

IN MEMORIAM **ULRICH BECK**

Carla Amado Gomes
Luis Heleno Terrinha
(coordenadores)

Atas do colóquio
promovido pelo ICJP
e pelo CIDP em
22 de Outubro de 2015

IN MEMORIAM **ULRICH BECK**

Carla Amado Gomes
Luis Heleno Terrinha
(coordenadores)

Atas do colóquio promovido
pelo ICJP e pelo CIDP em
22 de Outubro de 2015

Edição:

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

www.icjp.pt | icjp@fd.ulisboa.pt

Centro de Investigação de Direito Público

www.icjp.pt/cidp | cidp-icjp@fd.ulisboa.pt

Abril de 2016

ISBN: 978-989-8722-14-0



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

Imagem da capa:

Graffiti em parede,
foto de Carla Amado Gomes

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com

In memoriam Ulrich Beck

Instituto de Ciências Jurídico Políticas
Centro de Investigação de Direito Público (CIDP)

22 de Outubro de 2015

Coord: Prof^a Doutora Carla Amado Gomes
e Dr. Luís Heleno Terrinha

PROGRAMA

9H45 Conferência inaugural

After Beck - Risk Society and the possibility for the exercise of human agency
Após Beck - A sociedade de risco e a possibilidade da agência humana

Prof. Dr. Frank Furedi
(Professor of Sociology at the University of Kent, Canterbury)

10H45 – Painel I – Teoria do Direito, Ciência Política, Sociologia

A crise europeia e as tarefas do cosmopolitismo
The european crisis and the tasks of cosmopolitism

Prof. Doutor Viriato Soromenho-Marques
(Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa)

Ulrich Beck: a imanência do social e o papel das ciências sociais
Ulrick Beck: the immanence of social and the role of social sciences

Prof. Doutor José Manuel Mendes
(Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra)

Direito e contingência: com e para além de Ulrich Beck
Law and contingency: with and beyond Ulrich Beck

Dr. Luís Heleno Terrinha

(Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

Moderação: Prof^ª. Doutora Carla Amado Gomes
(Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

13H00 Pausa para almoço

14H30 - Painel II – Direito Constitucional

A relativização da Constituição no contexto da globalização
Relativizing the Constitution in the globalization's context

Prof. Doutor Rui Medeiros

(Faculdade de Direito da Universidade Católica – Escola de Lisboa)

Norma e exceção no direito público
Norm and exception in Public Law

Prof. Doutor Miguel Nogueira de Brito

(Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

Incertezas do Constitucionalismo
Uncertainties of constitutionalism

Prof^ª Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz

(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Moderação: Prof. Doutor Jorge Reis Novais
(Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

16H00 - Painel III – Direito Administrativo

A sociedade de risco como oportunidade de repensar o direito e a regulação
Risk society as an opportunity to rethink Law and regulation

Prof^ª Doutora Maria Eduarda Gonçalves

(ISCTE – IUL: Instituto Universitário de Lisboa)

La regulación del riesgo como nuevo paradigma de la actividad administrativa
Risk regulation as the new paradigm of administrative action

Prof. Doutor José Esteve Pardo
(Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona)

A gestão administrativa dos riscos no regime da revogação de atos administrativos
Risk management and administrative acts' withdrawal

Prof. Doutor Pedro Gonçalves
(Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Moderação: Dr. Luís Heleno Terrinha
(Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

17H45 - Painel IV – Direito da União Europeia

Globalização e subsidiariedade – o precipitado anúncio da morte do Estado-nação
Globalization and subsidiarity – the precipitated announcement of the death of the Nation-State

Profª Doutora Maria Luísa Duarte
(Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

Cosmopolitanism and the internal market: value and limits of Union Citizenship
Cosmopolitismo e mercado interno: valor e limites da cidadania da União

Matej Accetto (Gulbenkian Professor of Law at Católica Global School of Law - UCP)

Risco, responsabilidade e prova na sociedade de risco mundial
Risk, responsibility and proof in worldwide risk society

Prof. Doutor Paulo de Sousa Mendes (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

Moderação: Prof. Doutor Nuno Piçarra
(Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa)

Apresentação

O livro digital que se publica constitui o registo documental de algumas das intervenções produzidas na Conferência In memoriam Ulrich Beck, realizada no dia 22 de Outubro de 2015 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a égide do ICJP e do CIDP.

Contámos com o contributo de diversos especialistas, nacionais e estrangeiros, a quem se reitera o agradecimento pela participação, bem assim como ao Secretariado do ICJP, particularmente à Dr^a Telma Oliveira, por todo o empenho que colocou na divulgação e realização do evento.

Os Coordenadores,

Carla Amado Gomes
Luís Heleno Terrinha

ÍNDICE

Palavras iniciais

Prof.ª Doutora Carla Amado Gomes (pag. 8) ►

Ulrich Beck sobre a Alemanha na crise existencial da união europeia. Três breves apontamentos ensaísticos

Prof. Doutor Viriato Soromenho-Marques (pag. 10) ►

Direito e contingência: com e para além de Ulrich Beck

Dr. Luís Heleno Terrinha (pag. 17) ►

O admirável novo constitucionalismo da Sociedade de Risco

Prof. Doutor Miguel Nogueira de Brito (pag. 54) ►

Incerteza e Globalização – Direito e Constituição

Prof.ª Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz (pag. 77) ►

Las aportaciones de Ulrich Beck a la comprensión del nuevo entorno sociológico del Derecho Público

Prof. Doutor José Esteve Pardo (pag. 96) ►

Cosmopolitanism and Internal Market: European Union Citizenship as Beck's "Rooted Cosmopolitanism"?

Matej Accetto (pag. 105) ►

Sociedade de risco, política ambiental europeia e direito penal do risco

Prof. Doutor Paulo de Sousa Mendes (pag. 116) ►

Palavras Iniciais

Apetece dizer que Ulrich Beck dispensa apresentações – ou obituários. Mas numa conferência em sua homenagem póstuma, cumpre ainda assim dizer algumas palavras sobre aquele que é considerado um dos mais importantes sociólogos do século XX.

Ulrich Beck nasceu a 15 de Maio de 1944 e morreu a 1 de Janeiro de 2015. O seu período de vida atravessou o período pós II Guerra Mundial, tendo-se iniciado com a derrota da sua Alemanha natal (no dia em que perfez um ano de idade travou-se a última grande batalha da Guerra, em Poljana) sendo que, à data da sua morte, a “vingança” alemã parecia ironicamente consumir-se, com a emergência, na crise do euro, de uma Europa germânica (Das Deutsche Europa, ensaio que publicou em 2012), comandada pela Merkiavellic Chanceler Angela Merkel.

Ulrich Beck foi Professor de Sociologia nas Universidades de Munique e Bamberg, tendo a partir de 1992 assumido o cargo de Director do Instituto de Sociologia da Universidade de Munique. O nosso homenageado foi também um prolífero autor – com mais de duas dezenas de livros publicados, traduzidos em cerca de 30 idiomas), um activo conferencista e assíduo cronista de vários jornais – além de Director da revista *Soziale Welt*, desde 1980 -, cultivando, a par da docência, um espírito de intervenção política nas causas do seu tempo, desde a questão nuclear à volatilidade do eleitor moderno, das alterações climáticas à crise do Estado-Nação. Na verdade, Beck não se deixa confinar numa pura definição de sociólogo, tendo espraído a sua investigação e intervenção à Filosofia, à Ciência Política, ao Ambiente.

Permita-se-me que, em jeito de agradecimento do seu contributo para o meu trabalho de doutoramento, realce aqui a sua primeira grande obra, *Risikogesellschaft: auf der Weg in eine andere Moderne* (1986), na qual, com Giddens, cunhou a expressão “sociedade de risco”. A sua tese sobre democratização do risco não só chama a atenção para as fragilidades da actual civilização, como neutraliza a diabolização do risco através da sua caracterização como veículo de bem-estar. Como que premonitoriamente, o seu livro surge pouco mais de um ano antes do acidente de Chernobyl, perfilando-se este acontecimento como uma espécie de sinistra demonstração prática da sua reflexão teórica.

A consciência do risco é, também, a consciência da precariedade que se infiltra nas nossas vidas. Precariedade do conhecimento, precariedade nas opções políticas (que explorou em *Die Erfindung des Politischen: Zu einer Theorie reflexiver Modernisierung*, 1993), precariedade das relações emocionais (sobre que reflectiu, com a sua mulher, no livro *Das ganz normale chaos der Liebe*, 1995), precariedade do projecto europeu (em *Das Deutsche Europa*, obra já mencionada).

Beck foi, sem dúvida, um pensador do seu tempo. No seu último trabalho, ainda sem tradução inglesa (*Die Verwandlung der Welt: Wie Klimawandel unsere Konzeption des Welt verändern wird = The Metamorphosis of the World: How Climate Change is Transforming Our Concept of the World*), Beck utiliza a metáfora da lagarta no seu casulo para caracterizar a nossa ignorância sobre as transformações que impomos ao ecossistema. O nosso Planeta estará a passar por uma metamorfose cujas consequências, que ultrapassam limiares de previsibilidade, convocam toda a nossa capacidade de adaptação e confrontação reflexiva. Beck apela a uma reinvenção dos nossos métodos de

decisão política para vencer a irresponsabilidade organizada em que a sofisticação da sociedade de risco nos lançou.

Reinvenção e responsabilidade: ficam os desafios – e a lástima de que já não possamos contar com ele para os confrontar.

Carla Amado Gomes



Ulrich Beck sobre a Alemanha na crise existencial da união europeia

Três breves apontamentos ensaísticos

Prof. Doutor Viriato Soromenho-Marques

Professor Catedrático da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa

Ulrich BECK mereceria, da minha parte, uma homenagem maior e mais academicamente consistente nas páginas deste volume de actas. Na minha apresentação oral, efectuei uma análise mais vasta e sistemática das implicações do seu pensamento. Todavia, confrontado com a absoluta impossibilidade física de levar a cabo, agora, esse estudo, resolvi, com a benevolência dos editores, limitar-me a esta breve homenagem traduzida em três ensaios já publicados na imprensa, sobre um tema central ao nosso tempo europeu e à reflexão cosmopolita de Beck, sobretudo nos seus **últimos** anos de vida. Estes textos, despidos da metodologia do trabalho académico, reflectem, contudo, a presença contínua, quase orgânica, da obra de Beck no meu próprio modo de ver o mundo. Que essa afinidade, intensamente verdadeira, possa compensar as insuficiências deste breve contributo.

PRIMEIRO APONTAMENTO¹

A EUROPA ALEMÃ

O título deste artigo copia o da mais recente obra de Ulrich Beck (*das deutsche Europa*), em boa hora traduzido para português pelas Edições 70. Beck é -- juntamente com o clássico Jürgen Habermas, e com o já veterano Peter Sloterdijk -- um dos mais criativos intelectuais alemães em exercício. É um sociólogo como ainda se consegue ser na Alemanha. Um pensador da sociedade, e não um mero processador de dados quantitativos. O seu livro é um ensaio, lúcido e angustiado, sobre a agonia europeia em curso. Beck não perde tempo com fantasias, nem caminha com pés de lã. Hoje, a Europa dos 27 países da UE é inequivocamente alemã, no sentido em que nada se passa na Comissão Europeia, no Conselho Europeu, no Parlamento Europeu, no Banco Central Europeu, nos governos nacionais, que não tenha de merecer a aprovação do governo liderado pela chanceler Angela Merkel.

¹ * Publicado na Revista "Visão", na edição de 21 de Fevereiro de 2013

Uma mudança substancial

O perigo de uma Europa alemã ameaça toda a Europa, incluindo o povo alemão. Até à unificação alemã (1990), o país manteve-se fiel ao lema que Thomas Mann formulou em 1953: o futuro da Alemanha só poderia ser o de uma Alemanha europeia, e não o de uma Europa alemã. Como foi possível chegarmos a este novo pesadelo? Mais penoso ainda, porque sendo hoje a Alemanha um país democrático, a hegemonia alemã transforma o Bundestag, no único parlamento livre da Europa, e o Tribunal Constitucional de Karlsruhe, no único tribunal que elabora acórdãos válidos para todas as constituições europeias, já não falando do próprio Tratado de Lisboa, que hoje se encontra em parte incerta. Hoje, os povos europeus, incluindo os dos países que sendo da UE, mas não da Zona Euro, têm os olhos postos em Berlim. A sua democracia é meramente virtual, até que a Alemanha valide as suas decisões.

De acordo com Beck, esta hegemonia não nasceu de um plano estratégico, mas da capacidade que Merkel revelou para aproveitar a oportunidade que a crise financeira global de 2008, lhe colocou nas mãos. O autor usa o termo *Merkievel*, para sublinhar a proximidade da chanceler com a inteligência táctica de Maquiavel. Merkel tem gerido a crise europeia usando quatro dispositivos: a) mantém um equilíbrio ambíguo entre a ortodoxia do interesse nacional e a defesa de um "interesse europeu"; b) usa a hesitação como instrumento de castigo dos "países periféricos"; c) obedece, para seleccionar entre os remédios que podem salvar o euro, ao critério de só escolher os que favorecem a sua "posição de poder" (segundo resgate à Grécia, sim, mas "eurobonds" não); d) universaliza a poupança alemã, como traço moral a inspirar toda a política europeia.

O perigo permanece

A crise europeia exige, para ser superada positivamente, o que Beck designa como "políticas de configuração": **"existem tempos para a pequena política, que executa as regras, e existe um tempo para a grande política, uma política que altera as regras. Para encontrar uma resposta adequada à crise do euro – ou aos perigos das alterações climáticas ou do capitalismo financeiro desregulado – é necessária a grande política."** Ora, a actual hegemonia germânica não só está a uma enorme distância dessa grandeza, como promete, caso tivesse sucesso, criar uma Europa de várias camadas. Não uma Europa de cidadãos, vivendo a realidade plural e libertadora de um republicanismo federal, com uma concepção policêntrica de Estado legitimada por múltiplas cidadanias, mas uma Europa hierarquizada, profundamente desigual e assimétrica.

Com esta Europa alemã completa-se a ruptura, que vinha sendo alimentada há muito, entre uma *integração europeia horizontal*, experimentada pelos cidadãos (veja-se o programa Erasmus), e uma *integração vertical*, feita pelo jogo de opacidades da burocracia de Bruxelas e dos governos nacionais. Hoje, quem governa não tem legitimidade. E aqueles que são a fonte de toda a legitimidade, os cidadãos constituindo-se

em povos, não têm poder. Poderia existir melhor receita para a revolução que, mais tarde ou mais cedo, eclodirá na Europa?

SEGUNDO APONTAMENTO²

PODERÁ A ALEMANHA MUDAR DE RUMO?

No próximo dia 22 de Setembro os alemães vão reeleger Angela Merkel como chanceler. Domestically, tudo está em aberto em matéria de coligações. Mas o mais importante, para a Europa, consiste em saber se a chanceler Merkel estará em condições de fazer algo de completamente diferente, face ao futuro da crise da Zona Euro (ZE) e do projecto de integração europeia, do que a candidata Merkel tem prometido na campanha eleitoral.

Uma “Europa alemã” sobre areias movediças

Há um ano, Ulrich Beck descreveu o método operacional de Merkel na construção do que ele designou como “Europa alemã”. Ausência de visão de longo prazo. Discurso político modesto, com aversão à mobilização. Talento para ganhos tácticos. A verdade indiscutível é que, hoje, a Alemanha é o país europeu hegemónico a todos os níveis (excepto no militar), dispensando até a bengala francesa. A chave do actual poder alemão reside numa inversão de rumo na resposta europeia à crise financeira despoletada nos EUA em 2008. Até à descoberta das contas públicas viciadas na Grécia, a UE respondeu com medidas keynesianas à recessão (que se traduziu, por exemplo, no recuo do PIB em 2009, de 5,1%, na Alemanha, e de 2,7% em França) e com a astronómica injeção de 4,5 biliões de euros de fundos públicos para salvar a banca (equivalente a dez vezes o montante dos regates a países...). Os cinco meses de resistência alemã a dar o aval ao primeiro resgate grego, mudaram completamente a relação dos mercados com a ZE. Apesar do artigo 125.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), que impede o resgate de países, como dissuasão para o excesso de despesa pública, a verdade é que os mercados trataram os diferentes países como se a ZE constituísse uma economia homogénea. Por exemplo, a diferença entre as taxas de juro cobradas às dívidas portuguesa ou grega, muito acentuadas antes do euro, caíram para níveis muito próximos da dívida alemã. Ora, a longa demora de Merkel na resposta à crise grega obrigou os mercados a renacionalizarem a sua percepção de risco. Eles aprenderam que a União Económica e Monetária (UEM) já não era uma comunidade pronta a partilhar riscos e oportunidades, mas um clube competitivo de Estados (e bancos) ávidos de financiamento por parte dos mercados.

2 * Publicado na revista “Visão” na edição de 12 de Setembro de 2013

A resposta alemã à crise centrou-se num diagnóstico conceptualmente muito discutível. A Alemanha reforçou a ortodoxia das regras do Pacto de Estabilidade e Crescimento (que se esquecem da competitividade e dos indicadores sociais), impondo até a sua intensificação, através do Pacto Orçamental (um novo Tratado Intergovernamental paralelo ao Tratado de Lisboa), numa altura em que a recessão aconselhava a que a retirada do investimento público não estabelecesse uma sinergia negativa com a contracção do investimento das empresas e o consumo das famílias. Essa opção baseou-se na tese oblíqua de que a crise europeia era, fundamentalmente, de natureza orçamental, isto é, resultava do excesso de despesa de alguns Estados que “viviam acima das suas possibilidades”. Merkel esqueceu-se que onde há dívidas excessivas há também credores gananciosos e incompetentes. A começar pela banca alemã que investiu o equivalente a 20% do PIB alemão nas bolhas imobiliária e especulativa dos países periféricos. A resposta alemã condenou os países resgatados à austeridade, deixando a desregulação do sistema financeiro – a grande causa da crise -- praticamente incólume nos aspectos essenciais da arquitectura da UEM.

A Alemanha tem beneficiado da sua gestão da crise, dominada até aqui por uma óptica de interesse nacional de curto prazo. Só em taxas de juro da dívida pública calcula-se um efeito de poupança entre os 40 a 70 mil milhões de euros. A fragmentação financeira beneficiou também o sector privado alemão em relação aos seus competidores no Sul. Berlim, aprendeu a manipular os mercados financeiros, mas, na verdade, a UEM só não sucumbiu em 2011 e em 2012 porque o BCE actuou contra as orientações declaradas das autoridades monetárias alemãs: tanto quando acudiu com um bilião de euros para salvar a banca comercial (nas duas operações de financiamento a 3 anos), como quando ajudou a sustentar a escalada dos juros da dívida periférica, sobretudo de Espanha e Itália, através da promessa de compra ilimitada de dívida no mercado secundário.

Como regressar a uma Alemanha europeia?

Até à unificação alemã, mas sobretudo até ao governo de Schröder, o líder germânico menos entusiástico com a integração europeia, a Alemanha era o país da UE com pergaminhos mais sólidos na junção dos interesses nacional e europeu. Em 1990, Kohl tentou convencer Mitterrand de que o pacote da moeda única não deveria ser separado do da união política. Paris recusou. Mesmo no caminho para o Tratado Constitucional, não foi Berlim, mas Paris e Haia, com referendos negativos, que abortaram o processo que poderia trazer mais política e mais democracia para a construção europeia.

Como poderá a Alemanha inverter a sua actual política, voltando a lidar com os seus parceiros da UE de acordo com as regras de soma positiva (vantagens para todos), e não, como até agora, com jogos de soma nula (em que a Alemanha ganha o que a periferia perde)? A resposta, paradoxalmente, parte de dentro da Alemanha, e não do seu exterior. Ao fim de três anos de crise aguda, com perdas de PIB profundas e aumentos exponenciais do desemprego, Grécia, Irlanda, Portugal, Espanha e Itália (bem

como a própria França) foram incapazes de desenhar uma estratégia alternativa. A chanceler Merkel tem certamente uma percepção deformada do futuro da Europa, mas os seus homólogos da periferia primam pelo vazio.

A esperança para a sobrevivência da Europa reside, essencialmente, na capacidade da Alemanha ser capaz de olhar para as suas próprias fragilidades numa perspectiva de longo prazo. O sucesso económico alemão dos últimos anos derivou de factores irrepetíveis, a saber: a criação de uma verdadeira retaguarda industrial nos países do leste europeu; a enorme procura por parte da China e de outros países emergentes da maquinaria e dos carros alemães; a fragmentação do mercado laboral interno (entre serviços mal remunerados e um sector secundário com melhores salários) e a compressão dos rendimentos do trabalho (através de emprego precário, que é bom para as estatísticas, mas que fez aumentar a pobreza e a desigualdade).

Na verdade, Berlim não pode fechar os olhos ao modo como está a perder capacidade de investimento público em sectores tão importantes como o ensino e a investigação, ou a simples manutenção das infra-estruturas. Não pode ignorar o duplo desafio demográfico de uma população sénior cada vez mais empobrecida (o balanço da “liberalização” das pensões, depois da Reforma Riester em 2001, causa insatisfação crescente nos 15 milhões de aderentes), ou no número cada vez menor de jovens (entre 1999 e 2011, a Alemanha perdeu dois milhões de habitantes com menos de 15 anos). O combate contra as alterações climáticas, e por uma economia de baixo carbono só poderá ser alcançado por uma política energética pan-europeia, envolvendo até os países da bacia do Mediterrâneo (para a energia solar). Uma Alemanha isolada ficará prisioneira do poderio energético e militar da Rússia.

A Europa precisa de uma Alemanha capaz de perceber que só através de uma re-fundação da UE, que liberte as políticas públicas nacionais e da União da chantagem dos mercados financeiros, será possível combater os seus próprios problemas estruturais. Só teremos mais economia se tivermos mais democracia e mais cidadania, articuladas estrategicamente a uma escala europeia. Se Merkel usar o futuro como medida para as suas escolhas, como fazem os grandes estadistas, então terá de dar substância à frase de Schäuble, inspirada em Max Scheler: “ A Europa é uma comunidade de destino”. Resta saber se o destino que comungaremos será fonte de justiça e liberdade, ou a terceira repetição, apenas num século, da maldição europeia: deixar devorar os seus filhos no altar dos monstros gerados pela sua própria fúria.

TERCEIRO APONTAMENTO^{3*}

OS ALEMÃES QUE NOS AVISARAM DO ABISMO

Vivemos numa “Europa alemã”, como escreveu o falecido sociólogo de Munique, Ulrich Beck. O rosto crispado da Europa do Eurogrupo e da austeridade mostra como está desfigurado e ameaçado um notável projecto de paz, justiça e prosperidade. Contudo, ninguém poderá acusar a Alemanha de ter sido o exclusivo motor do processo da sua actual hegemonia. Conhecer a história da União Económica e Monetária (UEM), ajuda a perceber a responsabilidade do voluntarismo monetário de Paris, assim como o facto de que foi na Alemanha que se ergueram algumas das vozes mais lúcidas contra os perigos de apressar uma moeda única.

Os Avisos de Karl-Otto Pöhl

O dia 1 de Julho de 1990, por ironia da história, foi uma data marcante para duas uniões monetárias: o marco da RFA foi estendido ao território da RDA (recordemos que a unificação política só ocorreria em 3 de Outubro); teve início a primeira fase do calendário do Relatório Delors (aprovado em Abril de 1989) para a criação da actual UEM. O presidente do Bundesbank, Karl-Otto Pöhl, que havia sido nomeado por Schmidt e reconduzido por Kohl, foi uma voz crítica contra a celeridade e os riscos da nova zona marco alargada, que seria baseada numa quase paridade, totalmente artificial, entre as duas moedas alemãs. Nos meses seguintes, a débil economia da RDA colapsou, com custos que estão ainda hoje a ser pagos pelos contribuintes alemães.

Em 19 de Março de 1991, perante deputados do Parlamento Europeu, Pöhl efectuou uma análise de balanço e perspectiva que se revelaria profética: o banqueiro considerava que a catastrófica experiência alemã deveria ser um alerta para evitar a repetição do mesmo erro na futura UEM. Os cidadãos da RDA, com efeito, tinham transformado os seus novos e valiosos marcos, adquiridos pela imprudente “generosidade” do governo de Bona, num festival de consumo de mercadorias ocidentais. Em poucos meses, a RDA perdeu metade da sua produção industrial, as falências e o desemprego subiram exponencialmente, e a inflação cresceu em todo o país. O que aconteceu com Portugal e outras economias periféricas, entradas na Zona Euro, não deixou de ser semelhante. Incapaz de corresponder em termos de competitividade e produtividade, Portugal e a periferia compensaram os défices com a subida astronómica da dívida pública e sobretudo privada. No caso nacional, apesar da dívida pública ser insustentável, ela é muito menor do que a dívida privada (130% num total de 360% do PIB!).

3 * Publicado na Revista “Visão”, na edição de 13 de Agosto de 2015

Um Manifesto de Lucidez

Em 11 de Junho de 1992, 62 economistas alemães assinavam um manifesto em dois importantes jornais alemães (no *FAZ* e no *Zeit*) contra os defeitos de concepção do Tratado de Maastricht. Os 62 escreveram aquilo que os líderes portugueses deveriam ter estudado com atenção: **“Com uma moeda comum, os países mais débeis da UE ficarão expostos a maiores pressões competitivas, sofrendo crescentes níveis de desemprego como consequência da sua mais baixa produtividade e competitividade. Nesse caso, substanciais transferências de pagamentos serão necessárias para garantir o equilíbrio financeiro. Na medida em que nenhum acordo foi ainda atingido sobre a estrutura da união política, está completamente ausente um sistema suficientemente democrático que permita regular essas transferências** [dos países excedentários para os deficitários]”. Está tudo explicado com clareza. Sem união política, sempre bloqueada por Paris, não pode haver união de transferência. O euro seria, nesse caso, um factor de divergência e não de unidade. O que faltava em 1992, falta, agonicamente, em 2015!

De certa forma, a hegemonia alemã é o resultado de um complexo processo, de que Berlim começou por ser mais um cúmplice activo, do que um autor premeditado. Uma coisa é certa: este tipo de “Europa alemã” está condenado a um curto período de existência. É agora a nossa vez de alertarmos os alemães para o abismo em que todos mergulharemos, se tentarmos habitar em cima do vulcão em que a Zona Euro se transformou.



Direito e Contingência: com e para além de Ulrich Beck

Luís Heleno Terrinha

Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto

Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

1. Introdução; 2. Da Sociedade do Risco à Sociedade da Contingência; 2.1. A sociedade do risco de Ulrich Beck: uma autodescrição centrada no elemento tecnológico; 2.2. Sociedade da contingência; 2.2.1. Crítica da unidimensionalidade da sociedade do risco de ULRICH BECK. Para lá do risco técnico e tecnológico; 2.2.2. Contingência: conceito; 2.2.3. Sociedade da Contingência: contornos de uma nova auto-descrição da sociedade; 3. Direito e Contingência; 3.1. Contingência e operatividade do sistema jurídico; 3.2. Contingência e validade jurídica; 3.3. Contingência e ciência jurídica; 4. Observação conclusiva

1. Introdução

A obra de ULRICH BECK é pertinente e relevante, no domínio do Direito, para todos aqueles que pretendam pensar a *coisa jurídica* – seja mais abstractamente no plano dos desafios e exigências que a contemporaneidade lhe dirige, seja mais concretamente no plano da respectiva configuração normativo-programática – iluminados e esclarecidos por compreensões sociológicas que oferecem uma determinada chave de leitura do mundo, da sociedade e dos problemas que individual ou colectivamente enfrentamos.

Deste ponto de vista, logo aqui se recusa qualquer hipotética tese que pretendesse negar a importância das teorias sociológicas para a teorização do jurídico. Como compreender o Direito *da e na* sociedade – como compreender um Direito socialmente contextualizado (e não socialmente abstraído) – sem uma imagem dessa sociedade?

Os escritos de BECK possuem, ademais, a significativa vantagem de, pela amplitude e transversalidade dos temas abordados, se prestarem a utilização criativa em diversos ramos do Direito (sem esquecer, evidentemente, o nível da Teoria do Direito). Constitui disso prova irrefutável o Colóquio organizado, em Outubro de 2015, pela Faculdade de

Direito da Universidade Lisboa em memória do insigne sociólogo¹, reunindo oradores das mais diversas sub-famílias jurídicas autonomizadas. Será caso para dizer, reforçando a homenagem grata que se concretizou, que BECK vive e viverá ainda muito tempo entre nós juristas. Pelo menos, viverá certamente tanto quanto o tempo em que o mundo que habitamos e experienciamos permaneça *arriscado*.

E, como procuraremos demonstrar ao longo deste ensaio, é nossa convicção que esse *risco* não cessará de existir (salvo operando-se uma transformação radical e de ruptura com o actual estágio evolutivo da sociedade moderna).

É, aliás, a propósito desse aspecto que nos parece útil proceder a um cruzamento profícuo entre a visão sociológica de ULRICH BECK e a de NIKLAS LUHMANN, de resto outro grande sociólogo alemão².

Como se demonstrará num primeiro segmento deste artigo, a teoria de NIKLAS LUHMANN (cuja tese nuclear é a da sociedade como sistema autopoietico) permite, com relativa facilidade, enquadrar a teoria da sociedade do risco de BECK e, desse modo, avançar para a compreensão de um risco *estrutural* imanente da sociedade moderna (funcionalmente diferenciada em sistemas sociais autopoieticos). Esse passo, do nosso ponto de vista, tem a vantagem de expandir a discursividade do risco e da sociedade do risco à totalidade do horizonte societal, *rectius*, tem a vantagem de sediar essa discursividade no plano da *constituição* da sociedade moderna (ao invés de a confinar ao âmbito mais restrito que o próprio BECK lhe reserva, associado a determinados problemas sociais actuais). Falaremos, a propósito, de *sociedade da contingência*, enquanto autodescritor de uma sociedade que tem estruturalmente ou constitutivamente em si a possibilidade de sempre ser de outro modo.

Num segundo segmento, apoiado no precedente e dele decorrente, a nossa atenção estará centrada em problematizar a *contingência* do e no Direito. Como é evidente, este artigo não apresentará uma qualquer aprofundada teoria a esse respeito (o que exigiria outro fôlego). Antes o compreendemos como palco adequado para, ainda que sinteticamente, demonstrarmos aquela que nos parece ser – ou, pelo menos, dever ser – a centralidade do conceito de contingência na reflexão do jurídico.

Para o efeito, elegemos três tópicos através dos quais reflectir sobre a contingência do jurídico e a juridificação do contingente. Serão eles: a operatividade jurídica; a validade jurídica; a ciência jurídica.

No final, pretende-se, sobretudo, que o jurista desenvolva – ou intensifique – uma *consciência contingencial*, uma consciência que não ignora nem tenta obnubilar a contingência ínsita nas operações jurídicas, o mesmo será dizer: a contingência ínsita nos seus próprios comportamentos, selecções ou posições.

Também este ensaio é contingente. Também ele poderia ser (ter sido) de outro modo.

1 Para além da colaboração que oferecemos à Senhora Professora Doutora Carla Amado Gomes na organização do Colóquio, tivemos ainda o gosto de nele participar com uma intervenção subordinada ao tema do presente escrito.

2 Sem que no, caso de Luhmann, se deva esquecer a sua formação de base jurídica.

2. Da Sociedade do Risco à Sociedade da Contingência

2.1. A Sociedade do Risco de Ulrich Beck: uma auto-descrição centrada no elemento tecnológico

Se por vezes nos parece faltar a semântica para verbalizar e caracterizar um determinado estado ou uma determinada situação societal presente, do ponto de vista daquelas que são as contemporâneas condições e estruturas da sociedade³, então bem se poderá dizer que, em 1986, através de *Risikogesellschaft* (*Sociedade do Risco*)⁴, Ulrich Beck colmatou, com ressonância ampla, uma importante lacuna no plano da *auto-descrição* da sociedade⁵ (da sociedade, por isso, que já tínhamos e em que já estávamos inseridos, sem que, contudo, a tivéssemos ainda suficientemente apreendido conceptualmente).

A análise de BECK tem como objecto principal a tematização das consequências decorrentes do avanço ou progresso técnico e tecnológico a que ao longo das últimas décadas se tem assistido⁶, designadamente em domínios como os da física, química ou biologia⁷.

Segundo o seu diagnóstico, a auto-descrição clássica da sociedade industrial já não se afigura suficiente e adequada para apreender, na sua totalidade, o corrente “processo de modernização”⁸, bem como a associada dinâmica desenvolvimental despoletada⁹.

Para BECK, a industrialização, semente inicial da perturbação e afectação dos fundamentos ecológicos e naturais da vida¹⁰, ainda partia de uma distinção e oposição entre Natureza e Sociedade¹¹. Contudo, o avanço da ciência e da técnica no sentido de uma intensivamente crescente e mais poderosa *dominação da natureza* (*Natur-*

3 Cfr., a propósito, Niklas LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Band 1, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, pp. 15 e ss., em especial.

4 Cfr. Ulrich BECK, *Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

5 Cfr. Niklas LUHMANN, “Selbst-Thematisierung des Gesellschaftssystems: Über die Kategorie der Reflexion aus der Sicht der Systemtheorie”, in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 2 – Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, 6.ª edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2009, pp. 89-127, e Peter FUCHS, *Die Erreichbarkeit der Gesellschaft. Zur Konstruktion und Imagination gesellschaftlicher Einheit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, p. 176.

6 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 26.

7 Cfr. Niklas LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, Berlin: Walter de Gruyter, 2003, p. 93.

8 Para o respectivo entendimento do significado do conceito de “modernização” (um super-conceito que engloba o processo de industrialização), leia-se BECK, *Risikogesellschaft*, p. 25, nota de rodapé. Entre outros aspectos de índole social (talvez mesmo psico-social) mais profundos, preenche-se o conceito com referência a uma “vaga de racionalização tecnológica e a transformação do trabalho e organização”.

9 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 107.

10 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 107.

11 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 108.

beherrschung) conduziu a uma situação em que aquela oposição entre ambos cessa¹². Ao invés, assiste-se a uma “socialização da natureza” (*Vergesellschaftung der Natur*), acompanhada da socialização das formas de destruição e afectação da natureza (*Vergesellschaftung der Naturzerstörungen und –gefährdungen*), agora transformadas em “conflitos e antagonismos económicos, sociais e políticos”¹³. Ora, é neste fenómeno de integração, interiorização ou absorção societal do *natural* e das *condições naturais de vida*, através do qual se expressa uma transmutação do próprio significado da *natureza* – já não um pré-dado ao qual a sociedade se subordina e já não um âmbito externo de não-sociedade¹⁴, mas agora uma *segunda-natureza* (*Zweitnatur*)¹⁵, isto é, uma natureza integrada no processo de civilização (uma natureza integrada na “circulação universal da produção industrial” e cuja afectação ou perturbação passa a ser “parte integrante da dinâmica societal, económica e política”¹⁶) –, que BECK descobre a justificação e a mais-valia do conceito de uma sociedade (industrial) do risco¹⁷ (cuja lógica fundamental já não é a da distribuição de riqueza, como em sociedades industriais e de escassez, mas sim, e precisamente, a lógica da distribuição de *riscos*¹⁸).

Ora, questão subsequente e fundamental é, pois, a de perceber que género de novos riscos¹⁹ enfrentamos na sequência da aludida industrialização da natureza²⁰. Estão em causa, sobretudo, riscos²¹ que são “produto da maquinaria de progresso industrial”, que decorrem da utilização de técnicas químicas e atómicas, que são globais ou universais, que fazem “perigar a vida nesta Terra em todas as suas formas de manifestação”, que são susceptíveis de provocar danos irreversíveis, que frequentemente são invisíveis e se subtraem à respectiva percepção, que assentam em “interpretações causais” (influindo o complexo de conhecimento disponível na sua identificação, delimitação ou caracterização) e que estão “abertos para processos de definição social”²². Para corporizar este conjunto de traços num conceito, propõe-se a categoria de *riscos de modernização* (*Modernisierungsrisiken*)²³.

12 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 107.

13 Leia-se BECK, *Risikogesellschaft*, p. 107.

14 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 107.

15 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 109.

16 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 107.

17 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 108. Para uma apreciação crítica, cfr. Ditmar BROCK, “Die Risikogesellschaft und das Risiko soziologischer Zuspitzung”, *Zeitschrift für Soziologie* 20 (1991), pp. 12-24.

18 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 25.

19 E escrevemos novos riscos porque, como é evidente, BECK não ignora que a temática do risco é uma muito antiga e que tem estado presente desde os primórdios da humanidade. A questão, pois, como o próprio reconhece, é antes a de conseguir identificar e justificar que existe, actualmente, um novo tipo de risco que é distinto dos até agora encontrados, que tem causas específicas, que tem consequências diferenciadas e que merece, desse ponto de vista, uma autonomização conceptual e analítica. Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 28.

20 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 110.

21 Sobre o conceito de risco que o autor adopta, cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 44.

22 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, pp. 28-31.

23 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 108.

O que resulta com evidência desta sintética exposição, que é quanto basta para os fins a prosseguir neste ensaio²⁴, é que os riscos que servem de pilar à arquitectura da teoria elaborada – riscos diferenciados e novos, não confundíveis com outros e anteriores riscos com que a sociedade se tenha deparado já – resultam, repete-se, do mencionado progresso “técnico-económico”, ou seja, resultam da existência de novas tecnologias e de novas técnicas de aplicação à produção de conhecimentos aprofundados da química, física e biologia. Compreendem-se assim, por exemplo, as referências à energia atómica, à destruição do meio ambiente, ou aos poluentes e substâncias perigosas que contaminam o ar, a água ou os alimentos²⁵. Simultaneamente, não é, então, de estranhar que se declare que a sociedade do risco é uma “sociedade catastrófica”, uma sociedade em que o estado de excepção ameaça converter-se em estado de normalidade²⁶, uma sociedade que vive na sombra da auto-destruição da vida no planeta Terra²⁷. Basta pensar-se em *Chernobyl*, *Fukushima*, *Deepwater Horizon*, *Bhopal* ou até no “smog” para uma tal discursividade se tornar (impressivamente) plástica.

Em suma, com a narrativa da *sociedade do risco* oferece-se uma sugestiva construção semântica através da qual descobrir ou representar uma certa unidade da sociedade²⁸ (daí, também, a sua força atractiva num contexto de complexidade), unidade essa que é reconduzida aos riscos ameaçadores que resultam do progresso técnico e tecnológico da humanidade e à inevitabilidade de o preço a pagar pelas vantagens que esse progresso nos traz se traduzir na necessidade de aceitar determinadas consequências negativas laterais²⁹ que se abatam sobre o meio ambiente físico e, por essa via, sobre o organismo humano (consequências, de resto, que à partida poderão não se afigurar previsíveis, que poderão não ser imediatamente visíveis ou percepcionadas ou para as quais até pode ser difícil, senão impossível, estabelecer um qualquernexo de causalidade a uma fonte concreta)³⁰. Do que parece poder derivar-se que o risco que se foca é, então, a possibilidade ou potencialidade de a ameaça ou perigo civilizacional imanente à técnica e à tecnologia efectivamente se actualizarem ou concretizarem no futuro (ou até, na pior das hipóteses, de estarem já a actualizar-se e concretizar-se sem que nós demos conta)³¹.

24 Abstráimos, assim, da reflexão mais profunda que BECK empreende acerca do impacto científico, sociológico e político dos riscos de modernização. Cfr., em especial, BECK, *Risikogesellschaft*, pp. 254 e ss. e 300 e ss. Colocando, de resto, a tónica na dimensão cultural do risco e da própria construção da sociedade do risco, vd. Jeffrey C. ALEXANDER / Philip SMITH, “Social Science and Salvation: Risk Society as Mythical Discourse”, *Zeitschrift für Soziologie* 25 (1996), pp. 251-262.

25 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 31.

26 Leia-se BECK, *Risikogesellschaft*, p. 31.

27 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 28.

28 Cfr. FUCHS, *Die Erreichbarkeit der Gesellschaft*, p. 134.

29 Cfr. FUCHS, *Die Erreichbarkeit der Gesellschaft*, p. 134.

30 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 37.

31 Cfr. BECK, *Risikogesellschaft*, p. 44: “Risiken haben also wesentlich etwas mit Vorausschau, noch nicht eingetretenen, aber drohenden Zerstörungen zu tun, die allerdings gerade in dieser Bedeutung bereits heute real sind”, a que acrescenta que “Das Zentrum des Risikobewußtseins liegt nicht in der Gegenwart, sondern *in der Zukunft*” (itálico conforme ao original).

2.2. Sociedade da Contingência

2.2.1. Crítica da unidimensionalidade da sociedade do risco de ULRICH BECK. Para lá do risco técnico e tecnológico

Sendo evidentes os méritos e a pertinência da *Risikogesellschaft* na formulação de BECK, por riqueza e utilidade que dispensam ser enfatizadas, parece-nos, contudo, que o conteúdo de uma tal autodescrição, centrado no factor do risco técnico e tecnológico, se apresenta, contemporaneamente, como excessivamente restrito, curto e redutor³².

Com efeito, aquilo de que se carece, actualmente, é de uma auto-descrição bastante mais ampla, completa ou abrangente, que reflecta, designadamente, a dimensão *estrutural e constitutiva* do risco da e na sociedade moderna³³.

Como bem explica RICHARD MÜNCH, a modernidade é, em si mesma, um projecto ariscado: “Os riscos estão nas ideias fundamentais da modernidade ela mesma e na sua estrutura fundamental paradoxal, nos paradoxos do racionalismo, individualismo, universalismo e activismo instrumental”³⁴. Nesta leitura, não é de estranhar que se considere, adicionalmente, que “O maior risco são o esclarecimento, a liberdade, a humanidade, a democracia e a conformação racional do mundo”³⁵. Afirmações suficientes, pois, para que seja indiscutível a asserção de que, nas condições actuais, o risco não pode entender-se como reduzido ou circunscrito a fontes técnicas ou tecnológicas³⁶, antes tem e deve ser percepcionado e apreendido conceptualmente de uma outra maneira que lhe atribua, no funcionamento e desenvolvimento da sociedade, o estatuto que ele efectivamente assume a um nível mais profundo e radical³⁷. E cremos, de resto, que o próprio BECK reconhece e ressalta isso mesmo quando, noutro dos seus relevantes escritos, indica que o século XX se caracteriza não pela lógica do “ou...ou...” (*entweder-oder*), como o século XIX, mas sim pela lógica do “e” (*und*) – ali separação,

32 Precisamente neste sentido, Klaus RASBORG, “«(World) risk society» or «new rationalities of risk»? A critical discussion of Ulrich Beck’s theory of reflexive modernity”, *Thesis Eleven* 108 (2012), pp. 3-25 (18).

33 Poderia, até, estabelecer-se aqui um paralelo com a análise de Petra HILLER, “Probleme prozeduraler Risikoregulierung”, in Alfons Bora (Hrsg.), *Rechtliches Risikomanagement. Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999, pp. 29-40 (29), que nos parece, precisamente, buscar essa dimensão mais fundante e estrutural da “sociedade do risco” ou da “semântica do risco”. Com efeito, a Autora sublinha que o conceito de risco permite operar uma remissão entre a experiência temporal contemporânea e um horizonte temporal futuro não-actual. Neste sentido, a semântica do risco oferece-se como uma “conceptualidade de reflexão temporal” (*temporale Reflexionsbegrifflichkeit*). Do que se trata, é de esboçar uma “fórmula-problema para descrições do futuro das sociedades modernas” (*Problemformel für Zukunftsbeschreibungen moderner Gesellschaften*). A sociedade do risco remete, por isso, e essencialmente, para a questão da *estrutura temporal* da sociedade moderna.

34 Cfr. Richard MÜNCH, *Dialektik der Kommunikationsgesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 44.

35 Novamente, MÜNCH, *Dialektik der Kommunikationsgesellschaft*, p. 44.

36 Cfr. MÜNCH, *Dialektik der Kommunikationsgesellschaft*, p. 41.

37 Cfr. RASBORG, “«(World) risk society» or «new rationalities of risk»?...”, p. 19.

especialização, univocidade e previsibilidade do mundo, aqui paralelismo, multiplicidade, incerteza e ambivalência³⁸.

É por isso que nos parece avisado proceder aqui a um cruzamento com a teoria da sociedade formulada por NIKLAS LUHMANN. Sem pretendermos aqui expô-la com grande desenvolvimento³⁹, é sabido, porém, que aquela assenta na ideia fundamental de uma sociedade funcionalmente diferenciada em sistemas sociais autopoieticos. Isso significa que na sociedade, em atenção a uma função social específica, se formam sistemas sociais (comunicativos) operativamente fechados (mas cognitivamente abertos) que se auto-reproduzem recursivamente, estabelecendo uma diferença entre eles e o ambiente (enquanto *fora* do sistema)⁴⁰.

Ora, se estes sistemas sociais (pense-se no direito, na saúde, na economia, na política, no desporto, na comunicação social...⁴¹) operam sobre si mesmos, conectando as suas operações a outras operações suas anteriores, então é relativamente intuitivo compreender que eles desenvolvem uma complexidade interna própria, dada na medida da não-linearidade das suas operações e na teoreticamente impossibilidade de hetero-determinação externa⁴² (daí, de resto, o *acentrismo societal* que deriva, necessariamente, da teoria luhmanniana⁴³). Verifica-se, portanto, uma opacidade e intransparência inescapável entre sistemas, uma vez que eles estão operativamente fechados ao seu exterior e não são passíveis de acesso directo por outros (que têm outra racionalidade e obedecem a outra lógica operativa)⁴⁴. Decorre logo daqui um *risco* muito próprio (não tecnológico): é inviável pretender antecipar com exactidão as consequências ou efeitos que um determinado evento ou determinada ocorrência despoletará no circuito operativo de um dado sistema, da mesma forma que é inviável assumir que qualquer pretensão de influenciar ou dirigir a operatividade alheia produzirá efectivamente os resultados almejados⁴⁵.

38 Cfr. Ulrich BECK, *Die Erfindung des Politischen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 9. Reconhecendo, ademais, na p. 17, que "Erforderlich ist vieles, auch eine Tathandlung des Denkens, die den Blick für prinzipielle Alternativen eröffnet" (itálicos nossos).

39 Procedemos à análise da obra do referido Autor e da teoria da sociedade por ele proposta na nossa dissertação de doutoramento, que a muito breve trecho defenderemos na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Preliminarmente, veja-se o que fomos escrevendo em Luís Heleno TERRINHA, "A auto-crise da Constituição. Breves reflexões liberalmente inspiradas sobre o princípio da socialidade e o princípio democrático", *Direito & Política* 6 (2014), pp. 70-87, e IDEM, "The under-complexity of social rights", *Lisbon Law Review – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* LVI (2015), pp. 27-53.

40 Em geral, Niklas LUHMANN, "The autopoiesis of social systems", in Felix Geyer / Johannes van der Zouwen (Ed.), *Sociocybernetic Paradoxes: Observation, Control and Evolution of Self-steering Systems*, London: Sage, 1986, págs. 172-192.

41 Cfr. Uwe SCHIMANK, *Theorien gesellschaftlicher Differenzierung*, 3.ª edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2007, p. 141.

42 Cfr. Niklas LUHMANN, *Soziale Systeme – Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, p. 69.

43 Cfr. LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 629-630.

44 Sobre a não-trivialidade dos sistemas sociais, Helmut WILLKE, *Systemtheorie II: Interventionstheorie*, 4.ª edição, Stuttgart: Lucius & Lucius, 2005, pp. 30 e 149.

45 De resto, acerca da ideia de que por cada risco que se pretende resolver há outros

Mas decorre mais: decorre a fragmentação e a dispersão sociais do conhecimento. Com efeito, assistimos à pluralização de complexos cognitivos, descentralizadamente distribuídos por sistemas sociais autopoieticos, sem que algum seja linear e directamente acessível pelos restantes e sem que possa haver uma agregação cognitiva totalizante por uma dada instância⁴⁶.

O que está, genericamente, em causa é, pois, o problema global do *desconhecimento*⁴⁷, sendo o risco (a incerteza) um dado natural numa sociedade funcionalmente diferenciada em sistemas sociais autopoieticos.

Sem que se deva esquecer, aliás, que, na medida em que cada sistema diferenciado dispõe da sua chave de leitura do mundo autónoma e independente (a sua racionalidade sistémica, o seu código binário operativo), isso não pode senão redundar numa igual diferenciação da percepção e construção do(s) risco(s). Numa sociedade funcionalmente diferenciada em sistemas sociais autopoieticas não há como não recusar qualquer pretensa universalidade pan-sistémica dos riscos, isto é, de riscos que valeriam de igual modo e com o mesmo conteúdo ou contornos para todos os sistemas da sociedade. Bem pelo contrário: cada sistema gera por si mesmo os seus riscos ou aquilo que percepção como arriscado, não sendo lícito assumir que um mesmo evento ou problema societal será homogeneamente reconstruído no interior de cada um⁴⁸. No limite, o que para uns sistemas sociais é *risco* para outros pode bem não representar risco absolutamente nenhum. E, em si mesma, também esta dissonância ou incomensurabilidade dos riscos (ou dos não-riscos) nas linguagens dos diferentes sistemas é arriscada⁴⁹. Novamente se repara que não se trata de um risco especificamente técnico ou tecnológico.

Por fim, cumpre assinalar que, derivado do que vem sendo identificado como a inata tendência dos sistemas sociais autopoieticos para o sobre-crescimento e sobre-expansão das suas operatividades (procurando “colonizar” outros âmbitos sociais)⁵⁰, actualmente um dos riscos mais significativos que se enfrentam, e que tem recebido bastante atenção mediática, é o denominado *risco sistémico*. Estamos aí perante um tipo de ris-

que se criam, vd. Olivier BORRAZ, “Risco e regulação”, in José Manuel Mendes / Pedro Araújo (Org.), *Os Lugares (Im)possíveis da Cidadania: Estado e Risco num Mundo Globalizado*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 53-74.

46 Cfr. Ino AUGSBERG, *Informationsverwaltungsrecht. Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 39.

47 Sobre a “crise do conhecimento”, por todos Helmut WILLKE, *Dystopia. Studien zur Krisis des Wissens in der modernen Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.

48 Algo acentuado também por Ulrich BECK, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach den verlorenen Sicherheit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007, pp. 334 e ss.

49 Cfr., a propósito, Niklas LUHMANN, *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, 5ª edição, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008, pp. 143 e ss.

50 Desenvolvidamente sobre esse tópico, e muito recentemente, cfr. Gunther TEUBNER, “A Constitutional Moment? The logics of «Hitting the Bottom»”, in Poul F. Kjaer / Gunther Teubner / Alberto Febbrajo (Ed.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective – The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 3-42.

co que afecta, na sua globalidade, o funcionamento operativo de um dado sistema⁵¹, com isso dispondo do potencial para ameaçar a própria forma de diferenciação funcional da sociedade, desestabilizando e desequilibrando aquele que é o seu estágio evolutivo presente⁵².

Pelo que fica evidente que a crise da e na sociedade não se deixa hoje reconduzir estritamente a factores e perigos de índole natural ou tecnológica⁵³. A disrupção operativa de um dado sistema social autopoiético (pense-se no sistema financeiro⁵⁴) apresenta uma nocividade que não só não convém ser menosprezada, como também não deve ser sub-ordenada a certas catástrofes induzidas pelo progresso técnico. Ironicamente, e em tom crítico, talvez se pudesse afirmar que os homens, em várias áreas e por diferentes vias, se encarregaram de ir criando formas de se auto-ameaçarem que dispensam a natureza, que dispensam a industrialização, que dispensam a afectação das condições naturais de vida (meio ambiente físico, corpo, biologia) – e, curiosamente, convivem bem com isso. É a *morte pela complexidade*⁵⁵ (MORITZ RENNER).

2.2.2. Contingência: conceito

Em razão do que até agora se escreveu, parece-nos muito útil introduzir o conceito de *contingência*, nele centrando a discussão e problematização subsequente.

A propósito, escreve ROBERT MUSIL que o contraponto necessário a um *sentido de realidade* é a existência de um *sentido de possibilidade*: “Aquele que o possui, não diz, por exemplo, isto ou aquilo aconteceu, vai acontecer, tem de acontecer aqui, mas inventará: isto ou aquilo poderia, deveria, teria de ter acontecido aqui. E quando lhe dizem que uma coisa é como é, ele pensa: provavelmente, também poderia ser diferente. Assim, poderia definir-se o sentido de possibilidade como *aquela capacidade de pensar tudo aquilo que também poderia ser e de não dar mais importância àquilo que é do que àquilo que não é*”⁵⁶ (itálico nosso).

51 Cfr. WILLKE, *Dystopia*, pp. 30-31.

52 Recentemente, e ainda que tendo em vista o sistema económico-financeiro, leia-se Helmut WILLKE / Eva BECKER / Carla ROSTÁSY, *Systemic Risk. The Myth of Rational Finance and the Crisis of Democracy*, Frankfurt am Main: Campus Verlag, 2013.

53 A propósito, sobre o conceito de crise, leia-se Dirk BAECKER, “The Culture Form of Crisis”, in Poul F. Kjaer / Gunther Teubner / Alberto Febbrajo (Ed.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective – The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 173-187.

54 Cfr. Karl-Heinz LADEUR, “The Financial Market Crisis – a Case of Network Failure?”, in Poul F. Kjaer / Gunther Teubner / Alberto Febbrajo (Ed.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective – The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 63-92.

55 Cfr. Moritz RENNER, “Death by Complexity – the Financial Crisis and the Crisis of Law in World Society”, in Poul F. Kjaer / Gunther Teubner / Alberto Febbrajo (Ed.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective – The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 93-111.

56 Cfr. Robert MUSIL, *O homem sem qualidades*, Vol. I, tradução de João Barrento, Lisboa: Dom Quixote, 2008, p. 41.

Ora, quando nos referimos à contingência estamos precisamente a remeter para esse sentido de possibilidade em face daquilo que é, o mesmo seria dizer: estamos a remeter, essencialmente, para um mundo de possibilidades alternativas não-actualizadas mas latentes.

Com efeito, o conceito de contingência serve aqui para designar que “algo não é necessário e não tem de ser, mas também não é impossível” (HOLZINGER), no que se detecta uma dupla negação⁵⁷ (negação de necessidade e de impossibilidade⁵⁸). Deste modo, o que está em causa é a possibilidade de algo ser de outro modo, atendendo ao facto de não ter de ser como é⁵⁹. Fica logo patente, pois, que aquilo a que somos conduzidos é à tematização das *alternativas de ser* relativamente àquilo que é, incluindo no âmbito da reflexão esses outros modos hipotéticos de ser não-actualizados⁶⁰. Pela lente da contingência, há uma “abertura do real para mais do que um estado”⁶¹, o que, por sua vez, implica uma “distanciação em face da pressão directa da realidade”⁶²: da perspectiva da *possibilidade*, sempre um qualquer algo concreto é imaginável como podendo ser de outra maneira, pelo que “o possível permanece inalteradamente possível, possa, ou não, tornar-se real ou ter-se tornado real”⁶³.

Como se intui rapidamente, trata-se de um problema que nos coloca num plano de *observação de segunda ordem*: não basta, na verdade, observar o *que é*, é preciso observar o *que poderia ser*⁶⁴. Por esse motivo, a contingência apenas emerge ou se revela nessa operação de *observação de observadores*⁶⁵, donde decorre, por um lado, a multiplicação e relatividade das perspectivas observadas e, por outro lado, a inexistência ou ausência de um último observador definitivo que pudesse fixar universalmente a única observação correcta ou válida⁶⁶⁻⁶⁷.

57 Cfr. MARKUS HOLZINGER, *Kontingenz in der Gegenwartsgesellschaft. Dimensionen eines Leitbegriffs moderner Sozialtheorie*, Bielefeld: transcript Verlag, 2007, p. 26.

58 Cfr. ELENA ESPOSITO, “Kontingenzerfahrung und Kontingenzbewusstsein in systemtheoretischer Perspektive”, in Katrin Toens / Ulrich Willems (Hrsg.), *Politik und Kontingenz*, Wiesbaden: Springer VS, 2012, pp. 39-48 (40).

59 Cfr. NIKLAS LUHMANN, *Kontingenz und Recht. Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang*, Org. Johannes F. K. Schmidt, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2013, p. 32.

60 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 33. Ou como bem sintetiza ESPOSITO, “Kontingenzerfahrung und Kontingenzbewusstsein...”, p. 41: “Kontingent is also zuerst das, was ist, aber unter dem Gesichtspunkt seines möglichen Nicht-Seins und der Möglichkeit, anders zu sein – also das Projektion von alternativen Möglichkeiten, die in Bezug nur auf die Welt nicht bestimmt werden können”.

61 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 42.

62 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 45.

63 Novamente, LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 45.

64 Cfr. ESPOSITO, “Kontingenzerfahrung und Kontingenzbewusstsein...”, p. 41.

65 Cfr. ESPOSITO, “Kontingenzerfahrung und Kontingenzbewusstsein...”, p. 41.

66 Cfr. ESPOSITO, “Kontingenzerfahrung und Kontingenzbewusstsein...”, p. 41.

67 O que se afirmou não é inócuo para a temática dos riscos. Com efeito, e como bem demonstram ANDREAS FISCHER-LESCANO / GUNTHER TEUBNER, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006, pp. 30-31, aquilo a que se assiste na sociedade moderna funcionalmente diferenciada em sistemas sociais autopoieticos é a um “processo de fragmentação do risco em racionalidades parciais”. Isso significa, em especial, que há diferentes leituras dos riscos por cada sistema social, consoante a sua racionalidade ou

2.2.3. Sociedade da Contingência: contornos de uma nova auto-descrição da sociedade

Do conceito de contingência, e da sua centralidade na análise dos fenómenos ou processos sociais contemporâneos, até ao reconhecimento do seu potencial semântico para elaborar um (auto)diagnóstico da sociedade contemporânea é um passo curto e fácil⁶⁸.

Em certa medida, aliás, do que se trata é de compreender o *risco* como um “esquema de contingência”⁶⁹ (LUHMANN), assim o generalizando e abstraindo da mais restrita dimensão técnica ou tecnológica.

Não pode custar, então, eleger a *contingência* como elemento nuclear da formulação de uma auto-descrição da sociedade actual, postulando a respectiva (auto-)compreensão como *sociedade da contingência* (*Kontingenzgesellschaft*)⁷⁰.

Numa tal auto-descrição, cuja base assenta no *poder ser de outro modo*, logra-se uma identificação e caracterização da sociedade que indica primariamente a sua *ambivalência e indeterminação* estruturais⁷¹, por contraposição à tipicamente moderna pretensão e busca de ordem, do desenho racional da organização social, de definir precisa e estritamente tudo⁷². Nas actuais condições, sobressai, para o dizermos com ZYGMUNT BAUMAN, o “«outro da ordem»”: “indefinibilidade, incoerência, incompatibilidade, ilogicidade, irracionalidade, ambiguidade, confusão, indecidibilidade”⁷³.

Ora, a consciência das possibilidades latentes não-actualizadas (i.e, das alternativas ao que é ou *está*) redundando na inescapável geração de um sentimento de desorientação e de insegurança⁷⁴, atenta a “emancipação do não-expectável” e a necessidade de “ter de esperar o não-expectável”⁷⁵.

perspectiva autónomas. Não há, pois, qualquer instância central na sociedade – designadamente o sistema político – que pudesse em si agregar e processar a totalidade das dimensões dos riscos. Ao invés, estes são percepcionados ou construídos de acordo com as racionalidades e lógicas funcionais de cada sistema, assim potenciando colisões (inter)sistémicas decorrentes da diferente consideração de uma dada ocorrência ou de um dado acontecimento com relevância pluri-sistémica.

68 Sobre o *zeitdiagnostisches Potenzial* do conceito de contingência, vd. HOLZINGER, *Kontingenz*, p. 13.

69 Cfr. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, p. 25.

70 Cfr. HOLZINGER, *Kontingenz*, p. 12. A propósito, WOLF, “Die Risiken des Risikorechts...”, p. 67, sublinha como a teoria da sociedade do risco desconstrói a liberdade como contingência.

71 Cfr. HOLZINGER, *Kontingenz*, p. 12: “Die «Kontingenzgesellschaft» bezeichne deswegen eine Form von Gesellschaft, in der eingelebte Formen der Institutionalisierung und Kollektivität zunehmend durch Ambivalenz und Uneindeutigkeit bestimmt seien”. Desenvolvidamente, leia-se especialmente Zygmunt BAUMAN, *Modernity and Ambivalence*, Cambridge: Polity Press, 1991, pp. 1 e ss., que oferece, de resto, uma noção de ambivalência: “Ambivalence, the possibility of assigning an object or an event to more than one category, is a language-specific disorder: a failure of the naming (segregating) function that language is meant to perform”.

72 Cfr. BAUMAN, *Modernity and Ambivalence*, pp. 7-8.

73 Cfr. BAUMAN, *Modernity and Ambivalence*, p. 7.

74 Cfr. BAUMAN, *Modernity and Ambivalence*, p. 2, e HOLZINGER, *Kontingenz*, pp. 12-13.

75 Citámos, nas duas vezes, FUCHS, *Die Erreichbarkeit der Gesellschaft*, pp. 129-133. No mes-

Qualquer concreta ordenação surge como disponível, como passível de substituição por uma outra alternativa⁷⁶ (que, no limite, poderá ser o caos⁷⁷).

Verifica-se um impacto político não despreciando. Com efeito, uma sociedade cunhada pela contingência das respectivas operações, ocorrências ou acontecimentos, impõe que renovadamente se coloque a pergunta pela capacidade dirigente, configuradora ou conformadora da política num tal contexto societal⁷⁸ – mais latamente, a pergunta pela *racionalidade* da decisão ou actuação política nas condições contemporâneas⁷⁹.

Se, à primeira vista, a intensificação da contingência poderá surgir como hipoteticamente favorecendo a politização da sociedade (na medida em que cada vez mais aspectos ou problemas carecem de *decisão*)⁸⁰, a verdade é que não se pode, contudo, obnubilar a crescente dificuldade da política institucionalizada (em especial, o aparelho estadual nacional) em lidar com lógicas e racionalidades sociais que escapam ao seu controlo, sobre as quais ela não está apta a exercer uma influência diretivamente totalizante e relativamente às quais ela surge como uma mera parcialidade entre parcialidades sem (crível) pretensão efectiva de superioridade⁸¹. A contingência da sociedade actual afigura-se, pois, um dos pilares que mais sustenta a ideia luhmanniana da inexistência de um cume e de um centro na sociedade⁸², e, do ponto de vista especificamente político, o repto que se lança é o do abandono do modelo de uma política hegemónica que a si tudo subordina.

De resto, o próprio acto de *decidir* (e, designadamente, a decisão política) presta-se bem a evidenciar a imanente contingência que lhe está associada, bem como, com isso, os “défices de fundamentação”⁸³ ou a *Grundlosigkeit*⁸⁴ – numa palavra: o decisionismo – que é possível reconhecer em tanta *coisa decidida*, atenta a imprevisibilidade das relações sociais subjacentes, as consequências laterais e subsequentes não antecipadas (ou mesmo não antecipáveis) ou as limitações cognoscitivas do respectivo procedimento decisório⁸⁵.

mo sentido, Karl-Heinz LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*, 2.ª edição, Berlin: Duncker & Humblot, 1995, p. 196.

76 Cfr. HOLZINGER, *Kontingenzen*, p. 17.

77 Cfr. BAUMAN, *Modernity and Ambivalence*, p. 7.

78 Assim, TOENS / WILLEMS, “Kontingenzen und Politik...”, p. 14.

79 Cfr. Anna GEIS, “Komplexität, Kontingenzen und Nichtwissen als Herausforderungen demokratischen Regierens”, in Katrin Toens / Ulrich Willems (Hrsg.), *Politik und Kontingenzen*, Wiesbaden: Springer VS, 2012, pp. 143-160 (144).

80 Cfr. HOLZINGER, *Kontingenzen*, p. 36, e GEIS, “Komplexität, Kontingenzen und Nichtwissen...”, p. 143.

81 Cfr. TOENS / WILLEMS, “Kontingenzen und Politik...”, p. 14.

82 Cfr. Niklas LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, pp. 802-803.

83 Cfr. HOLZINGER, *Kontingenzen*, p. 12.

84 Cfr. HOLZINGER, *Kontingenzen*, p. 12.

85 Cfr. TOENS / WILLEMS, “Kontingenzen und Politik...”, p. 14. Para um elenco de estratégias po-

Acresce que se é fundado interpretar ou compreender a *decisão* como uma forma de restrição de contingência (na medida em que, antes dela, as possibilidades se encontravam todas em aberto), não menos forçoso é reconhecer que uma vez operada ou efectuada tal selecção (a selecção decisória) ela permanece, e permanecerá enquanto vigorar, como necessariamente contingente, como algo que sempre poderia ter sido de outro modo (em razão das outras hipóteses de selecção não concretamente actualizadas, mas latentemente presentes à espera do momento da sua actualização)⁸⁶. O que, aliás, permite recolocar a problemática do risco, associando-o à adopção ou tomada de decisões e postulando estas como imanentemente arriscadas⁸⁷. Imanentemente arriscadas, por um lado, no sentido de que só se *decide* o *indecidível* (aquilo que é *necessário* dispensa decisão)⁸⁸ e, por outro lado, no sentido de que, atenta a ineliminável contingência decisória, sempre o decidido poderia ter sido de outro modo, sempre os decisores se podem arrepender do decidido, sempre se pode desejar ou precisar de futuramente alterar e corrigir o que antes havia sido determinado⁸⁹.

Por isso, no que concerne à esfera da política, uma análise pela lente da contingência e de um correlacionado contexto de desconhecimento (em face da respectiva pluralização e fragmentação societal do conhecimento por outros sistemas sociais e da respectiva não apreensibilidade central ou centralizadora por um único sistema) só pode redundar numa relativização ora da promessa de actuação *racional* da política (e do Estado)⁹⁰, ora numa relativização (quando não desejável abandono) das promessas políticas de tudo solucionar, de tudo assegurar, de tudo imunizar contra riscos⁹¹. O que se requer, pois, num omnicompreensivo contexto de contingência, não é senão uma política modesta e humilde, capaz de verdadeiramente comunicar ao seu horizonte societal os défices cognitivos de que é portadora e as inerentes limitações da sua acção, assim contribuindo activamente para refrear as próprias pretensões que esse espectro societal tende a dirigir-lhe⁹².

Em suma, a alusão a uma sociedade da contingência, ou até a uma “era da contingência”⁹³, representaria um passo importante não apenas no sentido de con-

líticas dirigidas a diminuir a assimetria cognitiva do sistema político em face de outros sistemas sociais, cfr. GEIS, “Komplexität, Kontingenz und Nichtwissen...”, pp. 145 e ss.

86 Cfr. ESPOSITO, “Kontingenzerfahrung und Kontingenzbewusstsein...”, p. 45: “Die Entscheidung bleibt Kontingent und man weiß immer noch, dass sie anders hätte sein können”.

87 Cfr. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, p. 21 e 37.

88 Cfr. Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 308.

89 Cfr. ESPOSITO, “Kontingenzerfahrung und Kontingenzbewusstsein...”, p. 47.

90 Cfr. GEIS, “Komplexität, Kontingenz und Nichtwissen...”, p. 144.

91 Cfr. GEIS, “Komplexität, Kontingenz und Nichtwissen...”, p. 155.

92 Cfr. GEIS, “Komplexität, Kontingenz und Nichtwissen...”, p. 156. Esta Autora identifica, contudo, uma importantíssima questão para reflexão geral: “Aufgrund der fundamentalen Ambivalenz von Kontingenz, als Chance wie als Bedrohung, wissen auch Wissenschaftler nicht, wir viel Kontingenzbewusstsein eine demokratische Gesellschaft verträgt”.

93 Como faz Hans JOAS, “Das Zeitalter der Kontingenz”, in Katrin Toens / Ulrich Willems

solidadamente desenvolver um diagnóstico multidimensional das dinâmicas sociais hodiernas por referência ao conceito de contingência (e, com isso, por referência a um aspecto estrutural transversalmente comum)⁹⁴, como serviria ademais para evitar reconduzir essas mesmas dinâmicas a uma única causa, a um único arquiprincípio, a uma única e unitária lógica de modernização⁹⁵. Ao invés, assumir a contingência como premissa e ponto de partida de uma qualquer reflexão e teorização não pode senão conduzir ao reconhecimento da miríade heterogênea de processos autônomos que se desenrolam na sociedade, da espontaneidade e imprevisibilidade das relações entre eles ou da inexistência de causas-efeitos lineares⁹⁶. Com o que concluiríamos que esta sociedade da contingência é *arriscada*, mas que o é num sentido que extravasa a mera componente ou dimensão técnica e tecnológica⁹⁷.

Numa tal perspectiva, incrementadora de flexibilidade, qualquer certeza seria sempre uma *certeza contingente*⁹⁸. Não pode, pois, senão permanecer aberta e sensibilidade para a revisibilidade e reformulação da auto-descrição aqui em causa⁹⁹ (a sociedade da contingência sabe-se contingente, enquanto constructo sociológico).

3. Direito e Contingência

3.1. Contingência e operatividade do sistema jurídico

O problema da contingência assume para o sistema jurídico (seja no plano da teorização sobre ele, seja mais concretamente no plano da sua operatividade auto-reprodutiva) um papel relevante¹⁰⁰. O mesmo é dizer que a compreensão do fenómeno normativo – normatividade, em geral, e normatividade jurídica, em particular – se poderá lograr partindo do conceito de contingência.

Com efeito, defende LUHMANN que há-de descobrir-se a função da normatividade “na construção e regulação de comportamento contingente”¹⁰¹. Do que se tratará então, principalmente, é de assegurar, garantir ou preservar determinadas expectativas em face de ocorrências incertas e em face de potenciais comportamentos des-

(Hrsg.), *Politik und Kontingenz*, Wiesbaden: Springer VS, 2012, pp. 25-38.

94 Cfr. JOAS, “Das Zeitalter der Kontingenz...”, pp. 26-27.

95 Cfr. JOAS, “Das Zeitalter der Kontingenz...”, p. 28.

96 Cfr. JOAS, “Das Zeitalter der Kontingenz...”, p. 28.

97 Cfr. WOLF, “Die Risiken des Risikorechts...”, p. 67 (“[...] werden damit gerade die Optionen zum Problem. [...] Die alternativlose Suche nach alternativen Optionen erweist sich wiederum als risikoreich”).

98 Precisamente assim, JOAS, “Das Zeitalter der Kontingenz...”, p. 35.

99 Cfr. JOAS, “Das Zeitalter der Kontingenz...”, p. 37.

100 A propósito, concordamos com LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 123, quando sublinha a utilidade da concepção autopoiética dos sistemas sociais para a análise jurídica, atendendo ao facto de aquela corresponder a um “pensamento da dinâmica, da modificação no tempo” (*ein Denken der Dynamik, der Veränderung in der Zeit*).

101 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 71.

viantes ou contrários a uma tal expectativa¹⁰². Com as *normas* não se reduz o espectro abstractamente concebível de alternativas ou hipóteses, nem se elimina ou erradica o ser possível de outro modo na realidade¹⁰³. Mas consegue-se algo extremamente importante para a previsibilidade, calculabilidade e antecipabilidade de comportamentos¹⁰⁴. Ao proceder à institucionalização de uma dada expectativa de comportamento (expectativa normativa), a norma constrói uma distinção entre aquilo que é um comportamento *conforme* à expectativa (normativa) e o que é um comportamento *desviante* ou *contrário* à expectativa (normativa)¹⁰⁵, internalizando o sistema normativo ambas as possibilidades¹⁰⁶. Com tanto, a norma não garante que não virá a ser o comportamento desviante a ocorrer, mas apresenta-se, todavia, como base suficiente para esperar um determinado comportamento, indicar que é essa expectativa que se deve assumir existir [*expectar a(s) expectativa(s)*] e, em último caso, imunizar essa expectativa (normativa) contra a realidade contraditante¹⁰⁷. É isso, de resto, que resulta simbolizado pelo carácter de *dever* associado à norma¹⁰⁸. Ela virtualiza, pois, uma dada realidade – ou “substitui-se” ela mesmo à realidade¹⁰⁹ –, no sentido de que, de entre o conjunto de alternativas em abstracto configuráveis, há uma dada expectativa que é protegida e garantida contrafactualmente em caso de frustração¹¹⁰. Está-se, pois, a gerir e processar contingência: com a normatividade esquematiza-se o *ser possível de outro modo* em modos que são conformes e modos que são desconformes à norma¹¹¹, criam-se as condições para a reflexividade das expectativas (esperar que o outro espere aquilo que eu espero) e “neutralizam-se” os efeitos anómicos ou destrutivos da incerteza (o *dever ser* normativamente institucionalizado procura assegurar e garantir contra-frustração relativamente a um normativamente desviante *ser*)¹¹². Por este motivo, conclui LUHMANN que à função do Direito não é alheio o propósito de *vinculação temporal (Zeitbindung)*, permitindo, no plano das expectativas, a adaptação a um “futuro desconhecido e genuinamente incerto”¹¹³.

102 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 80.

103 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 76.

104 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, pp. 71-72.

105 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 72.

106 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 90, desenvolvendo esta ideia da contingencialização do próprio sistema, na medida em que este assume ambas as possibilidades (comportamento conforme e comportamento desviante) como um problema interno. Verifica-se, desse modo, uma “«internalização» não apenas da norma, mas também do desvio”.

107 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 74, e LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 129.

108 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 76.

109 Assim, LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 75.

110 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 76, e LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 126 e ss.

111 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 85, ressalvando que tal não exclui ou elimina a ínsita contingência, mas que força esta a assumir a forma de comportamento desviante.

112 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 80, e LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 129.

113 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 130.

Mas não é apenas o sentido, em geral, da normatividade (jurídica) que se pode interpretar em conexão com o problema da contingência. Com efeito, no plano da operatividade do sistema jurídico e da sua auto-reprodução, detecta-se que um dos principais sustentáculos do seu fechamento autopoiético e da sua recursividade operativa é passível, igualmente, de ser compreendido pela lente da contingência¹¹⁴.

Desde logo, se concebermos o processo de construção sistémica (ou *Systembildung*) como um que vai dirigido a reduzir complexidade e contingência na sociedade, então o sistema jurídico desempenha esse papel ao definir as suas fronteiras (sistémicas) de sentido e, bem assim, ao gerar estruturas e processos específicos que sustentam a sua diferenciação na sociedade¹¹⁵.

Mas a questão da contingência deve ainda ser considerada de um ponto de vista interno ao sistema. A este propósito, sobressai a *positividade* do direito¹¹⁶.

Na verdade, a positividade do Direito implica, por si mesma, uma contingencialização das normas jurídicas¹¹⁷, podendo entender-se a função da positividade jurídica – segundo proposta de HELMUT WILLKE – como uma de “aumento de contingência (multiplicidade de opções) e de complexidade do Direito como resposta à crescente contingência e complexidade de uma sociedade primariamente funcionalmente diferenciada”¹¹⁸.

O direito positivo vale por decisão (jurídica), sendo designadamente facilmente alterável ou revogável¹¹⁹. Ora, esta *decidibilidade do direito* – uma decidibilidade concernente à sua validade ou vigência jurídica – convoca a respectiva contingência temporal do mesmo¹²⁰. Nesta medida, é interessante a reflexão de LUHMANN quando destaca que o direito positivo encontra o seu fundamento de validade (*Geltungsgrund*) no facto de *poder ser mudado* e, por isso, que é a *mudança (Wandel)* que se convola em *princípio de estabilidade*¹²¹. Enfim, já dizia HERBERTO HELDER que é a metamorfose a mais abrangente das leis¹²².

114 Para nem se referir aquela que será a contingência mais fundamental de todas: a contingência da existência de um sistema jurídica, num quadro de alternativas ao Direito. Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, pp. 300 e ss. (quando se reporta às “Entlastungsalternativen zum Recht”).

115 Desenvolvidamente, LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, pp. 191 e ss., e LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 38 e ss.

116 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 126.

117 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 128.

118 Leia-se Helmut WILLKE, *Entzauberung des Staates: Überlegungen zu einer sozietaalen Steuerungstheorie*, Königstein: Athenäum Verlag, 1983, p. 54.

119 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 38-39. Colocando a tónica no “efeito de abstracção e mobilização” da positividade do Direito, vd. Karl-Heinz LADEUR, “Risikobewältigung durch Flexibilisierung und Prozeduralisierung des Rechts. Rechtliche Bindung von Ungewißheit oder Selbstverunsicherung des Rechts?”, in Alfons Bora (Hrsg.), *Rechtliches Risikomanagement. Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999, pp. 41-64 (44 e ss.).

120 Assim, LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 128.

121 Leia-se LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 129. Vd., ainda, LADEUR, “Risikobewältigung...”, p. 43.

122 Leia-se o conto “Teoria das Cores” em Herberto HELDER, *Os Passos em Volta*, 9.ª edição,

Donde se extrai, portanto, que com a respectiva positividade, nos termos explanados, é o sistema jurídico, na sua mais basilar operatividade e auto-reprodução, que demonstra, por um lado, uma contingência que lhe aparece como sendo ínsita (as normas ou decisões jurídicas que valem podem sempre vir a ser de outro modo, e outras normas e decisões jurídicas hipotéticas estão latentes à espera da sua positivação)¹²³ e, por outro lado, fruto disso, uma adaptabilidade e capacidade de evolução em face da contingência societal que deve intentar contribuir para gerir, processar ou regular¹²⁴. Com efeito, a maleabilidade que o Direito ganha com a sua positividade – também poderíamos escrever: a permanente e contínua reinvenção operativa em que o Direito se encontra (seja estritamente no plano da criação, modificação e aplicação de normas jurídicas, seja até no plano da interpretação desse mesmo acervo normativo)¹²⁵ – é o mais seguro indicador de uma sua aptidão para *aprender*¹²⁶, isto é, para lograr variação interna e dar ressonância às irritações provenientes do seu ambiente¹²⁷.

Assim se evidencia, então, a existência de uma contingencialidade especificamente jurídica – ou de um sistema jurídico ao qual é inerente uma operatividade cunhada pela respectiva contingência –, na medida em que o sistema jurídico, no seu âmago auto-reprodutivo, não apenas é contingente (a sua composição normativa poder ser de outro modo)¹²⁸, como também gera contingência, uma vez que constitui ou constrói possibilidades de decisão (possibilidades de se decidir ou de se regular juridicamente de uma maneira ou de outra)¹²⁹, caso em que a decisão jurídica se afigura a selecção de uma possibilidade entre possibilidades¹³⁰.

Isto significa que uma questão de interesse subsequente respeita a saber como é que o sistema jurídico regula internamente esta contingência que ele próprio cria, designadamente a contingência jurídica associada à incerteza decisória, ou seja, às possibilidades de decisão jurídica (cujo sentido está abstractamente em aberto e não

Lisboa: Assírio & Alvim, 2006, pp. 23-24.

123 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 300, e LADEUR, "Risikobewältigung...", p. 43.

124 Veja-se como LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, pp. 175-179, sublinha que uma pertinente questão teórico-jurídica será precisamente a de saber se e como é que o Direito é capaz de regular contingência num nível de abstracção adequado à sociedade em que está inserido.

125 Cfr. Richard NOBLES / David SCHIFF, *A Sociology of Jurisprudence*, Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 45 ("Law is never in a steady state").

126 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 130.

127 Cfr. NOBLES / SCHIFF, *A Sociology of Jurisprudence*, pp. 49 e ss. Sem ignorar, obviamente, que, em face da potencialmente ininterrupta "desestabilização" do Direito, terão de existir "filtros" ou mecanismos, designadamente jurídicos, que contenham a variação, selecção e estabilização das operações do sistema em níveis controláveis e compatíveis com a subsistência do mesmo. Com efeito, com a positividade do Direito contém, também, a opção da não-aprendizagem ou da não-mudança, preferindo a repetição e manutenção do que está. Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, pp. 131 e ss.

128 Cfr., agora, NOBLES / SCHIFF, *A Sociology of Jurisprudence*, p. 44: "[...] contingency of law. It has, and has always had, endless possibilities of being other than what it is now".

129 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 183.

130 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 184, e, com muito interesse também, LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 308.

previamente determinado)¹³¹. Explica LUHMANN que são dois os principais instrumentos utilizados: de uma banda, o recurso à programação condicional das decisões jurídicas (esquema *se-então* das normas, correspondente a uma hipótese e estatuição) e, de outra banda, a procedimentalização dos processos decisórios¹³².

Acontece, porém, que, na grande maioria dos casos, nenhum dos dois instrumentos previamente referidos é só por si passível de indicar automaticamente o sentido em que vai ser decidido, ou seja, o concreto modo de como se irá aplicar a norma e com que resultado¹³³. E isso remete-nos, precisamente, para aquela que é a complexidade própria e crescente do sistema jurídico. Com efeito, essa complexidade do sistema jurídico não apenas aumenta em razão “da multiplicação da quantidade, da heterogeneidade e da interdependência das decisões”¹³⁴, como isso acaba por condicionar e impulsionar a “generalização” das estruturas jurídicas enquanto premissas de decisão (pense-se na utilização de conceitos indeterminados, na atribuição de discricionariedade administrativa, na formulação de cláusulas gerais, etc.)¹³⁵. O que assim se obtém é, precisamente, a criação de várias possibilidades jurídicas de decisão, logo: contingência no seio da operatividade jurídica. Daí resulta, de resto, a necessidade de os vários participantes no sistema jurídico (do cidadão com direitos ou pretensões jurídicas, e seu advogado, até ao legislador que emana as leis, passando pela Administração e pelo juiz encarregues da aplicação) se consciencializarem das múltiplas alternativas do que pode ocorrer¹³⁶.

No plano das estruturas de programação jurídica, esta discussão pode, aliás, ser prosseguida e aprofundada atentando na conhecida contraposição entre *regras* e *princípios*¹³⁷. Com efeito, a ambivalência e indeterminação dos princípios revela-os como uma forma de lidar com o problema da contingência¹³⁸. Isso decorre do respectivo conteúdo generalizado e difuso, cujo sentido depende de uma geração procedimen-

131 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 183.

132 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, pp. 189 e ss. *Vd.*, ainda, LADEUR, “Risikobewältigung...”, p. 43.

133 De resto, LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 212, não deixa de aludir aos procedimento decisórios como uma forma de o sistema jurídico conseguir obter não apenas tempo (tempo para decidir), mas também incerteza.

134 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 195.

135 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 195.

136 Cfr., em especial, LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, pp. 196-197.

137 Importa recordar, preliminarmente, que os programas cuidam, em linguagem teórico-sistémica, da alocação das operações comunicativas a um dos valores do código (*legal/ilegal*). A forma típica e mais adequada de programação jurídica, nesta compreensão, é a do programa *condicional*, em que uma dada situação de facto (com causa no ambiente do sistema jurídico), tal como juridicamente normativizada na hipótese normativa (note-se que são ainda os critérios de relevância do jurídico que prevalecem na integração jurídica da situação de facto), determina uma dada consequência jurídica definida na estatuição (esquema *se-então*). Cfr. Thomas VESTING, *Rechtstheorie*, München: C. H. Beck, 2007, pp. 18-20.

138 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, pp. 269-270.

tal dentro do próprio sistema¹³⁹, e sem que dele se consigam derivar expectativas concretas¹⁴⁰. LUHMANN é assim conduzido a definir os princípios como “regras com possíveis exceções”¹⁴¹, de tal sorte que nos encontramos perante “regras que estão formuladas de tal maneira, que num número aberto de casos admitem o seu contrário como exceção”¹⁴². A esquematização da contingência procede aqui, pois, de acordo com o “esquema regra/exceção”¹⁴³, que em si mesmo congrega e interliga “estratégias de normação e de aprendizagem”¹⁴⁴. A este propósito, explica LUHMANN que a observância ou cumprimento usual da regra passa a ser acompanhada da possibilidade de, em “casos críticos”, estabelecer uma exceção, sem que isso implique a eliminação da regra e sem que isso afecte a pretensão normativa por ela corporizada – ambas continuam, de resto, a valer nos mesmos termos¹⁴⁵. A respectiva operacionalização dessa excepcionalização principiológica acontece de forma casuística: de uma banda, por necessária consideração do caso concreto¹⁴⁶; de outra banda, porque os princípios não contêm em si mesmos qualquer “regra para a construção e fundamentação das exceções”, antes essa construção e fundamentação terá de ocorrer caso a caso nos múltiplos procedimentos de aplicação¹⁴⁷.

Depois da análise luhmanniana que acabámos de expor, dando sumariamente conta da contingência no Direito, cremos que importantes pontes, em abstracto, se podem estabelecer com a problemática do risco (designadamente do risco tecnológico, tal como teorizado por BECK). Nessas pontes há-de destacar-se alguma que corresponda ao propósito inicial do ensaio: de uma banda, acentuar a ideia de que o risco (conceito generalizado) é hoje algo de estrutural e constitutivo no funcionamento da sociedade e dos seus (sub)sistemas diferenciados; de outra banda, que, como (sub) sistema diferenciado que é, o Direito já contém genético-sistemicamente em si *risco*, já as suas operações auto-reprodutivas são inerentemente cunhadas por contingência e incerteza¹⁴⁸.

Desde logo, o relevo que anteriormente se concedeu à decisão jurídica, ressaltando a sua conexão a uma multiplicidade de alternativas decisórias possíveis¹⁴⁹, encontra paralelo na problematização da temática do risco. Também a esse propósito se des-

139 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, pp. 273-274.

140 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 273.

141 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 274.

142 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 275.

143 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 276.

144 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 277.

145 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 278.

146 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 279.

147 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, pp. 281-282.

148 De resto, como afirma Gerd WINTER, “Die Rolle des Rechts bei der Entstehung von Umwelt- und Sozialrisiken”, in Alfons Bora (Hrsg.), *Rechtliches Risikomanagement. Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999, pp. 293-306 (293): “Recht reguliert nicht nur Risiken, sondern läßt Risiken auch zu allererst entstehen”.

149 Cfr., agora, LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 307.

taca a ligação próxima entre *risco* e *decisão*, sublinhando-se como qualquer decisão é inerentemente arriscada¹⁵⁰. Bem se justifica, aliás, recordar LUHMANN e a sua luminosa afirmação de que qualquer decisão está sempre sujeita ao imanente risco de o *futuro contemporâneo* não coincidir com a *contemporaneidade futura*, isto é, de haver uma discrepância entre o que se antecipa ou prevê como futuro e o futuro que efectivamente ocorre ou se actualiza¹⁵¹.

Uma tal constatação conduz, no entanto, a um outro conjunto de reflexões que aqui apenas se referirão de forma esquemática, mas que são particularmente pertinentes do ponto de vista da Teoria do Direito.

Com efeito, há várias evoluções e transformações jurídicas que, estando desde recentemente na ordem do dia, se deixam de alguma forma reconduzir ou associar à ideia base da contingência da operatividade jurídica (regulação ou decisão jurídicas).

É, desde logo, o caso do designado *direito reflexivo*, através do qual se procuram formas de regulação jurídica que, longe de assentarem em mais típicos formatos imperativos de comando e controlo, procuram efectuar uma regulação ou direcção *contextual*, que, por um lado, considere devidamente a autonomia dos sistemas-alvo da regulação jurídica e, por outro lado, logre uma harmonização e coordenação intersistémicas que reduza potenciais externalidades negativas entre sistemas. Pode dizer-se, pois, que a escola do direito reflexivo espelha e projecta a consciencialização da *contingência* ínsita na regulação jurídica seja porque assume como premissa enformante da pretensão regulatória o facto de o sistema-alvo ser um sistema autopoietico que processará autonomamente e de acordo com as suas regras de relevância a comunicação jurídica que lhe foi dirigida, seja porque dá adequadamente conta do ineliminável *risco* de a regulação jurídica – atento facto de sistema regulador e sistema regulado serem ambos autopoieticos – falhar os seus propósitos e não obter os efeitos pretendidos, seja porque, por força disso, propugna o desenho de modelos regulatórios que favoreçam a auto-regulação e auto-vinculação dos sistemas-alvo ou o desenho de modelos regulatórios dirigidos a enquadrar e conformar (contextualmente) a auto-reprodução (actividade) desses sistemas¹⁵², designadamente por intermédio de normas procedimentais ou de organização¹⁵³.

150 Cfr. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, pp. 25 e ss. (p. 37: “Es gibt kein risikofreies Verhalten. [...] man kann Risiken, wenn man überhaupt entscheidet, nicht vermeiden”), e Alfons BORA, “Einleitung: Mehr Optionen und gesteigertes Risiko – Zur Stellung des Rechts in der Risikogesellschaft”, in Alfons Bora (Hrsg.), *Rechtliches Risikomanagement. Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999, pp. 9-28 (9-10).

151 Cfr. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, p. 83. Num escrito de teor mais jurídico, leia-se LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 559-560.

152 Cfr., em especial, Gunther TEUBNER, “Das regulatorische Trilemma – Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 13 (1984), pp. 109-149, Gunther TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, pp. 82 e ss., Alberto FEBBRAJO / Gunther TEUBNER, “Autonomy and Regulation in the autopoietic perspective: an introduction”, in Gunther Teubner / Alberto Febbrajo (Org.), *State, Law, and Economy as autopoietic systems*, Milan: Giuffrè, 1992, pp. 3-16, Helmut WILLKE, “Die Steuerungsfunktion des Staates aus systemtheoretischer Sicht”, in Dieter Grimm (Org.), *Staatsaufgaben*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, pp. 685-711, e, mais recentemente, Richard NOBLES / David SCHIFF, *Observing Law through Systems Theory*, Oxford: Hart Publishing, 2013, pp. 216 e ss.

153 Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 212 (“Aufgabe des Rechts wird es sein müs-

Já outro tópico com bastante relevância na discussão doutrinal em torno dos desafios do risco (especialmente tecnológicos) ao Direito, e que é também uma manifestação da mais basilar e estrutural contingência jurídica, prende-se com aquilo que se tem abordado sob o signo de *direito aprendiz (lernendes Recht)*¹⁵⁴.

Trata-se de uma problematização que tem sido particularmente feita, no campo do Direito Administrativo, a propósito das chamadas *decisões sob condições de incerteza* ou *decisões de risco (Risikoentscheidungen)*¹⁵⁵. Não obstante, e de um ponto de vista teórico mais genérico e abstracto, o que está em causa é a chamada *cognitivização do Direito*, no sentido de este se dotar de suficiente abertura ou flexibilidade normativas para acompanhar no tempo as evoluções e variações a ocorrer no seu ambiente¹⁵⁶. Resulta, pois, clara a contraposição entre uma clássica perspectiva jurídica retrospectiva e uma agora exigida postura prospectiva que tem em vista o futuro (e não o passado)¹⁵⁷. Na ausência de regras de experiência pré-existentes em que se possa fundar ou a que possa recorrer, parece caber ao Direito a tarefa de, por um lado, induzir e sustentar processos de produção descentralizada de conhecimento na sociedade (entre os indivíduos e entre organizações)¹⁵⁸, do mesmo modo que, por outro lado, lhe cabe dotar-se de “formas de recepção, reflexão e observação” desse conhecimento para poder inovar normativamente¹⁵⁹⁻¹⁶⁰.

São várias as estratégias que concretizam a cognitivização do Direito: a maior indeterminação textual normativa (através do emprego de cláusulas gerais ou conceitos

sen, Verfahren und Regeln zu entwickeln, die ein produktives Konfliktverhältnis von Ordnung und Chaos garantieren, das für die Fortsetzung der Selbstorganisation der pluralen differenzierten sozialen Systeme erforderlich ist”), LADEUR, “Risikobewältigung...”, p. 57 (quando explica aquele que para si é o núcleo da processualização e flexibilização do Direito: “Die Generierung von Sicherheitswissen erfolgt nicht mehr spontan durch Selbstkoordination zwischen den Akteuren, sondern muß teils privat, teils öffentlich besonders organisiert werden, Lernfähigkeit muß also explizit institutionalisiert werden, damit eine produktive Selbstkoordination zwischen überwiegend organisierten Akteuren zustande kommen kann”), e WINTER, “Die Rolle des Rechts...”, pp. 300 e ss.

154 Cfr. VESTING, *Rechtstheorie*, p. 32. *Vd.*, ainda, WOLF, “Die Risiken des Risikorechts...”, p. 87, afirmando que o Direito, como modo de lidar com a incerteza, “erhält die Aufgabe, Lernprozesse zu initiieren, sich ihren Ergebnissen zu öffnen und dadurch selbst lernfähig zu werden”.

155 É obrigatória a obra de Udo di FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat. Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung*, Tübingen: Mohr, 1994.

156 Cfr. BORA, “Einleitung: Mehr Optionen...”, p. 13.

157 Cfr. HILLER, “Probleme prozeduraler Risikoregulierung...”, p. 29, sublinhando “Die Differenz der Zeitorientierung von Risiko und Recht”.

158 Cfr. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 160.

159 Neste sentido, LADEUR, “Risikobewältigung...”, p. 51.

160 A este propósito, cumpre teoreticamente ponderar se não resultam, com tudo o exposto, favorecidas recentes posições doutrinárias a favor de uma compreensão “pragmática” e praxeológica da norma jurídica, que – por oposição a uma concepção normativista – concebe as normas jurídicas como “fenómenos emergentes” de um jogo de linguagem jurídico, de uma *praxis* jurídica no contexto de uma específica comunidade. Assim, *vd.* VESTING, *Rechtstheorie*, pp. 31-32.

indeterminados), dando maior ênfase e importância ao acto de aplicação do direito (o mesmo seria dizer: concedendo mais espaço para a auto-programação através da operação de aplicação, assim se gerando situativa e circunstancialmente o sentido da norma)¹⁶¹, e bem assim a formulação dos programas normativos com remissões para complexos de conhecimentos de outros sistemas¹⁶² (pense-se no “estádio da ciência e da técnica”¹⁶³); a adopção de decisões precárias ou experimentais¹⁶⁴; o desenho de procedimentos administrativos com forte componente cognitiva¹⁶⁵; o desenvolvimento de uma metodologia jurídica consequencialista que considera e atende às consequências a produzir na realidade pelas decisões jurídicas (as *Entscheidungsfolgen*)¹⁶⁶; sem esquecer, ademais, tudo o que se relaciona com o ideia central do acompanhamento *ex post* dos efeitos efectivamente produzidos ou despoletados pelas decisões jurídicas (pense-se na *monitorização*¹⁶⁷) e as possibilidades da respectiva revisibilidade¹⁶⁸.

Se estas têm sido estratégias jurídicas comuns para lidar com a incerteza, a mutabilidade e o risco associado às situações que o Direito intenta regular¹⁶⁹ (espelhando a

161 Cfr. VESTING, *Rechtstheorie*, p. 32 (sublinhando a interconexão entre regra e utilização da regra, de tal sorte que a “norma jurídica é não apenas produto como requisito da sua utilização”), e HILLER, “Probleme prozeduraler Risikoregulierung...”, pp. 32 e 35 (destacando a eliminação da distinção entre decisão programante e decisão programada).

162 Na nossa tese de doutoramento, que em breve defenderemos, propusemos, para essas situações, a adopção do conceito de “remissão normativa intersistémica”. O que estará em causa é, para o dizermos com Andreas FISCHER-LESCANO / Gunther TEUBNER, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006, pp. 128-133, e em termos abstractos, a “paradoxal juridificação da desjuridificação”, através da qual o Direito, no caso presente, convoca e recepciona (ainda que sempre de acordo com as suas regras e critérios de relevância) os conhecimentos de outros sistemas na sociedade. Com efeito, através dessa “desjuridificação jurídica” procura-se aproveitar e beneficiar do potencial de autonomia e de auto-direcção (afinal, sempre um potencial cognitivo) dos demais sistemas diferenciados que operam no exterior ou ambiente do sistema jurídico. É, por isso, que os ilustres Autores qualificam este fenómeno de “técnica de remissão societal” (*Technik der Gesellschaftsverweisung*). Dê-se-lhes a palavra: “Die rechtliche Rückgabe von Entscheidungen an andere Systeme ist hierbei als rechtsinterne Angelegenheit zu begreifen. [...] Als solche handelt es sich bei diesen rechtlichen Operationen um Rechtsentscheidungen, die die Entscheidung beinhalten, nicht rechtlich zu entscheiden, sondern den Konflikt in der gesellschaftlichen Umwelt abarbeiten zu lassen”.

163 Sobre isso, em especial, cfr. Hermann PLAGEMANN / Rainer TIETZSCH, “Stand der Wissenschaft” und “Stand der Technik” als unbestimmte Rechtsbegriffe, Tübingen: Mohr, 1980.

164 A propósito, entre nós, vd. Filipa Urbano CALVÃO, *Os Actos Precários e os Actos Provisórios no Direito Administrativo – Sua natureza e admissibilidade. As garantias do particular*, Porto: Universidade Católica Editora, 1998.

165 Por todos, Burkard WOLLENSCHLÄGER, *Wissensgenerierung im Verfahren*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

166 Por todos, Klaus MATHIS, “Consequentialism in Law”, in Klaus Mathis (Ed.), *Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations*, Dordrecht: Springer, 2011, pp. 3-30.

167 Cfr., em especial, Karsten HERZMANN, “Monitoring als Verwaltungsaufgabe”, *DVBl* (2007), pp. 670-674.

168 Cfr. BORA, “Einleitung: Mehr Optionen...”, p. 14, e VESTING, *Rechtstheorie*, p. 32.

169 Entre nós, leia-se sobretudo a tese de doutoramento de Carla Amado GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

procura de um aumento da ressonância do sistema jurídico ao seu ambiente¹⁷⁰), impor-tará sublinhar que elas não apenas constituem uma resposta jurídica à contingência da e na sociedade¹⁷¹, como representam em si mesmas consideradas um movimento de *contingencialização jurídica*, de um direito que é de um modo (o que está decidido) mas que, sensível às variações do ambiente e capaz de se auto-modificar ou auto-corrigir, pode ainda vir a ser de outro modo¹⁷². A máxima é, pois uma, de não eliminação de alternativas¹⁷³ e, por isso, de promoção de variação interna do sistema jurídico¹⁷⁴.

De resto, e como concretização destas observações, sempre se poderia exemplificar o que se escreve com a exigência jurídica de *precaução (Vorsorge)*, princípio central da resposta jurídica ao problema dos riscos tecnológicos e ambientais em face da respectiva incerteza científica¹⁷⁵. Ora, se aceitarmos que a precaução depende da produção de conhecimento para a sua efectivação¹⁷⁶, e que essa produção de conhecimento concomitantemente provoca mais desconhecimento¹⁷⁷ – o que parece mais do que plausível –, então logo se reconhece que a precaução comporta ela mesma riscos¹⁷⁸ e que não pode ser senão algo de contingente, designadamente por assentar num vicioso “círculo de crescente procura de precaução e descoberta de sempre novos défices de precaução”¹⁷⁹. O *direito do risco (Risikorecht)* não pode, pois, postular modelos decisórios que impliquem a assunção de um conhecimento universalmente válido e intemporal, antes tem de dispor regras e procedimentos que, para lá da produção de conhecimento e da implementação de decisões, assegurem a revisibilidade e modificação destas últimas¹⁸⁰.

Uma das interrogações fundamentais que, conseqüentemente, se coloca, e que aqui deixaremos meramente enunciada, concerne a saber que impacto tem esse movi-

170 Cfr. HILLER, “Probleme prozeduraler Risikoregulierung...”, p. 32.

171 E abstraímos aqui da questão, mais fundamental (mas que não nos interessa por ora discutir), de saber se o Direito dispõe ou não de uma efectiva e cabal aptidão para regular e gerir com sucesso riscos e respectivas matérias arriscadas. A propósito, cfr. BORA, “Einleitung: Mehr Optionen...”, pp. 16-18.

172 Assim, cfr. HILLER, “Probleme prozeduraler Risikoregulierung...”, p. 30: “[...] Entscheidungsmodelle [...], die die Irreduzibilität von Unsicherheit akzeptieren, indem die Kontingenz der Entscheidung nach der Entscheidung präsent gehalten wird”.

173 Cfr. HILLER, “Probleme prozeduraler Risikoregulierung...”, p. 31.

174 Cfr. HILLER, “Probleme prozeduraler Risikoregulierung...”, p. 32.

175 Sobre a função do princípio da precaução como “Sicherheits- und Gewißheitssurrogat”, cfr. WOLF, “Die Risiken des Risikorechts...”, p. 81.

176 Sobre os requisitos cognitivos da *Vorsorge*, cfr. WOLF, “Die Risiken des Risikorechts...”, p. 77.

177 Cfr. WOLF, “Die Risiken des Risikorechts...”, p. 78. Também LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, p. 37 (“Je mehr man weiß, desto mehr weiß man, was man nicht weiß, und desto eher bildet sich ein Risikobewußtsein aus”).

178 Cfr. WOLF, “Die Risiken des Risikorechts...”, pp. 80 e ss.

179 Assim, WOLF, “Die Risiken des Risikorechts...”, p. 86.

180 Cfr. WOLF, “Die Risiken des Risikorechts...”, pp. 79-80. Vd., também, Klaus Peter JAPP, “Risikoreflexion – Beobachtung der Gesellschaft im Recht”, in Alfons Bora (Hrsg.), *Rechtliches Risikomanagement. Form, Funktion und Leistungsfähigkeit des Rechts in der Risikogesellschaft*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999, pp. 239-258 (254-255).

mento (no sentido da cognitivização e da contingencialização das operações/comunicações) na autonomia (autopoiese) do sistema jurídico e na execução da sua clássica função de protecção contrafactual de expectativas normativas¹⁸¹ – que, afinal, em muitos destes casos de risco e contingência não podem ser assim tão (absolutamente) normativas¹⁸². Há um perfil do Direito que se transforma em face do risco (ou por reacção a este)¹⁸³ – há, nas palavras de BORA, uma “ambivalência arriscada do direito do risco”¹⁸⁴ – que afecta a previsibilidade e a segurança jurídicas usualmente esperadas da normação e decisão jurídicas¹⁸⁵, mas que parece, se o diagnóstico estiver correcto, o preço a pagar pela flexibilização e processualização¹⁸⁶ que permitem ao Direito ainda ter uma voz na gestão e processamento do risco na sociedade¹⁸⁷ (ainda e quando isso possa provocar *mais* riscos¹⁸⁸). Novamente se denota, portanto, uma tensão entre a (tí-

181 Criticamente, considerando redutora essa caracterização da função do Direito, vd. VESTING, *Rechtstheorie*, pp. 33-34.

182 Cfr. BORA, “Einleitung: Mehr Optionen...”, p. 25, e HILLER, “Probleme prozeduraler Risikoregulierung...”, p. 32. Com posição distinta, estabelecendo uma conexão entre a juridificação de expectativas e a geração de convenções sociais, cfr. LADEUR, “Risikobewältigung...”, pp. 44 e ss.

183 É excelente a síntese oferecida por WOLF, “Die Risiken des Risikorechts...”, p. 77, quanto aos dilemas com que se confronta o Direito em face do risco ou, amplamente, da contingência: “Ein auf Sicherheit orientiertes Recht in der Risikogesellschaft müßte dann seine kognitiven und normativen Potentiale so schärfen, daß es gleichzeitig die Risikogesellschaft als Gesellschaftsdiagnose gegenstandslos machen würde. Akzeptiert man umgekehrt die Gegenthese, daß die Sicherheitsversprechen, die die moderne Rechtsordnung bisher geprägt haben, nicht mehr in der bisherigen Form eingelöst werden können, gerät das Konzept des «Sicherheitsrechts» in seiner Doppelfunktion als Recht materieller Sicherheitsgarantien und der Rechtssicherheit in die Krise. Erwartungen an die Bestimmungskraft des Rechts müssen zurückgenommen werden. Sicherheit wäre im Zeichen der Risikogesellschaft nicht nur ein kontrafaktischer Begriff, sondern auch ein antiquiertes Postulat. Wird dagegengesetzt, Sicherheit könne nicht verabsolutiert, sondern müsse als relativ betrachtet werden, ist damit gleichzeitig auch zugegeben, daß die Kategorie der Sicherheit an die Grenze ihrer Aussagefähigkeit gekommen ist. Damit, schwindet aber die Orientierungskraft des Leitbildes, das für die Entwicklung der bürgerlichen Gesellschaft nicht weniger prägend war als das der Freiheit. Ein «Grundrecht auf Sicherheit» erscheint im Kontext der wissenschaftlich-technischen Entwicklung als ein Postulat, das nur um den Preis der Entkernung seines Wesensgehaltes realisierbar ist”. Leia-se, ainda, WINTER, “Die Rolle des Rechts...”, pp. 297-299.

184 Leia-se BORA, “Einleitung: Mehr Optionen...”, p. 25, quando se refere a uma “riskante Ambivalenz des Risikorechts”. Convergentemente, HILLER, “Probleme prozeduraler Risikoregulierung...”, p. 38: “daß die Anpassung von Recht an die Problemstruktur riskanten Entscheidens selber riskant ist”. Com acentuado desenvolvimento, vd. WOLF, “Die Risiken des Risikorechts...”, pp. 65 e ss.

185 Destacando essa perda de segurança e previsibilidade, vd. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 559-560, WOLF, “Die Risiken des Risikorechts...”, pp. 68 e ss., e HILLER, “Probleme prozeduraler Risikoregulierung...”, p. 32 (com uma afirmação radicalmente severa: “Prozeduralisierung läuft auf die Abschaffung von Enttäuschungsmöglichkeiten hinaus – und damit auf die Abschaffung der Norm”)-

186 Sobre a *Prozeduralisierung*, cfr. HILLER, “Probleme prozeduraler Risikoregulierung...”, pp. 30 e ss.

187 Cfr. BORA, “Einleitung: Mehr Optionen...”, pp. 25-26.

188 Sobre o “risco próprio do Direito” (*Eigenrisiko des Rechts*), vd. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 560-561, acabando, de todo o modo, por concluir que na medida em que a sociedade é ela mesma arriscada (e olha para o seu futuro como um risco carecido de decisão), não pode o Direito ser senão também arriscado.

pica) estrutura temporal do Direito (orientado para o passado em razão da protecção de expectativas normativas) e a estrutura temporal do *risco* (que convoca o horizonte futuro)¹⁸⁹. Saber se nessa tensão se perde ou se (pode) ganha(r) em funcionalidade jurídica na sociedade – saber se aí se corre o perigo da desdiferenciação jurídica – é o que fica em aberto¹⁹⁰.

Em última análise, parece-nos valer, em qualquer caso, a afirmação de LADEUR: “daß für eine liberale Gesellschaft gerade das Akzeptieren von Unbestimmtheit der Zukunft konstitutiv ist”¹⁹¹. Isso não postula senão um Direito *irónico*¹⁹², isto é, um direito contingente, que se sabe contingente e que, para não ser cínico¹⁹³, expõe a sua contingência. Um Direito, portanto, e no essencial, que tem de “viver sem um futuro fixo”¹⁹⁴, o que significa, em substituição da assunção de um “modelo de ambiente estável”, que tem de contar com uma pluralidade de ambientes (de sistemas no ambiente) auto-organizados e auto-modificáveis (logo: variáveis e instáveis)¹⁹⁵.

Conclui-se, então, que, neste plano, impende sobre qualquer reflexão a basilar consideração da dimensão temporal do Direito¹⁹⁶ (o *Direito no tempo*) e, com isso, a tomada de consciência de uma permanente e constitutiva oscilação entre desjuridificação e rejuridificação, é dizer: uma operatividade jurídica que se realiza e executa num ininterrupto movimento de desaparecimento e (re)nascimento de direito, num ininterrupto movimento de desactualização e reactualização de direito, num ininterrupto movimen-

189 Cfr. HILLER, “Probleme prozeduraler Risikoregulierung...”, p. 30. Criticamente, LADEUR, “Risikobewältigung...”, pp. 49 e ss.

190 Destacando a necessidade de encontrar formas jurídicas compatíveis com a auto-poiese, a específica função e o código binário do sistema jurídico, LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 562. Defendendo a inadequação do Direito para reagir a problemas de risco, cfr. HILLER, “Probleme prozeduraler Risikoregulierung...”, pp. 30 e ss. Criticamente, LADEUR, “Risikobewältigung...”, p. 48, recompreendendo a função do Direito e considerando insuficiente a descrição que a reduz à estabilização de expectativas de comportamento: “Die Stabilisierung von *Verhaltenserwartungen* ist als Beschreibung der Funktion des Rechts nicht ausreichend. [...] daß die Rechtsordnung nicht mehr an die Erhaltung und Gewährleistung von tradierten *Zuständen* orientiert ist, sondern an der Beobachtung und Gewährleistung von Verhaltensmustern innerhalb einer durch die Intervention des Rechts freigesetzten Dynamik der Selbsttransformation der Gesellschaft” (itálicos conforme ao original). Já JAPP, “Risikoreflexion...”, pp. 239 e ss., é da opinião que o Direito mantém a sua autonomia, podendo haver, porém, uma recalibragem entre a função e prestação do sistema jurídico em face da problemática do risco. Por sua vez, WOLF, “Die Risiken des Risikorechts...”, p. 88, conclui o seu ensaio considerando que “Ein realistisches Rechtskonzept verlangt daher die konzeptionelle Abkehr vom Paradigma der Sicherheit, damit das Recht seine Aufgabe als Medium der Risikominimierung erfüllen kann”.

191 Cfr. LADEUR, “Risikobewältigung...”, p. 61.

192 Com a alusão ao “papel irónico do Direito na sociedade do risco”, vd. WOLF, “Die Risiken des Risikorechts...”, p. 88. De sublinhar que a inspiração deste Autor em Rorty nos parece óbvia.

193 A propósito, Peter SLOTERDIJK, *Kritik der zynischen Vernunft*, 19.ª edição, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2013 (1983).

194 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 558: “Das Recht der modernen Gesellschaft muß nach all dem, und gerade darin erweist sich als gesellschaftsabhängig, ohne feststehende *Zukunft auskommen*” (itálico conforme ao original).

195 Assim, vd. LADEUR, *Postmoderne Rechtstheorie*, p. 167.

196 Assim, LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 562.

to entre *deixar-de-ser* direito e *passar-a-ser* direito¹⁹⁷. O que, e em suma, se revela contingência, não menos revela o que aqui poderíamos designar de *contemporaneidade existencial* ou *existencialidade contemporânea* do Direito¹⁹⁸. Tomando como premissa a ideia, afirmada pela teoria dos sistemas sociais autopoieticos, de que o sistema tem uma existência temporalmente pontualizada (o momento da execução e interconexão das suas operações)¹⁹⁹, então a normatividade jurídica não poderá ser uma “normatividade temporalmente estável” (*zeitstabile Normativität*), ou sequer corresponder a um direito natural eterno, mas sim, diríamos, uma *normatividade em fluxo*, isto é, uma normatividade dinâmica resultante (e dependente) da contínua auto-reprodução do sistema jurídico²⁰⁰. Eis, porventura, o mais fundamental corolário da compreensão da contingencialidade jurídica: o Direito como um *presente*²⁰¹.

3.2. Contingência e validade jurídica

O que se escreveu no ponto precedente, a propósito da operatividade do sistema jurídico, pode ser complementado, na mesma linha de raciocínio, com algumas observações, mais sintéticas, acerca do conceito de *validade jurídica* (*Rechtsgeltung*).

Com efeito, também aí, na *validade jurídica*, se torna possível descobrir uma forma de regulação de contingência. Se a *normatividade* (simbolizada pelo dever-ser) reage à contingência de comportamentos (*Verhaltenskontingenz*), reportando-se às várias possibilidades de comportamento em aberto, já a *validade* reage à contingência de normas (*Normkontingenz*), reportando-se às possibilidades de projecções normativas contraditórias²⁰². Assim, a validade como uma forma de negação de contingência no plano do possível, designadamente no que concerne às expectativas de expectativas normativas²⁰³. Determinar que normas valem juridicamente e que expectativas normativas são juridicamente protegidas parece, pois, a razão de ser do símbolo da validade

197 O que se escreveu colheu inspiração nas brilhantes reflexões de Friedrich MÜLLER, *Syn-tagma. Verfasstes Recht, verfasste Gesellschaft, verfasste Sprache im Horizont von Zeit*, Berlin: Duncker & Humblot, 2012, p. 490: “Recht wird durch (sich selber entzeitende) Zeit ent-rechtet. Der stehende Zeitpunkt, in dem es genau dieses Recht ist, wird ihm sogleich wieder streitig gemacht durch Eröffnen eines Raums für Kritisieren, Umdeuten, Ändern. [...] Entzeiten durch Zeit heißt für das Recht: schon auf kürzere und mittlere Sicht: ent-bedeuten, auf längere Sicht ent-rechten”.

198 Leia-se, especialmente, na sociologia, Armin NASSEHI, *Gesellschaft der Gegenwart. Studien zur Theorie der modernen Gesellschaft II*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2011. Na Teoria do Direito, desenvolve estas ideias, em termos com que concordamos e convergimos, VESTING, *Rechtstheorie*, pp. 61- 63.

199 Cfr. VESTING, *Rechtstheorie*, p. 62.

200 Cfr. VESTING, *Rechtstheorie*, pp. 62-63.

201 Cfr. VESTING, *Rechtstheorie*, p. 61: “[...] operiert das Recht stets in einer punktualisierten Gegenwart”.

202 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 119.

203 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 105.

jurídica, não estranhando que a ciência jurídica tenha desde cedo procurado desenvolver uma teoria das fontes de Direito²⁰⁴.

De alguma forma, isso ajuda a explicar que LUHMANN acabe por ver na validade jurídica um símbolo da auto-poiese do sistema jurídico²⁰⁵, que assegura e concorre para a interconexão auto-reprodutiva das operações deste sistema²⁰⁶, dando-lhe, nessa multiplicidade ou fragmentariedade operativa, uma unidade sistémica²⁰⁷. Nesta medida, há dois aspectos de interesse e a ressaltar: o primeiro, relativo ao facto de não subjazer à validade jurídica, nesta compreensão, qualquer valoração ou axiologia²⁰⁸; o segundo, decorrente de a validade jurídica não surgir como uma metanorma no topo de uma qualquer hierarquia²⁰⁹, mas se consubstanciar na “execução comunicativa da interligação de operações jurídicas”²¹⁰, numa recursividade em que operações jurídicas se encadeiam a outras (já válidas) operações jurídicas²¹¹, numa “unidade de sentido” puramente interna e que circula no sistema²¹². VESTING exemplifica da seguinte forma: quando um tribunal decide, recorre a direito que vale (*geltendes Recht*); da mesma forma que o legislador quando emana uma nova lei o faz no quadro da Constituição²¹³.

Donde flui, então, que não se defenda uma compreensão normativa da validade jurídica (assumindo-a como validade normativa ou pressupondo uma meta-norma no topo de uma hierarquia)²¹⁴, antes se descobrindo no tempo o “único” e “indispensável” fundamento de validade (*Geltungsgrundlage*)²¹⁵. Nesta “teoria temporal da validade” (*temporale Geltungstheorie*)²¹⁶, a validade é um produto do sistema em constante renovação²¹⁷, é um “símbolo da estabilidade dinâmica do sistema”²¹⁸.

Estas observações podem, quanto a nós, e para os efeitos prosseguidos neste estudo,

204 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 114.

205 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p.

206 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 107: “Das Symbol wird von Operation zu Operation transferiert und besteht nur in dieser permanenten Reproduktion”.

207 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 98.

208 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 98: “[...] ist auch Geltung ein Symbol ohne intrinsischen Wert”.

209 Cfr. VESTING, *Rechtstheorie*, p. 92.

210 Citámos VESTING, *Rechtstheorie*, p. 93.

211 Cfr. VESTING, *Rechtstheorie*, p. 93.

212 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 101.

213 Cfr. VESTING, *Rechtstheorie*, p. 93.

214 Bem ao invés, a validade é uma forma, em sentido teórico-sistémico, com dois lados: validade/não-validade (*Geltung/Nichtgeltung*). Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 104.

215 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 110.

216 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 109.

217 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 109: “Geltung ist ein von Moment zu Moment neu zu erarbeitendes Produkt des Systems”.

218 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 107.

ser complementadas por outras que, em face do problema do risco e de determinados aspectos concretos da operatividade jurídica, tal como precedentemente exposto, complementem o conceito de validade jurídica apresentado por LUHMANN nos termos expostos. Com efeito, da exposição anterior logo se retira que se trata de um conceito essencialmente sistémico de validade jurídica, é dizer: uma validade jurídica autopoietica, uma validade jurídica fundada na operatividade do sistema jurídico, uma validade jurídica ela própria recursiva e funcionalmente subordinada à preservação da unidade do sistema e manutenção da sua auto-reprodução – em suma, uma *auto-validade*²¹⁹.

E, contudo, LUHMANN não ignora – nem poderia, de resto, ignorar tendo em conta a sua própria teoria – o que designa, considerando desenvolvimentos então recentes com projecção na normatividade e operatividade jurídicas, por *temporalização da validade jurídica*²²⁰. Refere-se, designadamente, ao facto de as normas não se acharem já ancoradas nas constantes da religião e da natureza, ou sequer em “estruturas sociais inquestionadas”, mas antes serem percebidas como “projecções temporais” (*Zeitprojektionen*): “elas valem «até mais ven»”²²¹. Com tanto sobressai não apenas a respectiva contingência, como a sua *sensibilidade cognitiva*²²².

E é a partir daqui que, como forma de repercutir ou projectar neste tópico da validade jurídica alguns dos aspectos sublinhados a propósito da cognitivização do Direito, que nos parece útil mencionar os ensinamentos de FRANÇOIS OST e MICHEL VAN DE KERCHOVE a propósito de uma *tridimensionalidade da validade jurídica*²²³⁻²²⁴.

Com efeito, uma vez declarado o objectivo de propor e desenvolver um modelo de validade jurídica (ou um “processo de validação jurídica”) *plural, relativo e recursivo* (por oposição, e em substituição, de um modelo unilateral, absoluto e hierarquizado)²²⁵,

219 Em linha, de resto, com a paradoxalidade auto-fundacional do Direito, na medida em que é o direito que diz o que o direito é (e o que o direito pode ser). Cfr. NOBLES / SCHIFF, *A Sociology of Jurisprudence*, pp. 46-47, que sintetizam assim, na nota 40, o paradoxo do Direito: “1. Only the law can decide what can be law. 2. Law is the application by law of a distinction particular to law: legal/illegal. 3. The distinction has no meaning outside of law, and no meaning inside of law other than the history of its application. 4. Whilst the law decides what is law (nothing else can) law cannot decide in a deterministic manner, as there is nothing that law can use to determine (code) the application of the distinction legal/illegal other than its own past applications”.

220 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 557.

221 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 557 (“Sie gelten «bis auf weiteres»”).

222 Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 557: “Sie werden damit nicht nur als kontingent erfahren, sondern werden auch kognitiv empfindlich”.

223 Cfr. François Ost / Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 307 e ss., em especial.

224 O que se oferecerá não será uma análise crítica de tal teoria. Ainda que, aqui e ali, com algumas reservas relativamente a determinadas propostas dos Autores, o objectivo é tão somente o de estabelecer uma conexão produtiva entre algumas tendências operativas do direito e determinadas recompreensões do fenómeno da validade jurídica, que simultaneamente espelham e reforçam aquelas mesmas tendências.

225 Cfr. OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, pp. 308-310, que oferecem, de resto, uma definição de cada uma das componentes do modelo de validade ou validação jurídica que propõem: *plural* porque inclusivo não apenas de critérios formais ou intrasistémicos, mas

os ilustres Autores propõem uma tríade de “critérios de validade” (ou “formas de validade”), a saber: validade *formal*, validade *empírica* e validade *axiológica*²²⁶.

A primeira, a validade formal, reconduz-se à *legalidade*, em termos de reconhecimento da sua pertença ao sistema jurídico, designadamente por ter sido adoptada pelo autor competente e segundo os procedimentos prescritos²²⁷.

A segunda, a validade empírica, compreende-se como uma “validade factual” em termos de *efectividade*²²⁸ (sem esquecer a questão da eficácia e da eficiência²²⁹). Neste sentido, são convocados pertinentes aspectos como a “performance” da norma, a sua aptidão para a consecução do respectivo fim pelo menor custo económico e social, o estabelecimento de “processos de avaliação” dos respectivos *efeitos*²³⁰ verdadeiramente (facticamente) produzidos²³¹ e, bem assim, os correlacionados instrumentos de revisão ou correcção do normativamente disposto²³². Do que se cura, nesta perspectiva, é de apreciar se a regra ou norma é “utilizada pelos seus destinatários como modelo para orientar a sua prática”²³³.

Por fim, a terceira, a validade axiológica, avança com um critério de *legitimidade*, postulando a “apreciação da validade dos actos e normas jurídicas de acordo com valores meta-positivos”²³⁴⁻²³⁵ (o que para os Autores, de qualquer modo, e para evitar

também de critérios empíricos e axiológicos ou meta-positivos; *relativo* porque “susceptível de receber intensidades e efeitos muito variáveis”; *recursivo* porque não apenas produzido, “do alto”, pelo legislador ou, “de baixo”, pelos sujeitos de direito, mas “resultante de uma interacção contínua entre um conjunto de actores”.

226 Cfr. OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, p. 309, sublinhando, ademais, que não se trata de privilegiar um critério a outro, mas antes considerar a interacção recíproca entre os três.

227 Cfr. OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, p. 326.

228 Cfr. OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, p. 328.

229 Cfr. OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, p. 331.

230 Se o parâmetro é de *efectividade*, natural se afigura que um conceito-chave seja o de *efeitos*, que OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, p. 330, consideram englobar “«todas as ressonâncias» do texto estudado: efeitos previstos e imprevistos; quanto aos efeitos previstos, alguns são desejados, outros não desejados, outros ainda indiferentes; efeitos directos e indirectos, mediatos e imediatos; efeitos jurídicos, sociais, económicos, psicológicos”.

231 Mais uma vez, como já havíamos sublinhado antes, não deixam OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, p. 333, de colocar a tónica no facto de o processo de avaliação não se limitar a ser prospectivo ou retrospectivo, mas sobretudo se assumir como um processo “contínuo de «monitoring»” que implica, “em detrimento da segurança jurídica”, “ajustamentos permanentes da lei”.

232 Seguimos de perto OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, p. 329.

233 É a definição de *efectividade* fornecida. Cfr. OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, p. 330.

234 Cfr. OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, p. 337.

235 Esta dimensão mereceria um aprofundamento crítico teórico-sistémico que, de momento, por economia de tempo e espaço, nos é impossível fazer. Leia-se, porém, introdutoriamente, VESTING, *Rechtstheorie*, p. 94. *Vd.*, ainda, as interessantes reflexões de MARKUS HOLZINGER, “Politische Theorie im Zeichen der Kontingenz. Zum Verhältnis von Dezisionismus und Prozeduralismus”, in Katrin Toens / Ulrich Willems (Hrsg.), *Politik und Kontingenz*, Wiesbaden: Springer VS, 2012, pp. 231-248 (241-246).

confusões, não afasta uma legitimidade heterogeneamente gerada, seja através do critério da legalidade, seja mediante padrões de efectividade e eficácia²³⁶).

Ora, num quadro de interacção recíproca entre estas várias dimensões da validade jurídica²³⁷, aquilo que é sobremaneira interessante notar é o que resulta para OST e KERCHOVE da “associação do factor temporal às relações que se estabelecem entre os três critérios de validade”²³⁸. Essa consideração do factor tempo conduz a uma análise dinâmica e temporal da “vida” de uma norma jurídica, distinguindo: a primeira fase correspondente ao processo de produção ou emanação da norma (onde predominam exigências formais, procedimentais e competenciais); uma segunda fase traduzida na fixação do conteúdo definitivo da norma e sua apresentação a juízo público (através do que se jogará a legitimidade da norma); uma terceira fase consubstanciada na implementação concreta da norma (pertinente para aferir da efectividade da mesma); e, por último, uma quarta fase dirigida (potencial ou hipoteticamente) a rever a norma (tendo em conta “as controvérsias suscitadas pela sua legitimidade” e “os problemas suscitados pela sua aplicação prática”)²³⁹.

Como se repara, na tipologia da “vida” da norma acabada de apresentar entrecruzam-se e interligam-se os três anteriormente referidos critérios de validade²⁴⁰. De resto, qualquer posição coerente que assente na defendida tridimensionalidade da validade jurídica não pode senão concluir e postular que: “a validade supõe sempre um grau de implicação minimal dos três pólos da validade”, de “tal sorte que cada dimensão da validade aparece como uma condição necessária, mas não suficiente da validade”²⁴¹ (OST / KERCHOVE).

Mas o que fica, ademais, em evidência é a imperiosidade de reconhecer que a validade jurídica, assim compreendida, passa a ser ela mesma caracterizada pela nota da provisoriedade e pela necessidade de uma permanente e contínua reconfirmação, como modo, aliás, de assegurar a própria durabilidade das normas jurídicas²⁴². Em parte, converge-se, pois, com LUHMANN quando, como mencionado, vê no *tempo*

236 Cfr. OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, p. 337.

237 Cfr. OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, pp. 341 e ss.

238 Cfr. OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, p. 355.

239 Seguimos OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, p. 355.

240 Em termos de Teoria do Direito e, sobretudo, de *fundamento* de validade, a discussão pode ser bastante interessante, como demonstram OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, pp. 371 e ss., exibindo a unidimensionalidade de determinadas correntes doutrinárias e jusfilosóficas. Com efeito: a teoria positivista satisfaz-se com um fundamento de validade correspondente ao primeiro critério enunciado (legalidade); a teoria realista satisfaz-se com um fundamento de validade correspondente ao segundo critério enunciado (efectividade); e a teoria jusnaturalista satisfaz-se com um fundamento de validade correspondente ao terceiro critério enunciado (legitimidade). Assim, na medida em que OST e KERCHOVE propõem uma teoria tridimensional da validade jurídica, então isso significa que estão a apresentar uma teoria que combina e interrelaciona em si mesma as três outras posições acabadas de referir. O fundamento de validade é um fundamento tridimensional, que não se compreende sem consideração do texto normativo, dos factos e dos valores.

241 Cfr. OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, p. 360.

242 Cfr. OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, p. 309.

a fundação da validade jurídica²⁴³. Noutra parte contribui-se, significativamente, para descobrir *contingência* na validade jurídica.

E não poucas lições se poderiam extrair do exposto para o legislador. Isso mesmo demonstra a relevante formulação de uma *legisprudência* por LUC J. WINTGENS, entendida como “teoria normativa da legislação racional”²⁴⁴. No conjunto de princípios e deveres que o Autor delinea como impendendo sobre o legislador na sua actividade de criação legislativa²⁴⁵ (do que se trata, afinal, na *legisprudência*, é de disciplinar a produção legislativa no seu momento genético de opção-decisão por legislar, procurando assegurar a respectiva racionalidade, legitimação e justificação do legislado²⁴⁶), há dois que, e ainda que em planos distintos, se afiguram particularmente pertinentes quando a reflexão, como é o caso aqui, é uma acerca de “Direito e contingência”: o *princípio da temporalidade* e o *princípio da alternatividade*²⁴⁷.

Comece por reparar-se que um autor sofisticado como WINTGENS não deixa de exhibir sensibilidade relativamente ao que considera ser o desafio que a contingência lança à actividade legislativa. Nesse sentido, diferencia entre uma “contingência sincrónica” (relativa aos factos no momento da preparação, elaboração e adopção de normas jurídicas) e uma “contingência diacrónica” (relativa à variação, alteração ou transformação dos factos ao longo do tempo, sem ignorar efeitos consequentemente produzidos pela introdução da legislação)²⁴⁸. Se o primeiro tipo de contingência remete para uma fase pré-legislativa de apuramento da base factual social que dará causa e finalidade à norma a produzir²⁴⁹, já o segundo tipo de contingência – para o nosso âmbito mais interessante – indica a necessidade de observar os efeitos produzidos pela norma (uma vez em vigor) e estar atento às mutações factuais que sejam normativamente pertinentes (seja por terem sido induzidas pela norma, seja porque a norma tinha em vista projectar-se sobre uma dada realidade que, no entretanto, se transformou)²⁵⁰.

E é nesse quadro que deve ser situado o princípio *legisprudencial da temporalidade*. De acordo com este princípio, explica WINTGENS, os legisladores têm de explicar a razão pela qual uma norma é necessária “tudo considerado agora” (máxima ou cláusula ATCN: “all things considered now”), evidenciando a necessidade e justificação da nor-

243 Cfr. novamente LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 110.

244 Cfr. LUC J. WINTGENS, *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*, Surrey: Ashgate, 2012, p. 1. A teoria havia sido preliminarmente introduzida e exposta, na sua arquitectura fundamental, anteriormente em LUC J. WINTGENS, “Legisprudence as a New Theory of Legislation”, *Ratio Juris* 19 (2006), pp. 1-25.

245 Cfr. WINTGENS, *Legisprudence*, p. 4.

246 Cfr. WINTGENS, *Legisprudence*, p. 90.

247 Os princípios enumerados por WINTGENS, “Legisprudence as a New Theory...”, pp. 16-24, Autor são os seguintes: princípio da coerência; princípio da alternatividade; princípio da temporalidade; e princípio da necessidade da densidade normativa.

248 Cfr. LUC J. WINTGENS, “The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence”, in LUC J. Wintgens / A. Daniel Oliver-Lalana (Ed.), *The Rationality and Justification of Legislation*, Heidelberg: Springer, 2013, pp. 1-32 (16-17).

249 Cfr. WINTGENS, “The Rational Legislator...”, p. 17.

250 Cfr. WINTGENS, “The Rational Legislator...”, p. 17.

ma *naquele momento* em que vai ser criada (tendo obviamente por base os factos e elementos existentes nesse mesmo momento)²⁵¹. Só que, por força da vocação temporal alargada das normas, encontram-se elas sujeitas a obsolescimento²⁵², pelo que o princípio da temporalidade compreende ainda a obrigação para o legislador de “tomar em consideração a cláusula ATCN outra vez”²⁵³. A conclusão é imediata: “[...] the PT [princípio da temporalidade] requires that norms not simply be justified under ATCN conditions. Justification under the PT is an ongoing justification”²⁵⁴ (itálico nosso), o que, conseqüentemente, “leav[es] the justification open-ended in time”²⁵⁵. Ora, nisto vemos nós uma justificação contingencial da norma jurídica e, ademais, uma validade temporalmente cunhada (contingencial) da mesma²⁵⁶ (subjazendo a necessidade de uma sempre contínua renovação e reactualização da justificação²⁵⁷). Como se intui, os deveres operativos deste princípio da temporalidade reconduzem-se à avaliação *ex ante* e *ex post* da legislação produzida, e bem assim à correcção do legislado conforme à apreciação efectuada²⁵⁸.

Mas cremos que se deve ir mais longe e surpreender na validade contingencial e nos deveres legisprudenciais (eles próprios uma resposta a problemas de contingência) uma questão prévia ou pressuponente atinente à opção ou decisão de *juridificação*, ou seja, a opção ou decisão de normativizar juridicamente um dado âmbito social²⁵⁹. Essa é uma questão que, para o efeito, inverte agora aqui o pensamento ou raciocínio: já não a expansão e auto-reprodução da operatividade jurídica (do jurídico na sociedade), mas muito mais fundamental e basilamente a interrupção ou não execução da autopoiese jurídica. O que nos parece, sobretudo, é que uma reflexão jurídica da contingência não pode deixar de tematizar as razões e condições da não-juridificação, isto é, as razões e condições que devem conduzir à preservação e manutenção de espaços de *não-direito*²⁶⁰.

Também a este respeito oferece ajuda a legisprudência de WINTGENS, designadamente por intermédio do já referido princípio da alternatividade. Com efeito, em face da hi-

251 Cfr. WINTGENS, *Legisprudence*, p. 269.

252 Seja porque a norma assentou em distinções que se crê depois (agora) serem arbitrárias ou discriminatórias, seja porque foram perdendo legitimidade com o tempo. Assim, WINTGENS, *Legisprudence*, p. 269.

253 Cfr. WINTGENS, *Legisprudence*, p. 269.

254 Cfr. WINTGENS, *Legisprudence*, p. 269.

255 Cfr. WINTGENS, *Legisprudence*, p. 271.

256 Cfr. WINTGENS, “The Rational Legislator...”, pp. 25-26: “valid norms require constant reconfirmation or validation, and possibly correction”.

257 Cfr. WINTGENS, *Legisprudence*, p. 270.

258 Veja-se o que em WINTGENS, *Legisprudence*, pp. 301-304, surge como “dever de prospecção”, “dever de retrospectção” e “dever de correcção”.

259 Cfr., em especial, Gunther TEUBNER, “Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege”, in Zacher / Simitis / Kübler / Teubner (Org.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden: Nomos, 1984, pp. 289-344.

260 Cfr. Jean CARBONNIER, “L’hypothèse du non-droit”, in Jean Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10.ª edição, Paris: L.G.D.J., 2001, pp. 25-47.

pótese de deixar uma dada situação ou relação social entregue à sua auto-regulação ou de intervir legislativamente em modo de hetero-regulação (são essas, no fundo, as alternativas que se apresentam primariamente ao órgão legislativo), o princípio da alternatividade contém, no seu núcleo, a imposição da *justificação* da intervenção legislativa, isto é, e fundamentalmente, a indicação do *porquê* de criar legislação e de juridificar um determinada âmbito social (a par, evidentemente, da subsequente justificação do conteúdo normativo dado ao acto legislativo)²⁶¹. Não aprofundando agora a significativa dimensão ética subjacente a este princípio (essencialmente baseado na liberdade)²⁶², o que se reconhece na *alternatividade* é a tematização acerca da opção por não legislar, por não hetero-regular, por não constringer a liberdade dos sujeitos, por não juridificar. Da perspectiva da contingência, é um princípio que sustenta uma auto-restricção legislativa e que, por isso, está na base de uma auto-contenção da expansão auto-reprodutiva da operatividade do sistema jurídico. Na *contingência do Direito* está, por definição, implicada a *possibilidade de não-Direito*²⁶³.

3.3. Contingência e ciência jurídica

A reflexão a que procedemos neste estudo não ficaria completa sem um conjunto de observações, ainda que sumárias, acerca do impacto do problema da contingência (i.e., de uma perspectiva que se assume consciente da contingência *no* e *do* Direito) na ciência jurídica, designadamente na chamada dogmática jurídica²⁶⁴.

Desde logo, a contingência jurídica – ora remetendo para a possibilidade de o direito actual e vigente ser de outro modo, ora remetendo para uma operatividade jurídica marcada por uma acelerada dinâmica de variação e transformação – não pode senão levar a colocar a pergunta pela capacidade ou aptidão da dogmática para ainda efectuar as suas prestações de sistematização e construção conceptual da coisa jurídica que usualmente lhe são cometidas²⁶⁵. Com efeito, o *tempo* alucinante da mutação operativa do direito – de resto, reforçada pela respectiva positividade (a sucessão

261 Cfr. WINTGENS, *Legisprudence*, pp. 257-266.

262 Leia-se com os necessários desenvolvimento, WINTGENS, *Legisprudence*, pp. 262-266, em especial.

263 Cfr. CARBONNIER, “L'hypothèse du non-droit...”, pp. 25-27 (como exemplos nas pp. 28-38).

264 Para uma definição corrente e muito difundida de dogmática, vd. Robert ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 7ª edição, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2012, pp. 307 e ss. (“[...] ein Gemenge von mindestens drei Tätigkeiten: (1) der Beschreibung des geltenden Rechts, (2) seiner begrifflichen-systematischen Durchdringung sowie (3) der Erarbeitung von Vorschlägen zur Lösung problematischer Rechtsfälle”).

265 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, pp. 237 e ss. (p. 256: “[...] von Systematisierungsbemühungen oder von dogmatischen Begriffssystemen sprechen, um die *Nachbildung der Einheit des Rechtssystems auf der Strukturebene dogmatischer Begriffe* zu bezeichnen. Systematisierung in diesem Sinne ist also nicht *Konstitution*, sondern *Reflexion* der Einheit des Systems in Begriffen und Begriffszusammenhängen” – itálico conforme ao original).

contínua e incontinente de introdução, alteração e revogação do direito pré-existente) – não apenas interroga a função da dogmática, como, mais profundamente, acaba por lançar dúvidas acerca da possibilidade de dogmatização do material jurídico²⁶⁶. Dir-se-ia, nesse sentido, que vários dos fenómenos que aqui associámos ao conceito de contingência (e que são particularmente evidentes na regulação jurídica do risco técnico e tecnológico) conduzem à identificação de um *confronto de tempos*: de uma banda, o *tempo da auto-reprodução jurídica* (um tempo de curto-prazo, consubstanciado na rápida e constante produção de normas jurídicas e de decisões jurídicas) e o *tempo da construção dogmática* (um tempo de longo-prazo, consubstanciado na abstracção e sistematização daquelas normas e decisões por meio de conceitos com vocação temporal alargada)²⁶⁷.

A questão é, pois, a de saber se o “sistema conceptual dogmático” consegue oferecer ao sistema jurídico complexidade adequada²⁶⁸ (não se reduzindo e exaurindo, de resto, num comentarismo efémero, particularista e, frequentemente, de baixa qualidade). Tanto mais que as condições actuais da execução do jurídico, como exemplificam os desafios do risco, obrigam a uma perspectiva prospectiva (de direcção e conformação no futuro) e não tanto a uma perspectiva retrospectiva (de pura análise e processamento de informação pretérita)²⁶⁹.

Em razão do exposto, que nos parece de sorte a motivar uma profunda auto-reflexão da dogmática jurídica²⁷⁰, somos da opinião que se ganham decisivos argumentos, tendo em conta a globalidade do quadro problemático traçado, para libertar o mundo da *ciência jurídica* da sua típica redução à dogmática jurídica²⁷¹.

Com efeito, do nosso ponto de vista, a actual complexidade que caracteriza o contexto societal do Direito (no qual ele tem necessariamente de executar de forma societalmente positiva a sua função), e, bem assim, a complexidade e contingência que caracterizam a operatividade interna do sistema jurídico, devem conduzir, no plano científico, a uma recompreensão da identidade, dos métodos e das preocupações da ciência jurídica, no sentido daquilo que nos parece dever ser a sua sofisticação-complexificação.

266 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, pp. 254 e ss. (p. 257: “Das vordringliche rechtstheoretische Problem ist aber, ob und wie weit das immer schon konstituierte Rechtssystem der Reflexion auf seine kontingent selektierte Identität zugänglich ist und in selbstreflektiven Operationen seine eigenen Entscheidungsprämissen kontrollieren kann”).

267 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, pp. 252-253.

268 Assim, LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 257 (“Ein dogmatisches Begriffssystem sieht sich daher die Frage ausgesetzt, ob es für die System/Umwelt-Lage des jeweiligen Rechtssystems adäquate Komplexität aufbringt”).

269 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 263 (com uma afirmação a destacar: “Bei zu hohen gesellschaftlichen Interdependenzen verzichtet die Dogmatik mithin auf umweltadäquate systeminterne Komplexität. Die Konsequenz eines solchen Desengagements in Gerechtigkeit ist, daß soziale Planung heute als Vorgang außerhalb des Rechts konzipiert wird, bei dem Recht allenfalls als Durchführungstechnik, nicht aber als Kriterium des Richtigen verwendet wird”).

270 Fica tão-só o repto, uma vez que aqui não prosseguiremos essa análise.

271 Cfr. Oliver LEPSIUS, “Problemzugänge und Denktraditionen im Öffentlichen Recht”, in Eric Hilgendorf / Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, pp. 53-92.

É um movimento, esse a que aludimos, que, de resto, nos parece já em marcha, concretizado, pelo menos, em três manifestações.

A primeira manifestação é a que se prende com a renovada importância atribuída às chamadas disciplinas jurídicas fundamentais (*Grundlagefächer*). Perante uma dogmática crescentemente ultrapassada pelas alterações aos materiais legislativos sobre que se debruça e perante, sobretudo, um certo desfasamento entre aquela que é a complexidade ineliminável dos assuntos e a capacidade efectiva da dogmática para oferecer simplificações generalizantes decisoramente úteis (cada vez mais difícil em face da singularidade dos casos *sub judice*), natural se afigura a recente tendência para acentuar e enfatizar o conjunto de formas mais abstractas e menos ligadas à prática de pensar o jurídico. Mais do que a orientação para o caso concreto e para a aplicação prática do Direito, parece indesmentível que na complexidade do mundo presente o desafio que se lança ao jurista – ao verdadeiro jurista (e não ao técnico de normas legais) – é o da compreensão profunda do jurídico na sociedade. Teoria do Direito, História do Direito, Filosofia do Direito, Lógica Jurídica, Linguística Jurídica... tudo pilares de referência essenciais para poder lidar com a amálgama operativa do Direito, com a efemeridade da regulação jurídica e, fundamentalmente, com a necessidade de estar em permanente diálogo intra-jurídico com a própria razão de ser do Direito²⁷². Aqui a palavra-chave é: meta-dogmática²⁷³.

A segunda manifestação concerne ao investimento na interdisciplinaridade da ciência jurídica, abrindo esta para conhecimentos de ciências e disciplinas afins que possam ser juridicamente pertinentes e relevantes. Isso será tão mais importante naquelas situações que exigem não apenas conhecimentos normativos (jurídicos), mas também detalhados conhecimentos empíricos. Pense-se na sociologia ou na economia, entre outras²⁷⁴.

A terceira manifestação, com algum pendor metodológico, diz respeito ao que, globalmente, se poderia designar como orientações cognitivas da ciência jurídica, redobrando a importância e o estatuto, no sistema jurídico, da informação, do conheci-

272 Veja-se o interessante relatório do WISSENSCHAFTSRAT, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen*, München: [s.n.], 2012 (disponível em <http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>), pp. 53 e ss., em especial.

273 Cfr. LUHMANN, *Kontingenz und Recht*, p. 11.

274 Recentemente, entre tantos outros, leia-se Thomas SALIGER, "Intra- und Interdisziplinarität: Wie kommt das Neue in die Rechtswissenschaft?", in Eric Hilgendorf / Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, pp. 117-131, Thomas GUTMANN, "Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?", in Eric Hilgendorf / Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, pp. 93-116, e Anna-Bettina KAISER, "Öffnung des öffentlich-rechtlichen Methoden durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen", *DVBl* (2014), pp. 1102-1108.

mento²⁷⁵ e das consequências das decisões²⁷⁶. Poderíamos indicar, a título de exemplo, determinadas auto-compreensões da ciência jurídica – tais como a *Neue Verwaltungswissenschaft*²⁷⁷ ou o *Informationsverwaltungsrecht*²⁷⁸ – que acentuam, precisamente, dimensões cognitivas da Administração pública, a importância da produção e circulação de conhecimento entre entidades diversas, a relevância de determinados factores ou parâmetros não-jurídicos de actuação. Ora, regulação jurídica como a que estabelece deveres de informação a favor de entidades administrativas, deveres de transparência e publicitação de informação, deveres de participação de entidades especializadas em determinados procedimentos decisórios, deveres de privados empregarem determinados especialistas, prerrogativas de revisão das decisões, etc., tudo exemplos de um Direito que procura reforçar a sua componente informacional e cognitiva²⁷⁹.

4. Observação conclusiva

Com este pequeno ensaio quisemos colocar em evidência que a sociedade do risco teorizada por ULRICH BECK pode ser objecto de um frutuoso cruzamento com os ensinamentos de NIKLAS LUHMANN, permitindo-nos, desse modo, vislumbrar na própria natureza da sociedade moderna – a tal sociedade funcionalmente diferenciada em sistemas sociais autopoieticos – um risco estrutural e constitutivo que está não apenas na tecnologia, mas na própria execução das dinâmicas societárias. Foi para esse efeito que se escolheu a designação de *sociedade da contingência* (designação, aliás, facilitada pelo facto de o problema da contingência ser central na teoria luhmanniana²⁸⁰).

Baseados em vários desenvolvimentos teórico-sistémicos aplicados ao Direito (sistema jurídico), procurámos, sobretudo, traçar um mapa ou um roteiro de um pensamento jurídico centrado no conceito de contingência, assim tentando delinear um conjunto de orientações e pistas de investigação que se podem afirmar ou abrir.

É, evidentemente, um contributo (muito) modesto, mas somos da opinião que sobressai, no estudo desenvolvido, uma descrição do sistema jurídico que poderá ajudar a perspectivar o Direito de uma maneira crescentemente adequada e adaptada às

275 Veja-se como WOLF, “Die Risiken des Risikorechts...”, p. 78, escreve que “Wissen wird damit zum zentralen Medium der Problembewältigung in der Risikogesellschaft”.

276 Cfr., a propósito, LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 563, especialmente quando estabelece uma correlação entre a valoração das consequências como critério decisório e a validade jurídica (“[...] verlagert auch das Entscheidungskriterium der Folgenbeurteilung die Rechtsgeltung in die Zeit, und zwar wiederum: in die Zukunft”).

277 Por todos, Andreas VOSSKUHLE, “Neue Verwaltungswissenschaft”, in Hoffmann-Riem / Schmidt-Abmann / Voßkuhle (Org.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2.ª edição, München: C. H. Beck, 2012, §1.

278 Por todos, Ino AUGSBERG, *Informationsverwaltungsrecht. Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

279 Cfr. WOLF, “Die Risiken des Risikorechts...”, p. 78.

280 Cfr. Helmut WILLKE, *Systemtheorie I: Grundlagen*, 7.ª edição, Stuttgart: Lucius & Lucius, 2006, p. 30.

condições contemporâneas em que ele se auto-reproduz, com a significativa vantagem de vários assuntos surgirem associados ou interconectados por um mesmo ponto ou critério de observação (que se constituiu, pois, como plataforma unitária de reflexão).

Em última análise, a contingência despe-se de fundacionalismos, ontologias e metafísicas. É esse o desafio lançado ao jurista.



O Admirável Novo Constitucionalismo da Sociedade do Risco

Prof. Doutor Miguel Nogueira de Brito
Professor Auxiliar da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

1. Introdução: os conceitos do direito constitucional como categorias zombie? 2. Conceitos-chave do pensamento de U. Beck relevantes para o direito constitucional: modernidade reflexiva, risco, individualização, sociedade mundial do risco, subpolítica, cosmopolitismo, cosmopolitização; 3. Constitucionalismo administrativo, Constituição do risco, constitucionalismo global e normalização dos estados de exceção; 4. Reflexões críticas: gestão do risco ou superação de crises? Segurança ou liberdade?

1. Introdução: os conceitos do direito constitucional como categorias zombie?

Numa entrevista dada em 1999 Ulrich Beck refere-se a várias instituições sociais como «categorias zombie que estão mortas e ainda vivas»¹. Entre estes «mortos-vivos» inclui nada menos do que a família, as classes sociais e as relações de vizinhança.

Ouçamos o que nos diz sobre a família:

«A família é um bom exemplo de uma categoria zombie. Pergunte a si mesmo: o que é uma família nos dias de hoje? O que significa? Claro que existem os seus filhos, os meus filhos, os nossos filhos. Mas mesmo a *parentalidade*, o *núcleo da vida familiar*, começa a *desintegrar-se sob as condições do divórcio*. As famílias podem ser *constelações de relações muito diversas*. (...) Estamos a entrar em *relações opcionais dentro das famílias que são muito difíceis de identificar de um modo objetivo e empírico, na medida em que são uma questão de decisões e perspectivas subjetivas. E estas podem mudar entre diferentes fases da vida*»².

Não vou aqui analisar as consequências desta análise para o conceito constitucional de família, embora muito houvesse a dizer sobre o assunto. Em vez disso, vou antes

1 Cf. "Zombie Categories: Interview with Ulrich Beck", in Ulrich Beck e Elisabeth Beck-Gernsheim, *Individualization: Institutionalized Individualism and its Social and Political Consequences*, Sage Publications, Londres, 2002, p. 203.

2 Cf. "Zombie Categories: Interview with Ulrich Beck", cit., p. 204.

situar-me numa perspetiva mais geral e provocatória: não serão, de um modo geral, e à luz da sociologia de Ulrich Beck, de entender como verdadeiras categorias zombie alguns dos conceitos mais significativos do direito constitucional pensado no contexto dos Estados-nações? Para além do conceito de família, estou a pensar em conceitos como os de povo, soberania, democracia representativa, Estado social, estado de exceção e guerra. Interrogado precisamente sobre a questão de saber se também a democracia representativa não seria uma categoria zombie, Ulrich Beck afirma que as categorias do poder e da política centrados no Estado são categorias zombie, incapazes de apreender a nova situação, em que as condições históricas do domínio dos Estados-nação se encontram sujeitas a um processo de erosão num mundo sujeito ao poder e aos valores das empresas e dos negócios globais, e «em que as regras da política se encontram a ser reescritas em interações conflituosas entre Estados, interesses empresariais globais e movimentos da sociedade civil»³. Por outro lado, sustenta a necessidade de encontrar alternativas às democracias maioritárias nacionais, que abram espaço para uma efetiva autodeterminação do indivíduo, por oposição à representação política, que a contradiz⁴.

Repare-se, aliás, que Beck estabelece expressamente um paralelo entre a dissolução de instituições sociais como a «*família normal*» e a «*carreira normal*», por um lado, e, por outro lado, «*a debilitação de todos os aspetos do moderno Estado-nação: o Estado social; o poder do sistema jurídico; a economia nacional; os sistemas corporativos que ligavam a economia nacional ao sistema jurídico; a democracia parlamentar que governava o todo*». Na verdade, a família e carreira normais constituíam o esteio do Estado-nação e, ao mesmo tempo, eram apoiadas por este último, pelo que a dissolução de todas estas categorias estaria inextricavelmente ligada⁵.

A destruição das categorias sociais que estamos habituados a associar à modernidade resulta, segundo Beck, do processo de transformação desta última, designada como modernidade simples, em modernidade reflexiva. Modernidade reflexiva não significa, pelo menos num primeiro momento, reflexão, ou uma modernidade que reflete, mas apenas autoconfrontação. Precisamente porque a sociedade do risco não é, em primeira linha, uma sociedade que reflete, é necessário também ter consciência que a transição da sociedade industrial para a sociedade do risco não é algo deliberado, mas antes um processo que ocorre «*não intencionalmente, imprevisivelmente, compulsivamente, no curso de uma dinâmica de modernização que se tornou autónoma, seguindo um padrão de consequências não desejadas*»⁶. Este aspeto é da maior importância para compreender a sociedade do risco e as estratégias de ação que podemos adotar no seu contexto, como adiante veremos.

3 Cf. Ulrich Beck, *Power in the Global Age: A New Global Political Economy*, tradução do original alemão de Kathleen Cross, Polity, Cambridge, 2005, pp. 63-64.

4 Cf. "Zombie Categories: Interview with Ulrich Beck", cit., p. 209.

5 Cf. Ulrich Beck e Johannes Willms, *Conversations with Ulrich Beck*, tradução do original alemão de Michael Pollak, Polity, Cambridge, 2004, p. 29.

6 Cf. Ulrich Beck, *World Risk Society*, Polity Press, Cambridge, 1999, p. 73.

O que significa, então, a autoconfrontação que caracteriza a modernidade reflexiva? Significa muito simplesmente que as “verdades evidentes” da sociedade industrial, como o consenso sobre o progresso e a abstração das consequências ecológicas da atuação humana, passam a ser postas em causa e a sociedade passa a ser confrontada com as consequências da sua atuação sobre a natureza (incluindo a natureza humana) as quais não podem já, precisamente, ser adequadamente tratadas e superadas segundo o sistema da sociedade industrial.

O processo de transformação da modernidade é, nas suas linhas gerais, fácil de explicar. Para Ulrich Beck, a modernidade reflexiva é, como o nome indica, aquela que se dirige a si própria, às suas fundações. Existe assim uma primeira modernidade, ou modernidade simples, cujas premissas fundamentais são as seguintes: (i) a sociedade é organizada na base do Estado-nação; (ii) a sociedade é concebida como baseada em identidades coletivas pré-existentes, como as nações, as classes sociais, as famílias; (iii) a sociedade é pensada como visando o pleno-emprego, na medida em que o trabalho pago deve estar disponível para todas as pessoas normais e as pessoas são definidas como normais na medida em que trabalham contra o pagamento dum salário; (iv) a sociedade distingue-se claramente da natureza, pensada como um recurso infinito; (v) finalmente, vigora uma racionalidade técnica, segundo a qual todos os efeitos da racionalização e industrialização são previsíveis e controláveis.

A estes traços, a modernidade reflexiva opõe os seus contrários: (i) os Estados-nação são minados pela globalização; (ii) as identidades coletivas pré-existentes têm cada vez menos relevância empírica numa sociedade estruturalmente transformada por um processo contínuo de individualização; (iii) o paradigma do pleno emprego torna-se inaplicável em virtude da fragmentação do trabalho; (iv) a ideia da natureza como recurso infinito é posta em causa por crises ecológicas cada vez mais frequentes e a própria separação entre sociedade e natureza é questionada pela biotecnologia, a genética e a nanotecnologia; (v) a proliferação de riscos sistémicos implica a substituição da noção de risco como envolvendo a probabilidade da verificação de certos eventos lesivos por um princípio de incerteza radical⁷.

Nas páginas que seguem vou começar por abordar os principais conceitos do pensamento de Ulrich Beck na perspetiva da sua relevância para o direito constitucional, isto é, os conceitos de modernidade reflexiva, risco, individualização, sociedade mundial do risco, subpolítica, cosmopolitismo, cosmopolitização e normalização da exceção. Dito de forma muito resumida, a relevância constitucional de tais conceitos consiste em os mesmos implicarem a superação irremediável das separações clássicas do pensamento constitucional: o público e o privado, a norma e a exceção, a guerra e a paz, os militares e os civis, o inimigo e o criminoso, o nacional e o internacional, etc.⁸

7 Cf. Ulrich Beck e Johannes Willms, *Conversations with Ulrich Beck*, cit. pp. 30-31.

8 A importância central das grandes separações aludidas no texto (a que se poderia acrescentar outras, como a separação entre Estado e sociedade, a separação das igrejas do Estado, a separação dos poderes, etc.) para a estruturação do pensamento constitucional liberal é justamente posta em evidência por Pierre Manent, *Cours Familier de Philosophie Politique*, pp.

Seguidamente, e tendo como pano de fundo a exposição anterior, vou mencionar as várias dimensões à luz das quais a ideia de risco pode ser relevante para o direito constitucional, demonstrando como o pensamento de Ulrich Beck se mostra útil para a compreensão de todas elas. As dimensões que aqui tenho em vista são o constitucionalismo administrativo, a ideia duma Constituição do risco, o constitucionalismo global e a normalização da exceção. Para terminar, esboçarei aquelas que me parecem ser as reflexões críticas mais importantes suscitadas pelo pensamento de Ulrich Beck no plano da política e do direito constitucional e que se prendem com os seguintes aspetos: (i) a substituição dum paradigma centrado nas crises por um paradigma centrado na gestão de riscos; (ii) a questão de saber se não será prematura a liquidação do Estado como conceito significativo (senão mesmo o mais significativo) duma teoria política da modernidade (que Beck pretende desenvolver em vários dos seus escritos); (iii) o problema da relação entre segurança, liberdade e igualdade; (iv) a questão do Estado social.

2. Conceitos-chave do pensamento de U. Beck relevantes para o direito constitucional

Na impossibilidade de os abordar a todos, irei aqui debruçar-me sobre os conceitos mais significativos do pensamento de Ulrich Beck, pelo menos na perspetiva da sua relevância para o direito constitucional, isto é, os conceitos de modernidade reflexiva, risco, sociedade do risco e sociedade mundial do risco, individualização, subpolítica, cosmopolitismo e cosmopolitização.

(i) A modernidade reflexiva significa a autoconfrontação da modernidade com as consequências da sociedade do risco com as quais se tornou impossível lidar no contexto da sociedade industrial. Neste sentido, podemos dizer que tal como a modernidade começou por consistir no desmantelamento da sociedade do Antigo Regime, a modernidade reflexiva consiste na sujeição da própria modernidade ao mesmo padrão. Daí a designação de «segunda modernidade». Nas palavras de Ulrich Beck, «*tal como a modernização dissolveu a estrutura da sociedade feudal no século dezanove e produziu a sociedade industrial, a modernização está hoje a dissolver a sociedade industrial e uma nova modernidade está a surgir*»⁹.

Isto significa que a modernidade reflexiva, ou segunda modernidade, não equivale a um recuo da modernidade sobre si própria, ou a uma retirada do seu projeto de racionalização crítica da sociedade, como por vezes sucede com o conceito de pós-modernidade, mas um avanço desse mesmo projeto: «*a modernidade reflexiva significa, não menos, mas mais modernidade, uma modernidade radicalizada contra os caminhos e categorias do arranjo industrial clássico*»¹⁰.

9 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., p. 10.

10 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., p. 14.

É, no entanto, necessário relembrar que a modernidade reflexiva não se identifica exatamente com a reflexão crítica. Reflexivo significa aqui, antes de mais, a qualidade do que se produz por reflexão e não a qualidade daquele que pensa criticamente. Numa primeira fase, pelo menos, a modernidade reflexiva significa apenas a confrontação da modernidade com as consequências do desenvolvimento da sociedade industrial e a sua transformação numa sociedade do risco, sendo que este confronto é um resultado não deliberado da dinâmica da modernização. A sociedade industrial envolveu a transformação das ameaças incalculáveis da sociedade pré-industrial, tais como as pragas, as fomes, as catástrofes naturais e as guerras, em riscos calculáveis, no contexto do desenvolvimento do controlo racional instrumental promovido pelo processo de modernização em todas as áreas da vida.

A sociedade do risco, por seu turno, emerge quando aos primeiros riscos industriais sucedem riscos que são (i) insuscetíveis de ser circunscritos no tempo e no espaço, (ii) impossíveis de ser compreendidos segundo as regras estabelecidas da causalidade e da responsabilidade e (iii) incapazes de ser objeto de compensação e seguro. Ulrich Beck dá o exemplo de Chernobyl: mesmo hoje, passados anos, há lesados que não nasceram sequer¹¹. Em tempos mais recentes, podemos pensar em Fukushima, numa altura em começam a surgir os primeiros casos de cancro diagnosticado.

Numa segunda fase, pode emergir a consciência de já não ser possível lidar com os efeitos produzidos pela ação humana sobre a natureza nos termos próprios da sociedade industrial. Esta consciência, por seu turno, pode ser objeto de reflexão pública, política ou académica. Todavia, mesmo nesta hipótese, não chega a ser posto em causa o carácter evolutivo (não desejado) do mecanismo de transição da sociedade industrial para a sociedade do risco. De resto, tal transição pode ocorrer, segundo Ulrich Beck, de três diferentes maneiras: pode suceder que o limite da capacidade de segurar certas contingências tenha sido ultrapassado, sem que esse facto seja adequadamente compreendido ou se torne objeto de ação política e de reflexão crítica; pode igualmente suceder que se adquira a consciência de se ter ultrapassado o limite para além do qual já não é possível segurar os riscos, mas isso dê apenas lugar a uma paralisia geral que acelera a catástrofe; pode, finalmente, acontecer que a consciência de se ter ultrapassado o limite da segurabilidade, deixando múltiplas indústrias e áreas de atividade sem qualquer rede de segurança, seja seguida de tentativas efetivas de reforma da sociedade industrial¹². Em qualquer caso, a reflexão crítica é sempre um subproduto de uma dinâmica da modernização que atua inexoravelmente.

(ii) O conceito de **risco** é o principal solvente da modernidade simples e agente da modernidade reflexiva. Como afirma Ulrich Beck, «o conceito de risco está diretamente ligado ao conceito de modernidade reflexiva. O risco pode ser definido como um modo sistemático de lidar com os acasos e inseguranças induzidos e introduzidos pela própria modernização. Os riscos, por contraposição com os mais velhos perigos, são

11 Cf. Ulrich Beck, *World Risk Society*, cit., p. 77.

12 Cf. Ulrich Beck, *World Risk Society*, cit., p. 89.

*consequências que se relacionam com a força ameaçadora da modernização e a sua globalização da dúvida. São politicamente reflexivos»*¹³.

Nestas considerações estão presentes dois aspetos da maior importância. Por um lado, a distinção entre modernidade simples e modernidade reflexiva encontra o seu paralelo mais evidente na distinção entre perigo e risco. Sempre existiram situações de perigo, mas a essas acresce cada vez mais a necessidade de ter em conta os riscos associados a determinadas decisões e comportamentos humanos. Existe, quer nas situações de perigo, quer nas de risco, uma incerteza em relação a danos futuros. Todavia, enquanto nas primeiras se pressupõe que essa situação existe objetivamente, nas segundas, pelo contrário, a incerteza do dano é gerada no interior dos processos decisórios que lidam com ele.

Por outras palavras, nas situações de perigo existe a convicção que podemos lidar objetivamente com o dano, controlá-lo e preveni-lo a partir de fora; nas situações de risco o dano é, desde o início, indissociável das decisões humanas. O perigo existe objetivamente, independentemente das nossas avaliações e das nossas decisões; o risco, pelo contrário, é subjetivo, no sentido de ser socialmente reconhecido e construído¹⁴. Nas palavras de U. Beck, «o perigo é aquilo com que nos defrontamos nas épocas em que as ameaças não podem ser interpretadas como resultando da ação humana», mas antes como «libertadas por catástrofes naturais ou punições dos deuses». Já o risco «marca o começo duma civilização que procura tornar previsíveis as consequências imprevisíveis das suas próprias decisões, e subjugar os seus efeitos laterais não desejados através de ações preventivas conscientes e arranjos institucionais»¹⁵.

A circunstância de, ao lado do conceito objetivo de perigo, surgir um conceito subjetivo de risco, associada à degradação, forçada pelo desenvolvimento industrial, das fundações ecológicas e naturais da vida, impõe a necessidade de repensar a relação entre natureza e sociedade. Está aqui em causa, segundo Beck, «o fim da antítese entre natureza e sociedade. Isto significa que a natureza não pode mais ser pensada fora da sociedade, ou a sociedade fora da natureza», ao contrário do que sucedia com as teorias sociais do século dezanove, para as quais a natureza era um dado, algo a ser subjogado. A destruição da natureza e as ameaças ao seu equilíbrio deixam de ser encaradas como um fenómeno natural, independente da ação humana, para passarem a ser um resultado de contradições e conflitos económicos, políticos e sociais. Por outras palavras, o risco aponta para a violação persistente das condições naturais da vida humana¹⁶. Essa violação é de tal modo profunda que conduz a uma contradição: enquanto o risco está associado à procura dum alto nível de segurança através de

13 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., p. 21.

14 Cf. Miguel Nogueira de Brito, "Direito Administrativo, Perigo, Risco e Princípio Democrático", in Carla Amado Gomes (coord.), *Direito(s) das Catástrofes Naturais*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 325 e ss. Insistindo em particular sobre este aspeto, cf. Niklas Luhmann, *Soziologie des Risikos*, Walter de Gruyter, Berlin /Nova Iorque, 1991, pp. 30 e ss.

15 Cf. Ulrich Beck e Johannes Willms, *Conversations with Ulrich Beck*, cit. pp. 110-111.

16 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., p. 80.

regras e controlos técnicos e burocráticos, o perigo ressurgiu nas vestes de novos danos potenciais, sem precedentes na história, e que escapam a todas as tentativas de controlo e prevenção¹⁷.

Um segundo aspeto prende-se com a dimensão política do risco: «o que até agora era não político, tornou-se político – a eliminação das causas [dos danos ambientais] no próprio processo de industrialização»¹⁸. A gestão das fábricas e unidades industriais que antes se situava na esfera privada assume uma dimensão política, envolvida na consideração dos problemas decorrentes da sua atividade para o equilíbrio natural e a saúde humana decorrentes do seu funcionamento, mas também das consequências económicas e sociais desses problemas.

(iii) O risco não é apenas um conceito central na vida das sociedades da segunda modernidade. Na verdade, podemos falar, em tal contexto, em vez duma sociedade de classes, duma **sociedade do risco**, ou duma sociedade em que «o lugar da eliminação da escassez é tomado pela eliminação do risco»¹⁹. Enquanto as sociedades de classes se reportavam ao ideal da igualdade, desde as várias formulações da «igualdade de oportunidades» até às diversas variantes dos modelos socialistas da sociedade, as sociedades do risco visam a segurança. Isto implica também, segundo Ulrich Beck, que duma solidariedade baseada na necessidade passamos para uma solidariedade baseada no medo; a comunidade do medo substitui a comunidade da necessidade²⁰.

Beck é, por vezes, menos radical na formulação desta mudança de paradigma, ao afirmar que os conflitos inerentes a uma sociedade que distribui o risco juntam-se aos conflitos próprios duma sociedade que distribui a riqueza. Sem prejuízo de estarem aqui em causa dois paradigmas de desigualdade que podem coexistir, a verdade é que sustenta que no *Welfare State* do Ocidente a luta pelo «pão nosso de cada dia» perdeu a sua urgência, ao mesmo tempo que as fontes de riqueza se encontram cada vez mais poluídas²¹.

A circunstância de sustentar que a distribuição do risco difere sistematicamente da distribuição da riqueza, não impede Beck de reconhecer que também os riscos são, por vezes, distribuídos de um modo que se baseia nas classes sociais. Nessa medida, «os riscos parecem fortalecer, e não abolir, a sociedade de classes. A pobreza atrai uma abundância desafortunada de riscos. Em contraste com isto, os ricos (em rendimento, poder ou educação) podem comprar segurança e libertar-se do risco»²². Ainda assim, «mais cedo ou mais tarde os riscos apanham também aqueles que os produzem ou be-

17 Cf. Ulrich Beck, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Such nach der verlorenen Sicherheit*, cit., p. 63.

18 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., p. 24.

19 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., p. 47.

20 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., p. 49.

21 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., p. 20.

22 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., p. 35.

neficiam deles. Os riscos exibem um efeito de boomerang social na sua difusão: mesmo os ricos e os poderosos não se acham a coberto deles»²³.

Seja como for, Beck sustenta que «a entrada na sociedade do risco ocorre no momento em que os riscos que são agora decididos e conseqüentemente produzidos pela sociedade minam e/ou cancelam os sistemas de segurança estabelecidos dos cálculos de risco existentes no Estado social»²⁴. A sociedade do risco, enquanto sociedade em que os limites da segurabilidade são sistematicamente ultrapassados, parece assim dificilmente conciliável com o projeto do Estado social. A isto acresce ainda o facto de «o projeto do Estado social intervencionista ter perdido a sua energia utópica à medida que se estabeleceu. Internamente, quanto mais bem-sucedido é, mais claramente o Estado social se depara com a resistência dos investidores privados, que respondem ao aumento dos salários e custos com os benefícios sociais com uma vontade diminuta de fazer investimentos, ou com a automação, que crescentemente desloca o trabalho humano». Por outro lado, externamente, o âmbito da jurisdição dos Estados-nações é posto em causa pelos mercados internacionais e um capital com alto grau de mobilidade²⁵.

A análise de U. Beck não se fica por aqui: importa ainda abordar a distinção entre individualização e atomização, de que falarei mais adiante. Esta distinção, como veremos, parece reclamar a manutenção, em alguma medida, do Estado social.

(iv) Uma vez que os riscos apresentam uma «tendência inerente para a globalização»²⁶, a sociedade do risco apresenta-se como **sociedade mundial do risco**. Mas a existência duma sociedade mundial do risco não decorre apenas desta tendência. Mais do que isso, está em causa a «encenação da realidade do risco global». É através da encenação do risco mundial que «a catástrofe futura se torna presente – muitas vezes com o objetivo de a impedir influenciando as decisões atuais». O acentuar desta perspectiva da encenação permite pôr em evidência um aspeto menos discutido do terrorismo global. Exagerando um pouco, como reconhece o próprio Ulrich Beck, «não é o ato terrorista, mas a encenação global do ato e a encenação conseqüente das antecipações, ações e reações políticas que estão a destruir as instituições ocidentais da liberdade e da democracia»²⁷. A importância da encenação, manifestada na fórmula da «guerra contra o terror», tem também o efeito de aumentar o poder dos terroristas²⁸.

23 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., pp. 23 e 37.

24 Cf. Ulrich Beck, *World Risk Society*, cit. p. 76.

25 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., p. 189; cf. em sentido crítico, Darryl S. L. Jarvis, "Risk, Globalisation, and the State: A Critical Appraisal of Ulrich Beck and the World Risk Society Thesis", in *Global Society*, Vol. 21, n.º 1, janeiro 2007, p. 34.

26 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., p. 36.

27 Cf. Ulrich Beck, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Such nach der verlorenen Sicherheit*, cit., p. 30.

28 Cf. Ulrich Beck, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Such nach der verlorenen Sicherheit*, cit., p. 31.

(v) Como já anteriormente referi, segundo Ulrich Beck a modernidade reflexiva dissolve os parâmetros tradicionais da sociedade industrial, como a consciência e cultura de classe, os papéis do género e da família. A dissolução destas formas de consciência coletiva ocorre num surto social de **individualização**²⁹. A individualização significa aqui um «*individualismo institucionalizado*», no sentido sociológico de um individualismo que se ancora em instituições centrais da sociedade moderna – como os direitos civis, políticos e sociais básicos, o trabalho remunerado e a formação e mobilidade necessária para o efeito – que são criadas para o indivíduo e não para o grupo.

De modo ainda mais radical, Beck sustenta que a individualização «*significa desenraizamento sem re-enraizamento*», uma situação em que o indivíduo deixa de poder ser entendido como uma realidade meramente subjetiva que carece de ser confrontada com a realidade objetiva das classes sociais e se torna a «*unidade básica da reprodução social pela primeira vez na história*»³⁰. É preciso notar aqui que Beck distingue, todavia, entre a individualização e a atomização. No primeiro caso, as pessoas são sujeitas a um processo de desenraizamento relativamente a todas as instituições tradicionais, mas encontram apoio em instituições da vida moderna, anteriormente referidas, incluindo ainda um sistema da segurança social; no segundo caso, o processo de desenraizamento não é acompanhado por tal apoio, o que constitui um desenvolvimento fatal³¹.

Este fenómeno da individualização coloca, pelo menos, dois problemas. Por um lado, o problema de saber se a crise do conceito de classe social inerente a tal fenómeno significa de algum modo a negação da persistência, e mesmo crescimento, da desigualdade social. Beck sustenta o contrário: «*a desigualdade social está a aumentar precisamente por causa da expansão da individualização*». O carácter não classista das desigualdades individualizadas põe de modo ainda mais radical a questão de saber como pode a coletividade ser gerada na modernidade global³². Beck nega, em qualquer caso, que a circunstância de a classe média, cuja existência se deve ao Estado social, estar destinada a desaparecer, em virtude do desmantelamento deste último pela subordinação de todas as relações sociais ao capitalismo global, possa significar que a «*proletarização será realmente o nosso destino coletivo, tal como Marx previu, depois de um imprevisto longo adiamento*»³³.

Por outras palavras, não está em causa a persistência e o agravamento da exclusão social, dos conflitos e das desigualdades, mas apenas que a luta de classes possa ser, nas condições da modernidade reflexiva, uma chave para a compreensão de tais fenómenos. E isto pela simples razão de que ao pensar de modo de diverso se pressupõe

29 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., p. 87.

30 Cf. Ulrich Beck e Elisabeth Beck-Gernsheim, *Individualization: Institutionalized Individualism and its Social and Political Consequences*, cit., p. xxii, Ulrich Beck e Johannes Willms, *Conversations with Ulrich Beck*, cit. p. 101.

31 Cf. Ulrich Beck e Johannes Willms, *Conversations with Ulrich Beck*, cit. pp. 81-82.

32 Cf. Ulrich Beck e Elisabeth Beck-Gernsheim, *Individualization: Institutionalized Individualism and its Social and Political Consequences*, cit., p. xxiv.

33 Cf. Ulrich Beck e Johannes Willms, *Conversations with Ulrich Beck*, cit. p. 100.

a existência duma coletividade quando esta foi já dissolvida pelos processos da individualização, presentes num mercado de trabalho em que a educação, a mobilidade e a competitividade são aspetos cada vez mais valorizados³⁴.

O segundo problema colocado pelo fenómeno da individualização, intimamente relacionado com o anterior, consiste em saber como podem as sociedades altamente individualizadas ser integradas, isto é, como podem tais sociedades promover em bases estáveis a integração dos seus membros. Se as classes sociais deixaram de fornecer a base para tal integração, e se a consciência nacional não é também capaz de fornecer tal base, em resultado da sua excessiva abstração e das polarizações que lhe são inerentes, onde a poderemos encontrar?

A resposta de Ulrich Beck é, pelo menos, desarmante: é preciso reinventar a política. E trata-se, segundo o próprio diz (sem que neste ponto tenhamos dificuldade em o acompanhar) de uma questão de vida ou de morte, se tivermos em conta os desafios que se nos colocam, como o desemprego maciço, a destruição do ambiente, o terrorismo global³⁵.

(vi) A reinvenção da política passa, segundo Ulrich Beck, pela valorização daquilo que designa como a **subpolítica**, ou a politização, ou ainda a democratização, de atividades que antes estavam excluídas da política. A compreensão deste fenómeno exige que nos situemos antes no modelo do «*cidadão dividido*», próprio do projeto da sociedade industrial. De acordo com este modelo, os indivíduos, enquanto *cidadãos*, dispunham de direitos políticos nas arenas da formação da vontade política e, por outro lado, enquanto *burgueses* («*bourgeois*»), defendiam os seus interesses nos domínios do trabalho e dos negócios. Havia assim que distinguir entre uma esfera política, identificada com a participação dos cidadãos nas instituições da democracia representativa, e uma esfera técnico-económica da prossecução dos interesses, considerada como não-política³⁶.

Com a modernidade reflexiva tudo isto se altera radicalmente. A demarcação entre política e não-política assentava no século dezanove e na primeira metade do século vinte em dois pressupostos históricos que se tornaram duvidosos desde os anos setenta: «*a) a evidência social das desigualdades na sociedade de classes que deu sentido e ímpeto à expansão do Estado social; b) um nível de desenvolvimento das forças produtivas e da cientificização cujos potenciais para a mudança não excediam o raio das possíveis ações políticas nem cancelavam a base de legitimação do modelo da mudança social através do progresso*»³⁷.

Nenhum destes pressupostos se mantém hoje. No processo do seu próprio estabelecimento o Estado social «*sacrificou as suas energias utópicas*», ao mesmo tempo

34 Cf. Ulrich Beck e Johannes Willms, *Conversations with Ulrich Beck*, cit. pp. 105 e 107; Ulrich Beck e Elisabeth Beck-Gernsheim, *Individualization: Institutionalized Individualism and its Social and Political Consequences*, cit., pp. 32-33.

35 Ulrich Beck e Elisabeth Beck-Gernsheim, *Individualization: Institutionalized Individualism and its Social and Political Consequences*, cit., p. 18.

36 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., p. 183.

37 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., pp. 184-185.

que «os seus limites e falhas entraram na consciência pública». Por outro lado, os desenvolvimentos tecnológicos e científicos excedem em muito as possibilidades da ação política. Estes desenvolvimentos conduzem a um impasse, pelo menos se a política for limitada às atividades do sistema político, identificado com o funcionamento da democracia parlamentar representativa. A modernidade reflexiva põe em causa essa identificação e abre as portas para uma participação política fora do sistema político. Os desenvolvimentos técnico-económicos permitem falar duma terceira esfera, entre as tradicionais esferas da política e da não política, que Ulrich Beck designa como subpolítica.

Com o crescimento dos riscos, «os negócios e a atividade técnico-científica adquirem uma nova dimensão moral e política que previamente parece estranha à atividade técnico-económica». Segundo o autor, «o potencial para reestruturar a sociedade migra do sistema político para o sistema subpolítico da modernização científica, tecnológica e económica»³⁸. A politização que assim se leva para a indústria apresenta dois lados: por um lado, a atividade industrial e organizacional torna-se discursiva e sujeita à esfera pública; por outro lado, crescem as oportunidades para os grupos externos exercerem a sua influência na atividade industrial³⁹.

(vii) A visão cosmopolita de Ulrich Beck parte da distinção entre **cosmopolitismo** e **cosmopolitização** realmente existente. Se o primeiro conceito designa um ideal que corresponde a uma escolha consciente e voluntária duma elite, a segunda expressão pretende «chamar a atenção para o facto de que a transformação cosmopolita da realidade é também, e antes de mais, uma função de escolhas coagidas ou um efeito lateral de decisões inconscientes». Assim, Beck toma como ponto de partida a «necessidade epistemológica da visão cosmopolita num mundo sem fronteiras». A cosmopolitização significa «cosmopolitismo inconsciente, cosmopolitismo passivo que molda a realidade através dos efeitos laterais do comércio global, ou ameaças globais como as alterações climáticas, o terrorismo ou as crises financeiras»⁴⁰.

Se o cosmopolitismo «elitista», como o entendiam os estoicos, se apresenta como uma aspiração destituída duma efetiva força de integração social, e se a cosmopolitização é apenas um cosmopolitismo trivial, ou mesmo deformado⁴¹, é necessário repensar o conceito. Ulrich Beck propõe assim um cosmopolitismo telúrico, que «assenta raízes em locais específicos e nas suas tradições», não podendo ser confundido com «o velho, elitista, cosmopolitismo burguês-imperialista que outrora elevava a norma europeia ao estatuto de norma global». Estaria aqui em causa um cosmopolitismo baseado no «princípio duma radical conceção de diversidade, quer dizer, do reconhecimento da alteridade dos outros»⁴².

38 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., p. 186.

39 Cf. Ulrich Beck, *The Reinvention of Politics*, cit., p. 129. A subpolitização dos peritos permitiria ainda falar da profissão como ação política (cf. *ob. cit.*, p. 157).

40 Cf. Ulrich Beck, *The Cosmopolitan Vision*, cit., pp. 19 e 18.

41 Cf. Ulrich Beck, *The Cosmopolitan Vision*, cit., p. 20.

42 Cf. Ulrich Beck, *Power in the Global Age*, cit., p. 217.

Isto permitiria falar num «*realismo cosmopolita focado não apenas no papel crucial do poder económico global e dos atores dos negócios globais nas suas relações de co-operação e concorrência com os Estados, mas também em estratégias de movimentos transnacionais da sociedade civil, incluindo as redes “incivis” – quer dizer, terroristas – que mobilizam a violência privatizada contra os Estados e os seus propósitos políticos*»⁴³.

Muito haveria a explorar ainda sobre a visão cosmopolita de Ulrich Beck e a sua aplicação ao caso da Europa. Em vez disso, vou apenas limitar-me aqui a salientar a, pelo menos aparente, contradição entre o extremo realismo do seu diagnóstico da condição política da modernidade reflexiva e a não menos extrema ingenuidade, ou candura, das suas propostas para dar sentido à política em tal contexto.

O realismo de Ulrich Beck manifesta-se na sua consciência aguda de que a política cosmopolita, consubstanciada na interação entre Estados, as organizações internacionais, o poder económico global e os movimentos da sociedade civil transnacional, se concretiza «*sem legitimação democrática, através de meios “transjurídicos”*»⁴⁴. Na verdade, existe o perigo real dum regime cosmopolita sem democracia, em que os direitos humanos são a única fonte de legitimidade do poder global. Neste contexto, «*o direito deixa de estar assente na territorialidade das nações e dos Estados, mas na imediatez fabricada do indivíduo e da globalidade, algo que não está sujeito a controlos democráticos*»⁴⁵.

Ao mesmo tempo, a candura de Beck resulta da sua proposta para lidar com esta situação: a adoção duma visão unitária entre direitos e democracia, nos planos conceptual e institucional, que deveria também ser promovida por um regime cosmopolita, através da democratização das organizações internacionais e até da criação dum «*parlamento global*»⁴⁶.

Um outro exemplo deste mesmo contraste entre realismo na análise e irrealismo das propostas de ação é-nos dado pelas suas reflexões sobre a Europa. Segundo Beck, a verdadeira raiz do famoso défice democrático europeu reside no facto de que «*os executivos têm sido os maiores beneficiários da transferência de poder na Europa e ocupam o controlo no centro das reformas institucionais. Deste modo, uma democratização da UE pela via estabelecida da revisão dos tratados pressuporia algo altamente improvável, isto é, a autoprivação de poder voluntária por parte dos vários executivos*»⁴⁷. Mas, logo depois, surge o irrealismo: segundo Beck o verdadeiro caminho para a democratização da Europa passaria pela generalização dos referendos, com resultados vinculativos, incidindo sobre quaisquer assuntos e desencadeados por iniciativa popular, em vez de o serem pelas instituições políticas europeias⁴⁸.

43 Cf. Ulrich Beck, *Power in the Global Age*, cit., p. xii.

44 Cf. Ulrich Beck, *Power in the Global Age*, cit., p. 64.

45 Cf. Ulrich Beck, *Power in the Global Age*, cit., p. 297.

46 Cf. Ulrich Beck, *Power in the Global Age*, cit., pp. 307-308.

47 Cf. Ulrich Beck e Edgar Grande, *Cosmopolitan Europe*, cit., p. 231.

48 Cf. Ulrich Beck e Edgar Grande, *Cosmopolitan Europe*, cit., p. 236.

3. Constitucionalismo administrativo, Constituição do risco, constitucionalismo global e normalização da exceção

Os desafios ao direito constitucional pela ideia do risco podem ser encarados em quatro dimensões, que aqui vou sucintamente abordar. Em todas elas é relevante o pensamento de Ulrich Beck sobre a sociedade de risco, como veremos, ainda que o autor não tenha, compreensivelmente, refletido *ex professo* sobre todas essas dimensões. Assim, (i) em primeiro lugar, o tema do risco tem sido encarado no âmbito do designado «*constitucionalismo administrativo*», isto é, a aplicação e desenvolvimento de princípios constitucionais pelos órgãos administrativos e a própria estruturação da Administração Pública na base de princípios constitucionais⁴⁹; (ii) em segundo lugar, cabe mencionar a ideia duma Constituição do risco, ou a conceção que encara a própria Constituição como um instrumento de gestão do risco no contexto do sistema político; (iii) em terceiro lugar, a sociedade do risco pode ser encarada como estando intimamente associada à ideia de constitucionalismo global; (iv) por último, a normalização da exceção.

O **constitucionalismo administrativo** nasce do enorme crescimento do poder executivo, sendo ao mesmo tempo legitimado pela conceção segundo a qual este último se encontra diretamente subordinado à Constituição, em vez de a sua relação com a Constituição se encontrar necessariamente mediada pelo poder legislativo. Na área que especialmente aqui releva, o constitucionalismo administrativo prende-se com a estruturação das decisões que a Administração é chamada a tomar perante os riscos tecnológicos. Basta pensar na atuação da Administração em face de situações como a doença das «vacas loucas» ou a gripe das aves.

Neste contexto, Elizabeth Fisher identifica dois paradigmas do constitucionalismo administrativo, entendido como o conjunto de ideias e regras que enformam a cultura jurídica à luz da qual a atuação da Administração Pública se mostra legítima. De acordo com o «*paradigma racional-instrumental*», a Administração é encarada como a entidade a quem o poder legislativo atribui competência para controlar riscos tecnológicos segundo padrões científicos. Por seu turno, o «*paradigma deliberativo-constitutivo*» encara o papel da Administração Pública como consistindo na resolução de conflitos socioeconómicos complexos. Os agentes administrativos são aqui menos determinados por constrangimentos de ordem científica e metodológica e mais pela qualidade deliberativa do procedimento decisório, que deve assegurar a efetiva participação de todos os interessados⁵⁰.

O pensamento de Ulrich Beck é diretamente relevante para o desenvolvimento do constitucionalismo administrativo, ao descrever aquilo que entende como uma tendência inevitável para a fusão de aspetos próprios dos dois paradigmas atrás mencionados

49 Cf. Gillian E. Metzger, "Administrative Constitutionalism", in *Texas Law Review*, Vol. 91, 2013, pp. 1900-1901.

50 Cf. Elizabeth Fisher, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 26 e ss.

no contexto da modernidade reflexiva. O paradigma deliberativo-constitutivo acha-se indissoluvelmente ligado à ideia de modernidade reflexiva, ou segunda modernidade, segundo a expressão de Ulrich Beck.

Na verdade, segundo este autor, as questões da ética e da legitimidade são reintroduzidas no momento em que supostamente se deveriam ter tornado invisíveis pela sua imersão em fórmulas matemáticas e controvérsias metodológicas. Isso acontece na medida em que as *«determinações dos riscos são a forma pela qual a ética, acompanhada da filosofia, da cultura e da política, é ressuscitada dentro dos centros da modernidade – nos negócios, nas ciências naturais e nas disciplinas técnicas. São, por assim dizer, uma forma involuntária de democratização nos domínios da produção industrial e da gestão, que de alguma forma se torna discussão pública, dependente do raciocínio sobre os riscos»*⁵¹. De modo ainda mais radical, poderia dizer-se que *«através da sua preocupação com os riscos, as ciências naturais de algum modo prescindiram involuntária e imperceptivelmente do seu próprio poder, forçaram-se a si próprias em direção à democracia»*⁵².

Cabe, desde logo, salientar que os especialistas são mais cautelosos quanto a esta abertura da ciência à deliberação pública e à efetiva solução de problemas. Assim, se é verdade que a abordagem própria do paradigma *«racional-instrumental»* se mostra ainda dominante na prática administrativa, o que se explicaria pela simplicidade com que resolve o problema da responsabilização dos decisores, é também verdade que são cada vez mais as vozes que se fazem ouvir no sentido da adoção de uma abordagem *«deliberativo-constitutiva»*. A importância das reflexões de U. Beck a este propósito reside, todavia, na circunstância de a sua perspectiva sobre a gestão do risco envolver uma redefinição da política. Trata-se duma redefinição que, em última análise, envolve a quebra da tradicional identificação da política com o Estado e as suas instituições⁵³.

Um dos problemas do constitucionalismo administrativo, sobretudo no contexto duma abordagem *«deliberativo-constitutiva»*, reside na deferência judicial para com as decisões tomadas no seu âmbito⁵⁴, com base na ideia de que estariam em causa decisões de peritos com um acréscimo de legitimidade que ao tribunal não caberia sindicar, salvo em caso de erro manifesto.

A ideia duma **Constituição do risco**, recentemente desenvolvida por Adrian Vermeule, consiste em conceber as constituições como mecanismos para regular e gerir riscos especificamente políticos, em vez de riscos resultantes do ambiente, do mercado e da tecnologia. Entre esses riscos cabe mencionar a tirania e a ditadura, a corrupção dos políticos, magistrados e agentes administrativos e a opressão das minorias. A perspectiva do risco não é, todavia, substancialmente distinta nas diferentes áreas indicadas. O que

51 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, tradução do original alemão por Mark Ritter, Sage Publications, Londres, 1992, p. 28.

52 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., p. 58.

53 Cf. Ulrich Beck, *The Reinvention of Politics: Rethinking Modernity in the Global Social Order*, tradução do original alemão por Mark Ritter, Polity Press, Cambridge, 1997, p. 99.

54 Cf. Gillian E. Metzger, "Administrative Constitutionalism", cit., p. 1935.

está em causa nessas diferentes áreas é sempre «identificar e lidar com um conjunto de preocupações (“riscos”) que podem ou não materializar-se, são potencialmente lesivos caso se materializem, e que podem muito possivelmente competir entre si, uma vez que as medidas tomadas para prevenir um risco podem exacerbar um outro risco, ou mesmo o próprio risco alvo»⁵⁵.

Segundo Adrian Vermeule, os riscos políticos são riscos de segunda-ordem, distintos dos riscos de primeira-ordem, os que são tratados no âmbito da regulação administrativa, na base de políticas substantivas dos governos. Entre estes haveria que distinguir entre os riscos que surgem como consequências não deliberadas da ação humana, como sucede quando as ações não coordenadas de agentes financeiros criam riscos sistémicos para a economia; os riscos decorrentes de ações deliberadas como os decorrentes de atividades terroristas; finalmente os riscos resultantes da interação entre ação humana e as forças da natureza, como os riscos de inundações e outros riscos ambientais.

Pelo contrário, os riscos políticos seriam riscos de segunda-ordem, decorrentes da conceção e arranjo das instituições, da alocação de poder entre as instituições tendo em vista a adoção de decisões de primeira-ordem, e da seleção de membros para os órgãos das instituições. Esta distinção é, todavia, de algum modo minorada pelo facto de Vermeule, em consonância com a ideia de constitucionalismo administrativo, reconhecer que os riscos políticos são regulados não apenas pelas constituições, mas também por leis materialmente constitucionais, como sucederia nos E.U.A. com o *Administrative Procedure Act*⁵⁶.

Para além de encarar a Constituição como um mecanismo para regular os riscos políticos de segunda-ordem, Vermeule formula também uma proposta para lidar com tais riscos. Trata-se do que designa como «constitucionalismo de otimização» e que consistiria numa alternativa válida ao mais tradicional «constitucionalismo de precaução»⁵⁷. Segundo esta última conceção, as instituições políticas devem ser criadas e geridas de forma a evitar os «worst cases scenarios», devendo as regras constitucionais estabelecer precauções contra os riscos de que a atuação política possa conduzir à ditadura e à tirania, à corrupção e à violação de direitos. A visão subjacente é a que é maior a propensão do poder público para abusar do poder do que para promover o bem-estar, a liberdade ou a justiça.

Pelo contrário, a conceção do «constitucionalismo de otimização», que Vermeule defende, sustenta que todos os riscos políticos relevantes devem ser considerados, sem quaisquer preconceitos contra o poder público (ou a seu favor). Assim, as normas constitucionais devem ser encaradas (quer na sua feitura, quer na sua interpretação e aplicação⁵⁸) como exigindo dos seus destinatários a formulação de juízos caso a caso

55 Cf. Adrian Vermeule, *The Constitution of Risk*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 3.

56 Cf. Adrian Vermeule, *The Constitution of Risk*, cit., pp. 17-18.

57 Cf. Adrian Vermeule, *The Constitution of Risk*, cit., pp. 10-14.

58 Como o autor refere, pretende dirigir-se a «quaisquer atores que fazem regras consti-

sobre todos os riscos e danos possíveis, incluindo não só aqueles que são supostamente evitados pelas precauções constitucionais, como também os riscos que possam ser criados por tais precauções.

Vejamos dois exemplos da aplicação do «*constitucionalismo de otimização*».

O primeiro desses exemplos é-nos dado pela discussão da melhor estratégia a adotar tendo em vista a limitação do poder executivo em situações de emergência. Neste contexto, Vermeule discute as propostas desenvolvidas por Bruce Ackerman tendo em vista a criação de precauções constitucionais contra um poder presidencial excessivo. Ackerman alerta, com efeito, para os riscos da tendência expansiva dos poderes presidenciais em situações de emergência, procurando contrariar tais riscos através da introdução de mecanismos de precaução como a criação dum Tribunal Supremo Executivo e a aprovação duma lei que exigisse a aprovação de poderes presidenciais de emergência através maiorias qualificadas sucessivamente mais alargadas⁵⁹. O que está em causa é, pois, a introdução de precauções contra uma prática decisória patológica do poder executivo, o que consubstancia um risco político evidente⁶⁰.

Contra estas propostas, e para além da acusação de futilidade que lhes dirige, uma vez que em tempos de emergência os juízes tendem a adotar uma atitude de deferência especial para com a ação do poder executivo⁶¹, Vermeule sustenta que a criação de restrições excessivas poderia ter o efeito perverso de levar o executivo a iludir os vínculos do constitucionalismo⁶². É importante ter presente que Vermeule, em obra escrita juntamente com Eric Posner, considera que, pelo menos no caso americano, não há que recear as tendências expansivas do poder executivo, pois as instituições eleitorais permanecem um meio eficaz de controlar este último, em face da falência do modelo clássico da separação de poderes⁶³. A necessidade de responder às exigências em constante mutação da vida moderna conduz a encarar o poder executivo como melhor preparado para as tarefas que exigem uma atuação rápida e imediata. Nesta perspetiva, os «*estados de exceção apenas revelam a dinâmica subjacente que de facto opera em todos os períodos*»⁶⁴ e a situação de emergência é uma «*variável contínua*»⁶⁵.

tucionais, quer no plano da criação constitucional, quer no plano da "interpretação" e implementação»: cf. Adrian Vermeule, The Constitution of Risk, cit., p. 5.

59 Cf. Bruce Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass, 2010, pp. 143 e ss. e 168 e ss.; sobre o sentido e alcance destas propostas, cf. a recensão desta obra que publiquei na revista *Concorrência & Regulação*, Ano I, n.º 4, outubro-dezembro, 2010, pp. 293-302.

60 Cf. Adrian Vermeule, *The Constitution of Risk*, cit., pp. 33-34, 38-39.

61 Cf. Adrian Vermeule, *The Constitution of Risk*, cit., p. 57.

62 Cf. Adrian Vermeule, *The Constitution of Risk*, cit., pp. 64-67.

63 Cf. Eric Posner e Adrian Vermeule, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford University Press, Nova Iorque, 2010, pp. 204-206.

64 Cf. Eric Posner e Adrian Vermeule, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, p. 33.

65 Cf. Eric Posner e Adrian Vermeule, *Terror in the Balance: security, Liberty, and the*

O segundo exemplo das divergências apontadas entre as duas concepções do constitucionalismo do risco é-nos dado pelo caso *Kelo v. City of New London*, decidido pelo *Supreme Court* em 2005, em que se considerou não ser inconstitucional a expropriação de propriedade privada e a sua transferência para uma entidade privada tendo em vista o desenvolvimento económico duma área urbana degradada⁶⁶. Está aqui em causa o conceito de «risco político» em sentido estrito, isto é, o risco de que um governo exproprie propriedade ou viole um contrato sem atribuir a devida compensação⁶⁷.

Segundo a concepção do «constitucionalismo de precaução», o desenvolvimento económico de uma determinada zona por privados nunca poderá ser considerado como «utilidade pública» justificativa da expropriação, para efeitos de disposições constitucionais como a Quinta Emenda à Constituição americana, ou o artigo 62.º, n.º 2, da Constituição portuguesa. Nesta perspetiva o risco relevante é a preocupação de que «as legislaturas influenciadas por interesses comerciais privados exerçam o poder de expropriação de modos que beneficiem tais interesses com dano para o bem geral, em parte através da incerteza trazida a todos os direitos de propriedade, ao mesmo tempo que usam como justificações meros pretextos sobre desenvolvimento económico»⁶⁸.

De acordo com a concepção do «constitucionalismo de otimização», as coisas passam-se de modo completamente diverso. O receio de que se possa abusar do poder de expropriar, através do seu uso para fins privados é contrariado pelo reconhecimento evidente de que todo o poder pode ser abusado. Nas palavras de Vermeule, «o olhar de vistas curtas dos críticos da decisão *Kelo*, ao focar num risco alvo em particular – a preocupação de escolha-pública sobre a influência dos grupos de interesse – desconsiderou a possibilidade de otimização de algum nível de abuso, no sentido de que este ser um subproduto necessário duma atribuição constitucional de poder que é globalmente justificada do ponto de vista dos custos associados»⁶⁹.

Estes dois exemplos mostram bem como uma análise das decisões políticas centrada na análise e ponderação de todos os riscos que as mesmas encerram conduz inevitavelmente a uma diluição de fronteiras entre categorias tradicionalmente bem firmadas no discurso jurídico-constitucional. Por um lado, a distinção entre normalidade constitucional e situações de emergência; por outro lado, a distinção entre poder público e poder privado, ou a distinção entre uma lógica de interesse público e uma lógica de racionalidade económica. Estes dois traços da Constituição do risco estão também presentes na análise de Ulrich Beck⁷⁰, como tive a oportunidade de demonstrar. É claro

Courts, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 43.

66 Sobre esta decisão, cf. Miguel Nogueira de Brito, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 733 e ss.

67 Cf. Adrian Vermeule, *The Constitution of Risk*, cit., pp. 8-9.

68 Cf. Adrian Vermeule, *The Constitution of Risk*, cit., p. 43.

69 Cf. Adrian Vermeule, *The Constitution of Risk*, cit., p. 63.

70 Cf. Ulrich Beck, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Such nach der verlorenen Sicherheit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2007, pp. 130 e ss.; idem, *Power in the Global Age: A New Global*

que a análise de Beck, sociólogo, apresenta os dois traços mencionados no contexto dum diagnóstico da sociedade de risco mundial, enquanto Vermeule, constitucionalista, os considera no contexto dum discurso normativo sobre a Constituição.

Em terceiro lugar, está cada vez mais posta em causa a ideia de que existe uma conexão necessária entre o constitucionalismo e o Estado-nação, ou a ideia de que o constitucionalismo é apenas um fenómeno significativo, do ponto de vista sociológico e normativo, no plano dos Estados. Esta ideia tem vindo a ser substituída pelo reconhecimento da existência de processos de constitucionalização para além do Estado, ainda que o alcance desses processos seja muitas vezes ambíguo e incerto, no contexto do designado **constitucionalismo global**. Parece estar aqui em causa, pelo menos, a extensão do alcance da efetivação judicial dos direitos fundamentais, ainda que segundo uma compreensão acentuadamente liberal.

O reconhecimento dum constitucionalismo para além do Estado encontra o seu paralelo no esforço feito pelos sociólogos e teóricos da política no sentido de ultrapassarem o «*nacionalismo metodológico*» das suas disciplinas⁷¹. Para os sociólogos é, com efeito, pacífica, a aceitação dum «*sistema global social*», ou duma «*sociedade mundial*», que integra todas as diferenças políticas, económicas, jurídicas e culturais enquanto diferenças internas de uma única sociedade mundial. Assim também sucede, com particular destaque, na obra de Ulrich Beck. A sociedade do risco é por ele encarada como sociedade mundial do risco, na exata medida em que os riscos que caracterizam a sociedade moderna são riscos globais⁷². Isto permite falar no desenvolvimento dum «*cosmopolitismo de risco*» em que a criação dum público global resulta da intensificação catastrófica de riscos globais⁷³.

Ulrich Beck identifica uma transição desde uma política centrada nos Estados-nações e na segurança internacional em direção a uma política de risco pós internacional e não centrada nos Estados. Esta mudança de paradigma corresponde à passagem da primeira para a segunda modernidade⁷⁴. Uma das suas dimensões consiste precisamente na transição dum constitucionalismo do Estado em direção a um constitucionalismo além do Estado. Beck ilustra bem, de resto, a transição em causa no caso da Europa.

O caso da Europa expõe de resto, segundo Beck, um aspeto fundamental do constitucionalismo além do Estado. A autodefinição cosmopolita do Tribunal Europeu de Justiça, ao assumir a prioridade do direito europeu sobre os direitos dos Estados membros, fez surgir um «*constitucionalismo sem uma constituição formal, baseado numa prática*

Political Economy, cit., pp. 181 e ss.; idem, *The Reinvention of Politics*, cit., pp. 40-41.

71 Cf. Ulrich Beck, *Power in the Global Age: A New Global Political Economy*, cit., pp. 5, 17, 21, 22, 30, 33 e 43 e ss.; idem, *The Cosmopolitan Vision*, tradução do original alemão de Ciaran Cronin, Polity Press, Cambridge, 2006, pp. 24 e ss.; Ulrich Beck e Edgar Grande, *Cosmopolitan Europe*, tradução do alemão de Ciaran Cronin, Polity Press, Cambridge, 2007, p. 94.

72 Cf. Ulrich Beck, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Such nach der verlorenen Sicherheit*, cit., pp. 28 e ss.

73 Cf. Ulrich Beck, *The Cosmopolitan Vision*, cit., pp. 33 e ss.

74 Cf. Ulrich Beck, *The Cosmopolitan Vision*, cit., p. 36.

da produção normativa que não se sustenta em qualquer teoria desenvolvida ou em qualquer conhecimento daquilo a que isto tudo nos leva ou do seu fim último»⁷⁵.

Finalmente, o alcance específico do pensamento de Ulrich Beck no domínio do direito constitucional, assenta ainda na tese segundo a qual a sociedade do risco implica a **superação da distinção entre norma e exceção**.

Esta tese encontra-se já suficientemente afirmada no livro *Sociedade do Risco*, de 1986. Nesta obra, Beck havia já considerado que a sociedade do risco implica a politização do que até então era considerado não político, isto é, a eliminação das causas do risco no próprio processo de industrialização. Aquilo que anteriormente relevava da esfera privada da gestão fabril adquire dimensão pública, através do surgimento do «potencial político das catástrofes». Nessa medida, «a sociedade do risco é uma sociedade catastrófica. Nela a condição excepcional ameaça tornar-se a norma»⁷⁶.

Na obra *Sociedade do Risco Internacional*, Ulrich Beck começa por fazer uma distinção entre catástrofes não intencionais, ou de efeito lateral, como as alterações climáticas ou as crises financeiras globais, e as catástrofes intencionais, como o terrorismo suicida internacional. As primeiras catástrofes têm a característica de provocarem destruição para uns e serem úteis para outros, enquanto as segundas não seriam contrabalançadas por quaisquer benefícios compensatórios. Isto teria como consequência que as catástrofes não intencionais geram a expectativa dum estado de emergência negligente, enquanto a existência de catástrofes intencionais pura e simplesmente inviabiliza as distinções clássicas da primeira modernidade, como «as distinções entre estado de normalidade e estado de exceção, guerra e paz, militares e civis, inimigo e criminoso, nacional e internacional, nós e eles»⁷⁷.

Beck procura tomar, todavia, a devida distância em relação ao pensamento de Carl Schmitt, que surge como a referência óbvia nesta matéria, uma vez que este último associa o estado de exceção exclusivamente ao Estado-nação. Ora, o risco intencional do terrorismo internacional anula o princípio da estadualidade e exprime a fragilidade do poder do Estado⁷⁸. Esta preocupação de assumir o distanciamento em relação à referência óbvia nesta matéria não nos deve, todavia iludir sobre a questão fundamental, que consiste em saber se é compatível com os princípios do Estado de direito a aceitação pacífica e sociologicamente induzida da normalização da exceção.

Com efeito, a análise de Ulrich Beck não atinge os dois pontos essenciais introduzidos pela superação da distinção entre estado de normalidade e estado de exceção: por um lado, se a distinção deixa de fazer sentido isso implica, em alguma medida, o reconhecimento da impossibilidade de alguma vez superar o estado de coisas tornado

75 Cf. Ulrich Beck e Edgar Grande, *Cosmopolitan Europe*, p. 7.

76 Cf. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, cit., pp. 24 e 78.

77 Cf. Ulrich Beck, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Such nach der verlorenen Sicherheit*, cit., p. 147.

78 Cf. Ulrich Beck, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Such nach der verlorenen Sicherheit*, cit., p. 149.

inevitável pela expectativa da ocorrência dos danos inerentes aos riscos, sejam eles intencionais ou não intencionais; por outro lado, implica também, e conseqüentemente, que a preocupação com a segurança desaloja a liberdade e a igualdade enquanto valores centrais e passa a ocupar o lugar cimeiro na escala de valores da sociedade do risco. Isto mesmo chega a ser reconhecido por Ulrich Beck, quando afirma que «na escala de valores a segurança desaloja a liberdade e a igualdade da mais elevada prioridade. O resultado são leis mais apertadas, tendo em vista um aparentemente racional “totalitarismo do controlo de perigos”»⁷⁹. Simplesmente, apesar do subtítulo do livro *A Sociedade do Risco Internacional*, isto é, «À procura da segurança perdida», a verdade é que esta parece estar destinada a nunca ser encontrada.

4. Reflexões críticas: gestão do risco ou superação de crises? Segurança ou liberdade?

A análise de Ulrich Beck explora um dos mais estranhos paradoxos da idade moderna: como é possível que os riscos aumentem, em vez de regredirem, em resultado do progresso científico e tecnológico?⁸⁰ Depois da primeira modernidade, que acreditava confiantemente no poder da razão para subjugar e controlar todos os riscos, encontramos novamente, dir-se-ia, na situação do mundo pré-moderno, em que a confiança é substituída pelo medo, apenas com a diferença de que não são agora tanto as forças sobrenaturais que receamos, mas precisamente as conseqüências destrutivas imprevistas da nossa atuação racional. Certamente que Beck não é o único a explorar este paradoxo, como o próprio sublinha ao mencionar a «*linha ancestral de críticos profundos e impiedosos da modernidade*», na qual inclui nomes como Max Weber, Horkheimer, Adorno, Günther Anders, Jacques Ellul e Hans Jonas. Beck considera-se credor das análises penetrantes e por vezes arrebatadoras destes pensadores, mas procura distanciar-se da sua crítica meramente destrutiva, ao mencionar «*as vantagens duma atitude que permite a superioridade, ao mesmo tempo que nos dispensa de qualquer responsabilidade pela ação*»⁸¹.

É precisamente neste ponto que importa retomar um aspeto já anteriormente referido e que se prende com a assimetria entre o realismo radical do diagnóstico da modernidade tardia levado a cabo por Ulrich Beck e a ingenuidade e vaguidade das suas propostas de ação. Para Beck, é certo, apresentar propostas detalhadas de ação, tal como o fatalismo negativo dos críticos da modernidade, implicaria ainda pensar a modernização em termos lineares, em vez de a conceber como um processo que dá origem a situações previamente desconhecidas e impossíveis de prever. Os proponen-

79 Cf. Ulrich Beck, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Such nach der verlorenen Sicherheit*, cit., p. 28.

80 Cf. Darryl S. L. Jarvis, “Risk, Globalisation, and the State: A Critical Appraisal of Ulrich Beck and the World Risk Society Thesis”, cit., p. 23.

81 Cf. Ulrich Beck, *World Risk Society*, cit., p. 86.

tes do fatalismo negativo presumem saber aquilo que não é possível saber: o resultado, o fim, a desesperança de todas as coisas. Nessa medida, «o fatalismo negativo é o irmão gêmeo da crença no progresso». A prática da dúvida, pelo contrário, é o que nos permite repensar tudo quando tudo está em causa⁸².

Resta saber se este ponto de vista não acaba por ser tão defensivo, ou mesmo desresponsabilizante, como o fatalismo negativo que Ulrich Beck rejeita. A coerência e praticabilidade das propostas de ação não é o mais importante quando não podemos saber o seu resultado e conhecer os seus efeitos. E, todavia, são tudo aquilo que nos resta.

A partir daqui torna-se possível refletir criticamente sobre o projeto de Ulrich Beck. Deixando de lado a questão de saber se a sua análise sobre o declínio do Estado (e, em especial, do Estado social) é suportada pelos dados empíricos⁸³, há quatro pontos que me parece essencial referir.

Em primeiro lugar, a análise de Beck integra-se, tal como a de outros sociólogos, entre os quais cabe referir nomes como o de Niklas Luhmann e Anthony Giddens, naquele que já foi designado o paradigma do risco, por oposição ao paradigma da crise. As crises sociais e económicas podem, segundo refere Hauke Brunkhorst «ser resolvidas normativamente, através de alterações das instituições, da aprovação de reformas ou revoluções constitucionais igualitárias, através de programas legislativos».

Pelo contrário, segundo o paradigma do risco, a exclusão social e a poluição ambiental, ou mesmo as políticas monetária e orçamental no seio da Europa, devem ser resolvidas segundo soluções técnicas, as quais exigem peritos, e mesmo que estes envolvam as populações afetadas pelas suas decisões (o que está longe de ser a regra) a sua atuação será sempre «subpolítica», na aceção de Beck⁸⁴. Tal atuação será também «subpolítica» no sentido de fragmentada e incapaz de exprimir opções políticas de fundo para o conjunto da sociedade. A «reinvenção da política» de que nos fala U. Beck, se for concebida como uma alternativa radical à atividade político-partidária desenvolvida no seio das democracias parlamentares, em vez de o ser como um corretivo e complemento dessa atividade, arrisca-se a corresponder, na realidade, a uma desvalorização da política tal como a mesma faz ainda sentido nas nossas sociedades.

Em segundo lugar, encarar o Estado como uma «categoria zombie» não parece ser um modo promissor de lidar com o papel central que aquele desempenha na vida política nacional e internacional. Desde logo, muitos dos mecanismos em que se exprime o constitucionalismo global, ou as constituições civis globais (segundo a expressão de Teubner), ou mesmo a «subpolítica», estão dependentes do direito constitucional dos Estados: assim sucede com a introdução de mecanismos de democracia direta nas de-

82 Cf. Ulrich Beck, *World Risk Society*, cit., p. 87-88.

83 E há razões para acreditar que não é: cf. Darryl S. L. Jarvis, "Risk, Globalisation, and the State: A Critical Appraisal of Ulrich Beck and the World Risk Society Thesis", cit., pp. 34 e ss. e 40.

84 Cf. Hauke Brunkhorst, "The Return of Crisis", in Poul F. Kjaer, Gunther Teubner e Alberto Febbrajo (orgs.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark side of Functional Differentiation*, Hart, Oxford, 2011, pp. 134-135.

mocracias parlamentares representativas, ou ainda com a eficácia perante terceiros dos direitos fundamentais e a exigência de democraticidade interna das associações privadas.

O papel central dos Estados numa teoria política da modernidade não se exprime apenas na importância que assume na redefinição dos modos da ação política, num sentido que não se esgota já nas instituições políticas representativas, mas também no modo como os próprios movimentos terroristas se procuram envolver na construção do Estado. A este propósito, seria interessante conhecer a reação de Ulrich Beck à evolução verificada entre a criação da Al-Qaeda, relativamente a cuja atuação considera significativo o facto de «*não controlar qualquer Estado e não enviar para o combate qualquer exército regular*»⁸⁵, e a criação do Estado Islâmico.

Em terceiro lugar, cabe referir a questão da segurança, tema que apesar de estar subjacente a muitas das reflexões de Ulrich Beck lhe merece (pelo menos comparativamente) poucos desenvolvimentos. Qual é, de facto, o lugar da segurança na teoria política da segunda modernidade?

Se existe um autor no cânone da filosofia política que pode servir como foco duma discussão moderna sobre a segurança, esse autor é, sem dúvida, Thomas Hobbes⁸⁶. Ora, precisamente, Ulrich Beck toma o pensamento de Hobbes como ponto de partida duma reflexão sobre a teoria política da segunda modernidade. Segundo afirma, «*a teoria política da soberania de Thomas Hobbes é baseada na fórmula homo homini lupus, o homem é um lobo para o homem. A teoria política da sociedade do risco, pelo contrário, parte duma versão adaptada deste princípio: a humanidade é um lobo para a humanidade. (...) A humanidade é sujeito e objeto da sua própria ameaça*»⁸⁷. A fórmula adaptada é também um princípio de teoria cosmopolita, na medida em que a possibilidade dum suicídio da espécie cria a possibilidade dum novo começo, isto é, indica o ponto em que a ordem nacional se mostra impotente e uma ordem transnacional emerge.

A conclusão de Beck é a de que «*o contrato social deixa de poder basear-se na anarquia de Estados individuais e separados. Em vez disso, é necessário criar uma ordem inter-Estados que retira a sua legitimidade cosmopolita do combate preventivo à ameaça da humanidade*»⁸⁸. Sucede, todavia, que esta preocupação com a fundação estadual ou supraestadual do contrato social deixa por discutir aquilo que verdadeiramente importa discutir, isto é, a questão de saber qual o propósito do edifício político. Para Hobbes, tal propósito, quando o edifício político coincidia com o Estado, consistia na segurança de cada membro da comunidade política em relação aos demais e

85 Cf. Ulrich Beck, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Such nach der verlorenen Sicherheit*, cit., p. 132.

86 Cf. Jeremy Waldron, *Torture, Terror, and Trade-Offs: Philosophy for the White House*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 112.

87 Cf. Ulrich Beck, *Power in the Global Age*, cit., p. 253.

88 Cf. Ulrich Beck, *Power in the Global Age*, cit., p. 256.

de todos em relação aos forasteiros. Mas qual o lugar da segurança quando o edifício político deixa de coincidir com o Estado? Para esta questão não encontramos resposta no pensamento de Ulrich Beck que, no entanto, não deixava de ter a consciência de que, na escala de valores da sociedade de risco, «a segurança desaloja a liberdade e a igualdade da mais elevada prioridade»⁸⁹.

Um quarto e último aspeto prende-se com o desmantelamento do Estado social apregoado por Beck, em virtude das reações crescentemente adversas adotadas pelos investidores privados aos seus custos, que sentem como excessivos. Ao mesmo tempo, o seu conceito de individualização pressupõe a persistência do Estado social, independentemente da sua configuração concreta. Como acima referi, segundo Beck, é, de facto, a persistência de formas de proteção social que permite distinguir entre a individualização, entendida como marco irrenunciável da segunda modernidade, e a atomização, entendida como característica das sociedades que aniquilam a pessoa humana. Se assim for, a situação que enfrentamos é, na realidade, trágica: o Estado social estaria condenado precisamente quando a sua manutenção se afigura, mais do que nunca, essencial.

⁸⁹ Cf. Ulrich Beck, *Weltrisikogesellschaft. Auf der Such nach der verlorenen Sicherheit*, cit., p. 28. Curiosamente essa mesma reflexão sobre a segurança encontramos-la numa obra em que se defende a construção da integração europeia num sentido estadual: cf. Glyn Morgan, *The Idea of a European Superstate: Public Justification and European Integration*, Princeton University Press, Princeton e Oxford, 2005, p. 98 (distinguindo três conceções do conceito: enquanto pressuposto do bem-estar individual; enquanto elemento desse mesmo bem-estar; e enquanto estado duma coletividade).



Incerteza e Globalização - Direito e Constituição ¹

Ana Raquel Gonçalves Moniz

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Investigadora do Instituto Jurídico

1. Introdução; 2. Incerteza, risco e crise; 3. Incerteza e direito: a crise normativa; 4. Incerteza e Constituição: a(s) crise(s) do Estado nacional, do constitucionalismo e da Constituição; 5. Os direitos fundamentais no cruzamento dos binómios incerteza e globalização, direito e Constituição; 6. Reflexões finais

1. Introdução

É sobejamente conhecida a metáfora que inicia uma das mais emblemáticas obras de Beck – *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*: vivemos hoje no “vulcão da civilização”, uma sociedade marcada pelo risco e pela incerteza – política, social, cultural e também jurídica. Constitui também um *topos* discursivo a afirmação segundo a qual nos encontramos numa sociedade de *risco*, cujo impulso motor se concretiza, nas expressivas palavras de Beck, na frase “tenho medo!” e que coloca à comunidade a relevantíssima questão de saber “como vencer o medo, se não podemos combater diretamente as causas do nosso medo?” ou “como continuar a viver no vulcão que é esta civilização, sem tentar conscientemente esquecê-lo e sem morrer asfocado pelo medo?”². Com efeito, o *risco* constitui um descritor essencial da moder-

1 Trabalho integrado nas atividades do Grupo de Investigação “Crise, Sustentabilidade e Cidadanias” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do Projeto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito” (UID/DIR/04643/2013).

2 Beck, «La Irresponsabilidad Organizada», in: *Debats*, n.os 35/36, 1991, pp. 30 e ss.. Como também salienta o Autor (*Risk Society: Towards a New Modernity*, trad. por Mark Ritter, Sage Publications, London/Thousand Oaks/New Delhi, 1992, p. 49), esta exclamação contrapõe-se à da força motriz da sociedade de classes: “tenho fome!” (como também já salientámos noutras ocasiões – v. F. Alves Correia/Ana Raquel Moniz, «Portugal. Rapport National», in: *Risque et Droit de l'Urbanisme, Cahiers du GRIDAUH* – 20, Paris, 2011, p. 255).

A associação do risco ao medo assume contornos especialmente relevantes nas atuais teorias sociológicas – cf., v. g., numa reflexão sobre as perspetivas de Beck e Douglas, Scott, «Risk Society or Angst Society? Two Views of Risk, Consciousness and Community», in: Adam/Beck/Van Loon (eds.), *The Risk Society and Beyond*, Sage, London/Thousand Oaks/New Delhi, 2000, pp. 33 e ss..

idade reflexiva³, que pretende substituir os princípios da sociedade moderna nascida da revolução industrial (modernidade clássica) e que, no fundo, ainda correspondeu ao modelo vigente no século XX histórico (que não cronológico), no período que mediou a I Grande Guerra e a queda do muro de Berlim.

Embora dotado de um relevo central na obra do Autor, o risco não constitui o único descritor associado a Beck. Também o tema da «globalização»⁴ (*Globalisierung*) mereceu uma apreciação significativa, enquanto “processo através do qual os Estados soberanos nacionais são cruzados e contornados por atores transnacionais com distintas perspectivas de poder, orientações, identidades e redes”. A sociedade de risco enquadra-se num cenário marcado pela globalização, que, viabilizando uma interligação dos sujeitos (em especial, das grandes corporações transnacionais) num nível paralelo (ou mesmo superior) ao dos Estados, lhes confere um poder acrescido na construção da economia e da própria sociedade⁵. A sociedade globalizada (pós-moderna) encontra-se na encruzilhada entre a mundialização da economia e o crescente individualismo caracterizador de uma comunidade que, agora desencontrada do Estado ou da Nação, perde o seu elemento agregador e, como tal, a sua consciência coletiva e a capacidade para uma ação política organizada. Por este motivo, e também na senda de Beck, torna-se hoje ilusória qualquer perspectiva que conceba o mundo como um espaço composto por vários Estados ou grupos fechados. A noção de «globalidade» (*Globalität*) proposta pelo Autor significa isto mesmo: o reconhecimento da existência de uma «sociedade mundial» (*Weltgesellschaft*), onde as inter-relações que se estabelecem entre os sujeitos não se encontram integradas pelos Estados nacionais, nem determinadas pelas políticas estaduais⁶. Só que esta sociedade mundial, enquanto “multiplicidade sem unidade”, está longe de atingir a uniformidade, sendo antes caracterizada pela heterogeneidade e pela não integração – o que inviabiliza a defesa da existência de um “Estado mundial” ou de um “Governo mundial”⁷.

3 Afirma expressamente Beck (*Risk Society*, cit., p. 21) que “o conceito de risco está diretamente ligado ao conceito de modernização reflexiva”. Como adverte o Autor, o adjetivo «reflexiva» não se encontra relacionada com o vocábulo «reflexão», mas significa antes autoconfrontação (*self-confrontation*) com as consequências da sociedade de risco, e a percepção de que as mesmas não podem ser adequadamente enfrentadas com os mecanismos tradicionais do sistema da sociedade industrial – cf. Beck, «*Risk Society and the Provident State*», in: Lash/Szerszynski/Wynne (eds.), *Risk, Environment & Modernity: Towards a New Ecology*, Sage Publications, London/Thousand Oaks/New Dehli, 1996, p. 28.

4 BECK (*What is Globalization?*, Polity Press, Cambridge, 2000, p. 11. O conceito de globalização distingue-se de «globalismo» (*Globalismus*), na medida que este assume uma feição redutora, identificando apenas a dimensão económica da globalização; como acentua o Autor, a globalização projeta-se na criação de um sistema de mercado mundial, mas não se reconduz a este elemento, possuindo também outras dimensões, no plano da ecologia, da cultura, da política, e da sociedade civil (*Op. cit.*, pp. 9 e s.). V. também BECK, «*Die Eröffnung des Welthorizontes: Zur Soziologie der Globalisierung*», in: *Soziale Welt*, n.º 1, ano 48, 1997, p. 5.

5 BECK, *What is Globalization?*, cit., p. 2.

6 BECK, *What is Globalization?*, cit., p. 10.

7 BECK, *What is Globalization?*, cit., pp. 10 e 12; embora, noutros estudos, o Autor aluda a um «Estado transnacional», enquanto erosão ou transformação possível do Estado nacional – cf., v. g., BECK, «*Die Eröffnung...*», cit., p. 4. Pelos motivos apontados no texto, alguns setores doutrinários não deixam de salientar que “um mundo globalizado é um mundo impossível” – assim,

Em face destas considerações introdutórias, compreende-se que não é, de todo, indiferente a associação entre Beck e o Direito Constitucional proposta para este painel. A conjugação entre risco e globalização, e a respetiva projeção naquele ramo jurídico-dogmático não traduzem senão uma das recentes tendências da teoria constitucional, que assiste, no seu seio, ao reviver do método sociológico⁸.

2. Incerteza, risco e crise

A introdução do discurso do risco e da incerteza no direito traduz uma nítida influência da sociologia, que produziu impactos distintos nos Estados em que foi introduzido. Assim, na Alemanha, e pela mão de Beck, esta aproximação teórica estava alicerçada num movimento (social) mais amplo de reação contra a energia nuclear e a defesa de um *modus vivendi* mais ecológico⁹ – o qual desembocou, politicamente, na formação do *Die Grünen*¹⁰. Mas o dualismo risco e incerteza denota ainda a permeabilidade do direito à influência da análise económica, pondo em evidência as dificuldades decisórias em situações de ausência de informação perfeita e perante a escassez de recursos¹¹. Numa perspetiva que associa, em simultâneo, a psicologia e a economia, a incerteza e o risco encontram-se conexonados com a esperança, enquanto sentimento positivo (de satisfação) que decorre do adiar da resolução de uma incerteza com o intuito de obter um ganho¹².

Em sentido amplo, o risco refere-se à probabilidade e ao alcance de um evento (indesejado) e com efeitos potencialmente danosos¹³. Refletindo sobre a emergência do paradigma da sociedade de risco, Beck define este último conceito como a “forma sistemática de lidar com os perigos e as incertezas induzidas e introduzidas pela própria modernização”¹⁴. O Autor acentua que vivemos numa civilização que se coloca a si própria em risco, pelo que a sociedade de risco se assume como uma sociedade

ROBERTSON/WHITE, «What is Globalization?», in: RITZER (ed.), *The Blackwell Companion to Globalization*, Blackwell, 2007, p. 63.

8 Cf. ANDERSON, «Beyond “Constitutionalism Beyond the State”», in: *Journal of Law and Society*, n.º 3, vol. 39, setembro 2012, pp. 360 e 362.

9 Cf., v. g., o sentido da «democracia verde», sinteticamente condensado em BECK, «Brief Introduction do Environmental Machiavellianism: Green Democracy from Below», in: BECK, *Democracy without Enemies*, Polity Press, Cambridge, 1998, pp. 154 e ss..

10 Assim, ZINN, «Introduction: The Contribution of Sociology to the Discourse of Risk and Uncertainty», in: ZINN (ed.), *Social Theories of Risk and Uncertainty: An Introduction*, Blackwell, Malden/Oxford/Victoria, 2008, p. 3.

11 Cf., v. g., GIFFORD, «Risk and Uncertainty», in: ACS/AUDRETSCH (eds.), *Handbook of Entrepreneurship Research*, 2.ª ed., Springer, New York, 2010, pp. 303 e s..

12 Assim, CHEW/HO, «Hope: An Empirical Study of Attitude Toward the Timing of Uncertainty Resolution», in: *Journal of Risk and Uncertainty*, vol. 8, 1994, p. 268.

13 ZINN, «Introduction...», cit., p. 4. V. também Carla Amado GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 227.

14 BECK, *Risk Society*, cit., p. 21.

catastrófica: as catástrofes surgem dotadas de um potencial político e impõem uma reorganização ou redistribuição do poder e da autoridade que as permita gerir¹⁵.

A verdade, porém, é que a evolução da sociedade potencia estes riscos e tende a fazer proliferar as ameaças e, como tal, estimula os acidentes – daí o relevo que a segurança, enquanto antónimo da incerteza, parece assumir hoje¹⁶, e a aproximação do *providing State* ao *provident State*¹⁷. O mundo atual vive no (aparente) paradoxo entre a segurança e a incerteza, entre a sorte e o risco, entre os ganhos e as perdas propiciadas por acontecimentos não domináveis¹⁸. Poder-se-á afirmar, na sequência de Beck, que os modelos sociais atuais, na medida em que lhes falece uma capacidade de/para a transformação, contêm os genes da sua própria destruição – ou, pelo menos, da(s) sua(s) crise(s). Numa ótica sociológica, estamos diante de um resultado que emerge da exploração das reservas naturais, mas também culturais e sociais da comunidade, e da circunstância de esta se não encontrar preparada para viver numa época marcada por múltiplos riscos, contraditórios e globais¹⁹; por esse motivo, enfatiza o Autor, a «sociedade mundial» produz também crises globais²⁰. As questões emergem, sobretudo, porque o acidente (*hoc sensu*, como acontecimento nefasto que, de início se perspetiva apenas como um risco) deixa de ser esporádico para se tornar regular, deixa de ser individual para se tornar social²¹.

Vários são os fatores distintivos das atuais crises e que, enquanto provocam alterações profundas no equilíbrio das relações entre o(s) Estado(s) e a(s) sociedade(s), constituem o pressuposto para a introdução de mutações no direito público, em geral, e no direito constitucional e no constitucionalismo, em particular. Referimo-nos, precipuamente, ao *impacto da tecnologia* que propicia uma rápida difusão das crises; à *globalização*, no triplo sentido de que as crises se manifestam a nível global, as respetivas respostas (mesmo quando dadas no plano nacional) revelam uma homogeneidade e apoiam-se em organismos supranacionais; ao relevo da *rapidez* na tomada de decisões; à natureza aparentemente conjuntural, mas verdadeiramente *estrutural* das soluções adotadas para fazer face às crises²².

Todavia, a crise global decorrente dos fenómenos de incerteza não possui apenas contornos económicos, financeiros, políticos, sociais e ambientais, assumindo também

15 BECK, *Risk Society*, cit., p. 24.

16 Cf. também EWALD, *L'Etat Providence*, Kindle e-book, 1986, Introduction.

17 BECK, «Risk Society...», cit., pp. 30 e 37.

18 Cf. SCHERZBERG, «Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?», in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 63., De Gruyter, Berlin, 2004, p. 217.

19 BECK, «Risk Society...», cit., p. 29.

20 BECK, *What is Globalization?*, cit., p. 10.

21 EWALD, *L'Etat Providence*, cit., Introduction.

22 Cf. EMBID IRUJO, «El Derecho Público de la Crisis Económica», in: BLASCO ESTEVE (COORD.), *El Derecho Público de la Crisis Económica. Transparencia y Sector Público. Hacia un Nuevo Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2011, pp. 32 e ss., cuja perspetiva seguimos de perto, ainda que não na totalidade.

um cariz axiológico. Trata-se, aliás, de um aspeto igualmente acentuado por Beck, quando enfatiza que à crise europeia subjaz um desmoronamento de valores (que o Autor identificou com a abertura, a liberdade e a tolerância)²³. A resposta a estas questões passará, pois, pela revalorização da penetração de considerações axiológicas nas atuações públicas estaduais, em consonância com a articulação privilegiada que, neste horizonte, se faz sentir entre os princípios da democracia e do Estado de direito²⁴. Tais princípios englobam a defesa de um conjunto de valores públicos da ação estadual, quer de natureza substantiva (respeito pelos direitos fundamentais, proporcionalidade, imparcialidade, racionalidade), quer de índole procedimental/processual (transparência, garantias procedimentais e processuais)²⁵.

3. Incerteza e direito: a crise normativa

As questões da crise e da incerteza afetam, em primeiro lugar, o próprio direito, originando uma crise normativa.

Também agora risco e globalização aparecem interligados, visto que, para Beck²⁶, o risco constitui um fator de globalização: em virtude da dispersão dos riscos e dos respetivos efeitos, as sociedades de risco já não se identificam com as sociedades nacionais, tolhidas entre as fronteiras dos Estados, mas consubstanciam «comunidades de perigo», tornando atual a concretização da utópica «sociedade mundial». Sob a veste da globalização, assomam fenómenos tão distintos como a mobilidade e o comércio transnacionais, o aumento do âmbito e da fluidez das redes sociais decorrente da evolução dos meios de comunicação, a transnacionalização das instituições políticas, e a aproximação, miscigenação e assimilação de culturas²⁷. Em última análise, assistimos a uma *desnacionalização* (*Denationalisierung*) e à erosão do Estado tal como o conhecemos na modernidade²⁸. A realização desta (nova) utopia introduz momentos de complexificação no direito, na medida em que o predomínio tradicional das fontes de natureza estadual se encontra em paulatina substituição

23 BECK, *Das Deutsche Europa*, cit., p. 24.

24 A este propósito, HARLOW («Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values», in: *The European Journal of International Law*, n.º 1, vol. 17, 2006, p. 190) designa-os como os «ideais gémeos» (*twin ideals*) do Direito Administrativo ocidental.

25 V. também AUBY, «Contracting Out and “Public Values”: A Theoretical and Comparative Approach», in: S. ROSE-ACKERMANN/LINDSETH, *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2010, p. 511. Num sentido muito amplo, os *public values* evocam os direitos e os benefícios de que cidadãos são titulares, as obrigações que têm perante a sociedade ou o Estado e os princípios em que os governos devem basear a sua atuação – cf. BOZEMAN, *Public Values and Public Interest: Counterbalancing Economic Individualism*, Georgetown University Press, Washington, 2007, p. 132.

26 BECK, *Risk Society*, cit., pp. 46 e ss., 76 e ss..

27 WALKER, «Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.ºs 3/4, vol. 6, julho/outubro 2008, p. 374.

28 BECK, «Die Eröffnung...», cit., p. 4.

quer por níveis normativos de infraestaduais (subestaduais), quer por níveis normativos de direito internacional ou mesmo de direito supranacional (europeu) – em suma, e na antítese feliz de Walker²⁹, deparamo-nos com uma «desordem das ordens normativas», emergente da fragmentação do poder do Estado e que leva Casalta Nabais a, expressivamente, aludir à «“salamização” interna e externa do Estado»³⁰.

Mas a incerteza do direito liga-se também ao facto de, com estes estratos, coexistirem instrumentos regulativos privados, como sucede, paradigmaticamente, com a *lex mercatoria*³¹. Encontramos um exemplo típico desta realidade nos desafios colocados pelo investimento estrangeiro: a partir do momento em que o Estado se procura financiar através de investidores estrangeiros, contratualizando a sua soberania, a regulação da tutela das legítimas expectativas dos consumidores escapa ao direito estadual, e passa a resultar dos contratos celebrados³². Reflexões idênticas – que apontam para a superação do monopólio da criação (autoritária-estadual) de normas jurídicas – se podem tecer a propósito da crescente intervenção das empresas transnacionais, que, traduzindo uma captura corporativa, constituem a verdadeira fonte das soluções adotadas no âmbito do direito fiscal das empresas. Em ambos os casos, verifica-se que o primeiro (e, por vezes, também o último) nível regulatório não se reconduz ao direito emanado pelos órgãos politicamente legitimados, proliferando fontes de *soft law*, desprovidas de carácter autoritário-coercivo³³.

29 WALKER, «Beyond Boundary Disputes...», cit., p. 376.

30 CASALTA NABAIS, «Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais», in: *Ab Uno Ad Omnes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 972 e ss. [aludindo ao “Estado «salamizado»”, enquanto fenómeno resultante da “fragmentação ou fracionamento do (poder do) Estado em virtude da intensa disputa que os mais diversos pólos de poder político e sócio-económico vêm travando, reivindicando para si parcelas cada vez mais significativas do poder estadual como se este estivesse em saldos ou mesmo em liquidação”], e «A Autonomia Financeira das Autarquias Locais», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXII, 2006, pp. 57 e s.. A este propósito, o Autor refere-se a uma “salamização” interna e externa do Estado (cf. o quadro sinóptico a p. 57, últ. Op. cit.), a sublinhar, por um lado, e a jusante, a absorção do poder estadual emergente das diversas formas de descentralização territorial (polarizada em torno de “regionalismos e municipalismos protagonistas contínuos de processos aparentemente inesgotáveis de ‘autonomia progressiva’”) ou associativa (onde emergem as pretensões dos grupos de pressão, com especial destaque para as associações públicas de profissionais liberais, a defender interesses “de grupo”), e, por outro lado, e a montante, a perda de poder resultante da integração (*maxime*, europeia) política e económica.

31 QUE TEUBNER [«“Global Bukowina”: Legal Pluralism in the World Society»], in: TEUBNER (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot/Brookfield/Singapore/Sydney, 1997, p. 3; cf. também pp. 8 e ss..] identifica como um caso exemplar do direito global sem Estado. V. ainda MERTENS, «Lex Mercatoria: A Self-Applying System Beyond National Law?», in: TEUBNER (ed.), *Global Law...*, cit., pp. 31 e ss..

32 Sobre esta questão, cf. Suzana Tavares da SILVA, «Razão de Estado e Princípio da Razoabilidade», in: Suzana Tavares da SILVA/Maria de Fátima RIBEIRO, *Trajectórias de Sustentabilidade*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p. 116.

33 Assim, Casalta Nabais, «A Crise do Estado Fiscal», in: Suzana Tavares da SILVA/Maria de Fátima RIBEIRO, *Trajectórias...*, cit., p. 35. São, aliás, estes (e outros) fatores que levam o Autor a defender a morte da constituição económica, financeira e fiscal, e, em especial, a emergência de um “direito fiscal a montante dos Estados”: cf., v. g., Casalta Nabais, «Reflexões sobre a Constituição Económica, Financeira e Fiscal», in: *Por um Estado Fiscal Sustentável – Estudos de Direito Fiscal*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 157 e ss., e *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 131 e ss.. Cf. ainda TEUBNER, «“Global Bukowi-

É este o contexto da atual «crise de direção» (*Steuerungskrise*) do direito, decorrente do distanciamento entre a «exigência de direção» (*Steuerungsanspruch*) das normas jurídicas e a sua efetiva «força de direção» (*Steuereungskraft*)³⁴. A existência de novos instrumentos vinculadores (não necessariamente consubstanciados em normas jurídicas³⁵, mas constituindo esquemas regulativos alternativos) do *agere* público (provenientes dos quadrantes europeu e internacional, mas também emergentes da normação privada) não pode obliterar que o direito se assume como um dado ineliminável, numa perspetiva concomitantemente ética, política, cultural e funcional³⁶. Destarte, em muitas circunstâncias, a crise do direito acaba por se reconduzir à crise de uma certa compreensão (de índole positivista) do direito: a globalização (proporcionada também pelo risco) veio demonstrar a ultrapassagem do entendimento da supremacia de uma *ordem de autoridade* centrada exclusivamente na soberania nacional³⁷; diversamente, o direito assume-se, antes de mais, como uma «ordem de validade»³⁸. Aliás, mesmo os mais técnicos problemas de gestão de risco não se compadecem com uma racionalidade técnico-científica, mas exigem uma ponderação normativa³⁹ ou valorativa⁴⁰: a tarefa de gestão do risco não se satisfaz com o conhecimento da possibilidade ou da probabilidade da ocorrência danosa e das formas técnicas de a solucionar, presumindo ainda quer uma definição dos riscos mais ou menos aceitáveis, quer um juízo de alocação de recursos destinados a evitar os acontecimentos ou a minimizar as suas consequências.

Não se pode, todavia, ignorar que o policentrismo normativo associado à globalização e à crise do direito, e, muito particularmente, à crise do direito público, veio demonstrar a superveniência de uma (quase) revolução copernicana do seu sentido originário: se o direito público nasceu para limitar os abusos do Estado e preservar a autonomia da sociedade, atualmente, os poderes com maior impacto nas liberdades pessoais não revestem natureza pública-autoritária, provindo antes de entidades privadas (económicas, tecnológicas, científicas, jornalísticas ou informacionais). É a uma comunidade com estas características que se dirige hoje um direito público⁴¹ fragmen-

na"...»), cit., p. 21, a propósito da *soft law*.

34 Cf., sobre esta matéria, KLEMENT, *Verantwortung (Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht)*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 12 e ss..

35 Ainda que a capacidade de prestação das normas jurídicas (desde logo, das normas constitucionais) também fique sujeita a novos desafios – cf. Gomes CANOTILHO, «O Estado Garantidor: Claros-Escuros de um Conceito», in: Avelãs NUNES/Miranda COUTINHO, *O Direito e o Futuro – O Futuro do Direito*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 575 e s..

36 Assim também KLEMENT, *Verantwortung...*, cit., p. 19.

37 WALKER, «Beyond Boundary Disputes...», cit., p. 376.

38 Castanheira NEVES, «O Direito como Validade: A Validade como Categoria Jurisprudencialista», in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3984, ano 143.º, janeiro/fevereiro 2014, p. 175.

39 Considerando que o risco pressupõe uma envolvimento das racionalidades científica e social, cf. BECK, *Risk Society*, cit., pp. 29 e s..

40 ZINN, «Introduction...», cit., p. 13.

41 Assim, ESTEVE PARDO, *Autorregulación: Génesis y Efectos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 172.

tário, essencialmente principiológico, marcado pela convivência entre *hard law* e *soft law*, e reconstituído, cada vez mais, pela experiência, designadamente jurisdicional⁴².

4. Incerteza e Constituição: a(s) crise(s) do Estado nacional, do constitucionalismo e da Constituição

O cruzamento entre os conceitos de incerteza, direito e Constituição leva a dar um passo em frente e a questionar sobre o seu impacto no constitucionalismo – é a este propósito que caberá aludir à(s) crise(s) do Estado nacional e do direito constitucional. Estamos diante de duas realidades intimamente relacionadas, ambas marcadas por fenómenos como a pulverização dos centros de poder, a sujeição das soberanias nacionais a forças extrínsecas, a globalização do direito constitucional, diretamente acompanhada pela sua banalização, e a emergência de constitucionalismos alternativos.

A atenuação da soberania dos Estados nacionais resultava já, em parte, da respetiva renúncia em favor da União Europeia. A crise veio, contudo, demonstrar as fragilidades da Europa e as respetivas fissuras. Como salienta Beck, esta realidade não significa necessariamente (nem pode vir a significar) a restauração do modelo de Estado westfaliano, implicando antes uma refundação do papel da União Europeia, construída na base da cooperação, do entendimento e do diálogo entre os Estados-Membros, nos termos pressupostos por um princípio da reconciliação (*Prinzip der Versöhnung*)⁴³.

Todavia, a crise do Estado nacional mergulha mais fundo, e também se encontra conexas com a *transnacionalidade*, enquanto expressão de formas de vida que ultrapassam as fronteiras estaduais e, simultaneamente, de integração do que é estrangeiro/estranho como próprio⁴⁴. A mobilização deste conceito (muito em voga nas ciências sociais) destina-se a ilustrar que a crise do Estado não decorre apenas das forças externas, que, progressivamente, põem em xeque a soberania nacional. Além destas, não só a diáspora decorrente dos fluxos migratórios (que origina «etnicidades desterritorializadas»⁴⁵) como também a significativa interpenetração e fluidez de instituições sociais criam uma cultura sincrética e híbrida que, possuindo embora a virtude da criação de uma sociedade que bebe as influências de várias heranças mundividenciais, pode trazer consigo uma uniformização cultural que atenua as identidades nacionais⁴⁶. A nação – tendencialmente marcada pela nota da homogeneidade e centro

42 V. também, embora a propósito do Direito Administrativo, MUÑOZ MACHADO, «Hacia un Nuevo Derecho Administrativo», in: BLASCO ESTEVE (COORD.), *El Derecho...*, cit., pp. 194 e s.. Cf. ainda o nosso estudo «Traços da Evolução do Direito Administrativo Português», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVII, 2011, pp. 309 e ss..

43 BECK, *Das Deutsche Europa*, cit., pp. 33 e 57.

44 Cf. BECK, *The Cosmopolitan Vision*, trad. por Ciaran CRONIN, Polity Press, Cambridge, 2006, pp. 62 e ss. (62 e 66).

45 BECK, *The Cosmopolitan Vision*, cit., p. 65.

46 Sobre o transnacionalismo associado à reprodução cultural, v. Steven VERTOVEC, *Transnationalism*, Routledge, Oxon, 2009, pp. 7 e ss..

do poder político – tende a diluir-se ou a tornar-se fluida: as palavras-chave são agora «correntes» (*streams* ou *flows*)⁴⁷ e «sociedade em movimento» (*society on the move*)⁴⁸. *Inter alia*, a generalização dos riscos, a globalização das comunicações, o aumento da mobilidade dos indivíduos originam novos mundos (*neo-worlds*), enquanto espaços culturais reinventados que constituem as novas “pátrias dos indivíduos pós-modernos cosmopolitas” (*homelands for cosmopolitan postmodern individuals*)⁴⁹. Tal significa que o paradigma do Estado moderno – tradicionalmente associado ao constitucionalismo – se encontra em crise; ou, se o quisermos dizer, com Beck, o Estado (ou, como preferimos, uma concepção do Estado que oblitere as transformações a que se encontra sujeito em virtude das mutações sociais, políticas e jurídicas que vêm marcando a evolução histórica desde o respetivo surgimento em moldes westefalianos) corresponde a uma «categoria-zombie» (ou morta-viva)⁵⁰, na medida em que ignore as contradições propiciadas pela tensão entre os fenómenos da globalização e da individualização.

Por este motivo, e igualmente na senda de Beck⁵¹, as questões associadas ao risco importam uma autopolitização da modernidade, que transforma o próprio conceito de política. Por um lado, esta “transformação” conduziu à alteração do eixo em torno do qual a política se orienta e que hoje se reconduz à lógica da ameaça do risco (*Bedrohungslogik des Risikos*) – pressupondo uma cooperação transfronteiriça dirigida a evitar catástrofes e criando uma cultura cívica/civil de responsabilidade que ultrapassa fronteiras e opostos⁵². Por outro lado, mas em estreita conexão com esta lógica, as instâncias decisórias deixam, em muitos casos, de ser nacionais, e, em última análise, os cidadãos (a quem o poder sempre se reconduziria à luz do princípio democrático), passando as decisões para outros atores não estaduais⁵³. A par desta tendência regista-se a proliferação dos grupos de interesse ou dos movimentos sociais (como os grupos de defesa de direitos), que originam uma «nova cultura política»⁵⁴. Ora, a descentralização da política implica também uma diminuição da centralidade das constituições (ou, pelo menos, das constituições tal como nos habituámos a concebê-las).

47 Não é por acaso que BECK (*The Cosmopolitan Vision*, cit., pp. 80 e s.) enfatiza o relevo da metáfora da *liquidity*.

48 LASH/URRY, *Economies of Signs & Space*, Sage Publications, London, 1994, p. 252.

49 Assim, LASH/URRY, *Economies...*, cit., p. 323.

50 Sobre este conceito, v. BECK/BECK-GERNESHEIM, *Individualization: Institutionalised Individualism and its Social and Political Consequences*, Sage, London, 2001, pp. 202 e ss..

51 BECK, *Risk Society*, cit., p. 182.

52 BECK, *Das Deutsche Europa*, cit., pp. 36 e s..

53 BECK (*Risk Society*, cit., p. 184) aludia, neste horizonte, à substituição da democracia política parlamentar por um poder não-político e não-democrático legitimado pela racionalização e pelo progresso. Como decorre do texto, entendemos que a afetação da soberania nacional não resulta apenas (e, com toda a probabilidade, nem predominantemente) da técnica (ou do progresso técnico-económico), mas da intervenção de sujeitos não estaduais, organizações de carácter multinacional, a quem cabe o exercício efetivo do poder, dando origem a uma sub-política (a que o Autor também se refere, embora com um âmbito mais estreito – *Op. cit.*, p. 186).

54 BECK, *Risk Society*, cit., pp. 185, 190, 195 e ss..

Não andarรก muito distante desta perspectiva a defesa de uma «constituçŁo civil global»: ainda que, atualmente, esta referênci nos aproxime das posiçŁes perfilhadas por Teubner, o conceito mergulha as suas rŁizes na histŁria do pensamento jurŁdico-filosŁfico e remonta, pelo menos, a Kant⁵⁵. Neste Autor, a constituçŁo civil global [ou, se quisermos, a constituçŁo segundo o direito cosmopolita (*Weltb¼rgerrecht, ius cosmopoliticum*)], apresenta-se como um dos elementos de aproximaçŁo da paz perpétua (e, como tal, um projeto de natureza jus-filosŁfica), sendo orientada pelo valor da hospitalidade e encarando os homens como cidadŁos de um Estado universal da humanidade⁵⁶. *A constituçŁo civil constitui, neste sentido, a mais elevada tarefa a que pode aspirar a natureza humana, na medida em que confrange os abusos da liberdade a que, por princŁpio, o homem se encontra sujeito, e permite a instituiçŁo de uma verdadeira comunidade (antŁnima da insociabilidade – propŁcia da guerra – a que o homem naturalmente tende) e de uma convergênci entre os vŁrios Estados⁵⁷. Diversamente, em Teubner, a constituçŁo civil global representa uma resposta Łs novas questŁes constitucionais, que a distingue das tradicionais constituçŁes centradas no Estado-naçŁo⁵⁸, incapazes de responder aos reptos da digitalizaçŁo, da privatizaçŁo e da globalizaçŁo⁵⁹ e da convivênci sincrŁnica de ordens provenientes de estruturais sociais nŁo estaduais⁶⁰. Trata-se de uma construçŁo teórica que explicitamente pretende receber os influxos da sociologia constitucional, projetando a questŁo constitucional no cenŁrio mais amplo das relaçŁes sociais (e nŁo apenas das relaçŁes entre polŁtica e direito)⁶¹. Tomando o lugar proeminente (anteriormente) conferido aos Estados, emergem as «ordens societais autŁnomas», os regimes da sociedade civil, as organizaçŁes e as redes, que se assumem como os novos sujeitos constitucionais, num contexto de pluralismo constitucional, que valoriza a sociedade civil⁶²: afinal, a constituçŁo civil global acaba por consistir numa regulaçŁo hŁbrida⁶³, que articula polŁtica, economia, direito e

55 Em especial, Łs posiçŁes desenvolvidas em *Zum Ewigen Frieden: Ein Philosophischer Entwurf*, cuja primeira ediçŁo remonta a 1795: v. KANT, *A Paz Perpétua e Outros Op¼sculos*, trad. por Artur MorŁo, EdiçŁes 70, Coimbra, 2009. Cf. também SCHWÖBEL, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, p. 77, que refere que a expressŁo Ł utilizada, pela primeira vez, por Kant.

56 Cf., em especial, KANT, *A Paz...*, cit., pp. 137, n. 33, e 148 e ss.. Na verdade, o Autor acaba por concluir que a construçŁo deste direito cosmopolita radica no «espŁrito comercial», que, de algum modo, contraria o estado de guerra para o qual se inclinaria a natureza humana: o «poder do dinheiro» (e nŁo a moral) Ł que compele, afinal, os homens a fomentar a paz e a afastar a guerra (*Op. cit.*, p. 160 e s.).

57 Cf. KANT, *A Paz...*, cit., pp. 26 e ss. (agora num outro op¼sculo: *Ideia de uma HistŁria Universal com um PropŁsito Cosmopolita*, de 1784).

58 Cf., v. g., TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, trad. por Gareth NORBURY, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 1 e ss..

59 TEUBNER, «Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?», in: JOERGES/SAND/TEUBNER (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2004, p. 4, e TEUBNER, *Constitutional Fragments...*, cit., pp. 5 e ss..

60 TEUBNER, *Constitutional Fragments...*, cit., p. 52.

61 TEUBNER, *Constitutional Fragments...*, cit., pp. 3 e s..

62 TEUBNER, *Constitutional Fragments...*, cit., pp. 17 e ss., 35 e ss., 42 e ss..

63 TEUBNER, *Constitutional Fragments...*, cit., pp. 111 e ss..

sociedade civil, e numa expressão do direito global enquanto ramo dotado de autonomia e identidade próprias⁶⁴.

Assim se compreende como as crises do Estado acabaram por se projetar na Constituição e no direito constitucional. O problema do risco – que se associa, em primeira linha, a uma dimensão técnica e ecológica – e o fenómeno da globalização trazem à tona a necessidade de enfrentar as questões associadas à transterritorialidade e transtemporalidade das decisões⁶⁵. Estes dois fenómenos permitem a construção de um conceito de «constituição à distância» ou «constituição da distância» (*Fernverfassung*), a que, entre nós, já se refere João Loureiro⁶⁶. Esta perspetiva afigura-se paralela à da «ética à distância» (*Fernethik*), que surge em domínios técnica e juridicamente novos, por oposição à *Nahethik*, a tradicional «ética de proximidade»⁶⁷. Aquele conceito destina-se a fomentar o alargamento (ou mesmo a totalização) da responsabilidade nos planos *espacial*, *temporal* e *substancial*, apontando respetivamente para a eliminação das fronteiras rumo a uma perspetiva global(izante) e cósmica da responsabilidade, para a extensão da responsabilidade perante gerações futuras («responsabilidade futura» – *Zukunftsverantwortung*⁶⁸) e para o alargamento da responsabilidade relativamente à totalidade dos seres vivos⁶⁹. Transposta para o constitucionalismo, esta ideia destina-se a ponderar a relevância que a Constituição pode conferir às gerações futuras – auxiliando a redensificação de problemas antigos, como os atinentes à vinculação das gerações futuras pelas leis fundamentais ou os limites materiais de revisão constitucional, mas, sobretudo, viabilizando a formulação de questões novas, como a tutela das gera-

64 Sobre o sentido do direito global, cf. a síntese de TEUBNER, «“Global Bukowina”...», cit., pp. 4, 7 e s..

65 Precisamente nestes termos, João LOUREIRO, «Da Sociedade Técnica de Massas à Sociedade de Risco: Prevenção, Precaução e Tecnociência», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Studia Iuridica 61, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 824.

66 João LOUREIRO, «Da Sociedade...», cit., p. 824, e, associando o conceito às questões suscitadas pela transterritorialidade e transtemporalidade, «Fernverfassung, Konstitutionalismus und Weltverfassung», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVII, 2001, p. 557.

67 Sobre a *Fernethik*, cf., v. g., KEMP, *Das Unersetzliche: Eine Technologie-Ethik*, Wichern-Verlag, Berlin, 1992, pp. 93 e ss.; BIRNBACHER, «Grenzen der Verantwortung», in: BAYERTZ (org.), *Verantwortung: Prinzip oder Problem?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1995, pp. 143 e s.; noutros textos, o último Autor privilegia a dimensão temporal (referindo-se, tal como Hans JONAS, aliás) a uma «ética do futuro» (*Zukunftsethik, future ethics*) – v. BIRNBACHER «Responsibility for Future Generations – Scope and Limits», in: TREMMEL (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2006, pp. 23 e ss., e BIRNBACHER/SCHICHA, «Vorsorge statt Nachhaltigkeit – Ethische Grundlagen der Zukunftsverantwortung», in: BIRNBACHER/BRUDERMÜLLER (orgs.), *Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität*, Königshausen & Neumann, Würzburg, 2001, pp. 20 e ss..

Tecendo, entre nós, reflexões sobre o conceito, cf. Faria COSTA, «A Linha (Algumas Reflexões sobre a Responsabilidade em um Tempo de “Técnica” e de “Bio-ética”», in: *O Homem e o Tempo: Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1999, pp. 405 e ss.; João LOUREIRO, «O Direito à Identidade Genética do Ser Humano», in: *Portugal-Brasil Ano 2000*, Studia Iuridica 40, Boletim da Faculdade de Direito/Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 275 e s..

68 BIRNBACHER/SCHICHA, «Vorsorge...», cit., pp. 17 e ss..

69 Cf. BIRNBACHER, «Grenzen...», cit., p. 143; Faria COSTA, «A Linha...», cit., p. 406.

ções futuras contra os riscos produzidos pelas atuações das gerações presentes. Além disso, a dimensão global dos problemas jurídicos implica que as constituições nacionais (circunscritas ao território de um Estado) não possam deixar de considerar vinculações extra-estaduais – voltando a reforçar as questões relativas, v. g., aos limites ao poder constituinte originário – e de revelar uma abertura a uma normatividade também extra-estadual (de natureza internacional ou mesmo supranacional).

Estas orientações originam, contudo, tendências de sentido contraditório: por um lado, assistimos a uma hiperconstitucionalização e à re(con)dução de todos os problemas jurídicos (e não só!) a questões constitucionais; por outro lado, presenciemos também uma diminuição do papel da constituição, em consequência da sua associação tradicional ao (mais ou menos moribundo) Estado moderno.

Na verdade, existe uma tendência crescente para a submissão de todas as questões políticas, sociais ou económicas à jurisdição dos tribunais constitucionais. Reconhecemos, porém, que não se trata de uma dimensão totalmente nova: já Tocqueville⁷⁰ enfatizava, a propósito do “espírito legista” (*esprit légiste*) e da “linguagem judiciária” (*language judiciaire*) que, aparentemente, a todos contaminavam na democracia estadunidense, que “não existe quase nenhuma questão política (...) que, mais cedo ou mais tarde, não se desenlace numa questão judiciária”. Todavia, recrudescer a tentação para o discurso jurídico (e mesmo extrajudicial) sucumbir à *vis attractiva* do discurso constitucional e, sobretudo, da Justiça constitucional, que, ao invés de valorizar o direito constitucional, redundar na sua vulgarização depreciadora, dando origem a um autêntico «neojoaquimismo constitucional»⁷¹.

E julgamos ser justamente este fenómeno desvalorizador que se encontra subjacente à defesa da Constituição sem constitucionalismo, enquanto afirmação profundamente desenraizada do sentido deste último. Ora, um Estado de direito que, como tal, se afirme axiologicamente comprometido não pode viver à margem dos elementos do constitucionalismo, tal como nos são apresentados por Peter Häberle – a saber: a subordinação do Estado ao direito (num ir-e-vir sincrético entre a *rule of law* e o *Rechtsstaat*) e, deste modo, a dignidade humana e os direitos fundamentais, a democracia pluralista e a divisão de poderes, o direito organizatório das ordenações constitucionais e a independência judicial⁷². Além de a Constituição positivar o radical ético e axiológico subjacente à comunidade juridicamente organizada, o «constitucionalismo moralmente reflexivo» de que nos fala Gomes Canotilho⁷³, quando aliado à “capacidade de prestação da magna carta constitucional face à sociedade e aos cidadãos”, permite articu-

70 Alexis de TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, 13.ª ed., tomo I, Pagnerre Editeur, 1850, p. 326.

71 Cf., por todos, João LOUREIRO, «*Fiat constitutio, pereat mundus? Neojoaquimismo, Constitucionalismo e Escassez*», in: *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 70, 2014, pp. 231 e ss..

72 HÄBERLE, «Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo», in: *Direito Público*, n.º 13, julho/agosto/setembro 2006, p. 102. (também publicado em *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. 5, 2006, pp. 35 e ss.).

73 Gomes CANOTILHO, “Brançosos” e *Interconstitucionalidade*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 121 e s., 125 e ss..

lar *direção* e *consenso*, promovendo, em simultâneo, o desenvolvimento das atuações dos poderes públicos diretamente à sombra das normas e princípios decantados no texto constitucional, e o reforço de mecanismos de cooperação que estimula e dinamiza a intervenção dos cidadãos e abre caminhos para a «constitucionalização da responsabilidade», enquanto “garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e acção”.

Se a globalização exige um repensar do papel da Constituição, do constitucionalismo e do direito constitucional, a reflexão não se poderá orientar no sentido da sua aniquilação. Pelo contrário, o cenário atual proporciona condições privilegiadas para um enriquecimento recíproco dos vários ordenamentos jurídico-constitucionais, como claramente fica demonstrado com as propostas da *Rechtsvergleichung*, da *transjudicial communication* e do *global judicial dialogue*. Se, recordando as célebres palavras de Kahn-Freund⁷⁴, a comparação jurídica constitui não um tópico, mas um método, impõe-se sublinhar que este assume, no contexto do atual policentrismo normativo e regulador, uma importância não negligenciável, enquanto catalisador das diversas experiências jurídicas de concretização e realização política e normativa do direito.

Não é por acaso que já Häberle⁷⁵ elege a comparação jurídica (*Rechtsvergleichung*) como “o quinto método de interpretação constitucional”, e Ossenbühl⁷⁶ a considera como inevitável. A interpretação comparativa mobiliza para a tarefa hermenêutica os contributos de outros ordenamentos jurídicos, estaduais e internacionais, de natureza doutrinal e jurisprudencial. Se a convocação da comparação jurídica (ou, como prefere Gomes Canotilho, da interpretação comparativa⁷⁷) tem uma filiação claramente germânica enquanto elemento de interpretação constitucional, a realidade não é desconhecida do panorama doutrinal anglo-saxónico, onde se reflete sobre o problema da ótica do cruzamento das decisões jurisprudenciais⁷⁸, da comunicação transju-

74 KAHN-FREUND, *Comparative Law as an Academic Subject*, Clarendon Press, Oxford, 1966, p. 4.

75 HÄBERLE, «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode», in: HÄBERLE, *Rechtsvergleichung um Krafffeld des Verfassungsstaates*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 27 e ss., esp. 1.ª pp. 36 e ss.; cf. ainda HÄBERLE, «Novos Horizontes...», cit., p. 105. V. também Baptista MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, Almedina, Coimbra, 1970, pp. 397 e s., acentuando a natureza analógica da interpretação comparativa, e exigindo, como pressuposto do funcionamento, uma identidade de valorações jurídicas e um paralelismo dos problemas/questões jurídicas ou de contextos teleológico-problemáticos subjacentes às normas envolvidas.

76 OSSENBÜHL, «Grundsätze der Grundrechtsinterpretation», in: MERTEN, Detlef/PAPIER, Hans-Jürgen (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. I, C. F. Müller, Heidelberg, 2004, p. 614.

77 GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 1214.

78 Neste horizonte, assume carácter pioneiro o artigo 39 da Constituição da África do Sul: de acordo com a alínea c) do n.º 1 deste preceito (sistematicamente localizado no final do Capítulo 2, dedicado ao *Bill of Rights*), na interpretação do catálogo de direitos, os tribunais (*court*, *tribunal* ou *forum*) podem [ainda que não estejam a isso vinculados, como sucede no caso do direito internacional – v. alínea b) do mesmo n.º 1 do artigo 39] ter em consideração o direito estrangeiro (*may consider foreign law*). Sobre esta matéria, cf. RAUTENBACH, «South Africa:

dicial (*transjudicial communication*) rumo a um diálogo judicial global (*global judicial dialogue*)⁷⁹. Esta «fertilização constitucional cruzada» (*constitutional cross-fertilization*)⁸⁰ envolve quer a instituição de mecanismos de cooperação natureza formal e informal, quer a emergência relações entre tribunais, no plano horizontal e no plano vertical⁸¹.

5. Os direitos fundamentais no cruzamento dos binómios incerteza e globalização, direito e Constituição

A arena dos direitos fundamentais constitui uma ilustração de todas estas tendências. Também Beck⁸² acentua que aqueles demonstram a superação da dicotomia nacional/internacional e a afirmação de uma «cosmopolitização das sociedades nacionais». O Autor enfatiza o papel da proteção dos direitos humanos na emergência de um direito global, marcado pela autovinculação de todos os sujeitos (incluindo os sujeitos tradicionais do direito internacional público: os Estados) à tutela jusfundamental e ao respeito pelo princípio democrático; aliás, a procura universal pela proteção dos direitos humanos (aliada à questão da pobreza mundial – que, na nossa perspetiva, se não pode desligar da tutela jusfundamental) constituem uma das razões que tornam a globalidade irreversível e inevitável⁸³. Em especial, na matéria dos direitos fundamentais, os acentuados fenómenos da comparação jurídica e do diálogo judicial global conduzem a uma extensão muito significativa do carácter universal da proteção dos direitos humanos – a ponto de se aludir, não sem algum exagero, a um “direito constitucional genérico” (*generic constitutional law*), de conteúdo universal com especial ênfase na matéria dos direitos fundamentais⁸⁴. Independentemente de estes integrarem o *ius cogens*, ou se encontrarem consagrados num instrumento de internacional, ou ainda de estarem positivados em constituições nacionais, o cruzamento de perspetivas normativas e jurisprudenciais implica, sem prejuízo das especificidades nacionais (ou re-

Teaching an “Old Dog” New Tricks?», in: ANDENAS/FAIRGRIEVE (eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 353 e ss..

79 A exceção mais significativa a esta tendência encontra-se representada pela jurisprudência da *Supreme Court* norte-americana – que, em regra, ignora os desenvolvimentos constitucionais estrangeiros, ainda que, paulatinamente, alguns dos *Justices* comecem a demonstrar maior abertura nas questões atinentes aos direitos humanos, em especial, relativas à pena de morte. Cf., v. g., HARDING, «Comparative Reasoning and Judicial Review», in: *The Yale Journal of International Law*, vol. 28, 2003, pp. 410, 417 e ss., afirmando inclusivamente que a *Supreme Court* oscila entre a indiferença e a hostilidade na sua reação aos ordenamentos estrangeiros (mesmo que pertencentes à família anglo-saxónica) e internacionais-europeus (*Op. cit.*, p. 417).

80 SLAUGHTER, «Judicial Globalization», in: *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, pp. 1104, 1116 e ss., e «Typology of Transnational Communication», in: *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994, pp. 117 e ss..

81 BUXBAUM, «From Empire to Globalization...and Back? A Post-Colonial View of Transjudicialism», in: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 11, 2003, pp. 184, 188.

82 BECK, *The Cosmopolitan Vision*, cit., pp. 47 e 142.

83 BECK, *What is Globalization?*, cit., p. 11, e «Die Eröffnung...», cit., p. 8.

84 Cf. HIRSCHL, «From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies», in: *International Journal of Constitutional Law*, n.º 1, vol. 11, 2013, p. 1.

gionais), um entendimento comum e uma perspectiva de tutela mais eficaz dos direitos a nível global (ou, se quisermos, do constitucionalismo global)⁸⁵.

Também a institucionalização de uma «subpolítica»⁸⁶ e a correspondente descentração política relativamente ao Estado têm reflexos na matéria que agora analisamos, como o ilustra a progressiva intervenção dos grupos de interesse, entre os quais se destacam os movimentos de defesa dos direitos humanos. Eis-nos, porém, diante de um cenário paradoxal: por um lado, assistimos a um *deficit* de cidadania, que exprime a indiferença dos cidadãos perante os seus destinos; por outro lado, encontramos a formação de uma «nova cultura política», visivelmente ativadora dos cidadãos (a sociedade civil ativa⁸⁷), com impactos em áreas como a liberdade de expressão ou a privacidade⁸⁸, e que altera o próprio sentido da política, que passa a assumir-se [não apenas como uma política de poder (*Machtpolitik*) ou uma política dos políticos (*Politiker-Politik*), mas antes] como uma política na e para a sociedade (*Politik in der Gesellschaft*), uma política de conformação (*Gestaltungspolitik*) e uma arte da Política (*Kunst der Politik*), e que pretende alterar as regras das instituições (não se limitando a segui-las)⁸⁹.

Na senda de Beck⁹⁰, também podemos observar que a universalização da proteção dos direitos humanos traz ínsita uma (pelo menos, aparente) contradição: ao invés de conduzir à paz perpétua, parece induzir à «guerra perpétua», que, “como um vulcão em erupção cobre a terra com a lava quente e vermelha dos conflitos armados”. Se os direitos conferem legitimidade e legitimação ao exercício do poder, o *deficit* de tutela e, mormente, a sua violação implicam a globalização de conflitos locais e nacionais, a divisão do mundo entre aqueles que respeitam e aqueles que afrontam os direitos (criando uma «nova geografia do poder»), bem como o surgimento das «cruzadas dos direitos humanos».

Evidentemente, esta constatação não se destina a pôr em causa a proteção jusfundamental, pretendendo apenas salientar que a conformação do respetivo regime jurídico (em especial, o atinente às intervenções humanitárias) dela não se poderá alhear. Em causa está, pois, alertar para o perigo da desvirtuação das disciplinas normativas com impacto nos direitos fundamentais, e os perigos que encerra para a compreensão daqueles como elementos da identidade axiológica quer dos Estados nacionais⁹¹, quer

85 Cf. também SLAUGHTER, «Typology...», cit., pp. 133 e s., 136.

86 No sentido de que existem corporações que atuam para lá (e à margem) das instituições políticas democráticas tradicionais, com tanta ou mais influência que estas últimas na conformação da *polis* globalizada. Cf. também BECK, *What is Globalization?*, cit., p. 4.

87 Cf., v. g., BECK, *The Brave New World of Work*, trad. Patrick CAMILLER, Polity Press, Cambridge/Malden, 2000, pp. 5 e s..

88 BECK, *Risk Society*, cit., pp. 197 e s..

89 BECK, *Die Erfindung des Politischen: Zu einer Theorie Reflexiver Modernisierung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993, pp. 17 e s..

90 BECK, *The Cosmopolitan Vision*, cit., pp. 47, 141 e ss..

91 Em sentido paralelo, Paulo OTERO (*Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 22 e s., 31 e ss.) identifica o “Estado de direitos humanos” como expressão da identidade axiológica da Constituição relativa à “ideia de Direito”.

da comunidade internacional – quando estes se pretendam continuar a pautar pela lógica do direito, autónoma da lógica do poder (político).

Mas também a evolução para uma sociedade de risco pode pôr em causa esta compreensão. A conjuntura atual dá lugar a uma sociedade particularmente negativa e defensiva, que visa “prevenir o pior” e, como tal, consente numa autolimitação⁹², vivendo num constante estado de emergência que, numa sociedade catastrófica como a nossa, “ameaça transformar-se no estado normal”⁹³. Neste sentido, também Häberle⁹⁴ não deixa de acentuar que as questões associadas à prevenção de riscos levam à proliferação de uma teoria da insuficiência do sistema, que aproxima os tempos atuais de um pensamento radicado num estado de exceção, próximo do vivido na República de Weimar – com todas as consequências nefastas que daí advieram.

Trata-se de uma compreensão que produz um duplo resultado: por um lado, crescem as restrições a liberdades individuais em nome da tutela da segurança; por outro lado, aumentam os direitos destinados a responder aos novos riscos.

Assim, e relativamente à primeira questão, importa recuperar a ideia (já avançada) de acordo com a qual uma das dicotomias caracterizadoras da atualidade consiste no contraponto entre risco e segurança. A guerra contra o terrorismo constitui uma expressão particular do consentimento na previsão de restrições aos direitos com o propósito de garantir a segurança (considere-se, v. g., o *Patriot Act*, na medida em que consente a detenção de imigrantes por tempo indefinido, a realização, sem mandado judicial, de buscas não autorizadas pelos proprietários, escutas telefónicas, interferência nas comunicações ou pesquisa de dados bancários). Efetivamente, a «aversão ao risco» pode conduzir aos resultados que ela própria mais teme, em especial, na limitação das liberdades asseguradas pelo princípio do Estado de direito democrático⁹⁵.

Quanto ao segundo ponto, referimo-nos, em particular, à designada quarta geração de direitos fundamentais, como sucede com o direito à autodeterminação informativa, o direito à identidade genética, o direito à qualidade de vida ou, muito próximo do pensamento de Beck, o direito ao ambiente⁹⁶. Recorde-se que, para o Autor, a consciencialização dos riscos – obnubilados por uma ciência que procura, prosseguin-

92 BECK, *Risk Society*, cit., p. 49.

93 BECK, *Risk Society*, cit., p. 79.

94 HÄBERLE, «Novos Desafios...», cit., p. 114.

95 Cf. GOODIN/JACKSON, «Freedom from Fear», in: *Philosophy and Public Affairs*, n.º 3, vol. 35, verão 2007, pp. 249 e ss.. E, como explicitam os Autores, os perigos para as liberdades assumem uma gravidade especial, porque as preocupações com a segurança põem em marcha uma espécie de «câmara de eco preventiva» (*precautionary echo chamber*): a percepção subjetiva de um risco e a «cascata preventiva» (*precautionary cascade*) que a mesma suscita (em que cada um dos sujeitos adota uma atitude cada vez mais defensiva) leva ao extremo de perseguir apenas com medo do ataque (*Op. cit.*, pp. 261 e ss.). Esta atitude conduz, a posteriori, à manipulação dos eleitores que recompensam os candidatos que levam a sério as suas preocupações, os quais, a final, acabarão por implementar políticas públicas de segurança cada vez mais rígidas (e mais restritivas) para as liberdades dos cidadãos, mas destinadas a responder aos seus receios.

96 Cf. também João LOUREIRO, «Da Sociedade...», cit., p. 818.

do no paradigma evolutivo que a caracterizou desde o século XIX, e por uma política ambiental que ainda age no final do processo produtivo e não no seu início – constitui a raiz dos movimentos ecológicos⁹⁷. Contudo, este problema não deixa de se articular com os direitos fundamentais mais clássicos, como o direito de propriedade, porquanto a progressiva destruição do ambiente redundará (também em articulação com o tema da justiça intergeracional) numa desvalorização ou mesmo numa «expropriação ecológica»⁹⁸.

O aumento do número de direitos e a opção por um discurso marcadamente jusfundamental também importa o perigo da hipertrofia (e, por consequência, da desvalorização) dos direitos fundamentais. Os problemas surgem porque a atualidade busca, cada vez mais, a proteção de tudo o que vive, em todas as suas dimensões – o que, por sua vez, determina quer a modificação do alcance dos direitos (que impõem ao Estado a proteção da vida com todas as potencialidades que, em abstrato, a mesma pressupõe), quer o aumento dos sujeitos titulares de direitos⁹⁹. Trata-se de uma perspectiva que, sobretudo quando contemplada sob a ótica dos direitos sociais, se revela especialmente preocupante: sem abdicar da primazia dos direitos, não se pode também obliterar que a respetiva concretização ocorre (e ocorrerá sempre) num contexto de escassez¹⁰⁰, o qual impõe sempre a realização de escolhas de distribuição dos recursos. Recordamos aqui o sobejamente conhecido problema dos “custos dos direitos”¹⁰¹ e da importância da revalorização dos deveres fundamentais (numa posição mais radical, “os deveres antes dos direitos”¹⁰², ou, numa visão mais moderada, os deveres como “a face oculta dos direitos”¹⁰³).

Os problemas da concretização dos direitos sociais não resultam apenas da salvaguarda da sustentabilidade financeira; radicam também no paradoxo em que, numa época de globalização, o Estado social se encontra: se o desenvolvimento da econo-

97 BECK, *Risk Society*, cit., pp. 70 e ss..

98 BECK, *Risk Society*, cit., pp. 38 e ss..

99 Cf. EWALD, *L'Etat Providence*, cit., Introduction.

100 Acentuando a especial vulnerabilidade e sensibilidade dos direitos sociais à escassez, v. Vieira de ANDRADE, «O Papel do Estado na Sociedade e na Socialidade», in: João LOUREIRO/Suzana Tavares da SILVA (coord.), *A Economia Social e Civil: Estudos*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2015, p. 30.

101 HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company, New York/London, 2000.

102 Ainda que sem acompanharmos todas as posições defendidas pelo Autor, a referência recupera o título da obra de ROVAN, *Citoyen de l'Europe: Comment le Devenir? Les Devoirs avant les Droits*, Robert Laffont, Paris, 1992, cuja primeira parte identifica o conjunto de deveres do cidadão europeu, consciente e ativo (praticamente militante): dever de compreender a história, dever da identidade, dever de partilhar, dever de se esforçar (*payer sa personne*), dever de ter filhos, dever de comunicar, dever democrático, dever de defesa, dever de justiça, dever de construir uma ordem mundial.

103 Casalta NABAIS, «A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: Os Deveres e os Custos dos Direitos», in: *Por uma liberdade com Responsabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 163 e ss., e «Reflexões sobre Quem Paga a Conta do Estado Social», in: *Por um Estado Fiscal Suportável*, vol. III, Almedina, 2010, pp. 112 e ss.. V. ainda Casalta NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, 3.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 15 e ss..

mia escapa ao controlo nacional, as respetivas consequências (desemprego, emigração, pobreza, insuficiência financeira) – em suma, a questão social – ainda estão associadas ou são precipuamente combatidas pelos mecanismos estaduais tradicionais¹⁰⁴ que não lhe têm conseguido dar uma resposta satisfatória¹⁰⁵. Daí que a interrogação profunda de Beck¹⁰⁶, num contexto em que as desigualdades sociais aumentaram de forma dramática [originando o que o Autor apelida de «brasileirização da Europa» (*Brasilianisierung Europas*)¹⁰⁷], consista em determinar “quão solidária pode (*kann*), quão solidária deve (*soll*), quão solidária tem (*muss*) a Europa de ser ou de se tornar” para superar a crise. E, neste ponto, o Autor transpõe, de alguma forma, as preocupações eminentemente ecológicas que estão na base da sua teoria, e que o levaram a refletir, em especial, sobre a questão ambiental, deixando um pouco à margem a questão social. Embora a modernidade reflexiva se possa condensar na fórmula segundo a qual “a pobreza é hierárquica, o smog é democrático”¹⁰⁸, tal não significa que, por este motivo, se revele admissível relegar para segundo plano o problema da erradicação da pobreza – até porque, na verdade, os riscos estão longe de se distribuir uniformemente sobre as pessoas, mas, pelo contrário, atingem com intensidade superior os mais desfavorecidos¹⁰⁹.

6. Reflexões finais

As palavras-chave sob as quais Beck construiu a sua teoria – sociedade de risco, globalização e outros conceitos da mesma área vocabular – possuem uma acuidade determinante nas perspetivas de evolução do direito constitucional. Se quisermos condensar o sentido positivo das posições propugnadas pelo Autor, poderemos afirmar que as mesmas se revelam suscetíveis de desembocar na universalização do Estado de direito e dos direitos fundamentais e na constitucionalização da sociedade internacional¹¹⁰.

O contexto – de risco (do direito e dos direitos) – que hoje atravessamos pressupõe o necessário equilíbrio entre a tendência para a individualização própria da socieda-

104 Cf. BECK, «Die Eröffnung...», cit., p. 4.

105 BECK, *Das Deutsche Europa*, cit., p. 63.

106 BECK, *Das Deutsche Europa*, cit., pp. 24 e 63.

107 Cf., v. g., BECK, «Die Brasilianisierung Europas», in: DÖNHOF/THEO (eds.), *Was Steht Bevor Uns? Mutmaßungen über das 21. Jahrhundert. Aus Anlaß des 80. Geburtstages von Helmut Schmidt*, Siedler, Berlin, 1997, pp. 157 e ss.. Mais tarde, o Autor desenvolve a sua posição, referindo-se, mais amplamente, à brasileirização do ocidente (assim, BECK, *The Brave New World...*, pp. 1 e ss.).

108 BECK, *Risk Society*, cit., p. 36. Como o Autor explicita logo a seguir, a afirmação pretende traduzir a transversalidade dos riscos, a respetiva tendência para a globalização (consequência, também, do designado «efeito boomerang»), os quais têm, por isso, um efeito igualizador, viabilizando a superação (ou a transformação) do modelo da sociedade de classes (*Op. cit.*, pp. 36 e ss.).

109 Assim, FIELD, «Risk and Justice: Capitalist Production and the Environment», in: *Capitalism, Nature, Socialism*, n.º 2, vol. 8, junho 1997, p. 69.

110 HÄBERLE, «Novos Desafios...», cit., pp. 116 e s..

de de risco¹¹¹ e a solidariedade-responsabilidade imprescindível ao desenvolvimento humano. Parafraseando, em parte, Beck¹¹², poder-se-á afirmar que sem os valores da liberdade, da democracia e da solidariedade-fraternidade¹¹³, o mundo torna-se um nada.

Importa, contudo, alertar para os perigos de uma responsabilidade que, hoje, se afigura “sem limites”, “de todos e por tudo”¹¹⁴, temporalmente dilatada (*Langzeitverantwortung*¹¹⁵) e suscetível de se tornar vaga e anónima¹¹⁶. Para não se correr o risco de uma «hipertrofia da responsabilidade»¹¹⁷, impõe-se a defesa de uma dialética entre autonomia e responsabilidade¹¹⁸. Nesta linha entronca a construção do conceito de «liberdade sustentável», que aponta no sentido da preservação ou da expansão das liberdades das gerações presentes que não comprometa a capacidade das gerações futuras para terem uma idêntica ou maior liberdade¹¹⁹. Ou, se o quisermos dizer agora com as palavras lapidares de Miguel Baptista Pereira, “os riscos massivos, que provêm de conflitos sociais e ecológicos globais da humanidade e lhe põem em perigo a sobrevivência, só se podem arrostar com uma Ética de Responsabilidade Mundial, que harmonize a liberdade pessoal com a dignidade dos outros, segundo um modelo de civilização capaz de congruar posições e opções individuais com estruturas sociais”¹²⁰.

111 BECK, *Risk Society*, cit., pp. 87 e s., 92 e ss., 127 e ss..

112 Cf. BECK, *Das Deutsche Europa*, cit., p. 25, ainda que o Autor se reporte apenas à Europa, e tenhamos acrescentado o valor da solidariedade-fraternidade.

113 Sobre o sentido que conferimos a este valor, v. os nossos trabalhos «Direito, Ética e Estado: Brevíssimas Reflexões em Diálogo com Barbosa de Melo», in: *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 64 e ss. e «Socialidade, Solidariedade e Sustentabilidade: Esboços de um Retrato Jurisprudencial», in: *A Economia Social e Civil: Estudos, Projeto SPES – Socialidade, Pobreza(s) e Exclusão Social*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2015, pp. 71 e ss..

114 BIRNBACHER, «Grenzen...», cit., p. 143 (*grenzenlose Verantwortung, Verantwortung aller für alles*).

115 Cf. GETHMANN/KLOEPFER/NUTZINGER (orgs.), *Langzeitverantwortung im Umweltstaat*, Economica Verlag, Bonn, 1993; GETHMANN/KAMP, «Gradierung und Diskontierung bei der Langzeitverpflichtung», in: BIRNBACHER/BRUDERMÜLLER (orgs.), *Zukunftsverantwortung...*, cit., pp. 137 e ss.. Entre nós, Gomes CANOTILHO («O Princípio da Sustentabilidade como Princípio Estruturante do Direito Constitucional»), in: *Tékhnē – Revista de Estudos Politécnicos*, n.º 13, 2010, pp. 13 e ss.) refere-se a uma «responsabilidade de longa de duração».

116 BIRNBACHER, «Responsibility...», cit., p. 24.

117 Castanheira NEVES, «O Direito Interrogado pelo Tempo Presente na Perspectiva do Futuro», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXIII, 2007, p. 69.

118 Castanheira NEVES, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», in: *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 129 e ss., e «O Direito...», cit., pp. 69 e s..

119 Amartya SEN, *A Ideia de Justiça*, trad. Nuno Castello-Branco BASTOS, Almedina, Coimbra, 2010, p. 343.

120 Miguel Baptista PEREIRA, «Alteridade, Linguagem e Globalização», in: *Revista Filosófica de Coimbra*, n.º 23, 2003, p. 8.



Las aportaciones de Ulrich Beck a la comprensión del nuevo entorno sociológico

José Esteve Pardo

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

1. La nueva sociología del Derecho público que está por hacer; 2. Un nuevo entorno social y filosófico: La segunda modernidad o modernidad reflexiva; 3. La sociedad del riesgo. De la policía administrativa y el orden público a la regulación de riesgos y el riesgo permitido; 4. La individualización y la crisis del Estado social. De la ley y la institucionalidad al contrato y la autonomía de la voluntad; 5. El Estado transnacional. La superación de los nacionalismos y el viejo Estado nacional

1. La nueva sociología del Derecho público que está por hacer

No existe propiamente una aportación de Ulrich Beck al Derecho público, menos aún al Derecho administrativo, si por tal aportación entendemos estudios o análisis suyos centrados en estas materias. La diferencia es muy marcada respecto a otros sociólogos alemanes como Max Weber o Niklas Luhmann que prestaron una atención muy destacada, casi podría decirse que central en sus respectivas obras, a la sociología del Derecho y a la sociología de la Administración Pública.

Weber y Luhmann pudieron adentrarse en la sociología del Derecho de la sociedad moderna¹ porque se encararon con un sistema jurídico que se consolidaba y decantaba desde el siglo XX. Pero Beck percibe que los presupuestos y fundamentos de la modernidad están experimentando transformaciones de hondo calado, con rupturas en muchos frentes. No hay en su obra una sociología del Derecho ni de la Administración, porque ha de centrar su atención en esas transformaciones profundas de la sociedad y sus referencias de las que habrá de salir una nueva configuración de sujetos y relaciones que apenas podemos avizorar. La principal y relevante aportación de Ulrich Beck se sitúa precisamente ahí, en hacernos bien visibles las profundas transformaciones de la sociedad y en ofrecernos una perspectiva desde la que podemos contemplar como

¹ L. Capogrossi Colognesi, *Le radici della modernità. Max Weber 1891-1909*, La Sapienza Editrice, Roma, 2.ed, 1997.

esas transformaciones están afectando a muchas instituciones y principios de nuestro sistema jurídico y constitucional al variar los presupuestos y referencias sobre los que se levantaron.

Expongo a continuación algunas de las ideas de Beck en las que advierto posibles y sugerentes desarrollos en el Derecho público, destacando de ese modo que no se trata de así propiamente de aportaciones directas a la sociología jurídica, que no las hay en rigor en su obra, sino al estudio y comprensión de la sociedad y los cambios que nos ha tocado vivir.

2. Un nuevo entorno social y filosófico: La segunda modernidad o modernidad reflexiva

Posiblemente la idea de mayor amplitud y longitud de onda, que se expande sobre toda su obra, sea la de segunda modernidad o modernidad reflexiva. Los diagnósticos de las transformaciones radicales, que anuncian la entrada , de la entrada en una nueva era, se han reiterado a lo largo de la historia. Ahora es el fin de la modernidad, incluso el fin de la historia el que se quiere advertir en muchos ambientes en los que hace tiempo que se anuncia la entrada en la postmodernidad. La posición de Beck no es desde luego tan radical y tajante al desarrollar la idea de una segunda modernidad, la modernidad reflexiva.

Lo que con esta noción se nos revela es que el progreso, algo tan característico de la modernidad, ha variado su línea o dirección. Los mismo orígenes de la sociología como ciencia genuinamente moderna están estrechamente ligados a la idea de progreso, una idea que es del todo central en la obra de quien pasa por ser el fundador de la sociología, Auguste Comte. Su conocida ley de los tres estados (el estado teológico, el estado metafísico o abstracto y el estado científico o positivo) se basa en la convicción confianza de un progreso constante y rectilíneo, una convicción que es del todo dominante a lo largo del siglo XIX, el siglo del progreso. También de Comte es el lema “Orden y progreso” –que luce por cierto en la bandera brasileña- para su propuesta revolucionaria conservadora de impulso tecnocrático. De manera muy particular buena parte del despliegue del Derecho administrativo de este siglo está animado por esa idea. Un Derecho que ofreció solida cobertura a la industrialización, a las obras públicas, a la explotación de los recursos naturales, a los servicios públicos.

La modernidad reflexiva es la expresión plástica de una línea de progreso que ya no siempre se dirige hacia delante, sino que en muchos casos se vuelve sobre nosotros como si de un boomerang se tratase y nos hace ver su lado oscuro, sus efectos nocivos –entre otros muchos indudablemente positivos- que en los primeros momentos no se percibían, o no se consideraban pues existía un amplio consenso social sobre un progreso que satisfacía necesidades consideradas en la sociedad muy apremiantes².

2 Beck llega de ese modo a referirse a “la doble cara del “progreso autoaniquilante””, *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Madrid, 2000, p. 103 y ss.

Entre otras manifestaciones, la aparición del Derecho del medio ambiente no es sino la constatación por el Derecho público de ese lado oscuro del progreso y la ruptura del consenso social sobre el mismo. Cualquier conflicto en torno al medio ambiente, frecuentemente canalizado ahora por vías procedimentales y judiciales, no es sino la ruptura, mostrada en ese caso, del consenso social sobre el progreso e invariablemente encontramos quien defiende los beneficios del progreso en términos económicos, de desarrollo, de bienestar y quienes en el conflicto de que se trate no consideran admisibles los costes ambientales del progreso que pueda producirse.

La segunda modernidad o modernidad reflexiva habrá de ocuparse no sólo de promover el progreso sino de valorar, prever, reducir y evitar en lo posible sus efectos negativos que en ella se hacen visibles sobre todo como consecuencia del desarrollo industrial y la tecnología³. Aunque también ese efecto boomerang, negativamente reflexivo, de la modernidad se percibe en otros muchos frentes como el de las ideologías políticas y sociales que de utopías, como tal nunca realizadas, pasaron a materializarse en realizaciones perversas. Pero en cualquier caso son los efectos negativos derivados de la industrialización y el progreso tecnológico los que ofrecen la materia prima sobre la que puede trabajarse, y se ha trabajado ya, con mucho provecho en el ámbito del Derecho público. Esa materia son los riesgos, señas de identidad de un modelo de sociedad de la modernidad reflexiva que se conoce como la sociedad del riesgo. Muy posiblemente sea la teoría de la sociedad del riesgo la más conocida aportación, hasta hacerse popular, de Ulrich Beck⁴. Desde luego la que más directa aplicación ofrece al Derecho público y de modo especial al Derecho administrativo⁵.

3. La sociedad del riesgo. De la policía administrativa y el orden público a la regulación de riesgos y el riesgo permitido

El concepto de riesgo se obtiene por oposición al de peligro. El peligro tiene un origen natural, asociado no sólo a las que conocemos como catástrofes naturales, sino a las dificultades que encuentra el ser humano para satisfacer sus necesidades (de alimento, de energía, de agua, de protección frente a inclemencias) de una naturaleza que en estado puro se muestra muy hostil. La historia de la humanidad ha sido la de su constante lucha por dominar la naturaleza y reducir o controlar sus peligros. Al servicio de ese objetivo se ha venido utilizando un único instrumento: la técnica. Técnica, nos dice el filósofo Ortega y Gasset, es todo aquello que se interpone entre nosotros y la natura-

3 Beck U./Giddens A./Lasch S.: *Modernidad reflexiva: política, tradición y estética en el orden social moderno*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

4 Una obra temprana que le dio a conocer *Risikogesellschaft auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt a M., 1986. El propio Ulrich Beck me comentó que al éxito de ese libro no resultó ajeno el impacto del accidente nuclear en la Central de Chernobyl, que se produjo el 26 de abril de ese mismo año, que hizo dramáticamente visible la magnitud de los riesgos que la sociedad postindustrial ha de encarar ahora y en el futuro.

5 El impacto que el riesgo tecnológico –y la teoría de la sociedad del riesgo- tiene sobre el Derecho y las categorías jurídicas lo desarrollo en mi libro *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999

leza⁶. Es todo un tejido tecnológico el que se ha creado para el dominio y explotación de la naturaleza, y para la reducción de sus riesgos. Un tejido que se ha hecho cada vez más denso.

Lo que ocurre es que esta técnica con la que se reducen y controlan los peligros naturales no es siempre inocua y presenta también su lado oscuro: el riesgo. Lo que precisamente caracteriza al riesgo es que tiene su origen en la técnica, es riesgo tecnológico, a diferencia del peligro que tiene un origen natural. Con su espectacular desarrollo, sobre todo en los dos últimos siglos, la técnica ha superado y neutralizado muchos peligros naturales, pero eso ha tenido un coste: los riesgos generados por la propia técnica.

Así, el peligro asociado a la falta de energía se supera con una industria y una tecnología de la generación energética que produce graves riesgos, como son los que derivan de la combustión de materias fósiles o los asociados a la tecnología nuclear. Los peligros de enfermedades y epidemias se reducen sustancialmente con una tecnología farmacéutica que también genera sus riesgos. Las mismas limitaciones naturales que impone la distancia se superan con una tecnología del transporte de la que derivan riesgos bien conocidos⁷. La sociedad postindustrial, que con su imponente desarrollo tecnológico ha conseguido dominar los peligros naturales, se encuentra así ahora mayormente expuesta a los riesgos que ella misma ha creado, derivados de su tecnología, que a los peligros naturales que ha conseguido reducir en muy buena medida con esa misma tecnología. Es la percepción del lado oscuro del progreso. Es el efecto boomerang de la modernidad reflexiva que acaba cargándonos los costes del progreso.

De este concepto de riesgo, obtenido por oposición al de peligro natural, podemos extraer unas consecuencias muy relevantes para el Derecho puesto que el riesgo es y ha de ser materia importante de su regulación. Detrás de cada riesgo encontramos una tecnología y, tras ella, se encuentra invariablemente la decisión e intervención humana al desarrollar e introducir esa tecnología, ese nuevo producto. Es perfectamente posible así una regulación jurídica de los riesgos. Tal regulación no es posible con respecto a los peligros pues se deben a la acción, o a las limitaciones, de la naturaleza, sin intervención humana alguna. No hay regulación posible de aquello sobre lo que no podemos disponer.

¿Cuáles son entonces los cometidos del Derecho con relación a los riesgos? Creo que hay tres fundamentales: Primero, decidir sobre los riesgos que se admiten, los riesgos con los que aceptamos convivir. Segundo, regular y gestionar esos riesgos que se admiten. Tercero, establecer los criterios de responsabilidad por los daños que puedan producirse.

Sobre los riesgos se puede decidir, a diferencia de los peligros que vienen impuestos por la naturaleza. Puede decidirse así si un riesgo se acepta o se rechaza. El riesgo que se acepta es el riesgo permitido, un concepto acuñado en su tiempo con otras con-

6 José Ortega y Gasset, *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*, Revista de Occidente/Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 28.

7 Estos y otros sectores son estudiados desde la moderna perspectiva del riesgo en el libro colectivo *Direito(s) dos riscos tecnológicos*, C. Amado Gomes (coord.) AAFDL, Lisboa, 2014.

sideraciones por la dogmática penal⁸. La decisión sobre la admisión o rechazo de un riesgo puede producirse de manera general, por vía normativa, o de manera singular, mediante autorización. La autorización administrativa por razones de seguridad –entre la que se encuentra también la autorización ambiental- cobra así una nueva y actualizada dimensión si se repara en que su objeto y finalidad es la determinación del riesgo permitido⁹. Lo mismo puede decirse de las normas técnicas –con frecuente remisión a la autorregulación experta- que con carácter general trazan la frontera del riesgo permitido. Novedosos y muy relevantes son también otros expedientes para articular las decisiones sobre riesgos como el que se articula en torno al principio de precaución¹⁰.

Por lo demás, las decisiones sobre riesgos permitidos no son decisiones absolutas, sobre admitir un riesgo o la ausencia total de riesgo. En una sociedad saturada de tecnología y expuesta a una gran variedad de riesgos, las decisiones son optativas, entre un riesgo u otro. Así, por ejemplo, las decisiones, opciones, sobre tecnologías energéticas entrañan, todas ellas, un riesgo; se trata entonces de optar entre ellos. Por eso es ya un lugar común en la jurisprudencia, compartido por los tribunales de todas las instancias y jurisdicciones, la constatación de que no existe el riesgo cero. Estamos así obligados a convivir con los riesgos, pero podemos elegir con cuales nos quedamos¹¹.

La gestión de los riesgos permitidos es fundamentalmente gestión de la información sobre riesgos, pues una característica esencial de los mismos es el halo de incertidumbre que los envuelve¹². Por ello el riesgo, aun el permitido, presenta siempre márgenes de desconocimiento. La gestión de los riesgos es seguimiento, control y obtención de información sobre ellos. Encontramos aquí también nuevos expedientes de inequívoca relevancia jurídica como la trazabilidad o la farmacovigilancia¹³. Y constatamos también la incidencia que sobre fórmulas muy arraigadas tiene la gestión de nuevos conocimientos sobre riesgos: así, el conocimiento de nuevas tecnologías con capacidad de reducir los riesgos está modificando el régimen de las autorizaciones al exigir la incorporación a ellas de la mejor tecnología disponible.

8 En la dogmática penal alemana se acuñó, sobre todo por Hans Welzel, la noción de adecuación social para admitir conductas que podrían producir daños (eventualmente tipificables como delitos, de lesiones por ejemplo) pero que socialmente se aceptaban como un riesgo permitido, así los deportes violentos que pueden producir lesiones.

9 Sobre el tema es fundamental la excelente obra de Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

10 O de otras técnicas de valoración de riesgos para poder decidir sobre ellos como es la evaluación de impacto ambiental. Vid. al respecto, L. F. Colaço Antunes, *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*, Coimbra, 1998.

11 Sobre ello me remito a mi estudio, "Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido" en el libro colectivo *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Pérez Alonso/ Arana García/Mercado Pacheco/Serrano Moreno (Eds.), Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, p. 275 y ss.

12 La incertidumbre es una característica de nuestro tiempo que domina muchos escenarios de decisión. Sobre el tema me remito a mi libro *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2009.

13 G. Doménech, *El régimen jurídico de la farmacovigilancia*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

De ese modo la incertidumbre propia de los riesgos se transmite a un sistema jurídico cada vez más incierto, no sólo en el plano normativo sino incluso en actos administrativos que se concebían como cerrados y definitivos, como las autorizaciones, abiertas ahora a las novedades del conocimiento y la tecnología. Quien obtiene así una licencia, sobre todo para actividades industriales, no dispone ya como antaño de un título habilitante de contenido y perfiles precisos, sino que se le pueden plantear exigencias futuras en función de las innovaciones tecnológicas que se produzcan¹⁴. Esta es una incertidumbre que se transmite también, como ya puede constatarse, a las entidades de crédito que financian estas empresas que se enfrentan así a riesgos financieros derivados del régimen abierto, precario podría incluso decirse, de las licencias.

La fijación de los criterios de responsabilidad en materia de riesgos es otro de los retos del Derecho en esta materia que obligará sin duda a revisar posiciones y principios que se creían muy firmes. La cuestión no es otra, muy compleja por lo demás, que determinar criterios de responsabilidad e imputación por daños derivados de decisiones sobre riesgos que se adoptaron en entornos de incertidumbre. Casos que serán cada vez más frecuentes en los que las instancias públicas han de adoptar decisiones aun cuando la ciencia manifiesta su desconocimiento sobre sus posibles riesgos. Aproximaciones al tema se están produciendo ya por la normativa europea y nacional en materia de responsabilidad por daños ambientales, de responsabilidad del fabricante por los riesgos del desarrollo, o la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños que no pudieron preverse por los conocimientos científicos del momento. Se trata en cualquier caso de aproximaciones que no afrontan todavía el problema en toda su hondura, lo que requerirá un replanteamiento en profundidad de la teoría y funciones de la responsabilidad en la sociedad del riesgo.

Posiblemente el capítulo del Derecho administrativo más directamente afectado por estas transformaciones sea el de la policía administrativa. Una actividad orientada a la defensa frente a peligros (*Gefahrenabwehr*¹⁵) entre los que se contaban también las actuaciones humanas que alterasen el orden público. La finalidad de la policía era el mantenimiento del orden público, o su restablecimiento caso de que hubiera sido alterado. Todo ello con una estricta sujeción a la legalidad. En la actualidad el peligro tiende a ser desplazado por el riesgo. Y el concepto de orden público por el de riesgo permitido. La complejidad que envuelve a los riesgos hace por lo demás muy difícil su previsión por la legalidad lo que obliga a recurrir a un elemento experto de legitimidad controvertida.

Este panorama marcado por los riesgos y la incertidumbre no es desde luego el que vaticinaba la sociología del Derecho en su época clásica y que tiene en Max Weber su

14 Un tratamiento muy completo y acertado de esta cuestión puede encontrarse en la obra de Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do acto autorizativo...*, cit., p. 515 y ss. También puede verse mi artículo "La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible", *Revista de Administração Pública*, n. 149, 1999.

15 Así es como tradicional y significativamente, sobre todo a partir de Otto Mayer, se define la policía administrativa en la dogmática alemana: defensa frente a peligros (*Gefahrenabwehr*) la noción de riesgo (*Risiko*) de origen tecnológico y antrópico, mucho más reciente, no se asocia a la policía administrativa, sino a las nuevas teorías de la regulación de riesgos.

más destacado representante. Para Weber el futuro estaba en manos de una burocracia profesional detentadora del conocimiento experto y del poder que de él se deriva. El Derecho público y administrativo que la burocracia profesional aplica estaría marcado por la "calculabilidad", sería un Derecho perfectamente previsible.

Pero la realidad actual contradice abiertamente esta y otras muchas profecías que vaticinaban un dominio absoluto del Estado y una regulación definida y segura. El Estado se ha visto desbordado por la complejidad y el conocimiento experto, muy especializado, no se encuentra ya en las burocracias profesionales. El Derecho público, tal como tradicionalmente se concibe, no tiene ya la capacidad de dominio de antaño, no deja de ser un sistema entre otros con su propia capacidad de autorregulación con los que habrá de tender puentes y fórmulas de articulación abandonando la pretensión de dominio directo.

4. La individualización y la crisis del Estado social. De la ley y la institucionalidad al contrato y la autonomía de la voluntad

Otra tendencia que Ulrich Beck advierte en la sociedad actual es la de la creciente individualización. Aquí también se produce una ruptura con los diagnósticos de la sociología clásica. Si antes destacaba la ruptura con ciertas categorías de Max Weber que se produce con el advenimiento de la sociedad del riesgo, ahora el sociólogo con el que de algún modo la individualización rompe es sin duda Emile Durkheim el gran teórico de la solidaridad. La influencia de Durkheim es muy clara en su colega y amigo de la Universidad de Burdeos Leon Duguit que traslada al Derecho público muchas de sus aportaciones. El principio de solidaridad es el que fundamenta toda la teoría del servicio público de Duguit¹⁶.

El servicio público es por un lado una nueva teoría de la legitimación del poder. Esa legitimación habría de ser una legitimación a posteriori, por lo que efectivamente se hace por parte de los gobernantes, por los servicios que se prestan. No es por tanto una legitimidad a priori como era el caso de la legitimación dinástica de las monarquías o el de la legitimidad democrática resultantes de un proceso electoral. De ahí que la doctrina de Duguit fuese utilizada por algunos regímenes totalitarios.

Pero, sobre todo, la teoría del servicio público ha servido para articular un régimen, sobre todo un régimen de prestaciones, alternativo al mercado. Unos servicios que han de prestarse de manera universal, accesible a cualquiera, con continuidad, con atención especial a colectivos desfavorecidos. Los servicios públicos han sido así elementos de cohesión social y solidaridad. El Estado y las Administraciones Públicas se han consolidado y se han hecho bien visibles a los ciudadanos con los servicios públicos. Hoy es osten-

¹⁶ Así lo destaca y estudia Dieter Grimm en su libro, *Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits in ihrer Zeit*, Athenäum Verlag, Frankfurt a M, 1973.

sible la crisis del servicio público, la crisis de la solidaridad como principio de articulación de los mismos y la pujanza de la individualización¹⁷.

El contraste con Durkheim es muy claro pues este sociólogo destacó el carácter social del individuo: no existe el individuo aislado sino en sociedad. Toda la teoría política y el Derecho público se centró entonces en las instituciones –ahí entre otros el marcado institucionalismo de Maurice Hauriou- pues los individuos se encontraban vinculados a ellas, al Estado, al Municipio, a la familia, a la clase social. Tal como destaca Scot Lash, “en la primera modernidad, el individuo estaba constituido en consonancia con una serie de roles dentro de una variedad de instituciones. En la actualidad estas instituciones están en crisis, y muchas funciones que en otro tiempo tenían lugar en la interfaz institución e individuo están teniendo lugar actualmente de una manera más intensa y más propia al individuo”¹⁸.

La individualización es una tendencia que sin duda se ve impulsada también por los procesos de privatización de funciones públicas¹⁹ y la reducción de las prestaciones propias del Estado social. La propia crisis del Estado social está propiciando los procesos de individualización en los que la cobertura pública, resultante de la solidaridad, cede paso a que cada individuo se procure la protección y la seguridad²⁰.

Pero más allá de los muy conocidos procesos de privatización de servicios públicos y funciones públicas, o de la crisis del Estado social, la individualización se percibe muy claramente en recientes desarrollos del Derecho administrativo que tienen su origen en la Unión Europea. El más significativo es el que se impulsa con la conocida Directiva de Servicios o Directiva Bolkenstein. Con ella se pretende eliminar en muchos sectores de servicios, actividades económicas y prestaciones la autorización administrativa para sustituirla por la comunicación o declaración responsable del promotor privado. Se trata de una fórmula que sin duda elimina trabas administrativas a los particulares pero ese particular promotor queda sin la cobertura que antes encontraba en la autorización administrativa, un verdadero título habilitante en el que fundamentaba su actividad con la certeza de que si se atenia a lo establecido en la autorización esa actividad se ajustaba a la legalidad pues esa legalidad había sido aplicada por la Administración en ese caso concreto.

Al retirarse la Administración y no ofrecer la seguridad de la autorización que antes otorgaba, el particular ha de procurarse entonces por si mismo, de manera individualizada, esa seguridad. Y habrá de procurársela en el sector privado, mediante el contra-

17 En realidad se está produciendo una nueva correlación entre Estado y sociedad tal como describo y analizo en mi libro , *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013.

18 Prólogo a la edición española del libro de U. Beck/E. Beck-Gernsheim, *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, Paidós, Barcelona 2001, p. 15.

19 También de externalización, *outsourcing*, al sector privado tal como destaca también Scot Lash, *op. cit.* p. 15.

20 En este sentido, otro sociólogo contemporáneo Zygmunt Bauman, en *Living on borrowed time*, Polity Press, Cambridge, 2010, en especial p. 65 y ss.

to con otro sujeto privado que le certifique que su instalación y la actividad programada se ajustan a la legislación vigente. Ampliando ese contrato, la entidad privada de certificación podría cubrir al solicitante frente a posibles responsabilidades derivadas de esa actividad. Se ha producido así una transformación total de un régimen en el que la Administración ofrecía una cobertura, un título, al particular para el desarrollo de su actividad, a otro en el que el particular, el promotor, ha de buscarse su propia cobertura, sus propias soluciones, ha de buscarse la vida de manera individual. El régimen de autorización es un régimen general por cuanto supone la aplicación de la ley. La fórmula de comunicación conduce a un sistema de cobertura contractual, individualizado.

En esa misma línea, la tendencia que se observa actualmente es la de una expansión del contrato y un retraimiento de la ley. Este fenómeno afecta de lleno a los tres poderes clásicos del Estado. Así al poder normativo en el que se constata un avance de las normas resultantes de procesos de autorregulación que encuentran su fundamento en la convención de los sujetos que participan en ellos y que se sujetan voluntariamente a esas normas. En el poder ejecutivo y administrativo ya hemos constatado, en el ámbito de la policía administrativa, el desplazamiento de la autorización administrativa, que es aplicación de la ley, por la comunicación con su fórmula de cobertura contractual; pero es que en la actividad prestacional o de servicio público también se registra un recorte de las prestaciones generales, fijadas por la ley con carácter general, para dar paso a prestaciones de origen contractual, individualizado y con muy diferentes niveles. En el plano judicial también se observa la retirada de la jurisdicción, que es aplicación de la ley por los Tribunales, para dar paso a fórmulas alternativas de solución de conflictos que se basan todas en la convención y el contrato como es el caso destacado del arbitraje²¹.

Al retroceder la ley -retrocediendo con ella la igualdad y la institucionalidad- ese terreno lo conquista el contrato que se basa en la autonomía de la voluntad, en la individualización.

5. El Estado transnacional. La superación de los nacionalismos y el viejo Estado nacional

Si en el ámbito interno la estructura pública está cediendo paso al empuje de la individualización, el Estado nacional que tiene su origen en el Tratado de Westfalia en el siglo XVII se está viendo desbordado por las fuerzas que operan por encima de su estructura, la reciente y muy grave crisis financiera es una buena muestra de ello²². La recomposición de las estructuras públicas debería entonces producirse en ese plano transnacional como se pretende ahora, tras la experiencia de la crisis, en la regulación transnacional de todo el flujo financiero.

21 El fenómeno actual de retirada de la ley y la correlativa expansión del contrato lo analizo en detalle en mi libro *El Estado garante. Idea y realidad*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015, en especial p. 97 y ss.

22 Dos trabajos de U. Beck sobre esta temática: *Dos Was ist globalisierung?*, Suhrkamp, Frankfurt a M, 1997 *Der kosmopolitische Blick*, Suhrkamp, Frankfurt a M, 2004



Cosmopolitanism and Internal Market: European Union Citizenship as Beck's “Rooted Cosmopolitanism”?

Matej Accetto

Gulbenkian Professor of Law
Católica Global School of Law / UCP (Lisbon)

I. Introduction; II. Europe and Beck's cosmopolitanism; III. The changing nature of citizenship; IV. European Union citizenship and the Internal Market; V. Conclusion: Incremental cosmopolitanism?

I. Introduction

This contribution pays tribute to Beck's critical and insightful contribution to the project of European integration by confronting his views on the promise of a transnational European cosmopolitanism harnessing inclusive national identities with the legal reality of the Union citizenship as a formal vehicle of the Member State nationals' link to the common polity. I will proceed by first outlining Beck's thoughts on European cosmopolitanism, then address the present-day challenges to the traditional concept of citizenship as a link between the individual and the (nation-)state, and finally relate them to the experience of European Union citizenship.

II. Europe and Beck's cosmopolitanism

In his writings as well as in his support for the initiatives of European federalists, Ulrich Beck was a friend of Europe. A critical friend, but also a supportive and optimistic friend. In any event, the extent of his relationship with Europe predated and transcended the recent notable publication of *German Europe*¹ in which he berated the “Merkiavelli model” of the German chancellor changing the balance of powers in Europe and rendering Europe German rather than *vice versa*. Even here, in any event, he ended by arguing for a new social contract and contemplated the possibility of a “European spring” rebelling against the status quo. The critique was often accompanied by hope, aspiration and a call to action.

¹ First published in German as U. Beck, *DAS DEUTSCHE EUROPA*, Suhrkamp, Berlin 2012.

Beck was critical of continued understanding of Europe in national terminology, as an “incomplete federal state” or an “unfinished nation”.² Just as in the case of the nation(al) state,³ he bemoaned its grounding in territorial control and jurisdiction over its borders and membership.⁴ In similar fashion, he was critical of Max Weber’s “political society” for combining cultural identity with a concept of the other, the enemy, and with propensity for violence⁵ in a world faced with the challenge of “fabricated insecurity”.⁶

Instead, he placed hope in globalisation, that he along with Anthony Giddens understood as “actions across distances”,⁷ to bring about a new type of politics engendered by the experience of transnational polities such as the European Union,⁸ which he saw as a regional variation⁹ of the “global risk society”.¹⁰ Globalisation challenges the self-perception of homogenous, self-contained polities, as for instance in the case of federal Germany, and calls upon all post-national states to retain the ability to influence events through cooperation, to seek “self-empowerment through self-deprivation of power”,¹¹ which will paradoxically transform the loss of sovereignty into sovereignty gains.¹²

In that spirit, Beck believed European integration should result in a novel, post-imperialistic empire, based on the respect for sovereignty with no “re-feudalisation” of the legal system, based not on conquest and confinement but on abolition of national boundaries, on voluntary trans-national integration, on law and consensus.¹³ In order for such an empire to be constructed, however, what is required is a paradigmatic shift to start seeing diversity as the solution rather than the problem.¹⁴

To Beck, the Union has until now hardly been successful in that endeavour. It has not lived up to its own criteria of democracy, of Europeanness.¹⁵ Based on the either-or demarcation logic of unambiguous identity,¹⁶ mutually exclusive identities and national categories of thought have rendered it impossible to conceive of or construct Europe,¹⁷

2 U. Beck, “Réinventer l’Europe. Une vision cosmopolite”, in *Cultures et Conflits* 68 (2007), 17–29, at 19.

3 U. Beck, “Beyond the Nation State”, in *New Statesman* (6 December 1999), 25–27, at 25.

4 U. Beck, “Réinventer l’Europe. Une vision cosmopolite”, n. 2 above, at 19.

5 U. Beck, “Neo-Nationalism or a Europe of Individuals”, in *Theoria: A Journal of Social and Political Theory* 88 (1996), 55–68, at 64.

6 *Ibid.*, at 57.

7 *Ibid.*, at 58.

8 U. Beck, “Beyond the Nation State”, n. 3 above, at 26.

9 U. Beck, “Réinventer l’Europe. Une vision cosmopolite”, n. 2 above, at 25.

10 U. Beck, “Global Risk Politics”, in *The Political Quarterly* 68 (1997) B, 18–33, at 32–33.

11 U. Beck, “Beyond the Nation State”, n. 3 above, at 27.

12 U. Beck, “Empire Europa: Politische Herrschaft jenseits von Bundesstaat und Staatenbund”, in *Zeitschrift für Politik* 52 (2005) 4, 397–420, at 418.

13 *Ibid.*, at 417 and 420.

14 U. Beck, “Réinventer l’Europe. Une vision cosmopolite”, n. 2 above, at 28.

15 U. Beck, “Understanding the Real Europe”, in *Dissent* (Summer 2003), 32–38, at 32.

16 U. Beck, “Neo-Nationalism or a Europe of Individuals”, n. 4 above, at 63.

17 U. Beck, “Understanding the Real Europe”, n. 11 above, at 32 and 36.

because Europeanisation requires a sense of belonging and a culture of memory that transcend national boundaries.¹⁸ Once again, Beck was critical of Europe. And yet, in his critique one could sense the hope of achieving its promise: a cosmopolitan Europe with increasingly inclusive national identities.¹⁹

To explore the path to such a cosmopolitan Europe, Beck introduced the other side of globalisation: individualisation, dissolving and demystifying the traditional collective sources of identity and meaning, leaving to the individuals the task of self-definition.²⁰ There is an ongoing transition from national to post-national membership, which also accentuates the “crisis of exclusion of the national”, such as by lessening the relevance of national citizenship.²¹ What is required, per Beck, is an “epistemological break”,²² a change of perception from methodological nationalism to methodological cosmopolitanism.²³ Thinking of the many possible mental maps of delimitation, Beck argued in favour of overcoming the dualism between the national and the international, replacing the axiom of congruity of borders with the axiom of incongruity of borders, (more) freely redrawn, (more) easily questioned.²⁴

In this context, Beck noted the collapse of the East-West division in Europe, with the disappearance of the East ironically also leading to the disappearance of the West, leaving behind a “giant political vacuum”.²⁵ Europe, the hereto neglected Europe of individuals as the “one word, one arena, and one goal”, has been proffered as a possible solution to this vacuum.²⁶ However, it cannot be conceived of in terms of national homogeneity or as a single nation to replace smaller nations, but only as a cosmopolitan unity²⁷ – cosmopolitan in the sense of “rooted cosmopolitanism”, granting individuals both “roots” and “wings”, acknowledging equality and difference.²⁸ To escape the nationality trap, the new “cosmopolitan state” should distinguish between sovereignty and autonomy and be founded on nationals “indifferent of the state”, guaranteeing the co-existence of national identities through constitutional tolerance.²⁹

18 U. Beck, “Réinventer l'Europe. Une vision cosmopolite”, n. 2 above, at 24.

19 U. Beck, “Understanding the Real Europe”, n. 11 above, at 33.

20 U. Beck, “Neo-Nationalism or a Europe of Individuals”, n. 4 above, at 58.

21 U. Beck, “The Cosmopolitan State: Redefining Power in the Global Age”, in *International Journal of Politics, Culture, and Society* 18, (2005) 3/4, 143–159, at 145.

22 *Ibid.*, at 147.

23 For more on this U. Beck, “Redefining the Sociological Project: The Cosmopolitan Challenge”, in *Sociology* 46 (2012) 1, 7–12.

24 U. Beck, “The Cosmopolitan State: Redefining Power in the Global Age”, n. 19 above, at 144.

25 U. Beck, “Neo-Nationalism or a Europe of Individuals”, n. 4 above, at 55-56.

26 *Ibid.*, at 66-67 (emphases omitted).

27 U. Beck, “Understanding the Real Europe”, n. 11 above, at 36.

28 U. Beck, “The Cosmopolitan State: Redefining Power in the Global Age”, n. 19 above, at 156.

29 *Ibid.*

Beck, of course, was not alone in his assessment. In advocating for a new social theory for a new world, and for Europe to achieve its promise, one can for instance be reminded of Philip Allott claiming that Europe has failed at its attempt of “social self-constituting” and is in need of a Euclidean *ecthesis* (let ABC be a triangle, let these Member States form Europe).³⁰ Similarly, Beck’s views on the need for inclusive national identities and the reimagining of membership in the Union as a sort of “rooted Europeanness” will find many echoes in the commentary on the realities of European Union citizenship, to which I will soon turn. But first let me offer a few words on the challenges facing the traditional concept of citizenship.

III. The changing nature of citizenship

How is citizenship best defined? This question – as well as the entire field of citizenship law – is rife with substantive and terminological ambiguity. In terminological terms, there is the undefined pairing of “nationality” and “citizenship”,³¹ as well as the definitional problems of the terms such as “loyalty”, “integration”, “minority”, etc. In substantive terms, one can look at citizenship as status, as Hannah Arendt’s “right to have rights”,³² which Seyla Benhabib interpreted as a “moral claim to membership”;³³ or in terms of democracy as a vehicle to ensuring adequate representation or protection from arbitrary interference;³⁴ or in policy terms as a bundle of functional components serving various purposes.³⁵ These various descriptions illustrate the concept’s complexity as much as open new questions. Is citizenship supposed to be the final destination of the path to full integration, or merely one of the stepping stones thereto? What qualifies as adequate representation for different (non-)constituent groups in a polity? What are the many rights (and obligations) which are implicated in the possession of citizenship? Etc.

30 P. Allott, “Epilogue: Europe and the Dream of Reason”, in J.H.H. Weiler and M. Wind (eds), *European Constitutionalism Beyond the State* (Cambridge University Press, Cambridge 2003), 202–225, at 223–224 and 203.

31 The Council of Europe took them to be coterminous and opted to use the term “nationality” when drafting the European Convention on Nationality to signify (per Art. 2 of the Convention) “the legal bond between a person and a State [which] does not indicate the person’s ethnic origin”. Still, the actual meaning of the two terms and their relationship is often largely dependent on the context, if not the speaker concerned. I am drawing the mentioned terminological examples also on M. Accetto, Concluding remarks of the rapporteur for the second day of the Workshop on the Changing Concepts of Nationality, organised by Austria and the Council of Europe in Vienna, September 2009 (on file with author).

32 H. Arendt, *THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM* (new ed.), Harcourt, New York 1979, at 298.

33 S. Benhabib, “Kantian Questions, Arendtian Answers: Statelessness, Cosmopolitanism, and the Right to Have Rights”, in S. Benhabib and N. Fraser (eds), *Pragmatism, Critique, Judgment: Essays for Richard J. Bernstein* (MIT Press, Cambridge 2004), 171–196, at 179.

34 See e.g. I. Honohan and M. Hovdal-Moan (eds), *Domination, Migration and Non-Citizens*, Routledge, London 2014.

35 See M. P. Vink and R. Bauböck, “Citizenship Configurations: Analysing the Multiple Purposes of Citizenship Regimes in Europe”, in *Comparative European Politics* 11 (2013), 621–648, at 625–628.

The traditional concept comprises a number of well-established state interests related to state's self-preservation and well-being, which in turn incur obligations on the part of individuals:³⁶ loyalty (traditionally often also expressed in mandatory military service), taxes, maintenance of public order, protection of national interests, (extra)territorial jurisdiction and control over membership (including, in light with established norms of international law,³⁷ discretion on decisions concerning citizenship). Conversely, the last few centuries also witnessed the gradual strengthening of the individual interests in the relationship: an array of civil rights, followed by political rights and then social rights were included in the citizenship concept, with others likely to follow.³⁸

The traditional concept, however, is under siege, faced with at least three types of challenges that correspond to Beck's views on globalisation, individualisation and cosmopolitanism.

Firstly, states' attitudes to nationality laws change along with the changed circumstances of their international existence. Rui Moura Ramos, for instance, explains the Portuguese legislative transformations in 1981 and 1994 (moving away from the traditionally liberal use of the *ius soli* principle) as reflecting changes to the Portuguese political system and to the reality of accelerated immigration to Portugal.³⁹ These changes are not always convergent: in Europe, for instance, while most states expanded citizenship entitlements for second-generation immigrants, with regard to first-generation immigrants there have been divergent trends of more liberalised naturalisation policies in some European states and more restrictive reforms in others.⁴⁰ The changed attitudes are also evident in the states' ever greater acceptance of dual citizenship, a shift from the earlier hostility observable in both "exporting" and "importing" states for pragmatic reasons⁴¹ and propelled

36 For a description of the concept see B. S. Turner, "Outline of a Theory of Citizenship", in B. S. Turner and P. Hamilton (eds), *Citizenship, Critical Concepts*, Routledge, London 1994, 199–226, at 201–202. I also address the point in M. Accetto "Towards a New Concept of Citizenship? The Struggle and Appreciation Between the Individual and the State", in J. Kranjc (ed.), *Law in Transition – Transition in Law* (Pravna fakulteta v Ljubljani, 2003).

37 E.g. Article 1 of the 1930 Hague Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws, whereunder it is "for each State to determine under its own law who are its nationals".

38 Such as industrial rights, for instance, as suggested by J.M. Barbalet, "Citizenship Rights", in B. S. Turner and P. Hamilton (eds), *Citizenship, Critical Concepts*, Routledge, London 1994, 227–237, at 232–237.

39 R. M. Moura Ramos, "Migratory Movements and Nationality Law in Portugal", in R. Hansen and P. Weil (eds), *Towards a European Nationality: Citizenship, Immigration and Nationality Law in the EU* (Palgrave, Basingstoke 2001), 214–229.

40 R. Hansen and P. Weil, "Introduction: Citizenship, Immigration and Nationality: Towards a Convergence in Europe?", in *ibid.*, 1–23, at 5–7.

41 R. Bauböck, "Citizenship and National Identities in the European Union", Jean Monnet Working Paper 4/97, available at < <http://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/97/97-04-.html>>, at 8–9 (later also published in: E. Antalovsky, J. Melchoir and S. Puntischer-Riekmann (eds.), *Integration durch Demokratie. Neue Impulse für die Europäische Union* (Metropolis, Marburg 1997), 297–331).

by the advent of human rights.⁴² The world is inevitably becoming more globalised and citizenship policies, for (mostly) better or (sometimes) worse, reflect this.

Secondly, there have been growing voices in favour of a rethinking and perhaps even a positive application of the right to a nationality when a “genuine and effective” link (or, in the terminology of the 1999 ILC draft articles on nationality and succession of states, “appropriate link”) between an individual and a particular state is established, especially with regard to longstanding principles of place of birth, descent and long-term residence.⁴³ It is a developing normative view of citizenship as individual entitlement, as choice based on individual autonomy.⁴⁴ The appraisal of citizenship issues in light of fundamental rights (with regard to avoiding statelessness, relevance of residence for naturalisation, procedural safeguards in deprivation proceedings, etc.) was also at the core of the conclusions of the 4th European Conference on Nationality in 2010, titled “Concepts of Nationality in a Globalised World”.⁴⁵ Globalised citizens demand individualised approaches to citizenship.⁴⁶

And thirdly, in this globalised and individualised world the traditional concept of citizenship may be increasingly strained inasmuch as it tries simultaneously to cater to two different aspects of the bond:⁴⁷ the functional vertical legal link between the individual and the state and the non-functional horizontal link of the individual to the other members of the nation sharing the same cultural identity. When forced to cohabitate, the two aspects will be in constant tension, for instance in immigrants falsely proclaiming allegiance to the nation in order to benefit from the establishment of a legal bond with the state.⁴⁸ This tension could also help explain the unfortunate coupling of citizenship law with migration law, with the latter sometimes criticised as doing “the dirty work” for the

42 P. J. Spiro, “Dual Citizenship as Human Right”, in *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), 111–130, at 112–118.

43 C. A. Batchelor, “Developments in International Law: The Avoidance of Statelessness Through Positive Application of the Right to a Nationality”, report for the 1st European Conference on Nationality, Strasbourg 1999, at 2. In Portugal, more recently, the issue has been thoroughly discussed in G. Saraiva Matias, *MIGRAÇÕES E CIDADANIA*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisbon 2014.

44 R. Bauböck and V. Paskalev, “Citizenship Deprivation: A Normative Analysis”, *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe* 82 (2015), available at <https://www.ceps.eu/system/files/LSE82_CitizenshipDeprivation.pdf>, at 11.

45 The programme and final conclusions available at <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/nationality/Conference4_en.asp>. Having moderated this conference, and having previously attended the 1st European Conference on Nationality in 1999, I was struck that despite the changing times and the dozen years having passed between the two, the dominant concerns of the states remained largely the same.

46 I explore the problems in such transformations further in M. Accetto, “The Travails of Citizenship: Understanding States’ Reluctance to Change”, in S. O. Pais (ed.), *EU Citizenship: Challenges and Opportunities / Cidadania Europeia: Desafios e Oportunidades* (Universidade Católica Editora, Porto 2015), 69–96.

47 See M. C. Fleming, “The Functionality of Citizenship”, (published as a student note) in *Harvard Law Review* 110 (1997) 8, 1814–1831, at 1815.

48 *Ibid.*, at 1814.

former.⁴⁹ The solution, then, might very well be to decouple them,⁵⁰ to enable individuals, in line with Beck's advocacy for "rooted cosmopolitanism", to keep "roots" while making full use of their "wings".

IV. European Union citizenship and the Internal Market

On paper, European Union citizenship⁵¹ is the answer that Beck was hoping for. A status that does not seek to replace national citizenship of the Member State but is intended to "complement" it (as clarified by the Treaty of Amsterdam) or be "additional to" it (as reformulated by the Treaty of Lisbon, perhaps so as to express its autonomous relevance), Union citizenship seems to embody the decoupling and cohabitation of the national *demos* and the European *telos*⁵² that is very similar to Fleming's proposal above or to Beck's idea of "rooted cosmopolitanism". In Weiler's vivid description, it invites us to imagine "an entity with a simultaneous multiple identity" and with an ideal of supranationalism "which refers not to the relations among nations but to the ability of the individual to rise above his or her national closet".⁵³ The Union, "united in diversity", as its semi-official motto would have it,⁵⁴ grants European nationals equality under the common set of values while recognizing their difference as per their national sense of belonging – in other words, gives them "wings" while respecting their "roots".

And yet, the early practice of the status did not quite live up to this promise. Equipped with a modicum of political rights,⁵⁵ ever since its introduction the cornerstone of Union

49 C. Dauvergne, "Citizenship, Migration Laws and Women: Gendering Permanent Residency Statistics", in *Melbourne University Law Review* 24 (2000), 280–309, at 308.

50 For an account of the challenges for the US citizenship policy in this regard, see *ibid.*, at 1817 and 1826–1830.

51 I repeat here some points from M. Accetto, "The Travails of Citizenship: Understanding States' Reluctance to Change", n. 46 above, at 86–91. Also see generally on the genesis of Union citizenship R. Bellamy, "Evaluating Union Citizenship: Belonging, Rights and Participation within the EU", in *Citizenship Studies* 12 (2008) 6, 597–611; H. De Waele, "EU Citizenship: Revisiting its Meaning, Place and Potential", *European Journal of Migration and Law* 12 (2010), 319–336. For a recent evaluation, see C. Barnard, "Citizenship of the Union: The Good, the Bad and the Not Very Pretty", in S. O. Pais (ed.), *EU Citizenship: Challenges and Opportunities / Cidadania Europeia: Desafios e Oportunidades* (Universidade Católica Editora, Porto 2015), 43–68.

52 See J. H. H. Weiler, "Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision", in *European Law Journal* 1 (1995) 3, 219–258, at 244–256.

53 *Ibid.*, at 238 and 250.

54 Along with other constitutional symbols contained in Art. 8 of the failed Constitutional Treaty, it was removed in the "Lisbon edit", but remains in prolific use by the European Parliament which also first proclaimed it. The choice of the turn of the phrase is also telling: the Union is united *in* diversity, not *despite* diversity or *while* respecting diversity – it is its very diversity which ostensibly unites it.

55 As provided for in Art. 20(2) TFEU, Union citizenship *inter alia* entails electoral rights in elections to the European Parliament and municipal elections in their country of residence, as well as the right to petition the European Parliament or apply to the European Ombudsman and use one's own language in communication with European bodies. While the Treaty provision specifically also refers to duties that pertain to the status of Union citizenship, one will be hard pressed to find any explicitly listed as such in the Treaties.

citizenship has been the right to move and reside freely within the territory of the Union, a right which has – albeit limited to a broadly constituted class of economically active Member State nationals – long predated the introduction of Union citizenship. Union citizenship as the right of free movement? Is freedom of movement the “right to have rights”⁵⁶ that Union citizens can stake a “moral claim” to?⁵⁷

Early case law would, somewhat disappointingly,⁵⁸ seem to answer in the affirmative. Perhaps affected by fears that any serious strengthening of a European political community which a more fully-fledged Union citizenship might catalyse would inevitably jeopardise the established national political communities and cultural identities, the initial practice of Union citizenships was largely centred on enforcing and safeguarding the freedom of movement and derivative rights, or delimiting the personal scope of application of EU rights depending on whether the status of a Union citizen engaged the protection of EU law and all it entails.

There is no need to trawl here through the Court's earlier jurisprudence on the matter in greater detail,⁵⁹ but just by means of example consider the jurisprudence regarding the recognition of civil status documents, specifically as regards a person's family name: in *Grunkin-Paul*,⁶⁰ German authorities refused to register as impermissible the double-barrelled family name of a German child of German parents born in Denmark (where the double-barrelled name was lawfully registered); in *Garcia Avello*,⁶¹ Belgian authorities refused to register the Spanish combination of the parents' family names to children of a Spanish father and a Belgian mother living in Belgium and possessing dual citizenship, since under Belgian law the father's family name was to be used;⁶² and in *Sayn-Wittgenstein*,⁶³ Austrian authorities changed the family name of an Austrian na-

⁵⁶ Of course, this is not to say that the expanding portfolio of the rights implicated by the freedom of movement itself (originally developed in the context of free movement of workers) is irrelevant – cf. S. O. Pais, “Current Challenges: Freedom of Movement and Access of Economically Inactive Union Citizens to Social Benefits”, in S. O. Pais (ed.), *EU Citizenship: Challenges and Opportunities / Cidadania Europeia: Desafios e Oportunidades* (Universidade Católica Editora, Porto 2015), 19–42.

⁵⁷ Cf. text accompanying nn. 32 and 33 above.

⁵⁸ Of course, the nature of Union citizenship and its relationship to national citizenship, in particular the extent to which it may be permitted to resemble or challenge the characteristics that define the bond between individuals and their Member States, is unsettled and seen differently by the different European and national actors.

⁵⁹ See, e.g. the two articles providing an account of Union citizenship listed in n. 51 above.

⁶⁰ C-353/06 *Grunkin-Paul*, [2008] ECR I-7639.

⁶¹ C-148/02 *Garcia Avello*, [2003] ECR I-11613.

⁶² A whimsical footnote to this case in light of the contribution honouring Ulrich Beck is that the mother's family name was Weber (the parents wanted and ultimately succeeded in having the children's family name registered as Garcia Weber). For his part, Beck once successfully campaigned to officially change the name of a square in Munich from “Max-Weber-Platz” to “Max-Weber-Platz” – after the change honouring the famous sociologist as well as an earlier politician bearing the same name it was originally named after. See on this the obituary by M. Kaldor and S. Selchow published in the *Guardian* and available at <<http://www.theguardian.com/education/2015/jan/06/ulrich-beck>>.

⁶³ C-208/09 *Sayn-Wittgenstein*, [2010] ECR I-13693.

tional to remove the title of nobility she obtained when she was adopted by a German national possessing that title, after the Constitutional Court held in a different case that a 1919 act on the abolition of nobility was to preclude such a possibility. These cases crucially revolve around the logic of free movement (including, as an extension, the free circulation of public documents).⁶⁴ Is there a cross-border element that engages individual's rights under EU law (is, for instance, dual citizenship in *Garcia Avello* enough to trigger EU law)? If so, are national measures at issue (capable of) hindering the free movement of Union citizens or discriminatory? If so, are there any prevailing public policy grounds that may justify this interference?⁶⁵ The nature and the logic of the review process resemble the traditional logic of the internal market.

All this ostensibly changed with *Zambrano*.⁶⁶ The case concerned a claim to a right of residence under EU law for a parent of Union citizens, two dependent children born in Belgium to Colombian asylum seekers who were granted Belgian citizenship upon birth to prevent their statelessness and who never exercised their free movement rights. There was no EU cross-border element involved, and thus under the traditional wisdom the case seemed to concern a purely internal situation to which EU law would not apply. However, building on its earlier pronouncements that Union citizenship was "intended to be the fundamental status of nationals of the Member States",⁶⁷ the Court of Justice held that EU law was always engaged to protect the Union citizens' "genuine enjoyment of the substance of the rights conferred by virtue of their status as citizens of the Union".⁶⁸

The case has been hailed as a transformative ruling of the Court. Koen Lenaerts, now its president, praised *Zambrano* and its progeny as being "of paramount constitutional importance as they have emancipated EU citizenship from the constraints inherent in its free movement origins".⁶⁹ But was this emancipation indeed achieved in full?

Let us put to the side the fact that the *Zambrano* ruling is very terse and, except for unpersuasive citation loops,⁷⁰ contains little actual reasoning in the seven paragraphs containing its own substantive evaluation of the case and relevant EU law.⁷¹ Even taken

64 See, for instance, European Commission's EU Citizenship Report 2010 (COM(2010) 603 final), at 5-6; and the Commission's 2013 proposal for a regulation on acceptance of certain types of public documents (COM(2013) 228 final).

65 In *Sayn-Wittgenstein*, the national policy was found to be permissible inasmuch as it derived from constitutional law.

66 C-34/09 *Zambrano*, [2011] ECR I-1177.

67 Also in *Garcia Avello*, but already in C-184/99 *Grzelczyk*, [2001] ECR I-6193, para. 31.

68 *Zambrano*, n. 65 above, para. 42.

69 K. Lenaerts, "The Concept of EU Citizenship in the Case Law of the European Court of Justice", in *ERA Forum* 13 (2013), 569–583, at 570.

70 As persuasively shown in U. Sadl, "Ruiz Zambrano as an Illustration of How the Court of Justice of the European Union Constructs Its Legal Arguments", in *European Constitutional Law Review* 9 (2013) 2, 205–229.

71 Such as, for instance, the technical question of whether the "right to move and reside freely" in Art. 20 TFEU which the Court invokes when referring to the substance of Union citizenship rights is meant to be a single combined right "to-move-and-reside" in another Member State, a sequential right to reside once having moved to another Member State, or two independent rights – the question that is addressed directly by AG Sharpston in her much lengthier opinion in

at face value, it is hard to see to what extent *Zambrano* manages to escape its free-movement conception. It does not deal with the substance of Union citizenship in any meaningful way of defining membership in the polity – the answer the Court was asked to provide was simply whether Mr Zambrano should have a (derived) right of residence in Belgium. Certainly, the Court turned on its head the previous assumption when deciding on whether EU law was engaged – the “deprivation effect” approach lauded by Lenaerts,⁷² requiring no cross-border activity on the part of the children to activate their rights as Union citizens, is its important and meaningful legacy. But that approach only reinforces, rather than challenges, the conception and logic of free movement when it comes to evaluating the relevance Union citizenship. The “exception” proves the rule – just that actions of individuals have been replaced by Member State actions as triggers activating the application of EU law. In *Zambrano* (just as in the earlier jurisprudence), Union citizenship thus still operates as a conceptually largely empty override of national measures whenever they would prevent or hinder the exercise of the rights of free movement and residence. If that is its effect, then it has not really emancipated itself from – let alone transcended – the earlier negative-integration spirit of the internal market and fundamental freedoms. Is *Zambrano* important? Yes, undoubtedly and very much so. But it still remains a far cry from exploring the possible meaning of EU citizenship or the understanding of the multiple demos of its people(s).

V. Conclusion: Incremental cosmopolitanism?

So where does this leave us when confronting Beck’s aspirations for a cosmopolitan Europe with the reality of Union citizenship?

In a way, one might say it is too early for sweeping conclusions. After all, *Zambrano* is not the endpoint of the development of the EU concept of Union citizenship or the Court’s jurisprudence on the issue.⁷³ But it is nevertheless telling that, even when the jurisprudence of the Court is lauded as having thrown off the shackles of its free-movement origins, the citizenship of the Union remains so timid a concept in substantive terms. It seems to embody Beck’s idea of “rooted cosmopolitanism” in granting individuals both “roots” and “wings” only inasmuch as it focuses on the “wings” as the ability to move across borders and “roots” as the ability to stay put; or at most by determining when (European) “wings” should override the (national) requirement of adequate “roots” in deciding on the existence of a particular right.

the same case, at paras 80–97.

⁷² K. Lenaerts, “The Concept of EU Citizenship in the Case Law of the European Court of Justice”, n. 68 above, at 570–577.

⁷³ Just by way of example: in C-140/12 *Brey*, judgment of 19 September 2013, and in C-333/13 *Dano*, judgment of 11 November 2014, the Court had to decide on the scope of “social assistance” regulated in the Free Movement Directive with regard to claims by second-country nationals for different non-contributory benefits; whereas in C-650/13 *Delvigne*, judgment of 6 October 2015, it had to deal with the scope of the Union citizens’ right to vote in a case involving a former prisoner who was removed from the electoral rolls under national law.

Is this cause for pessimism, lamenting an underdeveloped European concept caught in the national habits of mind? Or for cautious optimism, such as the one embraced by Kant when speculating on the possibility of perpetual peace in a cosmopolitan federation, who put his faith in nature (*natura daedala rerum*) rather than mankind?⁷⁴ Perhaps, like in Kant's peace plan, the construction of European cosmopolitan identity is a project of aspiration rather than result, an "approximation advancing *ad infinitum*"⁷⁵ that will bring us ever closer to the goal, even if the end may – and perhaps ought – never be fully achieved: the "ever closer union among the peoples of Europe"⁷⁶ where the "ever" also implies the "never".⁷⁷

This paper is being finalized at a time when the European Union is mired in a profound and potentially fateful crisis of (dis)unity and wavering solidarity. For those who believe in the promise of a cosmopolitan Europe, hope must persist that – a state of crisis being its common transformative catalyst – the ashes of its failures may sprout new roots anchoring European integration, and perhaps even the wings of Beck's cosmopolitan vision.

74 I. Kant, *PERPETUAL PEACE: A PHILOSOPHICAL ESSAY* (trans. M. Campbell Smith), George Allen & Unwin, London 1903, at 143. One author, placing faith in republican governments as foundations for peace and in progressive expansion of liberalism, somewhat ambitiously extrapolated Kant's ideas to calculate that global peace will be achievable at the earliest in 2101 or 2113 – M. W. Doyle, "Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs, Part 2", in *Philosophy & Public Affairs* 12 (1983) 4, 323–353, at 351–353.

75 I. Kant, *PERPETUAL PEACE: A PHILOSOPHICAL ESSAY*, n. 74 above, at 196.

76 As stated in the preambles to the Treaties.

77 J. H. H. Weiler, "Transformation of Europe", in *Yale Law Journal* 100 (1991), 2403–2483, fn. 213 at 2480.



Sociedade de risco, política ambiental europeia e direito penal do risco

Paulo Sousa Mendes

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Membro da Direcção do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais

Introdução; I. A modernidade reflexiva; II. Os riscos tecno-industriais; III. A sociedade de risco; IV. Risco vs. incerteza; V. A política ambiental europeia e o direito penal do risco

Introdução

Nenhum outro sociólogo teve tanta influência no pensamento jurídico nosso contemporâneo como Ulrich Beck (1944-2015). Em especial, a política ambiental europeia inspirou-se nas ideias de Beck. Creio que a legislação ambiental da União Europeia (UE) e dos Estados-membros é, em alguma medida, tributária dessa fonte de inspiração, sobretudo na parte relativa ao direito penal. O conceito de sociedade de risco que Beck apresentou, pela primeira vez, em 1986 tem servido de pano de fundo para a declaração de uma espécie de estado de emergência ambiental. Tal declaração amparou a convocação do direito penal para assumir o papel de guardião da política ambiental europeia.

O direito penal aparece como a trave-mestra da política ambiental europeia na Directiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro de 2008, relativa à protecção do ambiente através do direito penal. No respectivo Considerando (3), pode ler-se o seguinte: “A experiência tem revelado que os actuais regimes de sanções não têm sido suficientes para garantir a observância absoluta da legislação sobre protecção do ambiente. Esta observância pode e deverá ser reforçada através da previsão de sanções penais que reflectam uma desaprovação social qualitativamente diferente das sanções administrativas ou dos mecanismos de indemnização do direito civil.”

Sou muito crítico desta utilização do direito penal como principal instrumento para atalhar as grandes ameaças ao ambiente, como se fosse um direito penal de *prima ratio*, em vez do tradicional direito penal de *ultima ratio* da tradição liberal. Em grande medida, o direito penal ambiental foi construído por cima do conceito de sociedade

de risco. Como todos sabemos, o conceito de sociedade de risco caracteriza-se por uma dramatização da autocolocação em perigo da Humanidade no quadro da civilização tecno-industrial.

Ora, é precisamente esta dramatização que serve de argumento para o direito penal mudar de foco, deixando de punir apenas as condutas que provocam danos ambientais concretos para passar a punir as condutas susceptíveis de contribuir, aliás cumulativamente, para uma futura e incerta degradação ambiental e ecológica. Em princípio, esta é uma função de regulação das actividades humanas que deveria caber ao direito administrativo, inclusive na sua vertente sancionatória, e que só se percebe que passe a caber, também, ao direito penal se dramatizarmos as ameaças da civilização tecno-industrial a ponto de impor um princípio da máxima precaução nas actividades económicas, mormente tecno-industriais.

É o que se verifica precisamente quando se diz, como no Considerando (3) da Directiva 2008/99/CE, que é necessário “*garantir a observância absoluta da legislação sobre protecção do ambiente*”. Destaco a “observância absoluta”¹! É como se as potencialidades catastróficas, mesmo que as probabilidades determinadas pelos peritos da análise do risco tecnológico sejam muito baixas, fossem, só por si, argumento suficiente para se exigir a tal observância absoluta da legislação sobre protecção do ambiente (pelo menos, aos olhos da opinião pública ocidental, o que não deixa de ser decisivo para determinar as opções do legislador europeu).

Mais do que isso, é como se a incerteza acerca do grau de risco ambiental ou ecológico de uma determinada actividade económica não admitisse falhas quanto à tomada das decisões preventivas adequadas a garantir um elevado nível de protecção do ambiente. Entra, pois, o direito penal em campo para garantir a observância da legislação sobre protecção do ambiente. Ou seja, o direito penal do ambiente é posto ao serviço da tutela das funções preventivas do direito administrativo, o que nunca antes se vira.

Antes mesmo de indagar se esta mudança de paradigma do direito penal é legítima e até eficaz, importa saber se o pensamento de Beck, que lhe serviu de inspiração, foi

¹ Esta intenção de “*garantir a observância absoluta da legislação sobre protecção do ambiente*” é, parece-nos, uma decorrência da ideia de “*garantir a plena efectividade de uma política da Comunidade*”. Cabe aqui recordar a controvérsia que existia entre o Conselho e a Comissão, antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, sobre a questão da competência penal da(s) Comunidade(s) Europeia(s). Tal controvérsia sobre a base jurídica (entre o primeiro e o terceiro pilares) para a adopção de instrumentos legislativos de natureza penal acabou sendo decidida pelo Tribunal de Justiça (Comissão v. Conselho, acórdãos de 13 de Setembro de 2005 e de 23 de Outubro de 2007) a favor do direito comunitário, se as injunções de incriminação dirigidas aos Estados-Membros se afigurassem indispensáveis “*para garantir a plena efectividade de uma política da Comunidade*” [cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Comentário ao artigo 83.º do TFUE”, in: AA.VV., *Tratado de Lisboa anotado e comentado* (orgs.: Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina, 2012 (pp. 435-438) p. 437]. Tratando-se a presente Directiva da primeira que estabeleceu regras mínimas relativas à definição de infracções penais e respectivas sanções num particular domínio sujeito a medidas de harmonização, digamos que apareceu como uma espécie de aplicação *avant la lettre* do art. 83.º, n.º 2, TFUE, o qual entraria em vigor em 1 de Dezembro de 2009.

correctamente interpretado e se levaria necessariamente a tais desenvolvimentos no plano da política ambiental.

I. A modernidade reflexiva

Ulrich Beck formulou uma nova teoria da modernidade². Quase todas as anteriores teorias da modernidade, desde o materialismo histórico até ao estrutural-funcionalismo, compartilhavam de alguma espécie de utopia progressista, fosse ela a ideia de desenvolvimento dos meios de produção ou a ideia de diferenciação estrutural, conjugada com a integração funcional³. Beck, pelo contrário, veio chamar a atenção para uma dimensão sombria da modernidade, relacionada com a autocolocação em perigo da civilização. Afinal o desenvolvimento tecno-industrial acarreta também efeitos perversos, traduzíveis num sem-número de riscos, cujo potencial deletério é inimaginável.

A consciência destas ameaças suscitou pronunciamentos irracionalistas que decretaram o fim da modernidade. Para Beck, porém, o projecto da modernidade não acabou. Pelo contrário, ainda agora começou uma nova forma de modernidade.

Desenganam-se aqueles que pensaram que as convulsões da modernidade eram sintoma da sua agonia, porque apenas pressagiavam a passagem da simples modernidade, característica da sociedade industrial clássica, à "modernidade reflexiva" (*reflexive Modernisierung*), agora típica da sociedade (tecno-industrial) de risco⁴. Cabe aqui acrescentar algumas palavras, para confrontar um modelo de modernidade com o outro. Nos alvares do século XIX, a modernidade teve de enfrentar-se, em simultâneo, com um cenário sócio-cultural conservador, herdado de épocas precedentes, e com um mundo natural esquivo, resistente ao engenho humano. No final do século XX, a modernidade suplantara já todas as oposições sociais e assenhoreara-se do mundo natural, mas passou a enfrentar-se consigo mesma, na medida em que, paulatinamente, foi corrompendo os próprios alicerces da sociedade industrial e questionando a bondade dos princípios funcionais do progresso tecno-económico.

Por um lado, as forças produtivas e os meios de produção perderam o nimbo da inocência original, em função dos efeitos secundários, quer visíveis quer latentes (riscos), associados ao desenvolvimento. Por outro lado, a ciência e a tecnologia, outrora ufanas do seu triunfo sobre a visão religiosa do mundo, viram-se apeadas do pedestal da infalibilidade e foram obrigadas a reconhecer os seus limites. A conjugação destes dois factores fez com que o espírito da modernidade se ensimesmasse. A expressão pa-

2 Cf. ULRICH BECK, *Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1.ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986 (consultámos a tradução inglesa, realizada por Mark Ritter: *Risk Society – Towards a New Modernity*, London/Thousand Oaks/New Delhi: Sage Publications, 1992).

3 Cf. SCOTT LASH/BRIAN WYNNE, "Introduction", in: *Risk Society*, como na nota anterior, p. 2.

4 Cf. ULRICH BECK, *Risk Society*, cit., pp. 9-10.

roxística da modernidade reflexiva encontra-se, precisamente, nos novos movimentos sociais e no criticismo relativamente à ciência, à tecnologia e ao progresso.

À primeira vista, estes novos protagonistas sociais representariam uma reacção antimodernista, mas, segundo Beck, é pura ilusão: a sua intervenção social é pautada por chamamentos à racionalidade, que é o valor paradigmático da modernidade⁵. E é por mor desses apelos à razão que, tal como a água mole em pedra dura, esses novos movimentos sociais vão conquistando adeptos e confrontando a sociedade tecno-industrial com a necessidade de rever os seus princípios de funcionamento.

A modernização reflexiva entra, pois, em contradição com a rigidez do projecto da sociedade tecno-industrial. Apesar disso, a própria sociedade tecno-industrial não tem fim à vista. De resto, a sociedade tecno-industrial já passou por outras crises e, a cada abalo, mesmo que revolucionariamente induzido, sempre se sucedeu um outro estágio da sociedade tecno-industrial, inclusive mais tecnológico do que o antecedente.

Não haveria então razões para crer que a sociedade tecno-industrial não tem agora condições para poder sobreviver a esta nova provação. Mas foi por via deste género de reflexões que muitos analistas sociais alimentaram o mito de que o capitalismo tecno-industrial, com o seu cortejo de predicados (padrões de vida, relações de produção, visão economicista do progresso, exaltação do papel da ciência e da tecnologia, democracia representativa e outras coisas mais), já se teria guindado ao cume da modernidade. Uma expressão deste mito é a tese do “fim da história” do neo-hegeliano Francis Fukuyama⁶.

Por muito aliciante que possa ser a ideia de fim da história, a verdade, segundo Beck, é que está em marcha um novo processo de racionalização social global que implica

5 É necessário manifestar as máximas cautelas contra uma definição linear da modernidade, de teor apologético, a três dimensões, do género: iluminismo intelectual (culto da razão e racionalização de todos os domínios da vida humana); liberalismo político (sistema da democracia liberal ocidental) e tecnologia (confiança no desenvolvimento incessante da ciência e da técnica). A verdade é que também houve um “modernismo reaccionário”, mormente na Alemanha, que começou com a revolução conservadora weimariana (protagonizada por intelectuais de nomeada, tais como Hans Freyer, Ernst Jünger, Carl Schmitt, Werner Sombart, Oswald Spengler e ainda Martin Heidegger, mas este último acrescentava ao coro uma voz mais ambígua), assenhoreou-se do partido nazista nos anos vinte, foi acirrado pelos propagandistas do regime hitleriano nos anos trinta e contribuiu para o triunfo da ideologia totalitária até 1945.

Este “modernismo reaccionário” combinava as ideias antimodernista, romântica e irracionalista, presentes no nacionalismo alemão, com a mais evidente manifestação da racionalidade, que era, à data, a tecnologia moderna. Os modernistas reaccionários uniam, pois, a reacção política e o progresso tecnológico, conseguindo transformar a tecnologia, que era parte integrante da estranha *Zivilisation* ocidental, numa parte orgânica da *Kultur* germânica. Thomas Mann, referindo-se ao nacional-socialismo, caracterizou-o lapidarmente através da ideia de “[...] miscelânea de robusto actualismo, progressismo produtivo, sonhos do passado e romantismo tecnicizado” [cf. JEFFREY HERF, *Il modernismo reazionario – Tecnologia, cultura e politica nella Germania di Weimar e del Terzo Reich* (trad. de Marco Cupellaro do original *Reactionary Modernism – Technology, Culture and Politics in Weimar and the Third Reich*, 1984), Bologna: il Mulino, 1988, pp. 27-29].

6 Cf. FRANCIS FUKUYAMA, *O fim da história e o último homem* (tradução por Maria Goes do original *The End of History and the Last Man*, 1992), Lisboa: Gradiva, 1992. Como se sabe, a tese do fim da história consiste na afirmação de que a democracia liberal constitui o ponto final da evolução ideológica da Humanidade.

uma remodelização, agora a partir da evolução da sociedade tecno-industrial. O problema reside em conseguir visualizar, já hoje, os pilares da mentalidade da sociedade tecno-industrial que acabarão por cair, por causa do impacto desta segunda racionalização, que é a modernidade reflexiva. Carecemos ainda de teorias originais, graças às quais possamos explicar o que há de novo no mundo actual, mas também precisamos de saber quais são os tesouros da tradição que temos de salvaguardar. Não basta assistirmos ao desfilar de um criticismo cultural crescente, mas que se tornou estéril, nada mais tendo para nos oferecer do que uma qualquer espécie de pessimismo incurável⁷.

Beck tratou de analisar, em vários domínios, o conteúdo e as consequências da modernidade reflexiva, em choque com a sociedade tecno-industrial clássica⁸. Não caberia aqui resumir todos os aspectos da sua análise, até porque não nos interessam os efeitos da modernidade reflexiva sobre todas as instituições sociais, desde a organização da família até às formas de democracia representativa. Cingir-nos-emos ao mínimo necessário para tornar inteligível o nosso apelo para a obra de Beck no contexto do direito penal do ambiente.

II. Os riscos tecno-industriais

Directamente relacionado com a tese da modernidade reflexiva, surge-nos o conceito de "risco" (*Risiko*). Mas, por estranho que possa parecer, Beck não definiu o conceito de risco. Na verdade, Beck limitou-se a confrontar os riscos vulgares aos riscos modernos das sociedades tecno-industriais.

Em primeiro lugar, os riscos vulgares são riscos pessoais e não riscos globais, tais como aqueles que, actualmente, advêm da produção de energia nuclear ou da armazenagem de lixo radioactivo para o conjunto dos seres humanos. É dessa diferença que resulta que a palavra risco, em contextos tradicionais, valha como sinónimo de aventura e contenha uma remissão implícita para a noção de coragem (relativamente àqueles que decidirem correr riscos); ao invés, os riscos modernos não são susceptíveis de qualquer tipo de exaltação⁹.

Em segundo lugar, os riscos vulgares são calculáveis com base na mera experiência de vida (por exemplo, o risco de vida enfrentado pelos pescadores de todas as épocas, à conta da possibilidade de naufrágio), ao passo que os riscos modernos escapam à capacidade de previsão do comum dos mortais, porque estão inscritos no reino das fórmulas físico-químicas (por exemplo, a ameaça para a saúde pública resultante de

7 Cf. ULRICH BECK, *Risk Society*, cit., pp. 10-12.

8 Sobre a polémica em torno do conceito de modernidade reflexiva, cf. ULRICH BECK, "Wissen oder Nicht-Wissen? Zwei Perspektiven 'reflexiver Modernisierung'", in: ULRICH BECK/ANTHONY GIDDENS/SCOTT LASH, *Reflexive Modernisierung – Eine Kontroverse*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, pp. 289-315.

9 *Idem*, p. 21.

produtos alimentares saturados de toxinas ou a ameaça de contaminação radioactiva). Ou seja, os riscos modernos são riscos ocultos, somente desvendáveis graças a interpretações causais complexas; por isso mesmo, os riscos modernos existem apenas em termos de conhecimento científico. Daqui resulta que os riscos modernos sejam susceptíveis de engrandecimento, dramatização ou minimização, tornando-se assim especialmente dependentes de definição social e manipulação política¹⁰.

Finalmente, outra diferença entre os riscos vulgares e os riscos modernos que ainda é digna de registo consiste no seguinte: no passado, os riscos eram o produto da incipiência da técnica; actualmente, os riscos crescem à medida dos próprios avanços tecnológicos. Ou seja, os riscos actuais têm causas modernas. Assenta-lhes, pois, como uma luva a caracterização de modernos, porque são, autenticamente, riscos da modernização^{11/12}.

III. A sociedade de risco

Entrámos num estágio de desenvolvimento tecnológico em que já nos habituámos a lidar, aliás sistematicamente, com toda a gama de acasos e incertezas trazida pela própria modernização. Será que passámos a viver numa sociedade de risco?

Beck inventou o conceito de "sociedade de risco" (*Risikogesellschaft*)¹³ e estudou o impacto do desenvolvimento da nova civilização tecnológica na organização social, formulando um modelo teórico-social global.

Mas é decisivo que saibamos se, à parte a negligenciável impressão de evidência

10 *Idem*, p. 23.

11 *Idem*, p. 21.

12 Um discípulo de Beck, Christoph Lau, estabeleceu a diferença não apenas entre dois, mas entre três tipos de riscos, a saber: os riscos tradicionais (*traditionelle Risiken*), os riscos do Estado-industrial-salutista (*industriell-wohlfahrtsstaatliche Risiken*) e os novos riscos (*neue Risiken*). Acerca dos riscos tradicionais (=vulgares), Lau acrescentou à lista dos seus predicados a ideia de que são riscos limitados no tempo. Já os chamados riscos do Estado-industrial-salutista não diferem dos anteriores senão na característica que consiste na socialização dos seus custos, sem embargo de os indivíduos (ou grupos de pessoas determináveis) continuarem a ser, isoladamente, os alvos das situações arriscadas.

Assim, foram criados mecanismos de cobertura de riscos, tais como a segurança social e os seguros, de tal sorte que se entrou numa fase de desmitificação do risco, por isso mesmo que a grandeza do *ethos* originário do risco deu agora lugar ao detalhe do cálculo de custo-benefício da cobertura do risco. A propósito, Lau alude então ao surgimento de uma sociedade mutualista (*Versicherungsgesellschaft*). Quanto aos novos riscos, Lau refere que diferem dos precedentes desde logo na sua própria natureza, pois não são assumidos voluntariamente pelas pessoas, mas atingem-nas como se fossem ameaças naturais. Apesar disso, os novos riscos são originados por actuações de indivíduos e de instituições. Enfim, são produzidos pelas sinergias perversas de certas actividades humanas socialmente úteis ou são produzidos pela insistência em modelos produtivos prejudiciais às condições naturais da vida [cf. ERIC HILGENDORF, "Gibt es ein 'Strafrecht der Risikogesellschaft?'", *NSfZ* 1 (1993), (pp. 10-16) p. 11].

13 Que evoluiu depois, no pensamento de Beck, para uma "sociedade de risco mundial" (*Weltrisikogesellschaft*). Neste sentido, cf. ULRICH BECK, *Weltrisikogesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, pp. 28-29.

que a expressão sociedade de risco emana, o conceito de risco contém densidade suficiente para servir de pedra angular à caracterização de um novo estágio civilizacional.

Beck tentou, de facto, fundar no conceito de risco a emergência de um novo tipo de sociedade, baseando-se sobretudo na sua descoberta do fenómeno da substituição da lógica de produção social de riqueza, típica da sociedade industrial clássica, pela lógica de produção social de riscos. Se assim for, porém, é forçoso reconhecer que ainda não foi alcançado um tal estágio civilizacional, nem sequer nos países ricos.

Acusado de incorrer nalguma dose de inconsistência conceptual, Beck, em textos posteriores (1990), reformulou então a sua definição da sociedade de risco, passando a caracterizá-la como “[...] a época do industrialismo em que as pessoas estão confrontadas com o desafio de uma potencial autodestruição da Humanidade dependente de políticas industriais”¹⁴. Noutro texto ainda (1991), Beck definiu a sociedade de risco como sendo “[...] uma época em que os aspectos sombrios do progresso são cada vez mais determinantes dos conflitos sociais”¹⁵.

Aqui chegados, se tivéssemos de resumir numa única frase o modelo da sociedade de risco proposto por Beck, então diríamos que esse modelo se caracteriza por definir a sociedade de risco como sendo aquela em que proliferam os novos perigos, que põem em xeque as condições da sobrevivência da própria Humanidade. Convenhamos, no entanto, que as três tentativas de definição da sociedade de risco avançadas por Beck não são compatíveis entre si. Essas três definições são, porém, aparentadas no seu fundo pessimista e é isso que legitima, em função das exigências de simplificação impostas pelo presente contexto, a sua convolação numa única fórmula da sociedade de risco.

IV. Risco vs. incerteza

Há quem não deixe de manifestar espanto pelo facto de um Autor apostado em caracterizar a sociedade actual como sociedade de risco dedicar afinal pouquíssima atenção ao próprio conceito de risco. Beck nem sequer procura estabelecer distinções elementares entre a noção de risco e conceitos afins, tais como o conceito de perigo (*Gefahr*)¹⁶. Para Beck, o risco e o perigo acabam por ser sinónimos.

Mais grave ainda é o facto de Beck não distinguir a noção de risco da noção de incerteza (*Unsicherheit*). O sociólogo português Hermínio Martins (1934-2015), professor emérito da Universidade de Oxford (St. Antony's College) e investigador honorário do Instituto de Ciências Sociais (Universidade de Lisboa), criticava o pensamento de Beck nestes termos: “[...] a expressão ‘sociedade de risco’ de Beck, embora chamando a

14 Apud ERIC HILGENDORF, como na nota anterior, p. 11.

15 *Ibidem*.

16 Cf. CORNELIUS PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko – Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main: Klostermann, 1993, p. 55.

atenção para a importância crescente dos riscos tecnológicos ou tecnoeconómicos, da sua avaliação e do seu gerenciamento como exigências cada vez mais centrais das sociedades industriais contemporâneas, não será a mais feliz. Não são só os riscos tecnológicos que proliferam na 'sociedade de risco', mas também as incertezas, tanto quanto inerentes à natureza das coisas como fenómenos novos e de ordens de grandeza sem precedentes nos impactos sobre o ambiente, como nas nossas incertezas epistémicas, porque não sabemos como prever ou mesmo compreender os mecanismos causais totais (com as suas retroações positivas, imbricação de loops e não-linearidades) dos resultados do experimentum mundi global em curso"¹⁷.

Por isso mesmo, Hermínio Martins punha em dúvida que a expressão "sociedade de risco", sem dúvida apelativa para o comum dos cidadãos (sobretudo para os mais politizados), fosse verdadeiramente a mais adequada para caracterizar uma nova fase na história da civilização¹⁸.

V. A política ambiental europeia e o direito penal do risco

A situação de incerteza é mais grave do que a proliferação dos riscos tecno-industriais. Quanto a estes, devem prevalecer as metodologias da Análise do Risco Tecnológico (ART) ou Análise Probabilista do Risco (APR) elaboradas pelos peritos nas últimas décadas, impondo-se contra a "presumida incompetência, preconceitos e inconsistências nos juízos e no comportamento sobre o risco dos leigos (sempre tão mal informados!)"¹⁹. E, como dizia Hermínio Martins: "[s]e as probabilidades são os melhores guias da vida, segundo uma frase famosa, então os valores numéricos das probabilidades do risco tecnológico devem formar as políticas públicas e tutelar as atitudes ou pelo menos as escolhas dos leigos quando da tomada de decisões sobre, por exemplo, se residir ou não perto de uma central nuclear ou aceitar a construção de uma fábrica química nos arredores da cidade onde vivem"²⁰.

A incerteza, e não o risco, é insusceptível previsão – em termos de análise probabilista – e, por isso mesmo, é insusceptível de cobertura pelos seguros²¹. É, pois, no campo da incerteza que deve valer, sobremaneira, o princípio da precaução²².

17 HERMÍNIO MARTINS, "Risco, incerteza e escatologia", in: *Experimentum Humanum – Civilização Tecnológica e Condição Humana*, Lisboa: Relógio d'Água, 2011, (pp. 173-231) pp. 203-204.

18 *Ibidem*.

19 HERMÍNIO MARTINS, *Experimentum Humanum*, cit., p. 180.

20 *Idem*, p. 183.

21 Cf. JOAN MARTINEZ-ALIER, "Conflitos de distribuição ecológica num contexto de incerteza", in: AA.VV., *Razão, Tempo e Tecnologia – Estudos em Homenagem a Hermínio Martins* (orgs.: Manuel Villaverde Cabral, José Luís Garcia, Helena Mateus Jerónimo), Lisboa: ICS, 2006, (pp. 411-439) p. 414.

22 *Ibidem*.

O princípio da precaução deveria convocar a intervenção do direito regulatório, aliçado sobre autoridades reguladoras ambientais com vigorosos poderes de regulamentação, de supervisão e sancionatórios.

Neste contexto, é, pois, difícil de aceitar a política ambiental europeia, apostada na criação de um direito penal de *prima ratio* para assegurar uma “observância absoluta” da legislação ambiental e para tutelar as funções de fiscalização a cargo da administração ambiental. Abandona-se, assim, o papel do direito penal em prol da defesa de bens jurídicos como *enti a se*, a troco de uma tutela de funções da administração ambiental.

Apesar de tudo quanto ficou dito, existem áreas da tutela ambiental ou com ela aparentadas nas quais finalidades legítimas de política criminal reclamam a intervenção residual do direito penal. Designadamente, é legítima, a meu ver, a incriminação quer da poluição com perigo comum (criando deste modo perigo para a vida, para a integridade física de outrem, para bens patrimoniais alheios de valor elevado ou para monumentos culturais ou históricos), quer da colocação em funcionamento de instalações fabris ou agro-industriais sem as autorizações ou licenças exigíveis (salvo se o empresário provar que o funcionamento da instalação é inócuo para quaisquer componentes ambientais naturais). O último caso ainda não é abrangido por qualquer norma incriminadora no ordenamento jurídico português, não obstante os casos mais graves de poluição, entre nós, se deverem seguramente à actividade de empresas que laboram, total ou parcialmente, em situação ilegal.

O livro digital que se publica constitui o registo documental de algumas das intervenções produzidas na Conferência In memoriam Ulrich Beck, realizada no dia 22 de Outubro de 2015 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a égide do ICJP e do CIDP.

Intervenções de:

Carla Amado Gomes, Viriato Soromenho-Marques, Luis Heleno Terrinha, Miguel Nogueira de Brito, Ana Raquel Gonçalves Moniz, José Esteve Pardo, Matej Accetto, Paulo Sousa Mendes.