspen Pub, 2002.

CAMPOAMOR, Alfonso Fernández-Miranda. El estado social. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 69, p. 139-180, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 493-508.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida*. 5. ed. Madri: Trotta, 2008.

CARSON, Rachel. *Silent spring*. Nova York: Mariner Books, 2002.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2008.

DAHRENDORF, Ralf. *Class and class conflict in industrial society*. Stanford: Stanford University Press, 1959.

DE GIORGI, Raffaele. Contingência e legitimação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 254, p. 9-26, 2010.

_____. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Tradução de Juliana N. Magalhães; Menelick De Carvalho Netto. Porto Alegre: Fabris, 1998.

DENNINGER, Erhard. *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*. Turim: Giappichelli, 1998.

_____. "Security, diversity, solidarity" instead of "freedom, equality, fraternity". *Constellations*, v. 7, n. 4, p. 507-521, dez. 2000.

EWALD, François. Insurance and risk. In: BURCHELL, Graham; GORDON, Colin; MILLER, Peter (Org.). *The Foucault effect: studies in governmentality*. Chicago: University of Chicago Press, 1991. p. 197-210.

_____. *L'état providence*. Paris: Grasset, 1986.

_____. Risk in contemporary society. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 6, n. 2, p. 365-379, 2000.

_____. The return of the crafty genius: an outline of a philosophy of precaution. *Connecticut Insurance Law Journal*, v. 6, n. 1, p. 47-79, 1999.

FIORAVANTI, Mauricio. *Costituzione*. Bolonha: Mulino, 1999.

FORSTHOFF, Ernst. Problemas constitucionales del estado social. In: ABENDROTH, wolfgang; FORSTHOFF, ernst; DOEHRING, karl (Org.). *El estado social*. Tradução de José Puente Egido. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. p. 43-67.

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.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. 2. ed. Madri: Alianza Editorial, 2005.

GIDDENS, Anthony. *Beyond left and right: the future of radical politics*. Cambridge: Polity Press, 1994.

_____. *Runaway world: how globalization is reshaping our lives*. Nova York: Routledge, 2002.

GOLDER, Ben; WILLIAMS, George. What Is "terrorism"? Problems of legal definition. *University of New South Wales Law Journal*, v. 27, n. 2, p. 270-295, 2004. Disponível em: <www.unswlawjournal.unsw.edu.au/sites/default/files/22_golder_and_williams_2004.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2017.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2006.

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

HACKER, Jacob S. *The great risk shift: the new economic insecurity and the decline of the american dream*. Nova York: Oxford University Press, 2008.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, n. 13, p. 1243-1248, 1968.

HARSANYI, David. *Nanny state: how food fascists, teetotaling do-gooders, priggish moralists, and other boneheaded bureaucrats are turning America into a nation of children*. Nova York: Broadway Books, 2007.

HIRSCH, Joachim. Globalization of capital, nation-states and democracy. *Studies in Political Economy*, v. 54, p. 39-58, 1997.

HOBBSBAWM, Eric. *The age of extremes: a history of the world, 1914-1991*. Nova York: Vintage Books, 1996.

HUBER, Peter M. Risk decisions in German constitutional and administrative law. In: WOODMAN, Gordon R.; KLIPPEL, Diethelm (Org.). *Risk and the law*. Nova York: Routledge-Cavendish, 2009. p. 23-35.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. n. 27. Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2010/SIS_2010.pdf>. Acesso em: 15 maio 2011.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Tradução de Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1973.

KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del estado: fundamentos históricos de la legitimidad del estado constitucional democrático*. Tradução de Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Aldine Transaction, 2006.

MAURICIO JUNIOR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. O Estado constitucional e o paradigma social do risco. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 194-219, jan./jun. 2016.

MOSS, David. A. *When all else fails: government as the ultimate risk manager*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antônio Zepeda; SOUZA, Arthur Custódio Moreira de. Talidomida no Brasil: vigilância com responsabilidade compartilhada? *Cadernos de Saúde Pública*, v. 15, p. 99-112, jan. 1999.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PARDO, José Esteve. *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*. Barcelona: Ariel, 1999.

PÉREZ ROYO, Francisco Javier. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 4, n. 10, p. 157-182, 1984.

PIKETTY, Thomas. *Le capital au XXI^e siècle*. Paris: Seuil, 2013.

REYES, Manuel Aragón. *Estudios de derecho constitucional*. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2009.

RISCADO, Jorge Luís de Souza; OLIVEIRA, Maria Aparecida Batista de; BRITO, Ângela Maria Benedita Bahia de. Vivenciando o racismo e a violência: um estudo sobre as vulnerabilidades da mulher negra e a busca de prevenção do HIV/Aids em comunidades remanescentes de Quilombos, em Alagoas. *Saúde e Sociedade*, v. 19, p. 96-108, dez. 2010.

ROTHSTEIN, Henry; HUBER, Michael; GASKELL, George. A theory of risk colonization: the spiralling regulatory logics of societal and institutional risk. *Economy & Society*, v. 35, n. 1, p. 91-112, fev. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: ____ (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 397-449.

____. Legalidade tributária e os riscos sociais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 59, p. 95-112, 2000.

VALENCIO, Norma. Desastres, ordem social e planejamento em defesa civil: o contexto brasileiro. *Saúde e Sociedade*, v. 19, p. 748-762, dez. 2010.

VIEIRA, José Ribas (Org.). *Constituição e estado de segurança nas decisões do tribunal constitucional federal alemão*. Curitiba: Juruá, 2008.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Tradução de Karin P. Coutinho. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.