

**AS LACUNAS DECORRENTES DO POSITIVISMO JURÍDICO
EM UM ESTADO PATERNALISTA COMO UM AGRAVANTE À
CRISE DEMOCRÁTICA**

**THE GAPS RESULTING FROM LEGAL POSITIVISM IN A
PATERNALIST STATE AS AN AGGRAVANT TO THE
DEMOCRATIC CRISIS**

RVD

Recebido em
23.04.2021

Aprovado em.
18.07.2021

Caroline Gonçalves de Menezes¹

André Aarão Rocha²

RESUMO

O presente artigo visa estudar e analisar os efeitos do Estado paternalista e das lacunas oriundas do positivismo jurídico como agravante a crise democrática contemporânea brasileira. Para isso, será demonstrado primeiramente, as nuances e características do Estado Paternalista, bem como a estreita relação deste na implementação dos direitos sociais. *A posteriori*, será analisado o efeito causado pelas lacunas decorrentes do positivismo jurídico no Estado Paternalista. E por fim, será evidenciado a atual situação da crise democrática brasileira, tal como o quanto os efeitos do Estado Paternalista e o das lacunas legislativas existentes interferem como agravantes dessa crise.

PALAVRAS-CHAVE: Paternalismo; Direitos Sociais; Jurispositivismo; Democracia.

¹ Advogada. Mestranda em Direito Público pela PUC Minas. Pós-Graduada em Direito Tributário pela PUC Minas. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas - Coração Eucarístico). E-mail: cgmenezes2@gmail.com. Número ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6649-8786> Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5154959103464002>.

² Advogado. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Especialista em Direito Penal e Processo Penal Aplicados pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI) em parceria com o Centro Universitário UNA e com a Escola Superior de Advocacia (ESA) da OAB-SP. Especialista em Ciências Jurídicas com Ênfase em Atividades de Magistratura pelo CP IURIS, em parceria com o Centro Universitário Projeção (UniProjeção). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: andre.aarao@hotmail.com. Número ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7281-0262>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1986189777895502>.

ABSTRACT

This article aims to study and analyze the effects of the paternalistic state and the gaps arising from legal positivism as aggravating the contemporary Brazilian democratic crisis. For this, it will be demonstrated firstly, the nuances and characteristics of the Paternalistic State, as well as its close relationship in the implementation of social rights. The *posteriori*, the effect caused by the gaps resulting from legal positivism in the Paternalist State will be analyzed. And finally, the current situation of the Brazilian democratic crisis will be highlighted, as well as the extent to which the effects of the Paternalist State and the existing legislative gaps interfere as an aggravating factor in this crisis.

KEYWORDS: Paternalism; Social rights; Jurispositivism; Democracy.

1 INTRODUÇÃO

Nas palavras de Ronald Dworkin, pode-se compreender Paternalismo, como sendo “a interferência na liberdade de ação de uma pessoa, justificada essa ingerência por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, à felicidade, às necessidades, interesses ou valores da pessoa” (DWORKIN, 1986, p.230). Dessa forma, pode-se assimilar que o paternalismo está diretamente ligado a ideia da detenção de poder por parte do Estado visando resguardar o bem-estar e interesses de seus cidadãos, uma vez que aquele possui maior capacidade de tomada de decisões.

É possível portanto, aduzir, que o paternalismo possui o viés de intervenção sobre a liberdade do indivíduo, uma vez que, esse é presumidamente vulnerável aos olhos do Estado, que utiliza da justificativa de tutelar o seu bem-estar. Com essa tutela exacerbada alguns dos direitos fundamentais previstos na CF/88, acabam ficando mais evidentes nesse tipo de governo, quais sejam, os direitos sociais.

O Estado com seu viés paternalista se torna o máximo provedor e isso gera consequências, como a sobrecarga na manutenção, aplicação e na ausência de normatização infraconstitucional de muitos desses direitos sociais. Isso acaba levando ao surgimento de lacunas legislativas relativas a diversos assuntos ligados aos direitos sociais, como por exemplo o direito de greve dos servidores públicos. Como visto, o

problema gerado por essas lacunas legislativas atingi diretamente o indivíduo. Todavia o sistema jurídico atual contém uma alta carga positivismo jurídica e possui constante relutância na resolução dessas lacunas o que acaba por deixar muitos dos cidadãos desamparados.

Isso leva ao aumento da insatisfação do indivíduo, que cria altas expectativas em prol desse Estado extremamente provedor e que possui uma certa obrigatoriedade nas aplicações dos direitos sociais por estarem respaldados constitucionalmente. Dessa forma, o Estado paternalista, com a sua alta atuação e auxílio a população, em caso de agir de forma diversa, quebra a expectativa do indivíduo e desperta a ideia de abandono político.

Isso acaba que por interferir diretamente na atual crise democrática em que o Brasil se encontra, visto que, o indivíduo perde a crença na atuação do Estado paternalista sobre a gestão de seu bem-estar e interesses e acredita haver constantes violações de seus direitos fundamentais o que resulta em uma fragilidade democrática.

Como exposto, o presente estudo se destina a analisar os efeitos do Estado paternalista e das lacunas oriundas do positivismo jurídico como agravante a crise democrática contemporânea brasileira.

O primeiro tópico deste trabalho irá demonstrar as nuances do Estado Paternalista, quais sejam: seu conceito, características, as críticas do antipaternalismo, bem como a estreita relação do Estado Paternalista na implementação dos direitos sociais.

No segundo tópico será abordado o positivismo jurídico e suas implicações dentro de um Estado Paternalista. Assim, será explanado as características fundamentais do positivismo jurídico, bem como a sua crítica quanto a existência de lacunas, onde será abordado as correntes existentes que negam ou aditem a existências dessas. Será ainda avaliado os efeitos das lacunas legislativas existentes e como elas afetam o paternalismo.

No último tópico, procura-se demonstrar o quanto os efeitos do Estado Paternalista e o das lacunas existentes interferem no agravamento da crise democrática

brasileira. Para tanto será demonstrado o cenário democrático atual e posteriormente como esses institutos contribuem para o aumento dessa crise.

2 AS NUANCES DO ESTADO PATERNALISTA

Ao começar a análise do paternalismo é necessário primeiramente estabelecer sua conceituação. Atualmente, um dos maiores estudiosos sobre o assunto é o escritor Gerald Dworkin, e este o conceitua como: “(...) a interferência na liberdade de ação de uma pessoa justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, bem, felicidade, necessidades, interesses ou valores da pessoa que está sendo coagida.” (DWORKIN, 1971, p.181-182).

Paulette Dieterlen aduz que de acordo com Dworkin, o paternalismo inclui três elementos: I) a interferência na liberdade de ação de uma pessoa, II) coerção e III) presença ou ausência de consentimento. Ademais, essa autora ainda observa que a interferência na liberdade de ação consiste na aplicação de determinadas regulações, leis ou decretos que impõem dificuldades, ao indivíduo para realizar seus planos de vida. A coerção, por sua vez, existe quando uma pessoa não possui liberdade de tomada de decisões, atuando de modo a evitar uma ameaça e nos casos em que satisfaçam duas condições: a) que a pena utilizada como ameaça contra o sujeito faça com que determinada ação seja significativamente menos atraente para ele do que outra; 2) a pessoa entende que se sentiria pior desafiando a ameaça do que se submetendo a ela. (DIETERLEN, 1988, p.181)

Cumprido salientar que o paternalismo possui diversas outras concepções. Nesse sentido, João Paulo Orsini Martinelli (2010, p.106) traz como conceito de paternalismo: a interferência na esfera da liberdade de alguém por um ato comissivo ou omissivo do agente, justificativo com a finalidade de assegurar o bem da pessoa que sofreu a interferência ou evitou seu mal, sob a presunção da falta de capacidade de autodeterminação do interferido e contrário a sua vontade.

Por sua vez, para Macario Alemany, uma ação paternalista caracteriza-se como o exercício de poder que um determinado sujeito exerce sobre outro para obter deste certo comportamento. Todavia, o que distingue o paternalismo de outras formas de desempenho de poder é a finalidade daquele: a ação paternalista visa evitar danos – de tipo físico, psíquico e/ou econômico – ao sujeito tratado paternalisticamente (...). (ALEMANY, 2005, p. 270).

Diante do exposto, pode-se assimilar que o paternalismo está diretamente ligado a ideia da detenção de poder por parte do Estado visando resguardar o bem-estar e interesses de seus cidadãos, uma vez que aquele possui maior capacidade de tomada de decisões. É possível portanto, aduzir, que o paternalismo em um sentido amplo possui o viés de intervenção sobre a liberdade do indivíduo, uma vez que, esse é presumidamente vulnerável aos olhos do Estado, que utiliza da justificativa de tutelar o seu bem-estar.

Entretanto, dentro do conceito amplo de paternalismo há ainda uma continuidade, resultante desse paternalismo geral, no qual se encontra o paternalismo estatal, que é composto pelos paternalismos judicial e jurídico. (PEREIRA, 2017, p.7).

Segundo Macario Alemany o paternalismo jurídico apresenta-se no seguinte enunciado: “se o paternalismo geral consiste no exercício de um poder, o paternalismo jurídico consistirá no exercício de um poder jurídico”. Em uma distinta linha de concepção, Carlos Alberto Rohrmann e Cristiane Rêgo asseveram o paternalismo jurídico como aquele cuja proteção estatal se exterioriza por meio das normas jurídicas devidamente emanadas pelo Estado (2013, p. 127). Por outro lado, o paternalismo judicial, também conhecido como paternalismo pretoriano, entendesse como sendo a proteção concedida pelos magistrados a uma parcela de seus jurisdicionados, determinada pela sua vulnerabilidade, na crença de que estes estariam sempre em desvantagem nas várias relações travadas no seu dia a dia. Este tipo de paternalismo é muito comum nas relações consumeristas e trabalhistas. (ROHRMANN; RÊGO, 2013, p.127).

Como mencionado anteriormente, o paternalismo pode ser verificado em diversos tipos de concepções. No entanto, este estudo voltou sua atenção para a análise do paternalismo estatal, o objetivo será a relação paternalismo entre Estado e Cidadão. Ou seja, aquela ação praticada pelo estado em prol dos seus indivíduos, no qual o cidadão é posto em situação de vulnerável, e para tanto deve ter a proteção do Estado na tomada de decisões em seu favor, interferindo pois na sua liberdade.

Ana Lúcia Pereira verifica o paternalismo estatal quando: "(...) o agente que atua é o próprio Estado a favor de indivíduos que se encontrem no polo contraposto na condição de sujeitos vulneráveis e que, por tal razão, merecem a proteção do Estado por meio de mecanismos legitimamente admitidos". (PEREIRA. 2017, p.7).

Como percebe-se a conceituação de um Paternalismo Estatal está ligada a um controle garantista por parte do Estado em proteger seus cidadãos, daquilo que ao seu ver, seriam situações de vulnerabilidade. O Estado se coloca nessa aplicação de poder em interferência na vida do indivíduo, podendo o coagir a práticas simples, como utilizar o cinto de segurança a coisas mais complexas como aderir ao plano de previdência.

Contudo há uma divergência entre os autores no que concerne a esse tipo de atuação. Há aqueles que veemente criticam a forma exacerbada do paternalismo aplicado, mas há também os que defendam seu uso justificado.

2.1 Antipaternalismo x Paternalismo Justificado

Como demonstrado ao liberdade do indivíduo é o ponto crucial na análise do paternalismo. Os autores que o criticam o fazem como base no qual essa interferência de forma exacerbada como se evidencia é prejudicial ao indivíduo que possui o direito de tomar suas próprias decisões.

A raiz da crítica paternalista vem do autor John Stuart Mill, que em seu livro clássico "Liberdade", defende que as pessoas devem definir livremente seu comportamento, mesmo quando, no olhar de outros, eles estejam prejudicando a si mesmos. Ele sustenta tal posição com argumentos relacionados à incerteza sobre a

verdade, ao caráter educativo do erro e ao privilégio epistêmico do indivíduo, o único capaz de aferir de forma segura seu próprio bem-estar. (MIGUEL, 2015, p. 609).

Além disso, deve-se notar que a crítica do paternalismo também se baseia na linha muito tênue entre paternalismo e autoritarismo. O paternalismo excessivo e desproporcional pode levar ao comprometimento da autonomia individual quando atuar impositivamente em detrimento dos princípios fundacionais do Estado Democrático de Direito. (PEREIRA, 2017, p.9).

O veto ao paternalismo impede o recurso à coerção física, à mentira e à manipulação no sentido de modificar comportamentos e/ou preferências dos agentes. Em versões ainda mais exigentes, mesmo a tentativa de persuasão com base na apresentação de informações verídicas e argumentos racionais pode ser objetada, se ela inclui ausência ou diminuição do respeito à autonomia pessoal de quem é seu alvo (TSAI, 2014).

Para Kirste por sua vez, o indivíduo tem o direito de decidir por si só sobre os limites da autodeterminação, sendo que é o próprio sujeito – e não o Estado ou qualquer outro sujeito – que se protege de si mesmo. “Ele se defende também contra o paternalismo 'fraco', porque ele quer decidir autonomamente sobre sua autonomia e não quer depender de critérios que o obriga com padrões de racionalidade”. (KIRSTE, 2013, p.86).

Portanto, pode-se depreender que a posição paternalista contém a visão de que todos os adultos são mais ou menos iguais no uso da razão. No entanto, alguns autores acreditam que existe um estilo paternalista razoável que pode ser usado adequadamente por meio de restrições probas e equilibradas, ou seja, benéficas e necessárias e que devem ser utilizadas em situações especiais.

O autor Dworkin, reconhece a necessidade de intervenção paternalista estatal em situações que minimamente o exija, e as quais, para além de se ocuparem com a felicidade e o bem-estar do indivíduo, promovam a proteção e não violação à sua autonomia e liberdade. (DWORKIN, 1971, p. 188).

Há ainda a autora Paulette Dieterlen, que aduz:

Un argumento en favor de las políticas paternalistas es el siguiente: así como los niños y cierto grupo de enfermos carecen de capacidad emocional y cognoscitiva necesaria para tomar decisiones, ciertos adultos cronológicamente maduros también adolecen de estas deficiencias. Si se interviene en la conducta de dichas personas, se logra que realicen acciones que llevarían a cabo si usaran plenamente su racionalidad. (DIETERLEN, 1988, p.181)

Como evidencia-se grande parte dessa justificação do paternalismo parte do pressuposto que o indivíduo não possui racionalidade suficiente para tomar suas próprias decisões e que a intervenção estatal seria positiva até benéfica para ajudá-lo a alcançar posteriormente essa racionalidade.

2.2 O paternalismo Estatal e os Direitos Sociais

O Estado Liberal do século XIX não possuía campo fértil para a atuação paternalista, uma vez que inexistia justificativa para limitar a liberdade do indivíduo, ainda que de forma preventiva em relação a uma das partes. O liberalismo consistia numa teoria econômica que tinha como um dos seus grandes objetivos fomentar o livre mercado, além de uma intervenção mínima do Estado nas relações entre os particulares, tendo como base teórica a defesa da liberdade individual na economia, política, religião e na propriedade privada. (ROHRMANN; RÊGO, 2013, p. 123).

Contudo, como aduzem os autores Carlos Alberto Rohrmann e Cristiane Rêgo a transição do Estado Liberal para o então chamado Estado social foi decisivo na colocação do Estado como agente ativo nas intervenções para com o indivíduo, fazendo com que este criasse uma dependência por parte do Estado:

(...) já no século XX verifica-se a transição do Estado Liberal para o chamado Estado Social, também conhecido como *welfare state*, no qual, o espectro de atuação do Estado perante o indivíduo se amplia, passando, então, a atuar de forma positiva e não mais omissiva como era na fase liberal. (...) Surge, então, a figura do cidadão-cliente, uma vez que o indivíduo passa a recorrer ao Estado para auferir benefícios de ordem pessoal. (ROHRMANN; RÊGO, 2013, p.124).

É, todavia, no século XX que os direitos sociais acabaram por se consagrar em um número expressivo de Constituições, constando também em diversos pactos internacionais. (SARLET, 2009, p. 47 e 48). Ainda nas palavras de Ingo Sarlete, esse considera que os direitos sociais são:

(...) uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico. (SARLET, 2009, p. 48).

A autora Adela Cortina aponta que a cidadania adotada nesse contexto é caracterizada conforme o Estado Social, sendo conhecida por cidadania social e dessa forma, (...) a partir desse padrão, será chamado cidadão aquele que, no interior de uma comunidade política, goze não apenas de direitos civis e políticos, mas também de direitos sociais, como o direito ao trabalho, à educação, à saúde, à moradia etc. (CORTINA, 2005, p. 51).

Assim sendo o Estado de direito agora não mais era liberal, era dotado de alta carga valorativa em relação aos direitos sociais a serem implementados a sociedade. O novo Estado que se criou mesclava ambas características liberais e sociais. Nesse sentido, enquanto o Estado Liberal de Direito assegurava a garantia das liberdades individuais, o Estado Social de Direito, por sua vez, não apenas acolhe os valores jurídico-políticos construídos pelo liberalismo burguês, mas também abraça novo conteúdo axiológico, nascendo assim os direitos às prestações do Estado. (STRECK; MORAIS, 2003, p. 91).

O conceito de Estado Social (e Democrático) de Direito, portanto, carrega as noções de certo grau de intervenção do Estado na atividade econômica, objetivando garantir aos particulares um mínimo de igualdade material e liberdade real na vida em sociedade, bem como promover medidas que assegurem a existência de condições materiais mínimas para uma existência digna. Esse modelo de Estado realiza-se

mediante os procedimentos, a forma e os limites próprios do Estado de Direito; de outro modo, trata-se de um Estado de Direito que objetiva a realização da justiça social. (SARLET, 2001, pp. 3 e 4).

Todavia, conforme aduz Adela Cortina, a necessidade exacerbada do Estado em ser um Estado do bem Estar Social, garantindo ativamente os direitos sociais de toda a sociedade promove um “Estado paternalista [que] gerou um cidadão dependente, ‘critiqueiro’ e não crítico, passivo, apático e medíocre” (2005, p. 64). Além do que, a autora pontua que nesse tipo de Estado são “os governantes [que] decidem em que consiste o bem do povo sem contar com ele”. (CORTINA, 2005, p. 67).

Nesse sentido, Carlos Alberto Rohrmann e Cristiane Rêgo se manifestaram também nesse sentido, apontando que as “políticas de caráter paternalistas sempre se mostraram atrativas à parte da população e, conseqüentemente, são utilizadas como uma forma de manipulação do Estado levando, muitas vezes, a um Estado autoritário. E que “o Brasil cada vez mais tem adotado este tipo de uma postura, revelado, principalmente, por vários programas do atual governo e por inúmeras decisões judiciais” (ROHRMANN; RÊGO, 2013, p.125).

Ademais a atual forma de governo, o Estado Democrático de Direito, tem o conceito de Estado Social (e Democrático) de Direito, e portanto, carrega as noções de certo grau de intervenção do Estado na atividade econômica, objetivando garantir aos particulares um mínimo de igualdade material e liberdade real na vida em sociedade, bem como promover medidas que assegurem a existência de condições materiais mínimas para uma existência digna. (SARLET, 2001, p. 3 e 4).

Também é preciso salientar que o Estado age de maneira patriarcal, principalmente porque recebe o poder de forma legal (Estado de Direito legítimo). Dessa forma, o estado é responsável por atingir os objetivos básicos de proteção e preservação dos direitos sociais, bem como proteger a dignidade humana.

3 O POSITIVISMO JURÍDICO NO PATERNALISMO

Norberto Bobbio trás o positivismo jurídico como o estudo do direito como *fato*, não como *valor*: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte distinção do próprio direito em bom ou mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivismo estuda tal direito *real* sem se perguntar se além deste existe também um direito *ideal* (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal; [...] (BOBBIO, 2006, p. 136).

O Direito no positivismo jurídico é composto exclusivamente (ou prevalecentemente) por Normas efetivamente postas ou admitidas pela autoridade competente (como, por exemplo, a legislação ou os precedentes reiterados pela jurisdição), cujo descumprimento implica uma consequência institucionalizada, expressamente prevista. Como a produção jurídica é efetuada mediante observância de critérios meramente formais, o Direito pode ter qualquer conteúdo, a depender dos valores e interesses que guiaram a vontade do órgão estatal que o elaborou. Assim, por se tratar de um fenômeno fático (e não axiológico), o Direito pode ser objeto da Ciência Jurídica, na medida em que um jurista pode estudá-lo de maneira similar àquela que um físico ou químico observa a natureza e, conseqüentemente, formular enunciados teóricos sobre o objeto de sua análise. (BOBBIO, 2006, p. 136)

Ao se falar dos positivistas modernos, esses defendem basicamente a tese de que toda norma tem uma condição de fato e conseqüências legais, e cada regra se aplica por meio de um subsunção. Não há necessidade de falar sobre a aplicação da regra em um caso específico, se não se trata de conceder uma subsunção, ou seja, um encaixe dos fatos e das características do caso na condição de fato e uma conversão da conseqüência jurídica em decisão do caso. Essa tese em regra é bem aplicada no geral para os casos existentes do no ordenamento jurídico que encontra uma norma jurídica que o regule. Contudo há a existência de casos que não encontram no

ordenamento jurídico cobertura legal, ou seja não são contemplados por normas. A essa problemática dá-se o nome de “lacunas do Direito”.

O tema em questão é polêmico e a doutrina não chegou a um consenso sobre o conceito de lacuna. Nem sequer se elas existem ou não. A conceituação mais próxima da unanimidade entre os autores é a apresentada por Lemke (2005) ao aduzir que lacuna da lei é a ausência da norma legal.

No ordenamento jurídico brasileiro a resposta ao jurisdicionado ao se deparar com um problema de lacuna é valer-se para resolução desse impasse da utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, não podendo o juízo se eximir de sentenciar ou despachar aquele caso considerado lacunoso, conforme preceito do art. 126 do Código de Processo Civil.

Entretanto, entre as correntes que negam a existência das lacunas no ordenamento jurídico está o positivismo jurídico. Esse entende que admitir a livre pesquisa do direito, ou seja, aceitar a sua criação pelo juiz significaria infringir o princípio da legalidade, o que iria propiciar decisões arbitrárias. Kelsen (2009) por exemplo, elucidou que na hipótese da ordem jurídica não estatuir qualquer dever de um indivíduo realizar determinada conduta, é porque permite essa conduta; ou seja, tudo o que não é proibido é permitido e, por conseguinte, não pode haver lacuna na ordem jurídica. Conforme Lemke a corrente que defende a inexistência de lacunas, quer na lei, quer no direito, assenta que o sistema jurídico, forma um todo orgânico, que disciplina todos os comportamentos humanos (2005, p. 11-12).

Todavia, sabe-se que reduzir o Direito a lei positivada, o qual tem vocação estabilizadora, tende a congelar o Direito no tempo, bem como os fatos. Com isso o Direito inevitavelmente restará desatualizado em face a realidade concreta, uma vez que esse está em constante mutação. Dessa forma, não há como negar a existência de lacunas. O Direito acompanha as mudanças constantes da sociedade e do tempo e como esses estão em constantes mudanças, as novas situações fáticas ainda não normatizadas vão surgindo e com isso as lacunas.

3.1 Os efeitos das lacunas no Estado Paternalista

Como visto o positivismo jurídico moderno está muito atrelado a subsunção estrita do fato a norma, ou seja, toda norma tem uma condição de fato e uma consequência legal, e cada regra se aplica por meio de um subsunção desse fato a norma. Esse estrito pensamento, a contínua negação da existências de lacunas por parte dos juristas positivistas faz com que a mutação constante da sociedade e de suas necessidades levem o ordenamento jurídico muitas vezes a coexistir com as lacunas.

Ademais, sabe-se que positivismo jurídico brasileiro tem a dignidade de um ser humano como um de seus princípios basilares, mas, embora seja um de seus princípios básicos, não se pode dizer que a dignidade tenha assegurado seu devido respeito e proteção nesse sistema jurídico. Pelo contrário, o positivismo jurídico encontrou uma grande variedade de dificuldades ao longo do tempo, principalmente quando busca garantir os direitos dos mais desfavorecidos. O que muito se percebe em uma análise de um sistema jurídico positivista é a norma enquanto valor sendo ignorada para se ater tão somente a norma enquanto fato, não levando em conta consequências que tais normas podem acarretar, pois a legislação deve ser cumprida.

Entretanto, em um Estado de cunho amplamente paternalista essa adoção de pensamento conduz a situações bastante difíceis ao Estado. Isto, pois, ele enquanto Estado paternalista tomou para si a responsabilidade na guarda dos direitos de todos os seus cidadãos, uma vez que esses são vistos como vulneráveis, principalmente no que concerne aos direitos sociais. Para tanto, a existência de lacunas nos direitos sociais, ou seja, a inexistência de normatização de um determinado direito social resguardado pela constituição, será veemente cobrado por parte da população, levando ao sentimento de incompletude democrática.

Essa sensação normalmente se dá pela atuação anterior excessiva do Estado de cunho paternalista, que cria no cidadão a todo momento a alta expectativa de resguardo, proteção (amplas e completas) e de imediatidade, ou seja, que o seu direito será desempenhado pelo Estado no momento em que este for chamado a responder as

expectativas de sua população. E caso a resposta seja negativa, no caso da não normatização de um determinado direito, a população se vê em um empasse democrático.

Muito disso pode-se perceber no disposto aos direitos a saúde. Como um exemplo, tem-se a ausência de normatização em casos de medicamentos pleiteados que não estão listados na lista de abrangência a população dada pelo SUS (Sistema Único de Saúde). Do quadro que se instaurou do Estado extremamente prestacional e paternalista, criou-se um cidadão altamente dependente do fornecimento Estatal e que diante dessas ausências normativas (lacunas) acaba que por influenciar os altos índices de pleitos judiciais visando a coerção do Estado na execução dos direitos sociais por ele garantido. Todavia, essa ação nem sempre leva a um resultado positivo, gerando novamente no indivíduo uma quebra de expectativa quanto ao paternalismo estatal amplamente exercido.

Dessa forma, pode-se dizer que o paternalismo estatal em sua forma assistencial e amplamente protecionista diante de lacunas, acarreta uma quebra de expectativas no cidadão que se sentem em um estado de incompletude democrática. Onde assim, seus direitos, principalmente os sociais foram tratados com descaso pelo Estado e não garantidos conforme acordado pela Carta Magna o que acarreta a falsa sensação de crise democrática.

4 A CRISE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

A democracia, da própria etimologia da palavra, vem do grego *demos*, que significam pessoas, e *cratos*, que significa poder. É por isso que pode-se definir a democracia como o poder das pessoas que governam seus próprios caminhos. A democracia é um sistema político no qual as pessoas exercem soberania, poder e governo. Esse tipo de poder pertence ao povo que exerce suas escolhas de várias maneiras.

As democracias ocidentais são sistemas políticos organizados pela separação de três poderes: legislação, administração e justiça. Esses poderes são independentes e soberanos em suas funções e devem garantir os direitos básicos das pessoas, especialmente aqueles que se referem à liberdade política dos cidadãos e ao direito de organizar o país como um estado independente e legal. Na democracia, sociedade e instituições, são básicos e devem estar conectados dialeticamente o tempo todo para que esse sistema político frágil funcione bem.

A base do conceito de democracia é a noção de governo do povo. Este conceito é aceito tanto no Estado atual quanto foi no Estado Grego na antiguidade. Porém, na Grécia significava apenas “governo do povo” e hoje, no pensamento coletivo ocidental, adquiriu o significado mais preciso de “governo da maioria”. (ODIFREDDI, 2010, p.8)

Ainda sobre o assunto Celso Antônio Bandeira de Mello aduz:

Independentemente dos desacordos possíveis em torno do conceito de democracia, pode-se convir em que dita expressão reporta-se nuclearmente a um sistema político fundado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade de todos os homens e armado ao propósito de garantir que a condução da vida social se realize na conformidade de decisões afinadas com tais valores, tomadas pelo conjunto de seus membros, diretamente ou por meio de representantes seus livremente eleitos pelos cidadãos, os quais são havidos como os titulares da soberania. Donde resulta que *Estado democrático é aquele que se estrutura em instituições armadas de maneira a colimar tais resultados.* (DE MELLO, 1998, p. 255)

Ademais, pode-se destacar como exigências da democracia três pontos fundamentais: a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos. Como se observa, o exercício da democracia não é tarefa simples de se realizar e, por sua complexidade, apresenta-se distante do ideal almejado para a solução dos problemas de um Estado. (BORGES, 2015, p.66-67).

A palavra “crise” significa estado de incerteza ou de declínio. O pensador italiano Michelangelo Bovero destaca, em uma frase, a constatação e a necessidade de se refletir sobre a crise da democracia: “Que a democracia hoje esteja em crise, nos vários

significados atribuídos a esta palavra, é uma afirmação banal, mas não por isso menos verdadeira”. (BOVERO. 2009, p. 40).

É inegável que o Brasil vem consolidando suas instituições democráticas. Mas, apesar dos avanços observados, ainda há um longo e árduo caminho a se trilhar, sendo imprescindíveis fortes medidas no aprimoramento das instituições políticas, para então alcançar-se um nível de democracia mais próximo ao ideal. ((BORGES,2015. p. 70)

Um dos impasses da democracia é a questão da supremacia da vontade do povo. Muitos são os autores que afirmam que o povo é incapaz de compreender os problemas do Estado e de escolher bons governantes. (BORGES, 2015, p.72).

Com a constitucionalização das democracias no século XX, a democracia tornou-se fundamento de legitimação popular de um Estado, bem como de limitação do exercício da política e norma jurídica orientadora de todas as suas ações e finalidades públicas, sendo, dessa maneira, considerada indispensável para a construção e consolidação de direitos e, também, para a formulação e execução de políticas públicas. Assim, o exercício da democracia passou a atrelar-se à efetividade da Constituição. Entretanto, este período, que deveria representar um reforço e, conseqüentemente, aumento da democracia pelo mundo, tem, pelo contrário, diante da complexidade da realidade social, demonstrado que ela está em crise. (DALLA CORTE, 2018, p.183)

A Constituição de cada Estado será responsável por definir a democracia em seu ordenamento jurídico. Assim, separada da Constituição, a democracia é, apenas, um conceito incompleto e inseguro. Ainda, por derivar da política, a democracia, em sua essência, é conflituosa. Em razão de ser variável, é possível a manipulação de sua utilização com o intuito de mascarar intenções hegemônicas como se fossem decorrentes do poder do povo. (DALLA CORTE, 2018, p.181).

No século XXI, em linhas gerais, o que se evidencia é que a democracia, especialmente na América Latina, em recorte mais profundo, no Brasil, necessita ser (re)democratizada, pois ainda se encontra permeada de elementos autoritários, e, para tanto, faz-se essencial (re)pensar seu conceito, seus atores (pois está-se diante de

“uma ideia de democracia carente de seu componente popular: uma democracia sem o povo”. ([MAIR, 2007, p. 23](#)).

Dessa forma, pode-se aduzir a existência de uma crise democrática Brasileira. Isto, pois, a população está cada vez mais insatisfeita com a capacidade do Estado democrático de atender às necessidades coletivas e resolver os problemas de responsabilidade implicado a esse, uma vez que, as demandas principalmente sociais de pessoas e grupos continuam a crescer e o Estado não vem conseguindo atender a todas elas. Dessa forma, há uma constante quebra de expectativa por parte do povo para com o Estado, o que leva a uma instabilidade constante da democracia contemporânea.

4.1 O Paternalismo e as lacunas como um agravante à crise da democracia brasileira

Como demonstrado existe uma problematização da atual democracia brasileira. A população se vê traída e frustrada em frente as promessas democráticas. Há então o distanciamento entre as expectativas legítimas e os direitos sociais.

Como aduzido ao longo do trabalho, o Estado Paternalista tem como principal característica a intervenção na esfera do indivíduo, uma vez que, esse não o acha racional suficientemente para tomada de suas decisões. O Estado então tem o papel de proteger e salvaguardar aquele cidadão enquanto vulnerável.

Pode se afirmar que a “antítese do estado liberal é o estado paternalista, que toma conta dos súditos como se fossem eternos menores de idade e cuida da sua felicidade”. (BOBBIO, 1986, p.121). Desse Estado, o que mais se destaca são os direitos sociais, o que são uma de suas principais características.

Assim sendo, o cidadão cria expectativas sobre esse direitos, que em sua visão poderão ser exercidos e aplicados de forma imediata com a proteção dada pela Carta Magna. Todavia, o Estado ao assumir essa figura paternalista não contava com a complexidade das sociedades ou o número crescente de demandas, o que em muitos

setores desses direitos, inviabilizou a sua aplicação, visto que, o Estado não possuía estrutura adequada ou meio de recursos suficientes para essa implementação.

Pode-se dizer que um agravador dessa situação seja a atuação jurispositivista do ordenamento jurídico, isto pois, o excessivo dever de realizar a subsunção do fato a norma, essa preocupação com a norma posta, antes mesmo do seu caráter valorativo, tende a estabilizar a norma no tempo, sem acompanhar, contudo, as mudanças da sociedade. Eis que surge as lacunas normativas, que se aplicadas aos direitos sociais, levam o indivíduo a questionar o que lhe foi prometido.

Para tanto, a existência de lacunas nos direitos sociais, ou seja, a inexistência de normatização de um determinado direito social resguardado pela constituição, será veemente cobrado por parte da população, levando ao sentimento de democracia frágil e incompleta. Isso tudo se dá ao papel paternal adotado pelo Estado, que criou perspectivas no indivíduo.

Assim sendo o Estado paternal que não permite que seu cidadão tome suas próprias decisões, levando-o a uma situação de dependência extrema, ao permitir a existência de lacunas, principalmente no tocante aos direitos sociais, irá gerar na população um acirramento do declínio da democracia, agravando mais ainda o estado da crise atual.

Isso pois, o indivíduo perde a fé no Estado Democrático de direito e começa a se questionar a real necessidade da existência desse Estado. Ademais, Bobbio explicita que para Kant:

O paternalismo também é um dos alvos melhor definidos e golpeados por Kant (1724-1804), para quem um governo fundado sobre o princípio da benevolência para com o povo, como o governo de um pai sobre seus filhos, isto é, um governo paternalista (*imperium paternale*), no qual os súditos, tal como filhos menores incapazes de distinguir o útil do prejudicial, estão obrigados a se comportar apenas passivamente, para esperar que o chefe do Estado julgue de que modo devem eles ser felizes e para aguardar apenas da sua bondade que ele o queira, um governo assim é o pior despotismo que se possa imaginar. (BOBBIO, 2007, p. 22).

Diante do exposto, fica evidente o papel do Estado paternalista e das lacunas oriundas do juspositivismo como agravante a crise democrática existente, uma vez que, despertam no indivíduo a sensação de falha prestacional do Estado e que os seus direitos, principalmente no tocante aos sociais, amplamente dispostos na Carta Magna estão sendo ignorados e não efetivados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto, o Estado paternalista tem como grande característica a intervenção na esfera da tomada de decisões do indivíduo e em contrapartida lhe assegura uma série de prestações quanto aos seus direitos, principalmente os direitos sociais. Entretanto, esse Estado amplamente protetor e assistencial cria um indivíduo dependente que muitas vezes não mais consegue se sobressair sozinho sem os auxílios fornecidos pelo ente estatal.

A sociedade e as demandas oriundas desses indivíduos estão em constante mutação e ampliam-se a cada dia. O Estado que se colocou em uma posição de extremo provedor, agora não mais consegue assegurar a todos o que lhes foram garantidos na CF/88 ou mesmo o que foi prometido pelo próprio Estado. Não há estrutura ou mesmo recursos suficientes.

Ademais, o nosso sistema jurídico brasileiro é basicamente em sua maioria positivista, onde a importância de juristas e operadores da lei estão com o seu dever em fazer a subsunção sempre do fato a norma. Mas como demonstrado no presente trabalho, existe em nosso ordenamento casos de lacunas normativas, onde essas demonstram o vazio de diversos direitos sociais imprescindíveis para a sociedade que a ainda não possuem uma normatização.

Como os direitos sociais podem ser considerados direitos imediatos o indivíduo ao tentar exercer algum de seus direitos, não irá conseguir dadas as essas lacunas existentes. O que leva a uma quebra de expectativa por parte do indivíduo para como o Estado paternalista que o prometeu proteção e assistência. Essa quebra de confiança

atinge a crise democrática já existente, uma vez que o indivíduo passa a questionar o papel do Estado e se ele realmente está cumprindo o esperado.

Para uma o funcionamento adequado de uma boa democracia, a população deve acreditar no sistema e em seus procedimentos. A partir do momento em que há a descrença no Estado democrático de Direito enquanto guardião da ordem o caos da democracia será instaurado.

REFERÊNCIAS

- ALEMANY, Macario. **El concepto y la justificación del paternalismo**. 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOBBIO, Norberto; NOGUEIRA, Marco Aurélio. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BORGES, Rosângela Mara Sartori. Reflexões sobre a democracia de ontem e a crise no Brasil de hoje. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, p. 63-78, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.
- BOVERO, Michelangelo. Observar a democracia com as lentes de Bobbio. **CULT – Revista Brasileira de Cultura**, São Paulo, ano 12, n.137, jul. 2009.
- CORTINA, Adela. **Cidadãos do Mundo. Para uma teoria da cidadania**. São Paulo: Loyola, 2005.
- DALLA CORTE, Tiago; DALLA CORTE, Thaís. A democracia no século XXI: crise, conceito e qualidade. **Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, v. 10, n. 2, p. 178-201, 2018.
- DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 57-70, 1998.

DWORKIN, Gerald. **Paternalism - Morality and the law**. EUA: Wadsworth, 1971. p. 181-188. Disponível em: <<http://www.sjsu.edu/people/paul.bashaw/courses/phil186fall2012/s1/Paternalism.pdf>>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. in **Philosophy of Law**. Joel Feinberg (coord.). Belmont: Wadsworth. 1986.

DIETERLEN, Paulette et al. Paternalismo y estado de bienestar. 1988.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LEMKE, Nardim Darcy. **Lacunas no sistema jurídico e as concepções não positivistas da norma**, 2005.

MAIR, Peter. ¿Gobernar el vacío? El proceso de vaciado de las democracias occidentales. *New Left Review*, Madrid, NLR 42, p. 22-46, jan./fev. 2007. Disponível em: http://newleftreview.es/article/download_pdf?language=es&id=2643. Acesso em 01/06/2020.

MALISKA, M. A.; CARVALHO, F. Direitos Sociais e Paternalismo no Contexto do Estado Social. **REVISTA ESMAT**, v. 10, n. 15, p. 131-148, 30 ago. 2018.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-penal**. 2010. 297f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde.../TESE_versao_final.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2020.

MIGUEL, Luis Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**, v. 21, n. 3, p. 601-625, 2015.

ODIFREDDI, Piergiorgio. Os para-doxos da democracia. In: **SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL**, 9, 2010, Curitiba, ABDConst.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto; BRAZZALE, Flávia Balduino. Paternalismo estatal, autonomia individual e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 22, n. 1, p. 3-33, 2017.

ROHRMANN, Carlos Alberto; RÉGO, Cristiane. O paternalismo e o fenômeno da juridicização da vida privada. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**. v. 27, p. 119-140, 2013. Disponível em: <<http://ojs.mcampos.br/index.php/RFDMC/article/view/29>>. Acesso em 06 maio. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009.

SOUSA, Thanderson Pereira de; TRAVASSOS, Mayara Andrade Santos. SAÚDE, JUDICIALIZAÇÃO E PATERNALISMO NO ESTADO SOCIAL EM CRISE. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, [S.l.], v. 89, n. 2, p. 184-208, jan. 2018. ISSN 2448-2307.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TSAI, G. Rational persuasion as paternalism. **Philosophy & Public Affairs**, Princeton, vol. 24, nº 1, p. 78-112, jan. 2014.

KIRSTE, Stephan. **Autonomia e direito à autolesão**. Para uma crítica do paternalismo. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, julho/dezembro de 2013.