

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 14/10/2010**

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30310-a-din-mica-da-prote-o-dos-direitos-fundamentais-na-sociedade-de-risco>

**Autore: Maristela Medina Faria**

## **A dinâmica da proteção dos direitos fundamentais na sociedade de risco**

# A DINÂMICA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DE RISCO

Maristela Medina Faria<sup>1</sup>

**Resumo:** A sociedade contemporânea é caracterizada pela complexidade social, incerteza e uma pluralidade de opções, com uma avalanche de informações somada à falta de critérios para saber o que é “bom” ou o que é “ruim”, sobre em que se pode e em que não se pode confiar. Enfrentamos profundas contradições e incertezas. As ideias de controlabilidade e segurança, típicas da primeira modernidade, entraram em colapso na atualidade. Não sabemos mais as consequências que podem decorrer de determinadas atitudes que por ventura viermos a tomar. Dessa forma, o presente trabalho objetiva analisar a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais na sociedade atual que Ulrich Beck, prefere chamá-la de sociedade de risco. Este artigo desenvolveu-se com base em pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** sociedade de risco; proteção; direitos fundamentais.

**Abstract:** The contemporary society is characterized by the social complexity, uncertainty and a plurality of options, with an avalanche of information added to the lack of criteria to know that is "good" or what is "bad", remain in that can her and in that she cannot trust. We faced deep contradictions and uncertainty. The controllability ideas and security, typical of the first modernity, they entered at the present time in collapse. We don't know more the consequences that can elapse certain attitudes that we come to take for luck. In that way, the present work aims at to analyze the protection and the materialization of the essential rights in the current society that Ulrich Beck, prefers to call her/it of risk society. This article developed with basis in bibliographical researches.

**Keywords:** risk society; protection; essential rights.

## 1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que a sociedade atual caracteriza-se primordialmente por um âmbito econômico variante, com o surgimento de avanços tecnológicos sem precedentes em toda a história da humanidade, estamos experimentando mudanças drásticas em nossas vidas oriundas dos impactos das ciências e das tecnologias em nossas atividades diárias e no mundo físico. Este extraordinário desenvolvimento técnico ocasiona sem dúvida nenhuma, um incremento no bem-estar individual, no entanto, convém lembrar os impactos negativos ocasionados em função da dinâmica do desenvolvimento industrial. Dentre eles interessa-nos ressaltar aqui a configuração do incremento do risco; este deriva das aplicações técnicas do avanço do desenvolvimento da indústria, da biologia, da energia nuclear e da genética.

---

<sup>1</sup> Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, bolsista do Programa de Graduação PROGRAD/DIREN/ 2010 - e-mail - maristelamedina@yahoo.com.br.

Estes riscos não são passíveis de delimitação e podem ocasionar danos irreparáveis que afetarão toda a sociedade. Isso leva-nos a concluir que vivemos em uma sociedade de enorme complexidade na qual, a diversidade, a imprevisibilidade e, uma pluralidade de opções, faz com que a sociedade sofra com a ausência de critérios para aferir sobre o que é bom e o que é ruim, em que se pode confiar e, em que não se pode confiar, e isso inevitavelmente aduz a uma fonte de incertezas, insegurança e dúvidas.

O mundo moderno vem sendo modelado sob influencia das ciências e das descobertas científicas, dessa forma à medida que são feitas novas descobertas científicas, nossas vidas vão sendo invadidas pelas inovações e cada vez mais o que sentimos e o que experimentamos se torna objeto de interesse científico. Tal situação, não ocasiona mais certeza ou quiçá mais segurança, pois a ciência, com suas novas descobertas, origina inevitavelmente novos riscos para a sociedade, e a ciência por sua vez, buscando solucionar riscos preexistentes, acaba criando novos tipos de riscos, exemplos clássicos, é o progresso na genética humana, a utilização e a comercialização do amianto, bem como, a importação de pneus usados. As inovações e a falta de esclarecimento sobre as possíveis consequências e perigos destas situações, inevitavelmente acabam fragilizando as promessas de segurança sugerida pelas novas tecnologias. A modernização apresenta-se como uma ameaça a si mesmo, em decorrência dos novos conflitos e tensões existentes entre os interesses predominantes na sociedade e que, acabam por dividir a sociedade em grupos.

Nesta sociedade não há o conhecimento certo e seguro, as incertezas produzidas são uma síntese do conhecimento com o desconhecimento. Anthony Giddens (1991) afirma que mesmo os filósofos que defendem a ciência como certeza, entre eles Karl Popper, admite que toda ciência repousa sobre areia movediça, contrariando o que os fundadores da ciência acreditavam, esses achavam estar construindo um conhecimento solidamente fundamentado.

A compreensão da dinâmica dos conflitos procedentes da sociedade de risco é de extrema relevância, pois estamos fadados a viver nesta sociedade repleta de incertezas e insegurança, e diante de toda esta complexidade, os cidadãos esperam uma resposta do Estado, em particular do Poder Judiciário, para todo este arsenal de complexidade e incerteza, imanente da atual sociedade em que vivemos.

Ao Poder Judiciário são propostos casos, nos quais predominam a insegurança jurídica, e muitas vezes, não há uma uniformidade legislativa; muitos debates científicos, no Brasil como também no mundo, apresentam caráter contraditório sobre o que seria benéfico

ou maléfico para a sociedade, e a sociedade não pode aceitar simplesmente as descobertas dos cientistas, não podemos ser omissos em relação a tudo o que a ciência nos impõe, mesmo porque os cientistas sempre divergem entre si em especial em relação ao risco fabricado.

## **2. SOCIEDADE DE RISCO: PRESSUPOSTOS TEÓRICOS NA CONCEPÇÃO DE ZIGMUND BAUMAN, ULRICH BECK E ANTHONY GIDDENS**

A segunda modernidade, caracterizada pelo dinamismo industrial e pela destradicionaisação, Zigmunt Bauman prefere chamá-la de modernidade líquida, Ulrich Beck de sociedade de risco, e Anthony Giddens de era global. Expressões diferentes, mas que servem para designar uma única coisa, qual seja, a sociedade contemporânea. Vejamos os principais pressupostos teóricos que norteiam estas teorias.

A origem da sociedade de risco está intrinsecamente relacionada a duas transformações basilares ligadas ao incremento da interferência da tecnologia e da ciência na vida em sociedade, são elas: o fim da natureza e o fim da tradição.

O fim da natureza não significa que o mundo natural está acabando, mas que passamos a ter um novo tipo de preocupação em relação à natureza. Antes, preocupávamos com o que a natureza podia fazer a nós, como em relação às enchentes e aos terremotos, agora nossa maior preocupação, é com o que fizemos e estamos fazendo à natureza. Em relação ao fim da tradição é dizer que vivemos em um mundo após a tradição. Quando falamos da tradição é dizer que vivemos em uma sociedade marcada pelo destino, agora na sociedade de risco, a vida não é mais vivida como um destino.<sup>2</sup> Essas duas transformações caracterizam a passagem para a sociedade de risco.

Para termos uma correta compreensão da sociedade de risco, devemos ter em mente que risco não significa perigo. A sociedade de risco não é mais perigosa do que a sociedade industrial, a vida na sociedade da Idade Média era perigosa, porém não havia a ideia de risco, isso porque, consideramos que os perigos nos são dados, ou seja, é inerente à realidade em que vivemos. A noção de risco surge no momento em que se deseja controlar o futuro, na

---

<sup>2</sup> Ulrich Beck chama a transição da sociedade tradicional para a pós-tradicional de individualização.

ânsia de poder dominar tudo o que esta a volta. É imprescindível termos em mente, que a sociedade de risco não é um mundo mais perigoso, mas sim, uma sociedade mais preocupada com o futuro.

É necessário distinguir também os riscos, pois há duas espécies de risco, o risco externo e o risco fabricado. Os primórdios da sociedade eram caracterizados pela existência dos riscos externos, esses eram aqueles capazes de surpreender os indivíduos e cuja regularidade e freqüência são previsíveis e, portanto acabam por se tornar seguráveis.

O mundo pós-moderno, ou seja, o que vive após a natureza e após a tradição, é marcado pelo risco fabricado. Este é o criado pelo progresso da sociedade, em especial da ciência e da tecnologia. Muitas vezes não sabemos quais são estes riscos, nem quando eles podem acontecer. O risco fabricado tem se espalhado por todos os âmbitos da sociedade, e eles são resultantes de uma parte da ciência e da tecnologia que os especialistas não previram. Os riscos fabricados oriundos do avanço da ciência e da tecnologia são um dos meios de tentar controlar os outros tipos de riscos, como também enfrentar os riscos originados por elas mesmas.

Com efeito, estamos assistindo à emergência de um novo paradigma, originado da constatação da evolução científica, que traz inerente, riscos imprevisíveis, os quais estão a prescrever uma nova reformulação das práticas e procedimentos tradicionalmente utilizados na sociedade. Nesta sociedade ocorre que, alguns aspectos da sociedade industrial tornam-se social e politicamente problemáticos (BECK, 1997), dessa forma, a sociedade toma algumas decisões e pratica ações, baseando-se nos padrões da antiga sociedade industrial, por outro lado, as organizações de interesse, o sistema judicial e a política são tomados por debates típicos do dinamismo da pós-modernidade.

A teoria da sociedade de risco rompe com as idéias de autosuficiência e autoreferenciabilidade, os riscos se converteram em uma das principais forças de mobilização política, substituindo às vezes, até mesmo as desigualdades associadas às classes sociais, gênero e raça. As ideias de controlabilidade, certeza e segurança tão características e fundamentais da primeira modernidade (sociedade industrial), dão lugar a uma era de incertezas, de complexidade e insegurança, adjetivos típicos da pós-modernidade ou, segunda modernidade.

A sociedade de risco apresenta-se como um dos desdobramentos da obsolescência da sociedade industrial. Nesta sociedade os riscos sociais, econômicos, políticos e individuais

tendem a furtar-se das instituições que a princípio teriam o seu domínio, para o controle e a proteção da sociedade industrial. Fenômenos como o impacto da globalização, as transformações na vida cotidiana e pessoal, bem como, o surgimento da sociedade pós-tradicional, características típicas da sociedade de risco, não são aspectos apenas da modernidade ocidental, mas características do mundo todo.

Bauman (2007, pág. 07) analisa a atual modernidade através da passagem da modernidade “pesada e sólida” para a modernidade “leve e líquida”. Na sociedade líquido-moderna os indivíduos

não podem solidificar-se em posses permanentes porque, em um piscar de olhos, os ativos se transformam em passivos, e as capacidades, em incapacidades... teses anteriores não podem dar conta das rápidas e quase imprevistas (talvez imprevisíveis) mudanças de circunstâncias.

Com efeito, o futuro apresenta-se cada vez mais distante do passado, sendo que em alguns aspectos básicos, ele se torna muito mais ameaçador. Grande parte do nosso pensamento deve basear-se em futuros potenciais; diariamente surgem novas áreas de imprevisibilidade oriundas das próprias tentativas de buscar controlar focos de perigo.

Fazendo um paralelo, Bauman (2001) afirma que enquanto a atual sociedade é líquida a antiga é como um sólido simbolizando estabilidade e a durabilidade de posições. Os sólidos possuem dimensões espaciais claras, que neutralizam os impactos, para eles importando muito mais o espaço do que o tempo, pois este é suprimido pelo sólido.

O derretimento dos sólidos é uma característica intrínseca da atual modernidade, e uma das principais consequências do derretimento destes sólidos é a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na política. Estes sólidos que estão passando para o estado de fluidez são os elos entre as escolhas individuais e as ações coletivas.

Na sociedade de risco, a incerteza transforma-se no eixo articulador da vida política. Na verdade, o que ocorre é uma profunda crise das instituições políticas, um exemplo é a busca pela consciência de classe que já havia sido perdida, isso porque os sindicatos e os partidos políticos, por exemplo, formularam seus programas baseados nesta ideia, qual seja a da consciência de classe.

Os conflitos de classe e as revoluções modificam as relações de poder das elites, no entanto, mantêm firmes os objetivos do progresso tecnoeconômico. Dessa forma, a dupla cara do progresso autoaniquilante, produz conflitos e lança dúvidas sobre a base social da

racionalidade, ou seja, sobre a ciência, o direito e a democracia. A incerteza materializa-se no rompimento do nexo entre causas e consequências, culpados e vítimas dos problemas sociais.

Os riscos contemporâneos são majoritariamente difusos, possuem origens múltiplas e, tanto os que os causam como aqueles que sofrem suas ações não podem mais ser adequadamente identificados. Assim, na sociedade de risco não é possível exigir responsabilidades pelos riscos causados de acordo com as normas de causalidade existentes. Os riscos também, não são passíveis de delimitação no tempo e nem mesmo no espaço.

Surge, então, a necessidade da incorporação do princípio da precaução, este estabelece que, na ausência de certeza científica formal sobre a segurança de determinados produtos, teses e processos desenvolvidos em ciência e tecnologia, é necessário a implementação de medidas que possam avaliar e prever seus potenciais riscos e suas possíveis consequências. E de acordo com Canotilho (2007) mesmo que os juízos de prognose continuem na insegurança este princípio não deve ser abandonado.

O conceito de precaução surge porque diante da atual realidade considera-se que a tradicional defesa frente aos perigos mostra-se insuficiente para proteger efetivamente os cidadãos de todas as ameaças e perigos que os cercam. Duas devem ser as hipóteses a serem avaliadas: o dano e o grau de probabilidade de que o dano se produzirá se não adotar as medidas cabíveis.

Diante desta situação de risco a sociedade começa a analisar as consequências deste desenvolvimento, que se torna descontrolado. Assim, é indispensável pensar a modernidade como reflexiva, o que leva a constatação da presença ubiquitária de novos riscos; isto advém da expansão cega da sociedade industrial, surgindo necessidade de reflexão sobre o desenvolvimento descontrolado. A modernização reflexiva<sup>3</sup> significa primeiramente a desincorporação e, posteriormente a reincorporação das formas sociais industriais por outra modernidade.

A modernização reflexiva pode ser entendida como a modernização da modernização, sendo que, esta implica insegurança em toda a sociedade, envolvendo também uma dinamização do desenvolvimento. Sendo assim, a modernização reflexiva está intrinsecamente relacionada com a sociedade de risco, pois ambas são produtos da pós-

---

<sup>3</sup> Ulrich Beck diz que esse novo estágio, em que o progresso transformar-se em autodestruição, e um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é o que significa modernização reflexiva

modernidade, e caracterizadas por uma situação de imprevisibilidade, incerteza e um avançado estágio de desenvolvimento industrial da sociedade. A modernização reflexiva implica lidar com as limitações e contradições da ordem moderna.

Desde meados do século XX, as instituições sociais da sociedade industrial têm enfrentado a possibilidade de destruição de toda a vida do planeta, através das decisões que possam vir a ser tomadas por elas próprias. A sociedade vem caracterizada pela emergência de novos riscos como, a energia nuclear, a produção química e biotecnológica, riscos genéticos e ecológicos, que produzem perigos de potencial destrutivo, que são originados das modernas megatecnologias. O problema da incalculabilidade das consequências e danos destes riscos manifesta-se, principalmente, devido à falta de responsabilidade por eles.

O principal potencial sócio-histórico e político dos perigos ecológicos, químicos, nucleares e genéticos apóiam-se no colapso da administração e da racionalidade tecnocientífica e legal das garantias de segurança políticas institucionais que estes perigos trazem para todos (BECK, 2002).

Os riscos produzidos pela sociedade, não se apresentam de forma claramente perceptível e visível para todos, eles requerem uma tradução cognitiva e uma construção social de sua existência. As ameaças globais são resultado de uma sociedade, a qual os fundamentos dos riscos são invalidados, pois nesta sociedade, predomina riscos de difícil controle, sendo que estes novos perigos destroem a base de segurança da sociedade.

As ciências da engenharia podem determinar apenas a segurança provável. Nestas questões de risco ninguém é especialista, ou por outro lado, todos são considerados especialistas. De forma paradóxica, a sociedade de risco tende a ser uma sociedade autocritica, “Los expertos en seguros contradicen a los ingenieros expertos en seguridad” (BECK, 2002), em casos nos quais os engenheiros dizem que os riscos são nulos, por outro lado os operadores de seguro dizem que os riscos são existentes. O que está ocorrendo na verdade, é a desmonopolização da especialização.

Dessa forma, amplia-se o âmbito de complexidade dos conflitos existentes na sociedade da segunda modernidade, tornando-se ainda mais problemática a resolução de conflitos típicos desta era, sendo que a imprevisibilidade e a incerteza tornam as decisões cada vez mais incertas e imprevisíveis. Esta nova era, aduz a um marco construtivista, onde ninguém é capaz de definir realmente o que “é” e o que “não é”. Assim não podemos simplesmente aceitar as descobertas dos cientistas que de certa forma nos são impostas,

mesmo porque eles sempre divergem entre si, sobretudo em situações de risco fabricado. E atualmente todos nós sabemos e reconhecemos o caráter essencialmente cético da ciência da pós-modernidade.

### **3. EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA**

Para melhor compreensão da expressão direitos fundamentais, é importante saber que na realidade eles tem a mesma significação das expressões direitos humanos e direitos do homem. A única distinção é que a primeira, é preferencialmente utilizada pelos alemães, enquanto que, as duas últimas são preferência entre os autores anglo-americanos e latinos americanos.

Konrad Hesse, um dos clássicos em direito público na Alemanha, afirma que “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana” (apud, BONAVIDES, 2010) é o que realmente almejam os direitos fundamentais.

Para a distinção dos direitos fundamentais dos outros direitos assegurados pela Constituição, Carl Schmitt (apud, BONAVIDES, 2010) utiliza-se de critérios formais e materiais. O critério material utilizado analisa os direitos fundamentais conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra e protege. Assim, cada Estado escolhe conforme os critérios já elencados quais os direitos devem ser consagrados como tais, eles são específicos da cada Estado.

Do ponto de vista formal, são direitos fundamentais todos aqueles nomeados, garantidos e especificados na Constituição como tais e, aqueles que receberam da Carta maior um grau mais elevado de proteção em detrimento dos outros direitos e garantias. Esses direitos, segundo a atual Constituição brasileira, só serão alterados mediante emenda constitucional.

Inicialmente, os direitos fundamentais foram concebidos em três gerações. Os direitos de primeira geração referem-se aos direitos da liberdade e foram os primeiros a serem consagrados constitucionalmente, a saber, são os direitos civis e políticos. Esses direitos têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado, na verdade, eles marcam a resistência e a oposição ao Estado. Eles consagram a separação entre Estado e Sociedade, pertencendo à categoria de status negativus possuindo verdadeiramente um caráter antiestatal.

Esses direitos almejam proteger os indivíduos dos ataques do poder público e assegurar esferas de liberdade frente à ingerência deste, assim impõem ao Estado obrigações negativas, ou seja, o Estado é proibido de intervir no âmbito de liberdade do indivíduo.

Os direitos de segunda geração, que dominaram o século XX, são os direitos sociais, culturais, econômicos e os direitos coletivos. Eles estão intimamente ligados ao princípio da igualdade e são frutos de ideologias antiliberais. Da mesma forma que foram proclamados nas Constituições marxistas, também o foram, nas social-democratas (inclusive na de Weimar) e, por fim predominaram nas Constituições no pós-guerra. Estes direitos foram remetidos à esfera programática, ou seja, sem positividade. Assim eles dependem, para a concretização de seus valores e sua efetividade, tanto semântica como pragmaticamente, de uma atuação positiva do Estado.

Esses direitos pretendem que realmente os indivíduos gozem da liberdade e da igualdade que são a eles assegurados. No entanto, contrariando os ideais dos direitos de primeira geração, que são da categoria *status negativus*, os direitos da segunda geração prevêem uma atuação positiva por parte do Estado, este deve garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos constitucionalmente aos cidadãos, em especial os de liberdade e igualdade.

É nesse contexto dos direitos de segunda geração que também, a partir de Schmitt (apud, BONAVIDES, 2010), surge a idéia da necessidade das garantias institucionais. Esta categoria de direitos não se confunde com os de liberdade, pois possui estrutura lógica e juridicamente diversa. Entre essas garantias podemos exemplificar como as garantias da autonomia municipal, a do magistério, a de proibição dos tribunais de exceção etc. Essas garantias referem-se sempre às instituições de direito público.

Consoante Bonavides (2010), a partir do momento que consagram as garantias às instituições surge então uma nova concepção de direitos fundamentais, estritamente relacionados a uma liberdade objetivada, ligada a vínculos normativos e institucionais, cujos valores sociais demandam uma realização concreta, sendo assim o Estado torna-se um agente de suma importância, tornando-se o responsável pela plena concretização dos direitos fundamentais da segunda geração. Basicamente garantias institucionais, de forma ampla e geral, seriam todos aqueles princípios que obrigam o legislador a atuar positivamente.

A terceira geração de direitos fundamentais, que se consolida em fins do século XX, fundamenta-se no princípio da fraternidade, não se resumindo apenas à proteção de direitos

individuais e coletivos. São caracterizados primordialmente, por um teor de humanismo e universalidade, tem por destinatários o gênero humano, surgindo da necessidade de proteção ao meio ambiente, à paz, ao patrimônio comum da humanidade etc.

Basicamente podemos identificar cinco direitos de terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade ao patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Esta teoria é apenas indicativa de todos dos direitos que se delinearam contemporaneamente.

Bonavides (2010) fala ainda de direitos fundamentais de quarta e quinta geração. Os direitos de quarta geração são introduzidos pela globalização política, quando esta interfere na esfera da normatividade jurídica, correspondendo na verdade a última fase de institucionalização do Estado social. São eles, o direito à democracia, esta deve necessariamente ser a direta, direito à informação e o direito ao pluralismo. Bonavides (2010) afirma que “os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política”.

A quinta geração de direitos fundamentais refere-se em especial ao direito à paz. Este havia sido inserido entre os direitos de terceira geração (direito à fraternidade), porém foi inserido um tanto quanto de forma lacunosa teoricamente. Este direito caiu em esquecimento, em virtude da acepção vaga e superficial em que foi inserido entre os direitos da terceira geração.

Este direito ressurge novamente com a Declaração das Nações Unidas, através da Resolução 33/1973 que foi aprovada apenas em 1978 pela Assembléia Geral. Esta resolução declara que todos os povos, independente de cor, raça, credo ou sexo tem direito a viver em paz. A partir de então ele passa a ser um direito imanente à vida humana e indispensável ao progresso de todas as nações. Outro documento de importância para o ressurgimento desse direito, é a proclamação da OPANAL (Organização para Proscrição das Armas Nucleares na América Latina), declarando a paz como direito do homem. Este documento acolhe o critério adotado pela Resolução de 1973, da Declaração das Nações Unidas afirmando que todos os homens têm direito a viver em paz.

E por último, para consolidação deste direito há a declaração do Direito dos Povos à Paz, contida na Resolução 39, da ONU (Organização das Nações Unidas), de 12 de novembro

de 1984. Esta, afirma que o direito à paz, conferido a todos os povos, é sagrado, sendo obrigação fundamental de todo Estado assegurar este direito.

Quando se fala em geração induz à sucessão cronológica, assim induzindo também a uma ideia de senilidade dos direitos das outras gerações, porém isso não ocorre. Na verdade, os direitos de primeira, segunda e terceira geração são como a infra-estrutura de uma pirâmide, cujo topo é ocupado pelos direitos de quarta e quinta geração. Estes direitos juntamente com os direitos de segunda e terceira geração não se interpretam, apenas se concretizam.

Atualmente, independente da geração a que pertença os direitos fundamentais, origina para o Estado a obrigação de protegê-los especialmente contra o ataque e ameaças provenientes de outros indivíduos e, não apenas contra o ente governamental. Este é principalmente o entendimento doutrinário e jurisprudencial da Espanha (PASCUAL, 2010). Assim pode-se dizer que a sociedade contemporânea, melhor dizendo a sociedade de risco, caracteriza-se primordialmente pelos direitos fundamentais à proteção.

As principais ameaças que cercam os direitos fundamentais não provem mais do poder público, ou quiçá da natureza, senão, dos próprios cidadãos ou dos sujeitos privados de organizações cujo poder em muitas situações superam o do próprio Estado. E para que o poder público cumpra a nova missão que lhe é outorgada, cada vez mais é exigido que este intervenha na esfera do particular, não é mais aceitável que o Estado se abstenha de interferir na vida do cidadão, muito pelo contrário, ele deve interferir efetivamente na liberdade do indivíduo, em especial dos mais debilitados.

O poder público deve oferecer proteção, não somente frente aos danos reais, atuais e efetivos que cercam os direitos fundamentais, como também aos perigos e danos eventuais, potencialmente possíveis, mesmo que sejam incertos e muitas vezes nem cheguem mesmo a efetivamente lesar o direito fundamental em questão. Isto significa dizer, que o Estado deve proteger o indivíduo não apenas contra os danos em sentido estrito, como também dos perigos e riscos por mais simples que sejam. O Estado deve adotar medidas protetivas para evitar que se concretizem os riscos e ameaças que cercam os cidadãos.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal alemão tem afirmado o dever do Estado de proteger os cidadãos das ameaças oriundas como exemplo da contaminação eletromagnética, da energia atômica e dos ruídos (PASCUAL, 2010).

Uma recente teoria, em especial na Espanha, tem afirmado que um direito fundamental, como o direito à integridade corporal, pode ser lesionado ainda que o bem jurídico protegido pelo direito fundamental em questão, a integridade física, não tenha sofrido efetivamente dano algum. Assim, a lesão ao direito se produz simplesmente com a simples exposição do bem jurídico, protegido pelo direito fundamental, a algum risco ou ameaça, pois o Estado deveria ter adotado medidas a fim de evitá-los ou ao menos reduzi-los.

Dessa forma, o Estado é obrigado a proteger os direitos fundamentais, diante de qualquer ameaça, independente de sua origem. O poder público deve combater as ameaças ou danos, que sejam provenientes de forças da natureza, de outro Estado, de um particular ou até mesmo provenientes do próprio titular do direito. Deve-se adotar o princípio da irrelevância da origem das ameaças.

O Estado deve proteger o direito fundamental diante de qualquer tipo de agressão, independente de onde provenham garantindo o gozo real e efetivo do direito protegido, mesmo que muitas vezes, a proteção de um direito fundamental implique em limitar a liberdade de alguns cidadãos, desde que não ocorra a negação deste direito, mas sim, apenas a sua limitação.

Na proteção dos direitos fundamentais o poder público deve garantir a efetiva vigência do direito a ser protegido e, principalmente, obrigando o legislador a proteger os valores positivados e formalizados no ordenamento através da proteção dos direitos fundamentais. E quando existir conflitos entre dois direitos fundamentais, a solução mais adequada a ser adotada é a que adote o justo equilíbrio, evitando qualquer prejuízo ou sacrifício a um dos direitos em conflito.

É importante considerar que vivemos em um mundo artificial, tecnológico modelado pelo homem, e isso resulta muito mais difícil saber a origem dos riscos, sendo que muitas vezes a maior parte dos riscos não é exclusivamente natural e sim proveniente das criações humanas.

#### **4. A DINÂMICA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O caráter dinâmico e provisório do justo equilíbrio das medidas protetoras dos direitos fundamentais se acentua diante dos riscos existentes na sociedade. A sociedade

contemporânea é embebida de incertezas, onde os poderes públicos dispõem de informações incompletas relativas às consequências das decisões que por ventura vierem a tomar.

Quanto mais incerteza existe, menor é a informação disponível, sendo então mais fácil que com passar do tempo surjam novas informações que coloquem em desequilíbrio a regulação já estabelecida e, por conseguinte, surge a obrigação por parte do poder público de modificar aquela situação que antes estava em equilíbrio.

O Estado contemporâneo, como já foi explicitado, possui uma obrigação positiva de proteger os direitos fundamentais diante de riscos, inclusive, contra a possibilidade de uma decisão equivocada e desequilibrada. Assim, antes de tomar uma decisão, o Estado é compelido a realizar todos os procedimentos adequados para reduzir o risco das decisões que, por ventura, possam ser equivocadas. Mas esta obrigação deverá ser reduzida em medida proporcional, para atender às exigências de outros interesses legítimos.

Com efeito, sempre existe a possibilidade de buscar novos elementos de juízo, como realizar um estudo científico que possibilite esclarecer as suspeitas levantadas, antes de tomar qualquer decisão.

Se o objetivo do Estado é maximizar a justiça na sociedade, ele deverá calcular os benefícios e os custos que a busca da nova informação possa lhe trazer. Assim, quanto mais perceptível é o dano que pretende-se evitar, adotando-se as medidas protetivas, maiores serão os custos da não adoção de tais medidas, bem como menor será a quantidade de procedimentos exigíveis antes de efetivamente adotar a medida.

Podem ocorrer casos em que o perigo é muito eminente, sendo que as medidas protetoras a serem adotadas devem ser tomadas imediatamente, não restando possibilidade de se adotar qualquer procedimento anterior, pois a realização de qualquer procedimento anterior seria imprudente. Como também é óbvio que, quanto maior as consequências prejudiciais que poderiam ser evitadas mediante maiores informações, antes da adoção da medida protetora, mais procedimentos serão exigíveis antes de se adotar a medida. Se a incerteza é de um grau mais elevado, o mais prudente será prolongar os procedimentos objetivando obter mais informações e esclarecer as dúvidas e suspeitas, até que se esclareça ou, pelo menos, reduza a sensação de insegurança.

Enfim, se a probabilidade de melhorar a informação disponível é elevada, justifica uma grande quantidade e qualidade de procedimentos adotados, porém isso não significa que a situação deva permanecer em seu status quo, mas se preciso deve-se adotar medidas

protetivas provisórias, a fim de evitar qualquer lesão ao bem jurídico protegido, enquanto continua a busca de informações que ao final permita tomar a decisão mais adequada.

Dessa forma, o fundamental antes de tomar qualquer medida protetora de um direito fundamental, é analisar os riscos que o cercam e buscar o máximo de informação possível a respeito do assunto, pois como já é sabido na sociedade de risco não podemos seguramente saber quais as reais consequências de uma simples decisão. E o Estado deve sempre mediante qualquer espécie de ameaça ou riscos realizar todos os procedimentos necessários para a efetiva proteção do direito em questão.

## **REFERÊNCIAS**

- BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- BAUMAN, Zigmunt. **Vida líquida**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.
- BECK, Ulrich. **A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva**. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernização Reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 11 – 72.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós Básica, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.
- PASCUAL, Gabriel Doménech. **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos: el derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos**. Madrid, 2006.
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 27-41.