

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 30/09/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35483-a-prote-o-dos-direitos-humanos-na-sociedade-contempor-nea>

Autore: Maristela Medina Faria

A proteção dos direitos humanos na sociedade contemporânea

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Maristela Medina Faria

1. INTRODUÇÃO

O advento da modernidade é oriundo principalmente de uma ordem econômica moderna, ou seja, de uma ordem capitalista. Assim a expansão do capitalismo é o que ocasiona as mudanças sociais. A sociedade moderna assiste também ao desenvolvimento de um novo tipo de Estado, com uma nova postura diante da sociedade, que dependem fundamentalmente de uma estrutura de informação.

Vive-se tempos de elevado incremento na sensação de bem estar individual, especialmente em virtude do acelerado desenvolvimento tecnológico e científico da sociedade. Esse desenvolvimento repercute em várias situações de nossa vida, aumentando a sensação de realização individual, mas em contrapartida, contribui para o incremento da sensação de insegurança, com a inserção do risco na vida cotidiana.

As idéias de controlabilidade, segurança e certeza tão características da primeira modernidade dão lugar a uma era de incertezas e imprevisibilidades sem precedentes em toda a história da humanidade. Autores como Ulrich Beck, afirmam que vivemos em uma sociedade de risco, esta, é uma sociedade que vive pós-natureza e pós-tradição. Pós-natureza porque atualmente nos preocupamos mais com o que podemos fazer à natureza e não o quê ela pode nos fazer; e pós-tradição porque não vivemos mais a vida como um destino, algo certo, mas algo que vai sendo construído dia a dia.

Diante desta nova realidade, temos nos preocupado com as atitudes que possamos vir a tomar, pois uma decisão equivocada pode ocasionar um custo social muito elevado. A ciência, que antes detinha o monopólio da verdade, passa a ser relativizada; os cientistas passam a se contradizer, fazendo com que nem mesmo na ciência possamos mais confiar. Não é mais possível aferir “o que é bom” e “o que é ruim” para a sociedade.

Nesse contexto, surge a preocupação com a proteção e legitimação dos direitos humanos na sociedade, questionando-se como poderíamos efetivar a real proteção desses direitos por parte do Estado, em especial pelo Poder Judiciário.

2. UMA VISÃO SOCIOLOGICA DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

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 (Ulrich Beck chama essa transição de individualização). Essas duas transformações marcam o ingresso na sociedade e risco.

A palavra risco apresenta-se um tanto quanto equivocada. Knight¹ afirma existir risco quando uma única alternativa de ação conduz a vários resultados possíveis, sendo conhecida a probabilidade de que cada resultado ocorra, enquanto que a situação de incerteza ocorre quando a probabilidade de que ocorra determinado resultado não é conhecida. Por sua vez, Niklas Luhmann² diz que risco e perigo referem-se a danos futuros cuja produção é incerta. A diferença é que se o possível dano é uma consequência de uma decisão, este é, segundo o autor, um risco. Já o perigo é imputado ao ambiente.

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 que vivemos. A noção de risco surge no momento em que se deseja controlar o futuro, na ânsia de poder dominar tudo o que esta a volta. É imprescindível termos isso em mente que a sociedade de risco não é um mundo mais perigoso, mas sim uma sociedade mais preocupada com o futuro.³

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 frequência 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.

¹ PASCUAL, Gabriel Doménech. Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos: el derecho Del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos. Madrid, pág. 249, 2006.

² Ibidem, pág. 249

³ Conversas com Anthony Giddens. Pag. 142

Giddens afirma que 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.

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”⁴, dessa forma a sociedade toma algumas decisões, e pratica ações, baseando-se nos padrões da antiga sociedade industrial, porém por outro lado, as organizações de interesse, o sistema judicial e a política são tomados por debates típicos do dinamismo da pós-modernidade.

Esta segunda modernidade, caracterizada pelo dinamismo industrial e pela destradicionalização, Zigmunt Bauman prefere chamá-la de *modernidade líquida* e Ulrich Beck de *sociedade de risco*, vejamos os principais pressupostos teóricos que norteiam estas teorias.

2.1. Sociedade de Risco na concepção de Ulrich Beck

A sociedade de risco se apresenta como um dos desdobramentos da obsolescência da sociedade industrial. Nesta nova era as contradições, os paradoxos e as incertezas são características fundamentais da sociedade de risco. 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.

Como já é sabido, a transição da primeira modernidade para a segunda modernidade é marcada pelo fim da tradição. Beck chama essa transição de individualização, esta significa a “desintegração das certezas da sociedade industrial, assim como a compulsão para encontrar e inventar novas certezas para si e para os outros que não a possuem”⁵. Beck segue afirmando que a individualização não baseia-se na liberdade de decisão dos indivíduos, mas na compulsão pela fabricação, pelo autoprojeto e a auto-representação, não somente da própria biografia, mas também das articulações e compromissos com a sociedade. Assim, esta se torna uma biografia escolhida, ou reflexiva.⁶

⁴ 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. 16.

⁵ 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, pág. 25 e 26.

⁶ Anthony Giddens, prefere chamar este tipo de biografia de biografia reflexiva.

A sociedade de risco rompe com a autosuficiência e autoreferenciabilidade. 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.⁷ Os riscos se convertem em uma das principais forças de mobilização política, substituindo às vezes, até mesmo as desigualdades associadas às classes sociais, gênero e raça.

Com efeito, o futuro se apresenta 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.

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, os partidos políticos e outros, 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 lançam dúvidas sobre a base social da racionalidade, ou seja, sobre a ciência, o direito e a democracia.

A incerteza materializa-se no rompimento do nexos entre causas e conseqüências, culpados e vítimas, dos problemas sociais. Os riscos contemporâneos são majoritariamente difusos, tendo origens múltiplas e, tanto os que os causam como aqueles que sofrem sua ação 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. Também, não podem ser limitados no tempo e nem mesmo no espaço.

Dessa forma, surge a necessidade da incorporação do princípio da precaução, este estabelece que, na ausência da 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 conseqüências. E mesmo que os juízos de prognose continuem na insegurança este princípio não deve ser abandonado.

Este princípio teve sua origem na Alemanha. 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

⁷ Para Ulrich Beck (2002, pág. 03), não se trata de uma pós-modernidade, mas de segunda modernidade, na qual a tarefa que teremos e devemos enfrentar é a reforma da sociologia para que possa proporcionar um novo marco de reinvenção da sociedade e da política.

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.

Entre todos os tipos de risco, existem os riscos fabricados, que são oriundos do avanço da ciência e da tecnologia, ou seja, são produtos destas, mas estas por outro lado, é um dos meios de tentar controlar os outros tipos de riscos, como também enfrentar os riscos fabricados por elas mesmas. Diante desta situação de risco, a sociedade começa a analisar as conseqüências deste desenvolvimento, que se torna descontrolado. Assim, é indispensável pensar a modernidade como reflexiva, o que leva a constatação da presença ubiqüitária de novos riscos; isto advém da expansão cega da sociedade industrial.

Há dois tipos de modernização, a simples e a reflexiva, sendo indispensável a distinção de ambas. A modernização simples é a modernização antiga, unilinear, já a modernização reflexiva⁸ significa primeiramente a desincorporação e, posteriormente a reincorporação das formas sociais industriais por outra modernidade, e isso evidencia a autoconfrontação que existe entre a modernização reflexiva e os efeitos da sociedade de risco, e isso acarreta em aprender a conviver com as limitações e contradições da nova ordem.

A modernização reflexiva pode ser entendida como a *modernização da modernização*, sendo que, esta pode implicar insegurança de toda uma sociedade, envolvendo também uma dinamização do desenvolvimento da sociedade. Sendo assim, a modernização reflexiva está intrinsecamente relacionada com a sociedade de risco, pois ambas são produtos da pós-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 conseqüências 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 seguridade políticas institucionais que estes perigos trazem para todos⁹. As ameaças globais são resultado de uma sociedade, a qual os fundamentos dos riscos são invalidados, pois

⁸ BECK, Ulrich enuncia que, “Este novo estágio, em que o progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é o que eu chamo de etapa da modernização reflexiva” (1997, p. 12).

⁹ BECK, Ulrich. “La sociedad del riesgo global”. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.

nesta sociedade, predomina riscos de difícil controle, sendo que estes novos perigos destroem a base de seguridade da sociedade. 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 ciências da engenharia podem determinar apenas a seguridade provável. Nestas questões de risco ninguém é especialista, ou por outro lado, todos são considerados especialistas. Chegamos ao limite da ciência, “Si algo sabemos hoy con certeza es que nada podemos saber con certeza”¹⁰, os cientistas somente podem oferecer hipóteses. De forma paradoxica, a sociedade de risco tende a ser uma sociedade autocrítica, “Los expertos en seguros contradicen a los ingenieros expertos en seguridad”¹¹, 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.

Desta 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 soluções 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.

2.2. Zigmund Baumann e a modernidade líquida

Bauman atribui à atual ordem social o status de fluidez e fluidez, sendo estas as metáforas que melhor simbolizam a atual sociedade. Os líquidos não conseguem manter a sua forma constantemente, eles “não fixam o espaço nem prendem o tempo”¹², estão sempre prontos a sofrer qualquer tipo de mudança, assim importando muito mais para eles o tempo do que o espaço, pois este é momentâneo e logo passara. As descrições dos líquidos são como fotos que necessariamente precisam ser datadas, pois em um instante eles deixam de ser o que eram a um minuto atrás.

Fazendo um paralelo, Bauman afirma que enquanto a atual sociedade é líquida a antiga é como um sólido simbolizando estabilidade e a durabilidade de posições. Eles possuem dimensões

¹⁰ PASCUAL, Gabriel Doménech. Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos: el derecho Del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos. Madrid, pág. 354, 2006.

¹¹ Ibidem, p. 124.

¹² BAUMANN, Zigmunt. “Modernidade líquida”. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, pág. 08.

espaciais claras, que paralisam os impactos, para eles importando muito mais o espaço do que o tempo, pois este é suprimido pelo sólido.

Bauman¹³ analisa a atual modernidade através, principalmente, 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... testes anteriores não podem dar conta das rápidas e quase imprevisíveis (talvez imprevisíveis) mudanças de circunstâncias”.

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. Esses sólidos que estão passando para o estado de fluidez são os elos entre as escolhas individuais e as ações coletivas.

A modernidade fluida produziu grandes mudanças na condição humana, velhos conceitos como, família e classe, são hoje como zumbis, ou seja, mortos vivos. A família, por exemplo, não tem mais o mesmo significado que possuía no início do século XX. Antigamente a mãe era responsável pelos afazeres domésticos, sendo o homem (o pai) o responsável pela renda familiar. Atualmente pelo menos metade das mulheres trabalha fora de casa, a divisão de tarefas dentro da família já não existe mais e, as famílias estão começando a se desintegrar no divórcio.

A modernidade começa quando o espaço e o tempo começam a ser vistos individualmente, como unidades distintas e independentes, pois ao longo dos séculos eles eram vistos como uma unidade indissociável “Os tempos modernos encontraram os sólidos pré-modernos em estado avançado de desintegração; e um dos motivos mais fortes por trás da urgência em derretê-los era o desejo de, por uma vez, descobrir ou inventar sólidos de solidez duradoura, solidez em que se pudesse confiar e que tronaria o mundo previsível e, portanto, administrável.” Para construir uma nova ordem era necessário livrar-se de todo o entulho.

3. HISTORICIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Para melhor compreensão 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 a primeira é preferencialmente utilizada pelos alemães enquanto que as duas últimas são preferência entre os autores anglo-americanos e latinos americanos.

¹³ BAUMANN, Zigmunt. “Vida líquida”. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, pag. 07 e 08.

Konrad Hesse¹⁴, 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” é o que realmente almejam os direitos humanos. Para a distinção dos direitos humanos dos outros direitos assegurados pela Constituição, Carl Schmitt¹⁵ utiliza-se de critérios formais e materiais. O critério material utilizado analisa os direitos humanos 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, assim eles são específicos da cada Estado.

Os direitos humanos são o resultado de diferentes processos históricos e lutas sociais surgindo inicialmente para solucionar conflitos sociais e para satisfazer necessidades ou carências humanas.

Atualmente, a legitimação e a efetivação dos direitos humanos é um dos temas mais polêmicos da atualidade, pois uma das promessas da modernidade é justamente esta, no entanto o que se verifica é um grande abismo existente entre as Declarações de Direitos Humanos e a realidade cotidiana da maioria dos cidadãos do planeta. Há a necessidade de tornar os direitos humanos conquistados ao longo dos tempos mais pragmáticos e eficazes, permitindo que eles deixem de ser um “*lujo politizado*”, como afirma María José Frinãs Dulce¹⁶, da população ocidental, mas que realmente seja um direito de toda a sociedade.

Faz-se necessário reconstruir a clássica concepção de direitos humanos, esta um ideal muito distante da realidade, é imprescindível uma concepção renovada e mais realista dentro do contexto de uma sociedade múltipla e variada, pois na verdade eles devem ser frutos de realidade social e normativa. Esta concepção na verdade se resume no que poderíamos chamar de uma atitude pós-moderna diante dos direitos humanos.

É necessária uma concepção sociológica, antropológica e histórica dos direitos humanos, desvinculando-se da concepção metafísica e jusnaturalista dos mesmos, pois esta concepção não possibilita uma resposta concreta às situações sócio-históricas e sócio-culturais que emergem na sociedade, em especial, nas últimas décadas diante dos diversos contextos sociais. Com efeito, não é possível um fundamento absoluto, como fora dado pelos jusnaturalistas, para direitos historicamente relativos.

O fato é que os direitos humanos são resultado de um processo histórico, social e cultural, surgindo de uma gama de interações entre diferentes interesses sociais, que tem em comum a defesa pela dignidade humana, a luta contra qualquer tipo de dominação e opressão. Constantemente

¹⁴ Apud, BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 25 º ed., pág. 560, 2010.

¹⁵ Ibidem, pág. 561.

¹⁶ DULCE, María José Farinãs. Los Derechos Humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica la <<actitud postmoderna>>. Insituto de derechos humanos Bartolomé de las casas Univesidad Carlos III de Madrid. Fundación El Monte. Dykinson, 2006, pág. 02.

surgem novos direitos humanos, uma vez que eles estão em constante evolução, transformação e criação. Dessa forma, o processo de formação dos direitos humanos não está acabado, mas em plena evolução diante dos conflitos sociais e das necessidades humanas.

Os direitos humanos têm existido ao longo dos anos com uma grande carga ideológica, construída baseada na ideologia política ocidental. Esta ideologia por vezes tem sido utilizada como critério legitimador das organizações políticas que reconhecem e garantem os direitos dos indivíduos frente ao Estado, como também, em outras ocasiões é utilizada como critério subversivo e crítico pelos grupos sociais desprotegidos e oprimidos que não vêem suas necessidades satisfeitas pelo poder estatal.

Na verdade, é necessário manter um dialogo constante entre fundamentação teórica e realidade prática, uma vez que a eficácia não é nada mais que o reflexo empírico da legitimação, o que aduz a termos mais pragmáticos e menos retóricos dos direitos humanos quando necessário justificar e fundamentá-los. Porém isso não quer dizer que a dimensão retórica não seja de fundamental importância reivindicativa e crítica, principalmente diante das trágicas violações existente no mundo atual.

Não quer dizer que se renuncia a razões morais, éticas ou políticas que obriguem a proteção e garantia de determinados direitos humanos, pois é preciso ter em conta que o reconhecimento do caráter plural e multilateral das objetivações sociais não implica em absoluto negar a busca de algum tipo de fundamento. O que deve ter em conta é que a atual fundamentação dos direitos humanos não deve continuar sendo universalista, fundamentalista, abstrata, suprahistórica ou descontextualizada, com caráter absoluto no tempo e espaço, diante de uma realidade complexa, múltipla e diversificada.

Baseado em uma perspectiva pragmática dos direitos humanos, não podemos ficar atrelados a um sistema jurídico de validade universal e incondicional. A busca de fundamentação ética dos direitos humanos não implica novamente, no dualismo ontológico próprio da doutrina jusnaturalista nem mesmo no fundamentalismo dos princípios abstratos, universais e absolutos, visto que isso hoje, segundo Bobbio¹⁷, não passa de uma ilusão, algo infundado. O desenvolvimento da moderna concepção dos direitos humanos não pode ficar a margem da realidade histórica, ele não pode ser construído baseado em um conceito normativo de validez universal e suprahistórica, mais contextualizada menos absoluta e realista, sendo necessária uma pratica dialoguista entre pensamento e ação.

É necessário o pleno reconhecimento e aceitação em termos de igualdade real das diferenças e diversidades culturais, é preciso afirmar a necessidade do respeito ao universal e a

¹⁷ DULCE, María José Farinãs. Los Derechos Humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica la <<actitud postmoderna>>. Insituto de derechos humanos Bartolomé de las casas Univesidad Carlos III de Madrid. Fundación El Monte. Dykinson, 2006, pág. 20.

pluralidade em termos de igualdade, isto é alcançado mediante a compreensão e aceitação das outras formas de vida diferentes da nossa.

O método de implementação dos direitos humanos e efetivação, diante de toda realidade diversificada e complexa, enfrenta difíceis questões fáticas e normativas, além disso, o dito modelo global do progresso e da aculturação se mantém a custa da violação dos direitos fundamentais de povos menos protegidos e também dos recursos naturais e humanos.

Neste sentido Dulce afirma que

esta crisis del paradigma jurídico de la modernidad se encuentra una paradoja difícil de resolver; el derecho estatal moderno consiguió la igualdad entre sujetos de Derecho, mediante el proceso de universalización, a pesar de la diferencia y, sin embargo, el resurgimiento actual de una sociedad diferenciada y la constatación de la diversidad en todas sus manifestaciones parece que pudiera atentar contra aquel logro, al introducir diferenciaciones y <<desigualdades>> en un cuerpo social, el cual había sido nivelado por un derecho <<estatal>> soberano, que era expresión del paradigma del monismo y del centralismo jurídico¹⁸.

3.1. A concepção pós-moderna dos direitos humanos

Partindo de uma concepção pós-moderna deve-se começar com uma desconstrução dos pilares metodológicos que tem servido de sustentação para a concepção moderna de direitos humanos, para então chegar a uma nova concepção mais adequada à realidade, uma vez que a pós-modernidade se apresenta como uma nova visão de mundo, sendo que a atitude pós-moderna em relação aos direitos humanos é também uma nova forma de compreendê-los e explicá-los.

É preciso ter em mente que não estamos necessariamente diante de um novo mundo, mas de uma nova visão de mundo, sendo que o próprio conceito de pós-modernidade possui elementos contraditórios e paradoxos que nos remete a uma mudança de paradigmas expressando a crise e o esgotamento dos fundamentos éticos e estéticos da modernidade, sem que possa realmente chegar a uma nova situação.

Para uma construção da atitude pós-moderna é necessário compreender a efetiva realidade, assim os direitos humanos são o que realmente são diante da realidade. O pragmatismo constitui um componente epistemológico essencial do paradigma da pós-modernidade e em especial da atitude pós-moderna diante dos direitos humanos, devendo-se questionar qualquer pretensão de verdades absolutas no discurso de direitos humanos, sendo que deve-se ter uma concepção realista, pragmática e plural dos direitos humanos, para que então, possamos compreender a dinâmica da sociedade contemporânea.

¹⁸ DULCE, María José Farinàs. Los Derechos Humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica la <<actitud postmoderna>>. Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas Universidad Carlos III de Madrid. Fundación El Monte. Dykinson, 2006, pág. 27.

Para que se tenha uma atitude pós-moderna, deve-se basear em um ponto de vista metodológico no paradigma do pluralismo jurídico. Partindo deste ideal é necessário abandonar todo tipo de concepção apriorística, monista e centralizado do direito, mas uma concepção plural e multicultural.

A partir do pluralismo jurídico é possível a construção da concepção pós-moderna dos direitos humanos, na verdade ele corresponde a convivência de múltiplas e diferentes esferas jurídicas em um mesmo território e significa também a descentralização do direito estatal, o que expressa a articulação de inúmeros campos sociais, esta articulação de campos sociais semiautônomos é uma das características fundamentais da sociedade contemporânea. E estes campos por sua vez inevitavelmente convivem com também com diferentes tipos de direitos.

O fato é que o direito estatal convive com sistemas jurídicos alternativos, informais, ou seja, não oficiais, sendo que este de um ponto de vista hermenêutico possibilita uma resposta coerente e eficaz diante da complexa realidade normativo-jurídica.

O paradigma do pluralismo jurídico ocasiona na concepção da atitude pós-moderna dos direitos humanos o que ocasiona um importante pressuposto epistemológico e hermenêutico para o reconhecimento da diversidade e pluralidade, não apenas do direito, como também de valores jurídicos da pós-modernidade.

3.2. O posicionamento do Estado diante das ameaças aos direitos humanos

As principais ameaças que cercam os direitos fundamentais não provêm 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 a liberdade do indivíduo, em especial dos mais debilitados.¹⁹

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. Isso significa dizer que o Estado deve proteger o indivíduo não apenas contra os danos em sentido estrito, senão 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.

¹⁹ Ibidem, pág. 31.

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.²⁰

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 algum dano. 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 pelo menos reduzi-los.²¹

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, mesmo que sejam eles provenientes de forças da natureza, de outro Estado, de um particular ou até mesmo provenientes do próprio titular do direito, assim adotamos o princípio da irrelevância da origem das ameaças.

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.

3.3. O reflexo da pós-modernidade no Poder Judiciário

Tomar decisões sobre riscos faz parte da vida cotidiana de todos os cidadãos. No entanto, em diversos casos, as decisões sobre riscos são tomadas por pequenos grupos, mas com efeitos a serem suportados por um grande número de pessoas, em virtude de que esse processo pode ser potencializado em grande escala em decorrência de fenômenos como a globalização.

Porém, atualmente, o Estado tem deixado de ser meramente regulatório, pois tem predominado nitidamente a governança dos riscos. Esta confere pluralidade de atores, combinando a elaboração de normas estatais com a auto-regulação privada e ampliação da participação dos afetados pelas políticas públicas.

Em virtude da governança dos riscos, o Estado, apesar de manter um status privilegiado, reparte competências com outros entes. As decisões sobre risco são tomadas por órgãos políticos, pela participação popular seja ela direta ou indireta, pela manifestação da comunidade científica bem como da sociedade civil, e pela intervenção de organismos internacionais. Assim, a governança dos riscos flexibiliza a divisão de poderes e competências. Isto ocorre tanto na dimensão horizontal,

²⁰ PASCUAL, Gabriel Doménech. Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos: el derecho Del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos. Madrid, pág. 149, 2006.

²¹ Ibidem, pág. 150 e 151.

divisão de competências entre os entes da Federação, quanto na vertical, atribuindo um papel na formação de políticas públicas a órgãos que originalmente não foram pensados para essa função, como o Judiciário.

Os riscos, mesmo na acepção clássica, sempre estiveram ligados ao instituto da responsabilidade. Contemporaneamente, e frente aos riscos tecnológicos, surgem novas e complexas interconexões entre responsabilidade e os princípios da precaução, da proporcionalidade e da solidariedade.

Vivemos em uma sociedade mundial de risco, no sentido não apenas de que toda decisão que possamos vir a tomar pode produzir consequências com riscos incalculáveis e imprevisíveis, mas que a idéia da controlabilidade dos efeitos colaterais, que atualmente é o guia da modernidade, e dos perigos oriundos das decisões tornou-se problemática; o novo saber serve para transformar os riscos imprevisíveis em riscos calculáveis, mas deste modo produz novas imprevisibilidades, o que inevitavelmente ocasiona a produção de novos riscos.

Como a atual sociedade é uma sociedade de riscos, os perigos e problemas que são produzidos, desestruturam as bases do conceito social de seguridade, e isso acaba se convertendo em um problema sobre todo o âmbito da atividade política e âmbito decisório. Assim, impõe aos indivíduos que em situações em que estes são impelidos a tomar alguma decisão, dada a grande complexidade da sociedade moderna, devem tomar decisões de forma esclarecida e informada, sabendo das possíveis consequências de seus atos. A complexidade dos problemas impõe que as soluções sejam construídas especificamente, analisando o caso concreto individualmente, promovendo-se, na maior medida possível, a informação e a deliberação pública.

Sánchez aduz que na sociedade de risco há até mesmo “dificuldade de obter uma autêntica *informação fidedigna*”²², isto ocorre em decorrência do que ele chama de *avalancha de informações* (a sociedade da informação transmite uma imagem da realidade, na qual não é possível perceber a exata dimensão dos perigos, pois o que está distante e, o que está próximo apresenta-se de forma quase idêntica). Dessa forma o Poder judiciário na tentativa de amenizar os impactos desta nova era, opta por uma postura mais democrática, aberta e participativa, de certa forma tentam obter a opinião da sociedade, ou pelo menos de alguns setores da sociedade, como das instituições religiosas no caso dos anencéfalos, isso ocorre principalmente através de audiências públicas.

A decisão judicial na atualidade, principalmente em casos de ampla complexidade, é fruto de um processo judicial democrático e dialético em que, não apenas os destinatários da solução concreta dada pelo juiz, mas toda a sociedade participa intensamente da sua formação. Alguns autores chegam a afirmar que a construção da decisão judicial seria mais aberta e participativa do

²² 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. 34.

até mesmo o processo legislativo. Diferentemente do que dizia Hans Kelsen ela não é um ato unilateral de vontade do juiz, ela faz parte, pelo contrário, de um processo judicial dialético em que os destinatários da solução participam sua formação. Assim é uma decisão construída democraticamente, amparada pelos princípios do contarditorio e da ampla defesa, garntidos constitucionalmente.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plinio 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, pág. 11 – 72.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiunode España Editores, 2002.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós Básica, 1998.

DULCE, María José Farinãs. **Los Derechos Humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica la <<actitud postmoderna>>**. Insituto de derechos humanos Bartolomé de las casas Univesidad Carlos III de Madrid. Fundación El Monte. Dykinson, 2006, pág. 27.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências 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.

SILVA, Alexandre Garrido da. **Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas**. In: Revista de Direito do Estado, nº 12. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 107- 142.