

## **Aula 17 - Somente PDF**

*Ministério do Trabalho (Auditor Fiscal do  
Trabalho - AFT) Direitos Humanos - 2023  
(Pré-Edital)*

Autor:  
**Ricardo Torques**

30 de Março de 2023

## Sumário

A sacralidade da pessoa e a dignidade humana .....	4
1 - Sacralidade: Iluminismo versus cristianismo.....	4
2 - Estrutura Normativa.....	4
2.1 - Dignidade da pessoa humana .....	6
2.2 - Democracia .....	8
2.3 - Razoabilidade-proporcionalidade.....	8
Os direitos naturais do jusnaturalismo racional e do contratualismo moderno e os direitos fundamentais do juspositivismo .....	8
1 - Jusnaturalismo .....	9
2 - Juspositivismo .....	10
2.1 - Reale.....	12
2.2 - Kelsen.....	13
2.3 - Hart.....	14
2.4 - Habermas.....	14
3 - Pós-positivismo .....	15
4 - Correntes Não Juspositivistas.....	16
4.1 - Heidegger.....	16
4.2 - Foucault .....	16
Teoria Crítica dos Direitos Humanos.....	17
A denúncia da mistificação ideológica dos direitos humanos abstratos.....	19
A dificuldade de reconstrução dos direitos humanos na era da biopolítica: os limites da cidadania como direito a ter direitos, estado de exceção e campo de concentração como paradigmas políticos modernos.....	20
Encantos e desencantos dos Direitos Humanos: entre dominação e emancipação .....	21



Perspectivas pós-violatórias, estatais e monistas X pré-violatórias, existenciais e pluralistas para a proteção dos Direitos Humanos.....	24
As tensões da Modernidade ocidental e as tensões dos Direitos Humanos: da colonialidade à descolonialidade .....	25
Os Direitos Humanos na zona de contato entre globalizações rivais.....	26
Os Direitos Humanos como bandeiras de lutas dos movimentos sociais .....	26
A reconstrução contra-hegemônica dos Direitos Humanos: Direitos Humanos interculturais, pós-imperiais e descoloniais no horizonte pós-capitalista.....	27
Resumo.....	28
A sacralidade da pessoa e a dignidade humana .....	28
Os direitos naturais do jusnaturalismo racional e do contratualismo moderno e os direitos fundamentais do juspositivismo .....	29
Teoria crítica dos Direitos Humanos .....	30
A denúncia da mistificação ideológica dos direitos humanos abstratos .....	31
A dificuldade de reconstrução dos direitos humanos na era da biopolítica: os limites da cidadania como direito a ter direitos, estado de exceção e campo de concentração como paradigmas políticos modernos.....	31
Encantos e desencantos dos Direitos Humanos: entre dominação e emancipação .....	32
Perspectivas pós-violatórias, estatais e monistas X pré-violatórias, existenciais e pluralistas para a proteção dos Direitos Humanos .....	33
As tensões da Modernidade ocidental e as tensões dos Direitos Humanos: da colonialidade à descolonialidade .....	33
Os Direitos Humanos na zona de contato entre globalizações rivais .....	33
Os Direitos Humanos como bandeiras de lutas dos movimentos sociais.....	34
A reconstrução contra-hegemônica dos Direitos Humanos: Direitos Humanos interculturais, pós-imperiais e descoloniais no horizonte pós-capitalista .....	34
Questões Comentadas.....	35
Lista de Questões .....	40
Gabarito.....	43



# TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na aula de hoje vamos abordar especificamente os seguintes pontos da ementa:

- ✓ A sacralidade da pessoa e a dignidade humana.
- ✓ Os fundamentos filosóficos dos Direitos Humanos.
- ✓ Os direitos naturais do jusnaturalismo racional e do contratualismo moderno. Os direitos fundamentais do juspositivismo. Teoria crítica dos Direitos Humanos.
- ✓ A denúncia da mistificação ideológica dos direitos humanos abstratos.
- ✓ A dificuldade de reconstrução dos direitos humanos na era da biopolítica: os limites da cidadania como direito a ter direitos, estado de exceção e campo de concentração como paradigmas políticos modernos.
- ✓ Encantos e desencantos dos Direitos Humanos: entre dominação e emancipação.
- ✓ Perspectivas pós-violatórias, estatais e monistas X pré-violatórias, existenciais e pluralistas para a proteção dos Direitos Humanos. Efeito encantatório e usos políticos dos Direitos Humanos: intervenções humanitárias e imperialismo dos Direitos Humanos (universalismo, relativismo e hermenêutica diatópica).
- ✓ As tensões da Modernidade ocidental e as tensões dos Direitos Humanos: da colonialidade à descolonialidade.
- ✓ Os Direitos Humanos na zona de contato entre globalizações rivais.
- ✓ Os Direitos Humanos como bandeiras de lutas dos movimentos sociais.
- ✓ A reconstrução contra-hegemônica dos Direitos Humanos: Direitos Humanos interculturais, pós-imperiais e descoloniais no horizonte póscapitalista.

Antes de começarmos é importante destacar que temos vários pontos específicos ao longo do conteúdo teórico. Vários desses pontos envolvem assuntos filosóficos e obras jurídicas específicas. São assuntos e temas que você não encontrará nos manuais jurídicos.

Além disso, não temos muitas questões sobre os assuntos aqui referidos, devido à especialidade do conteúdo. Trouxemos algumas breves questões para que vocês vejam como o assunto pode ser abordado em provas.

Boa aula a todos!



# A SACRALIDADE DA PESSOA E A DIGNIDADE HUMANA

## 1 - Sacralidade: Iluminismo *versus* cristianismo

O estudo da sacralidade da pessoa e da dignidade, requer a compreensão da estrutura normativa dos Direitos Humanos. Veremos o porquê.

Mas e o que seria a dita “sacralidade da pessoa e da dignidade” frente à estrutura supramencionada?

Como o edital trouxe especificamente este ponto, cumpre tecer algumas pontuações.

Essa discussão tomou corpo com a obra de Hans Hoas intitulada “A sacralidade da pessoa”. O autor busca discutir, em verdade, a fundamentação histórica da disciplina. Para alguns os Direitos Humanos surgem com o iluminismo, quando o homem é colocado como o centro das atenções, ao invés de Deus. Para outros que se defende aqui, os Direitos Humanos surgem da tradição judaico-cristã.

Qual é a tese adotada pelo autor?

**NENHUMA!** Isso mesmo, o autor busca romper com uma ou outra posição teórica para compreender que os Direitos Humanos surgem de um **profundo processo de “sacralização da pessoa”**. A pessoa torna-se uma instituição sagrada, não em razão da ideologia cristã necessariamente, envolve o desenvolvimento político, o pensamento cristão, o desenvolvimento da ciência, a evolução cultural da sociedade. Todos esses fatores levaram à sacralização da pessoa e da dignidade, o que resultou no surgimento e consolidação dos Direitos Humanos e, posteriormente, com a normatização da dignidade para a defesa da pessoa como uma instituição sagrada.

Vejamos, portanto, como que se estrutura a normatização da dignidade da pessoa em face da relevância que o tema alçou na comunidade internacional.

## 2 - Estrutura Normativa

Os direitos humanos apresentam uma característica marcante: **possuem estrutura normativa aberta**.

E que o seria uma estrutura normativa aberta?

Estudamos em Direito Constitucional que as normas jurídicas compreendem regras e princípios.

As **regras** são enunciados jurídicos tradicionais, que **preveem uma situação fática e, se esta ocorrer, haverá uma consequência jurídica**. Por exemplo, se alguém violar o direito à imagem de outrem (fato), ficará responsável pela reparação por eventuais danos materiais e morais causados à pessoa cujas imagens foram divulgadas indevidamente (consequência jurídica).



Os **princípios**, por sua vez, segundo ensinamentos de Robert Alexy, são denominados de “**mandados de otimização**”, porque constituem **espécie de normas que deverão ser observados na maior medida do possível**.

Parece difícil, mas não é! Prevê art. 5º, LXXVIII, da CF, que a todos será assegurada a razoável duração do processo. Esse é um princípio! Não há aqui definição de até quanto tempo será considerado como duração razoável, para, se ultrapassado esse prazo, aplicar a consequência jurídica diretamente. Não é possível dizer, de antemão, se um, cinco ou 10 anos é um prazo razoável. Por se tratar de princípio, deve-se procurar, na melhor forma possível, fazer com que o processo se desenvolva de forma rápida e satisfatória às partes.

Por conta disso, um processo trabalhista, que comumente envolve direito de caráter alimentar, deve tramitar mais rápido (mais célere) quando comparado a um processo-crime, por exemplo. É importante resolvê-lo rapidamente, para que o empregado tenha acesso aos créditos decorrentes em razão da natureza alimentícia. No processo penal, para uma completa defesa do réu, é necessário que o processo seja burocrático, atentando-se a diversos detalhes, que tornam o procedimento mais demorado. É importante decidir com cuidado, para evitar injustiça, porque uma condenação infundada é muito prejudicial.

Não há, portanto, como definir um prazo, a priori, no qual o processo seja considerado tempestivo. Assim, fala-se em mandato de otimização, uma vez que o princípio da celeridade deve ser observado na medida do possível e de acordo com as circunstâncias específicas.

As **regras**, por sua vez, são aplicadas a partir da **técnica da subsunção**, ou seja, se ocorrer a situação de fato haverá a incidência da consequência jurídica prevista. Ou a regra aplica-se àquela situação ou não se aplica (técnica do “tudo ou nada”). Para os **princípios**, ao contrário, a aplicação pressupõe o uso da **técnica de ponderação de interesses**, pois a depender da situação fática assegura-se com maior ou menor amplitude o princípio (técnica do “mais ou menos”). Retornando ao exemplo, para o processo do trabalho, o decurso de 2 anos poderá implicar violação ao princípio da celeridade; para o processo crime o decurso de 5 anos não implicará, necessariamente, violação do mesmo princípio.



### REGRAS

mandados de determinação

aplicado por subsunção

técnica do “tudo ou nada”

### PRINCÍPIOS

mandados de otimização

aplicado por ponderação de interesses

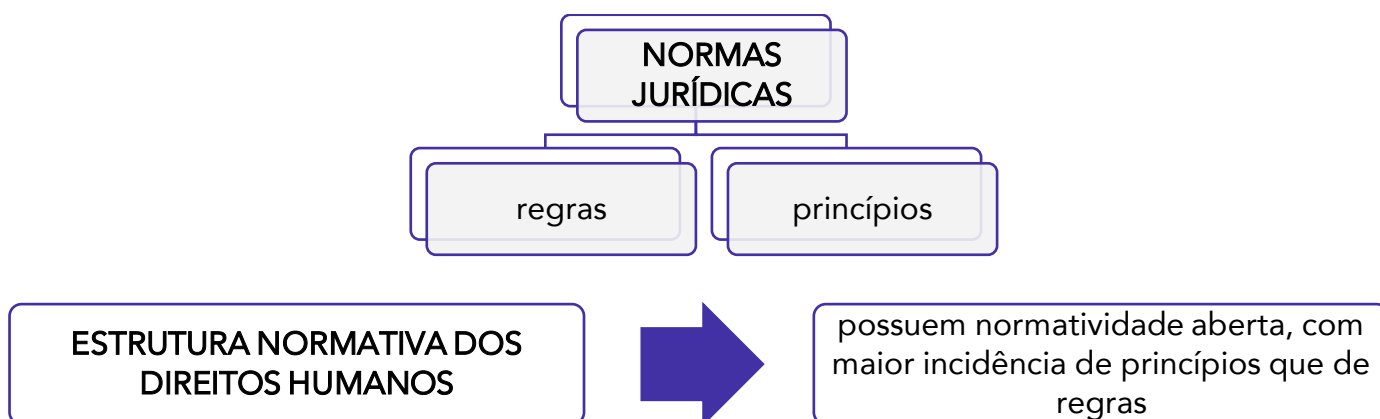
técnica do “mais ou menos”

E qual a importância disso tudo para os Direitos Humanos?



A estrutura normativa dos Direitos Humanos é formada principalmente por um conjunto de princípios. Numa situação prática, você pode se defrontar com trabalho em condições tão degradantes e precárias que, embora não configurem escravidão no próprio sentido da palavra, permitirão afirmar que aquela situação se assemelha à condição análoga de escravo, de acordo com os princípios e regras envolvidos. São situações em que há tentativa de se mascarar a realidade dos fatos, impondo-se ao empregado jornadas extenuantes, cobrança de valores exorbitantes a título de moradia e ou de instrumentos para o trabalho, entre outros abusos.

Além disso, em termos normativos, devemos frisar que **tanto as regras como os princípios são considerados espécie de normas**, logo possuem normatividade. Hoje não é mais aceita a ideia clássica de que os princípios constituem tão somente instrumentos interpretativos e orientadores da aplicação do direito. Essa é apenas uma das funções dos princípios.



A partir dessa característica peculiar que se revela na estrutura normativa dos Direitos Humanos, podemos identificar alguns princípios fundamentais na consolidação da disciplina:

- Dignidade da pessoa humana;
- Democracia;
- Razoabilidade-proporcionalidade.

Vamos analisá-los, de forma objetiva, em separado.

## 2.1 - Dignidade da pessoa humana

A dignidade deve ser considerada como valor base de todo e qualquer ordenamento jurídico. Pauta-se na ideia de uma conduta justa, moral e democrática, de modo que **a pessoa é colocada no centro das regras jurídicas**. Justamente devido a sua importância, a dignidade é colocada como base fundamental do direito interno de qualquer Estado ou mesmo internacional.

Não é possível estabelecer um conceito único de dignidade. Para fins de prova, devemos ter em mente que a dignidade constitui um **valor ético, por intermédio do qual a pessoa é considerada sujeito de direitos e obrigações, que devem ser assegurados para garantir a personalidade**, os quais são garantidos pela simples existência.



Nesse contexto, veja o conceito de André de Carvalho Ramos<sup>1</sup>:

Assim, a dignidade humana consiste na **qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano**, que o **protege** contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como **assegura** condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em **atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana**, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc.

Com base no conceito acima, é possível identificar dois elementos que caracterizam a dignidade da pessoa humana:

**1º** → elemento negativo: vedação à imposição de tratamento discriminatório, ofensivo ou degradante; e

**2º** → elemento positivo: busca por condições mínimas de sobrevivência, da qual decorre a ideia de *mínimo existencial*.

Para encerrar esse tópico vamos abordar os “usos possíveis” do termo “dignidade humana”. Trata-se de uma análise pautada no pensamento de André de Carvalho Ramos<sup>2</sup>, mas que possui relevância porque é construída a partir da jurisprudência do STF.

Para o autor é possível identificar os seguintes usos do termo:

<b>USO DO TERMO NA FUNDAMENTAÇÃO (EFICÁCIA POSITIVA).</b>	A dignidade da pessoa é utilizada como fundamento para a criação jurisprudencial de novos direitos, a exemplo do “direito à busca da felicidade”.
<b>USO DO TERMO NA INTERPRETAÇÃO ADEQUADA.</b>	Ao abordar determinado tema, a dignidade da pessoa é utilizada como parâmetro interpretativo. Por exemplo, ao tratar da celeridade da prestação jurisdicional, a dignidade é alcançada, de acordo com a jurisprudência do STF, quando a prestação jurisdicional é tempestiva.
<b>USO DO TERMO PARA IMPOR LIMITES AO ESTADO.</b>	A dignidade assume na jurisprudência papel limitador da atuação estatal, a exemplo da limitação do uso de algemas.
<b>USO DO TERMO PARA SUBSIDIAR A PONDERAÇÃO DE INTERESSES.</b>	Na técnica de aplicação dos princípios a dignidade é ventilada, nos julgados do STF, para determinar a prevalência de um princípio em relação ao outro. Foi utilizada tal interpretação para afastar o trânsito em julgado de uma ação de paternidade. Vale dizer, em nome da dignidade, prestigia-se o direito à informação genérica em detrimento da segurança jurídica decorrente da coisa julgada.

<sup>1</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**, São Paulo: Editora Saraiva, 2014 (versão digital).

<sup>2</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**, São Paulo: Editora Saraiva, 2014 (versão digital).





Por fim, embora constitua o centro axiológico do nosso ordenamento jurídico, devemos tomar cuidado com a banalização do termo, pois, quando tudo encontra fundamento na dignidade humana, esse valor nada servirá para determinar.

## 2.2 - Democracia

A democracia também é fundamental na estrutura principiológica dos Direitos Humanos, na medida em que **somente em Estados democráticos é possível cogitar o exercício de direitos**.

A democracia relaciona-se com o exercício da soberania popular, sendo conceituada pela doutrina<sup>3</sup> como:

A qualidade máxima do poder extraída da soma dos atributos de cada membro na sociedade estatal, encarregado de escolher os seus representantes no governo por meio do sufrágio universal e do voto direto, secreto e igualitário.

A democracia envolve a noção de cidadania e de coletividade, por intermédio da qual a pessoa deixa de ter uma visão egoística, para **se importar com valores éticos e justos**, com o objetivo de assegurar o respeito aos direitos mais básicos da coletividade.

## 2.3 - Razoabilidade-proporcionalidade

A inclusão da razoabilidade e da proporcionalidade como critério interpretativo proporciona uma abertura de valores na aplicação do Direito. O operador do Direito não deve se limitar à subsunção (aplicação do fato à norma). Há, evidentemente, uma série de princípios e valores a serem aplicados ao caso concreto que irão reclamar um juízo de ponderação. Esse juízo tão melhor será quanto mais razoável e proporcional for a interpretação. Não é uma tarefa fácil, mas que releva a pretensão de se conferir real importância aqueles direitos que possuem fundamental relevância, ante o emaranhado de normas jurídicas do ordenamento.

Além de conduzirem a **melhor opção do intérprete**, a razoabilidade e proporcionalidade **evitam interpretações esdrúxulas**, contrária aos fundamentos do ordenamento jurídico.

# OS DIREITOS NATURAIS DO JUSNATURALISMO RACIONAL E DO CONTRATUALISMO MODERNO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO JUSPOSITIVISMO

Vamos reunir, neste ponto, a análise do jusnaturalismo, juspositivismo, pós-positivismo e veremos também algumas correntes não juspositivistas relevantes.

<sup>3</sup> BULOS, Uadi Lammêgo; **Constituição Anotada**, 5ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 480.



O edital ao mencionar esses pontos traz, em verdade, assuntos de filosofia do Direito. De toda forma, a fim de atender eventuais necessidades de prova, vamos tratar desses pontos, ainda que de forma objetiva.

## 1 - Jusunaturalismo

Para a corrente jusnaturalista o direito é uno, imutável, inato e independe da vontade do Estado. A lei representa a razão humana.



### CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PARA O JUSNATURALISMO

universal

imutável

inato

independente

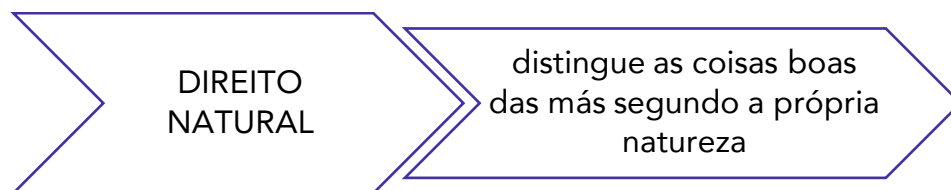
O jusnaturalismo associou-se ao iluminismo e impulsionou as grandes revoluções liberais do séc. XVIII, em nítida oposição ao absolutismo.

O auge dessa corrente de pensamento ocorreu com a edição das primeiras constituições escritas e codificações de leis. Entre elas destaca-se o Código Civil Francês de 1804 (Código Napoleônico). Contudo, o jusnaturalismo sofre com a ascensão do modelo positivista do pensamento.

De acordo com a doutrina, o jusnaturalismo não se manifestou apenas na Idade Média, há autores com pensamentos jusnaturalistas na antiguidade, com a defesa da razão, e na era moderna com o pensamento de Hugo Grotius.

Em síntese, Hugo Grotius definiu o direito natural como o julgamento efetuado segundo a própria natureza das coisas, distinguindo as coisas boas das más.





Como o autor era apegado a concepções religiosas dividiu o Direito em dois grupos:

**1º GRUPO** → jus voluntarium: direito decorrente da vontade divina ou humana

**2º GRUPO** → jus naturale: direito decorrente da natureza do homem, que é destinado criar regra para conviver em sociedade.

## 2 - Juspositivismo

A corrente positivista, como o nome indica, é fundada na lei. Segundo os defensores do positivismo, a lei formada pelo procedimento correto é válida, independentemente de ser justa ou moral.

A Escola da Exegese é precursora do positivismo jurídico. O objetivo dessa corrente do pensamento jurídico foi a de estabelecer um direito positivo e sistemático. O Direito, portanto, deveria ser criado conforme o interesse das pessoas. Uma vez escrito, competia ao jurista apenas aplicá-lo em conformidade com a lei escrita.

⚠ Definir a vinculação do intérprete à lei, essa escola marcou o surgimento do positivismo jurídico.

De acordo com o Norberto Bobbio podemos fixar os seguintes caracteres fundamentais da Escola da Exegese:

- ↳ Inversão das relações tradicionais entre o direito natural e direito positivo;
- ↳ Concepção rigidamente estatal do direito, segundo a qual jurídicas são exclusivamente as normas postas pelo Estado. Tal concepção implica no princípio da onipotência do legislador;
- ↳ A interpretação da lei fundada na intenção do legislador. É perfeitamente coerente os postulados fundamentais da escola da exegese: se o único direito é aquele contido na lei, compreendida como manifestação escrita da vontade do Estado, torna-se então natural conceber a interpretação do direito como a busca da vontade do legislador naqueles casos (obscuridade ou lacuna da lei) nos quais ela não deflui imediatamente do próprio texto legislativo, e todas as técnicas hermenêuticas;
- ↳ O culto do texto da lei, pelo qual o interprete deve ser rigorosamente - e, podemos dizer, religiosamente - subordinado às disposições dos artigos do Código;
- ↳ E o respeito pelo princípio de autoridade; a tentativa de demonstrar a justeza ou verdade de uma proposição. O recurso ao princípio da autoridade é, entretanto, ainda comumente



praticado no campo do direito, e tal princípio é de máxima importância para compreender a mentalidade e o comportamento jurídicos.

Dessas bases surge o positivismo.

Logo, o positivismo explica o Direito a partir do estudo das normas positivas. Assim, somente é Direito aquilo que é posto pelo Estado.



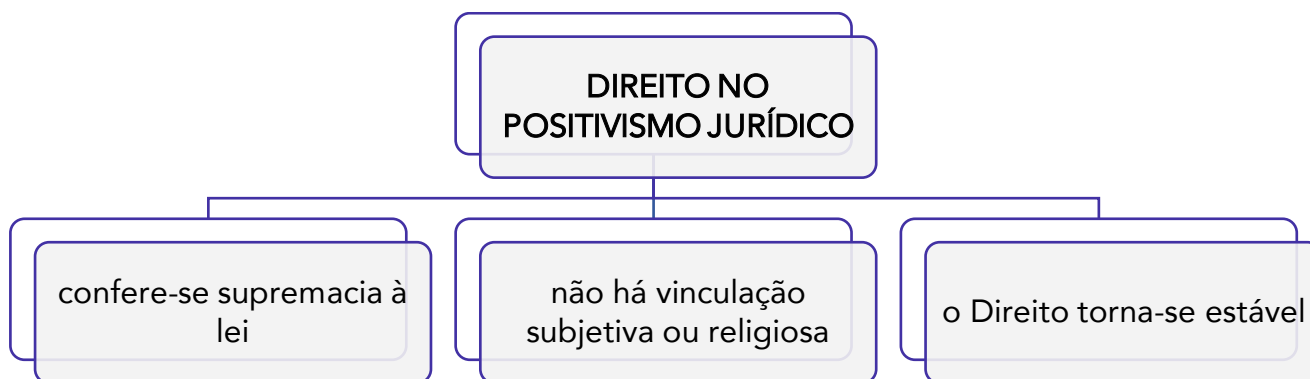
A origem do positivismo jurídico remonta o positivismo filosófico. Para o positivismo filosófico a ciência é a única verdade, e o conhecimento se funda em experiências e observações.

O positivismo surge também como crítica ao jusnaturalismo. Afirma-se que o jusnaturalismo é acientífico, sem fundamento e metafísico. Esses fatores geram dificuldades, de forma que a adoção da corrente positivista é a mais adequada. Para os positivistas o ordenamento jurídico é completo, sem lacunas que não possam ser preenchidas pelo próprio ordenamento jurídico.

Isso confere estabilidade ao Direito e supremacia à lei, que é fonte de regra estatal, sem vinculações subjetivas ou religiosas.

**Lembre-se...**





A crítica que se faz ao positivismo é a desvinculação com a ética.

Entre os autores positivistas, destacam-se:

- Miguel Reale (tridimensionalidade)
- Hans Kelsen (Teoria pura do Direito)
- Herbert Hart (O conceito de Direito)
- Habermas (Direito e Democracia)

## 2.1 - Reale

Miguel Reale representa o pensamento da corrente juspositivista eclética, associado à Escola Histórica do Direito, segundo a qual o direito representa o “espírito do povo” (volksgeist).

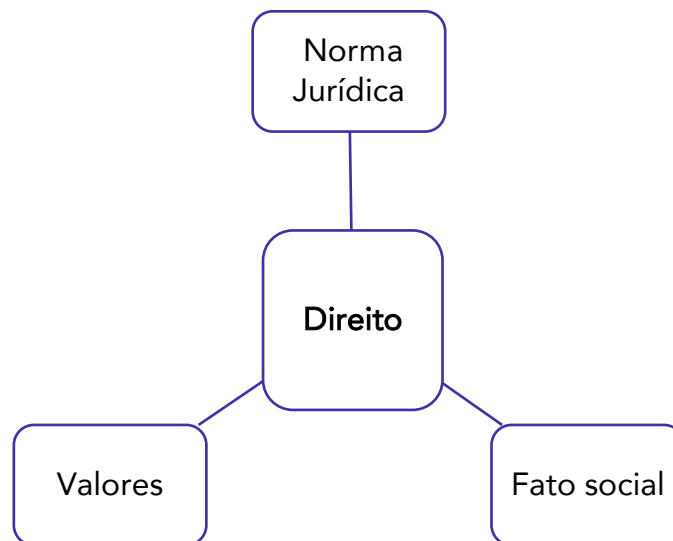
Em seu livro “Fundamentos do Direito”, Reale lança as bases da teoria Tridimensional. O autor tem como base de sua teoria as normas postas pelo Estado, contudo, não se limita apenas a isso ao revelar que a estrutura do fenômeno jurídico é tríplice e composta por norma, fato e valor. Nesse aspecto a corrente eclética fica clara ao afirmar que o direito não pode ser analisado de acordo com apenas o padrão normativista<sup>4</sup>.

Assim, de acordo com a teoria tridimensional do jurista brasileiro, a norma jurídica não é o único fator de identificação do fenômeno jurídico. A realidade social também é fundamental nesse processo de identificação. Por fim, permeando a norma e a realidade social estão os valores.

Deste modo...



<sup>4</sup> MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do Direito. 4. Ed. São Paulo: Atlas. 2014. pg. 324 a 326.



Essa teoria é chamada de tridimensionalidade específica, pois outros doutrinadores já haviam desenvolvido a teoria de tridimensionalidade, tal como Radbruch.

Para Reale, a relação entre norma, fato e valores não é uma simples integração entre unidades separadas e estranhas, mas uma relação processual de implicação mútua. Portanto, para o autor, há um processo histórico e social que resultará na criação da norma jurídica, esse processo é denominado de nomogênese jurídica.

## 2.2 - Kelsen

Kelsen é o principal expoente da filosofia juspositivista estrita, que reduz o fenômeno jurídico às leis positivadas.

A Teoria Pura do Direito tentou conferir cientificidade ao estudo do Direito. Para isso, o autor buscou isolar as normas jurídicas dentro de um sistema, o que confere validade à relação que se estabelece entre as demais normas. Essa relação é organizada e distribuída por critérios de hierárquica e de subordinação.

Essa compreensão afasta o Direito de qualquer relação sociológica, metafísica ou política. Por isso é considerada de “teoria pura”, uma vez que a fonte principal do sistema é a norma jurídica.

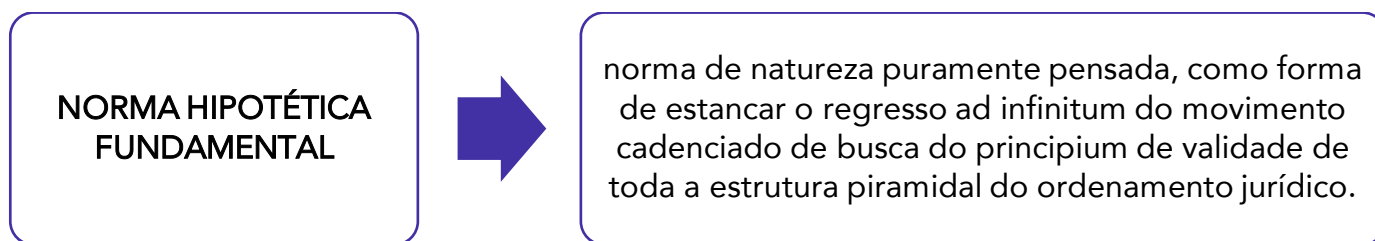
Esse sistema normativo em Kelsen é escalonado em forma de uma pirâmide. Para a validade de uma norma é necessário que ela respeite a norma imediatamente superior. Na base na pirâmide estão normas regulamentares, com pouco poder de criação. No ápice está a Constituição, norma maior dentro do sistema positivo de determinado Estado. É a partir da Constituição que todas as demais normas do sistema decorrem.

E quem confere validade à Constituição?

No pensamento de Kelsen, para a validade de todo o sistema é necessário exigir um comando geral, supremo, denominada de norma hipotética fundamental.



Podemos definir a norma hipotética fundamental como:



Constitui, portanto, uma ficção de pensamento, na busca de determinar logicamente um começo e um fim.

## 2.3 - Hart

No pensamento de Hart diferencia-se:

- conceitos de simples hábito.
- conceitos de regra.

De acordo com o autor, uma sociedade é formada por “jogos linguísticos particulares”, que compreendem tantos hábitos como regras sociais.

Os hábitos não têm uma sanção associada; já as regras sociais são marcadas pela presença de sanções ou da pressão social. Como exemplo fundamental de regra social temos a lei.

Assim, a lei é compreendida como a união entre as regras primárias e regras secundárias. As regras primárias dizem respeito ao mandado de obrigações e as secundárias aos modos de se compreender a aplicação das obrigações.

Assim, além da noção de comando (que gera consequências ruins em sua aplicação) o a lei traz também a noção de reconhecimento. É uma forma de se reconhecer o lugar e o papel da lei, legitimando-a na realidade social. A lei depende de uma regra de reconhecimento, que possui respaldo social.

Portanto, a principal ideia transmitida por Hart é compreender que **o direito é a noção de que as leis existem porque reconhecemos nelas autoridade para a regulação do mundo da vida. O direito não impõe sua necessidade, mas a retira da vida social.**

## 2.4 - Habermas

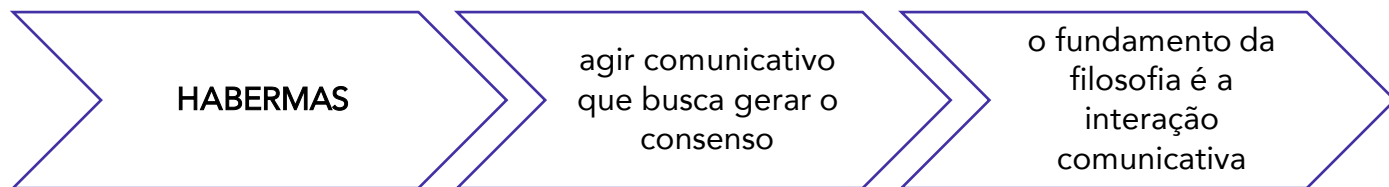
Jürgen Habermas representa o juspositivismo ético, cujos autores buscam compreender o fenômeno jurídico a partir de sua moralidade intrínseca. Assim, é preciso identificar um processo que revele aquilo que é virtuoso na relação entre direito e sociedade.

A principal contribuição de Habermas é a teoria do agir comunicativo. Para o autor a sociabilidade se fundamenta na comunicação, de modo que um dos maiores problemas da filosofia é o entendimento entre



o indivíduo e os grupos sociais. O projeto político de Habermas é a busca pelo consenso e o Direito é considerado como a principal ferramenta para se obter o consenso<sup>5</sup>.

Assim...

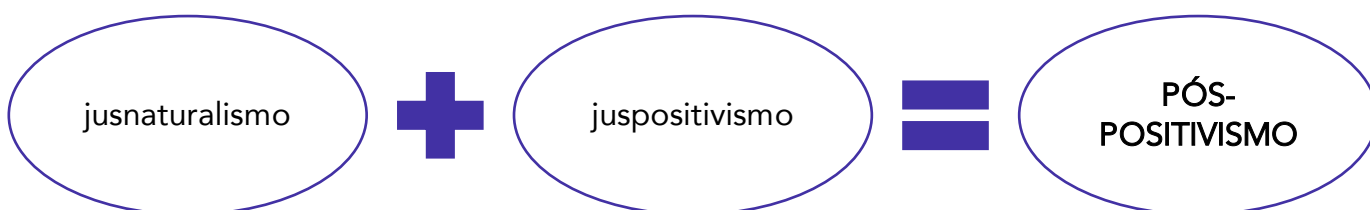


Deste modo, para Habermas, o Direito é o local onde se desenvolve o agir comunicativo que garante a democracia, a liberdade e a interação entre os indivíduos e os grupos sociais. Nesse contexto, o direito está subordinado à moral.

### 3 - Pós-positivismo

O pós-positivismo constitui corrente decorrente do constitucionalismo moderno, com origem após a II Guerra, em reação às atrocidades perpetradas pelo nazismo.

Para os pós-positivistas é necessário somar jusnaturalismo e juspositivismo. Ambos são complementares, não opostos.



Assim, o pós-positivismo aproveita:

↳ a estabilidade do direito positivista;

<sup>5</sup> MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do Direito. 4. Ed. São Paulo: Atlas. 2014. pg. 359.





↳ base ética e moral jusnaturalista.

Da reunião do pós-positivismo ascende o constitucionalismo, centro do ordenamento jurídico, dotada de caráter normativo condicionando a aplicação de todo o ordenamento.

## 4 - Correntes Não Juspositivistas

Para aqueles que defendem uma visão diferente do positivismo, o fundamento do Direito está diretamente ligado à realidade social. Faz-se, portanto, uma crítica à técnica normativa. Vejamos os dois principais autores que revelam esse pensamento.

### 4.1 - Heidegger

Heidegger possui uma filosofia que contrapõe a tradicional visão do pensamento filosófico ocidental. Na Idade Média e na modernidade o pensamento filosófico se apoiou em bases metafísicas, representada pelo dever-ser que prega que há uma relação ideal ao qual o pensamento filosófico deve se ajustar. Para Heidegger a filosofia idealista deve ser afastada para aplicação da ontológica, ou seja, compreender o “ser”. Nesse sentido, sua filosofia retorna aos pré-socráticos.

Heidegger denomina a existência como “Dasein”, cuja tradução literal é “ser-aí”. O termo exprime a situação existencial. Assim, a existência do ser nunca é um dado isolado, mas parte de um fenômeno. Desse modo, a filosofia é necessariamente histórica. Não é à toa que a principal obra de Heidegger é “Ser e Tempo”.

Heidegger não trata diretamente do Direito, mas ao falar da técnica sua filosofia se choca com o positivismo. Para o autor a técnica não pode ser tida como uma ferramenta neutra, mas deve ser analisada como uma ferramenta de descobrimento. Portanto, ao se afastar a técnica normativa, a busca do Direito deverá ser uma “hermenêutica do justo”<sup>6</sup>.

### 4.2 - Foucault

Foucault é um dos principais teóricos da filosofia do Direito. Suas teorizações tratam dos instrumentos e mecanismos de dominação na sociedade. “Vigiar e Punir”, a grande obra de Foucault, trata de questões penais. Nele o autor defende que o fenômeno jurídico está mais presente na prática do cárcere do que no direito posto pelo Estado. Nesse sentido surge a grande crítica ao formalismo positivista.

O Direito, para o autor, não deve ser considerado como legitimidade formal, mas deve ser considerado a partir das relações de dominação e técnicas de sujeição<sup>7</sup>.

Para Foucault o poder disciplinador é o que permite compreender a dominação social. Em Vigiar e punir o autor expõe quatro ações disciplinadoras e três instrumentos de concretização.

<sup>6</sup> MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do Direito. 4. Ed. São Paulo: Atlas. 2014. pg. 399.

<sup>7</sup> MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do Direito. 4. Ed. São Paulo: Atlas. 2014. pg. 436.





### Ações Disciplinadoras

- arte das distribuições (de pessoas no espaço)
- controle da atividade (por meio do horário)
- organização das gêneses (por meio do controle de entrada no espaço disciplinar)
- composição das forças

### Instrumentos de Concretização

- vigilância hierárquica
- sanção normalizadora
- exame

Desta forma, a disciplina não funciona apenas como um fator negativo de repressão do ser, mas como um fator positivo que trabalha no sentido de formar o sujeito. Ou seja, o poder constitui o sujeito e não o contrário e o Direito é um dos principais instrumentos para disciplinar o sujeito.

Para Foucault o Direito não se limita às normas institucionais impostas pelo Estado. Por vezes o Direito está aquém das normas e, por vezes, além das normas, mas não encarcerado naquele finito espaço.

## TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

O edital menciona expressamente “Teoria Crítica dos Direitos Humanos” referindo-se à conhecida obra de Joaquín Herrera Flores. Para fins de concurso público não vale o esforço tratar de toda a obra do autor. De toda forma, como mencionado em edital vamos, aqui, sintetizar as principais ideias lançadas na obra.

Como você verá o estudo do autor constitui uma verdadeira complementação da discussão que teremos na aula 00 acerca das características da universalidade e da relatividade.

A discussão central da obra de Herrera está em analisar a **origem histórica dos Direitos Humanos**, a partir de uma análise crítica. Muito embora seja intitulada doutrina crítica, o autor não pretende desconstruir o pensamento construído até então acerca da origem e evolução dos Direitos Humanos.

Entende o autor que a construção dos Direitos Humanos envolve os denominados “*processos reativos dos seres humanos*”. Assim, acontecimentos revolucionários marcaram o surgimento e desenvolvimento da disciplina. Esses acontecimentos envolvem os denominados “*processos sociais, econômicos, políticos e normativos*”.



Em razão disso, entende o autor que cada comunidade possui um entender específico sobre quais são os direitos mais importantes do ser humano. Ou seja, os Direitos Humanos caracterizam-se por serem relativos. Essa ideia de relativismo cultural imanente à teoria de Herrera Flores se contrapõe a outra característica relevante do autor: o universalismo.

De acordo com o autor, as culturas hegemônicas se fecharam sobre si mesmo e levaram às demais culturas o “*outro como civilizado*”, uma cultura externa como a correta a ser aplicada em termos universais.

Assim, conclui o autor que é necessário desconstruir o conceito de Direitos Humanos fundado a partir de juízos e valores universais, que foram utilizados para:

1º - ferramenta de colonização

Os Direitos Humanos são utilizados como fontes legitimadoras de novos sistemas de relação social, tal como o capitalismo.

2º - instrumento de libertação

Os Direitos Humanos são utilizados como instrumento de mobilização da sociedade contra a hegemonia das relações sociais impostas pelo capital.

Nesse contexto, o autor entende que os Direitos Humanos podem ser utilizados para embasar reações políticas, econômicas, sociais ou até mesmo jurídicas, de acordo com o momento ou circunstâncias da sociedade. Contudo, **em todas essas confluências, os Direitos Humanos não permitem descurar da busca pela dignidade.**

Assim, conclui o autor que os Direitos Humanos não constituem um Direito Natural, compreendido como um fenômeno natural (acabado, metafísico e transcendente), mas como **produto cultural**, própria de cada formação social, cujo **objetivo unânime é a dignidade da pessoa.**

Temos, portanto, na doutrina de Herrera Flores:

O VIÉS DO RELATIVISMO CULTURAL COM FOCO NA DIGNIDADE HUMANA COMO PONTO UNIVERSAL.

Portanto, a dignidade constitui um núcleo comum e universal capaz de permitir o diálogo entre as diferentes formas de existir dos Direitos Humanos.

A fim de construir a defesa universal da dignidade, o autor propõe a construção de “espaços de encontro” entre as diversas culturas (com reações, ações e intervenções próprias).

A fim de construir um espaço de encontro entre as diversas formas de ação, o autor propõe “seis decisões iniciais”.

1ª DECISÃO: “pensar é pensar de outro modo”.



Ao pensar os Direitos Humanos devemos criar novos modelos deixando as diferenças às claras, notadamente quanto envolver ordem hegemônicas.

Trata-se, em verdade, da adoção de uma postura crítica em relação ao que é dado e que orienta todo o processo cultural.

2ª DECISÃO: “da negatividade à afirmação ontológica e axiológica”.

Trata-se de propor a possibilidade de diálogo para se chegar ao conteúdo de dignidade, conceito esse variável.

3ª DECISÃO: “pensar as lutas pela dignidade humana significa problematizar a realidade”.

Envolve a análise crítica da realidade, na conceituação da dignidade ao serem analisados os acontecimentos históricos.

4ª DECISÃO: “da utopia às heterotopias”.

No processo crítico de análise dos acontecimentos históricos, não devemos buscar a utopia, mas algo novo e possível.

5ª DECISÃO: “a indignação diante do intolerável deve nos induzir ao encontro positivo e afirmativo de vontades críticas”.

A finalidade central da análise crítica é fixar pontos de repúdio contra determinadas práticas violadoras da dignidade intoleráveis. A crítica por si só não tem conteúdo se não gerar a indignação contra o intolerável, com atenção ao nosso redor, modo de existência e ao nosso tempo.

6ª DECISÃO: “nem tudo vale o mesmo”.

Os Direitos Humanos são produtos culturais e, assim, não podem ser universais, mas formas diferentes de buscar a dignidade.

Essas são, portanto, as bases da teoria crítica dos Direitos Humanos, segundo Herrera Flores.

## A DENÚNCIA DA MISTIFICAÇÃO IDEOLÓGICA DOS DIREITOS HUMANOS ABSTRATOS

O nome do capítulo assusta, mas a ideia é simples: trata-se de criticar a aceção de que os Direitos Humanos são Direitos Naturais, calcados como prerrogativas inalienáveis e universais.



Essa crítica, de acordo com a doutrina filosófica especializada, foi efetuada especialmente por Karl Marx e Friedrich Engels. Em síntese os autores criticam o termo “e” da seguinte expressão “Direitos do Homem e do Cidadão”, contidas nas declarações americana e francesa.

### ISSO MESMO!

Os autores supramencionados entendem que **o conectivo “e” ligam e separam o homem do cidadão, encobrindo uma diferença, que expõe uma contradição real nas relações sociais de exploração de domínio.**

Temos, portanto, a ideia de que os Direitos Humanos são assegurados aos cidadãos, mas não a todos os homens. A superestrutura jurídico-política do Estado Liberal expressa simbólica e juridicamente o domínio econômico e a hegemonia política da classe burguesa.

Temos, portanto, os Direitos Humanos colocados a favor de interesses singulares ou grupos organizados, em defesa de interesses econômicos particulares.

Para os autores, a sociedade burguesa constitui o *loci* do homem natural, egoísta e ligado à esfera da necessidade e da sobrevivência, em antítese ao homem livre, do cidadão, que representaria o universal humano em contraposição ao particular. A organização da moderna sociedade civil corresponderia a essa oposição entre o homem e o cidadão.

Assim, a sociedade burguesa inicialmente se posta como “homem”, considerado em seu estado natural de um indivíduo privado e egoísta. Com as declarações de direitos, esse “homem”, alça a condição de “cidadão”, agora considerado como integrante da comunidade política, com direitos civis reconhecidos.

Desse modo, concluem os autores que **os Direitos Humanos – tal como evidenciados nas declarações de direito da França e dos EUA – representam a forma hegemônica de dominação da classe burguesa, representando a ascensão do capitalismo.**

## A DIFICULDADE DE RECONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ERA DA BIOPOLÍTICA: OS LIMITES DA CIDADANIA COMO DIREITO A TER DIREITOS, ESTADO DE EXCEÇÃO E CAMPO DE CONCENTRAÇÃO COMO PARADIGMAS POLÍTICOS MODERNOS

Vamos inicialmente compreender o que significa a era biopolítica. Com a objetividade necessária para fins do nosso estudo, devemos compreender que a era biopolítica constitui o estado da evolução da sociedade no qual a pessoa é ser objeto da política.

Dito de outro modo, a vida das pessoas é regida pela política e isso dita, inclusive, a evolução dos Direitos Humanos.

Nesse contexto de acordo com Celso Lafer, a era biopolítica dificulta a reconstrução dos Direitos Humanos. Para demonstrar a sua tese, o autor se de três exemplos:



- Os limites da cidadania como direito a ter direitos;
- Estado de exceção; e
- Campo de concentração como paradigmas políticos modernos.

Esses três aspectos demonstram como meios institucionalizados na política podem prejudicar a evolução dos Direitos Humanos.

Vejamos cada um desses aspectos.

Em relação aos **“limites da cidadania como o direito a ter direitos”**, Celso Lafer trata que a mera positivação dos Direitos Humanos não é suficiente para efetivá-los. Com fundamento no pensamento de Norberto Bobbio, o autor entende que é necessário ser cidadão para a pessoa seja merecedora da tutela dos Direitos Humanos, sob pena de ficar privado da proteção.

A cidadania apresenta-se como um meio institucionalizado da política que restringe o processo de ampliação dos Direitos Humanos, de forma que, na prática, a efetividade dos Direitos Humanos deveria depender apenas da condição humana, como ensina Hannah Arendt.

No que atine ao **“Estado de Exceção”**, o autor reporta-se ao pensamento de Giorgio Agamben, que analisa a estruturação jurídica do Terceiro Reich, que justificou politicamente as barbáries perpetradas pelo regime nazista, em total desrespeito aos Direitos Humanos, embora amparado inclusive pelo ordenamento jurídico alemão.

Novamente, temos um exemplo claro de um instrumento estatal, que impede o desenvolvimento e a efetividade dos Direitos Humanos.

Correlacionado ao aspecto anterior, os **“campos de concentração”** representam um aspecto na ordem jurídica que permite a suspensão de quaisquer direitos, independentemente da fundamentabilidade que o permeia. Conforme ensina o autor, temos a exceção tornando-se regra por intermédio da política, o que, evidentemente, é deletério para o desenvolvimento dos Direitos Humanos.

Em conclusão, nota-se que a era política pode constituir um limitador da reconstrução dos Direitos Humanos.

## ENCANTOS E DESENCANTOS DOS DIREITOS HUMANOS: ENTRE DOMINAÇÃO E EMANCIPAÇÃO

Novamente tivemos, dentro do edital da DPE-ES a cobrança específica de uma obra. Nesse caso, estamos a falar de David Sanchez Rubio, cuja obra é o título deste capítulo.

Novamente, vamos de forma objetiva e direta, abordar a síntese do pensamento do autor, a fim de que possa compreender de forma objetiva e direta a diretriz analisada.

Na obra o autor discute questões contemporâneas em torno dos Direitos Humanos, especialmente em relação à América Latina e tendo em vista os processos globalizatórios e da ideologia do neoliberalismo.



Primeiramente o autor define direitos fundamentais como o conjunto de direitos de caráter subjetivo que são aplicáveis a todos os seres humanos, que revelam o *status* de pessoa.

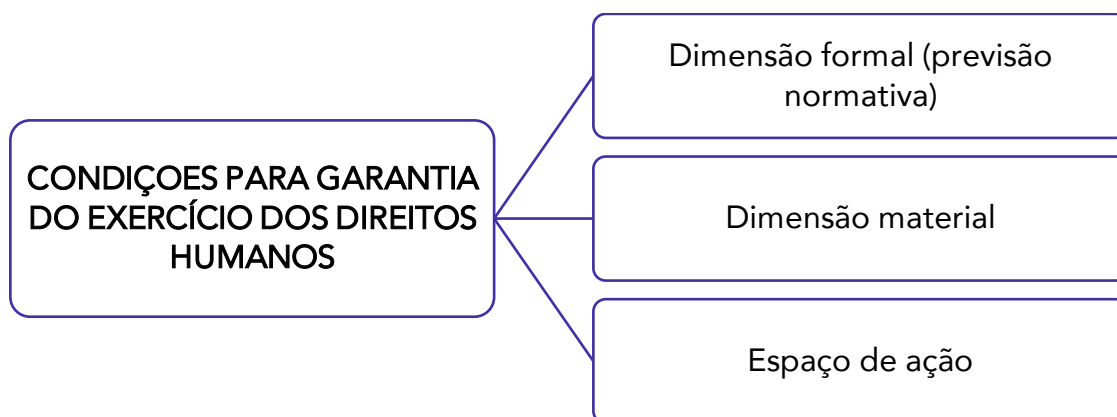
Esse conjunto abrange todos os direitos necessários para garantir a igualdade em sentido material, além de revelar a concepção universalista da disciplina. A garantia desses direitos depende, contudo, do grau de desenvolvimento da democracia de determinado Estado, ordenamento ou sistema. Aqui temos evidente a necessidade de se conceder à popular capacidade política de participação.

Além disso, é relevante para o desenvolvimento da concepção universal dos direitos humanos que seja observado o grau de reversibilidade do conceito de direitos fundamentais. Dito de outro modo, os direitos humanos constituem um conceito que pode ser tanto como instrumento de inclusão, como de exclusão.

A par desse esboço teórico, Rubio compreende que **a América Latina é dotada de um amplo e complexo conjunto de normas de Direitos Humanos que se apresentam universais**, mas, **na realidade, em razão do contexto social reproduzem lógicas de exclusão, marginalização e discriminação social, com redução dos espaços de participação política**.

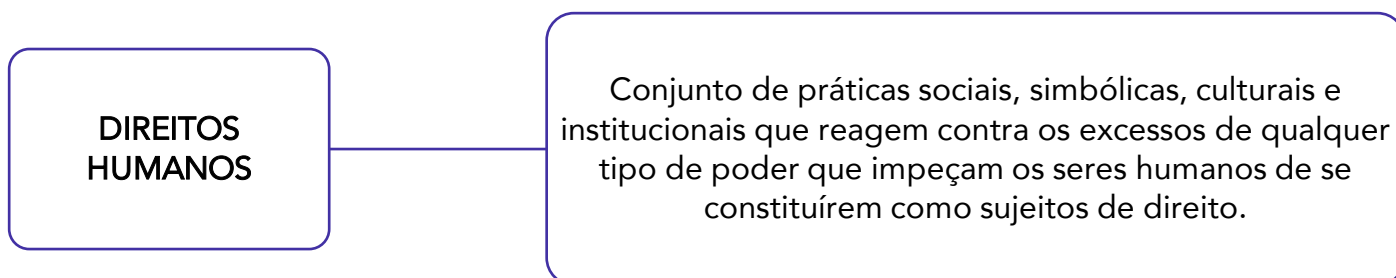
Segundo o autor, a efetiva garantia dos direitos humanos depende do preenchimento de três condições, que não são observadas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

São eles:



Em relação à terceira condição, ela se desenvolve os locais nos quais se reproduzem as lógicas de exclusão. A ideia aqui é a de trazer os direitos humanos à tona como uma espécie de luta de resistência, não apenas do Poder Judiciário mas de toda a sociedade.

Dessa forma, o autor conceitua Direitos Humanos da seguinte forma:



Entende o autor que do modo como está postado os Direitos Humanos atualmente, temos um conjunto de regras abstratas que atuam no sentido de proteger o sistema capitalista que se sobrepõem à dignidade, caso não esteja adaptado à lógica do sistema.

Assim, o conjunto de direitos assegurados acaba por manter a estrutura existente, com regras padronizadas, inviabilizando a dinâmica e os conflitos que possam surgir ante a complexidade das relações sociais.

Assim, conclui o autor, que é necessário, diante da complexidade das relações sociais, criar novas lutas de grupos que não participaram das lutas tradicionais que levaram ao surgimento dos direitos humanos, no caso: os ideais de liberdade e de igualdade (relacionados com a burguesia francesa), que levaram à estruturação do Estado Liberal capitalista.

Se nos atermos exclusivamente a esses direitos abstratos, a disciplina de Direitos Humanos tornar-se-á mera legitimação da dominação presente. Isso fica evidente, segundo o autor, quando se vê, por exemplo, práticas como “humanitarismo militar”, “guerras humanitárias” e “bombardeios humanitários”. São contrassensos decorrentes da legitimação da dominação sufragadas pelos próprios Direitos Humanos.

Outro assunto explorado diretamente pelo autor é a questão da discussão entre universalismo e relativismo cultural. Na discussão desse assunto, o autor identifica três paradoxos, a partir de exemplos práticos:

#### **1º PARADOXO: poder e duplo paradoxo**

A migração que outrora fora defendida tanto na Europa como nos EUA, sob o argumento de que era necessária mão de obra, hoje é repelida sob o argumento de que são prejudiciais ao direito social trabalhista interno desses países.

#### **2º PARADOXO: globalização e universalidade**

Por um lado utiliza-se a globalização para se impor determinada perspectiva universal de direitos e, por outro, são articulados instrumentos de separação e divisão entre os prejudicados na divisão de bens em face da globalização.

#### **1º PARADOXO: inversão ideológica e negação de direitos**

Resultado da fragmentação social produzida pelo sistema capitalista, por um lado, nega-se o reconhecimento de determinadas práticas sociais que questionem os limites da ordem social e cultural predominantes e, por outro, essas culturas não hegemônicas não são consideradas aptas a reivindicar direitos.





## PERSPECTIVAS PÓS-VIOLATÓRIAS, ESTATAIS E MONISTAS X PRÉ-VIOLATÓRIAS, EXISTENCIAIS E PLURALISTAS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Novamente a discussão envolve a doutrina de David Sanchez Rubio acerca dos Direitos Humanos. Aqui a temática é sintética e simples e tem por finalidade evidenciar uma realidade nefasta quanto ao distanciamento da prática e da teoria de direitos humanos.

É arraigada a ideia de que os Direitos Humanos constituem um instrumento pouco efetivo e impotente. De acordo com o autor, isso decorre do fato que a defesa dos Direitos Humanos ignora perspectivas pré-violatórias.

**Primeiramente vamos aos conceitos...**

### PERSPECTIVA PRÉ-VIOLATÓRIA

- Subsume-se à defesa existencial e plural dos Direitos Humanos, antes mesmo de qualquer violação. Antes de haver vítima, há necessidade de um esforço a fim de que os direitos e garantias fundamentais sejam assegurados e promovidos pelos diversos setores da sociedade, interna e internacional.

### PERSPECTIVA PÓS-VIOLATÓRIA

- Decorre da violação, vale dizer, com a violação dos Direitos Humanos, busca-se primeiramente a tutela estatal e, caso falha, somente assim, busca-se no plano internacional sob o argumento de que o ordenamento de direitos humanos é monista, a responsabilização e reparação do dano perpetrado.

Somente decorre a atuação dos Direitos Humanos, efetivamente na esfera internacional, após a violação interna. De certo modo, a atuação fica subordinada às instituições internas de cada país, notadamente do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

O resultado natural dessa realidade é que raros são os casos de violações de Direitos levados a conhecimento internacional, até porque, dada a subordinação, a sociedade conforma ou superdimensiona as leis e decisões internas.

Essa visão simplista e deficiente prejudica a efetividade dos Direitos Humanos.

Sugere o autor a necessidade de se construir os Direitos Humanos processual, relacional e dinâmico, a partir de prática sociais e ações humanas e não apenas voltada para a reparabilidade, quando houver insucesso na defesa ou reparação intraestatal.



Somente com a autonomia e libertação das amarras estatais, haverá empoderamento e efetividade dos Direitos Humanos. Entre as dimensões a serem recuperadas, o autor destaca:

- ↳ Lutas e ações sociais com a finalidade de criar novos espaços de liberdade e dignidade humana.
- ↳ Sensibilização popular para reconhecer a dimensão pré-violatória dos Direitos Humanos.
- ↳ Respeito aos Direitos Humanos nas relações e práticas sociais jurídicas ou não jurídicas.

## AS TENSÕES DA MODERNIDADE OCIDENTAL E AS TENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS: DA COLONIALIDADE À DESCOLONIALIDADE

Novamente a perspectiva abordada neste tópico passa pela discussão da universalidade dos Direitos Humanos. De acordo com Herrera Flores e Flávia Piovesan a interpretação tradicional dos Direitos Humanos é colonial, vale dizer, trata-se de um pensamento trazido pelos colonizadores, que nem sempre se adequam à realidade presente em países colonizados, tal como verificamos na América Latina.

Nesse contexto, temos a estruturação de Direitos Humanos pautados em um ideal universalista abstrato, que estabelece um mínimo ético a ser observado nas relações jurídicas. Esse mínimo ético conduz a um ponto de partida para a atuação, não um ponto de chegada.

Na realidade, os Direitos Humanos não se constituem como algo dado por intermédio de tratados e convenções internacionais, mas algo reconhecimento nesses documentos internacionais, a partir das lutas sociais. Desse modo, não é o direito que cria o direito humano, mas os direitos humanos que criam as regras jurídicas.

Nesse contexto, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos tradicionais – notadamente aqueles do Sistema Global de Direitos Humanos, reflete as lutas sociais dos países colonizadores, dos países Europeus e da realidade vivida naqueles lugares. Estão portanto, arraigados com a ideologia própria do momento em que surgiram.

Essa realidade ficou impressa nos ordenamentos jurídicos dos países colonizados, representando de forma abstrata um modelo abstrato de direitos humanos, universal.

Diante disso, a fim de os Direitos Humanos estejam mais próximos da realidade latino-americana, faz-se necessária uma análise crítica, que objetive desconstruir a colonialidade epistêmica dos Direitos Humanos na sua forma tradicional.

Os Direitos Humanos devem ser construídos e pensados, especialmente na América Latina, a partir do multiculturalismo que abrange nossa sociedade, levando em consideração peculiaridades étnicas. Devemos criar nosso próprio conjunto de regras fundamentais, que inclua o efetivo tratamento aos povos negros e



indígenas, de forma possibilitar abertura e a consolidação de espaço de luta pela dignidade humana, segundo a realidade das comunidades locais.

Portanto, a síntese do pensamento desse tópico, envolve **a reconstrução dos Direitos Humanos nos países colonizados – entre os quais se insere o Brasil – a fim de sejam criados espaços próprios para a defesa de direitos e interesses das comunidades locais.**

## OS DIREITOS HUMANOS NA ZONA DE CONTATO ENTRE GLOBALIZAÇÕES RIVAIS

Nesse tópico notamos que o examinador deu enfoque a entendimento específico exarado por Boaventura de Sousa Santos. Tal como adotamos ao longo dos capítulos específicos anteriores, vamos sintetizar, de forma didática a síntese do pensamento do autor.

O autor entende existir **formas de globalização**, com destaque para a oriental (ou islamita) e a ocidental (ou neoliberal). São orientações políticas dominantes, que são contra hegemônicas uma em relação à outra.

Nesse contexto a globalização oriental tem promovido dismantelamento da estrutura estatal ocidental e nos sistemas de proteção aos cidadãos. Essa rivalização é destacada em face da precarização das condições sociais em muitos países ocidentais.

Ademais, o movimento contra hegemônico oriental ganha força diante de movimentos sociais e das vítimas do Estado Neoliberal e do sistema capitalista.

De toda forma, de acordo com Boaventura de Sousa Santos, não há um desejo de emancipação e de libertação pelo modelo globalizatório islâmico, pois pretende-se, do mesmo modo, substituir o modelo hegemônico oriental com foco no Islã.

Essa clara rivalização de dois modelos hegemônicos é prejudicial ao multiculturalismo subjacente aos Direitos Humanos, por focar na noção de universalização com viés dominatório.

## OS DIREITOS HUMANOS COMO BANDEIRAS DE LUTAS DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Em relação aos movimentos sociais na consolidação dos Direitos Humanos, a doutrina de Solon Eduardo Annes Viola na obra Direitos Humanos e Democracia no Brasil, entende que os movimentos sociais possuem relevante papel na consolidação dos Direitos Humanos no Brasil, especialmente por contribuir de forma decisiva na superação do processo ditatorial.

Os movimentos sociais ligados a direitos humanos possuem grande importância por constituírem resistência ao autoritarismo militar, com a defesa de valores e princípios que, posteriormente, foram estatuídos na Constituição Cidadã de 1988, notadamente a defesa dos direitos sociais e econômicos.



Segundo o autor, os movimentos sociais constituem um dos primeiros manifestos efetivos contra a herança colonial e latifundiária. **A redemocratização constitui conquista desses movimentos, marcando efetiva tentativa de emancipação e de criação de novo espaço de discussão dos direitos fundamentais da sociedade brasileira.**

## **A RECONSTRUÇÃO CONTRA-HEGEMÔNICA DOS DIREITOS HUMANOS: DIREITOS HUMANOS INTERCULTURAIS, PÓS-IMPERIAIS E DESCOLONIAIS NO HORIZONTE PÓS-CAPITALISTA**

A síntese desses movimentos contra a universalização abstrata dos Direitos Humanos resulta na construção de um novo modelo de Direitos Humanos, um modelo reconstruído e contra hegemônico, que se destaca pelo:

- ↳ multicultulturalismo, vale dizer, pelo respeito às diversas particularidades locais, frente o ideal universalista abstrato, inadequado à realidade dos países latino-americanos;
- ↳ pós-imperialismo e descolonização dos Direitos Humanos, significa o desapego à construção imposta pelos países ocidentais, em respeito às particularidades locais para defesa dos direitos mais relevantes da comunidade local; e
- ↳ horizonte pós-capitalista, emancipado das amarras tradicionais de criação e defesa dos direitos humanos de liberdade e igualdade calcados nas ideias burgueses.

Como vocês puderam perceber, o edital deu significativo enfoque às críticas e ponderações ao universalismo. São várias as concepções de correntes doutrinárias que procuram mitigar a ideia de universalismo em sentido abstrato, ou seja, aquele conjunto intangível de Direitos Humanos criados com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Pactos (Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais).

De toda forma, essas regras, com origem nas revoluções burguesas não devem ser simplesmente descartadas, mas analisadas criticamente, reconstruídas de acordo com os espaços de discussão e realidades das culturas locais.

Em síntese, **a ideia central dos Direitos Humanos remanesce, qual seja, buscar um ponto de convergência (a dignidade da pessoa humana) em consideração às diversas particularidades locais. É ser universal na relatividade.**

Vamos às questões!



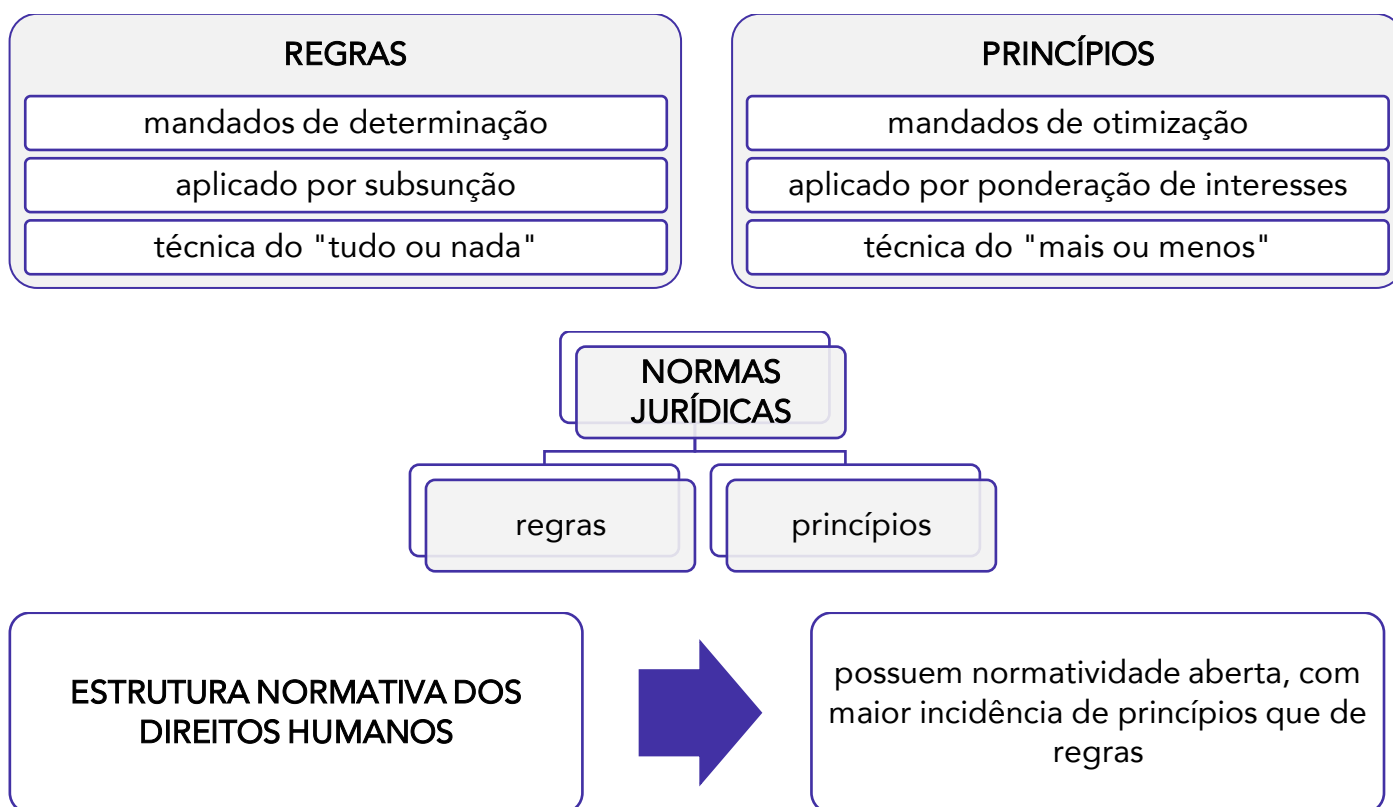
## RESUMO

### A sacralidade da pessoa e a dignidade humana

#### ● SACRALIDADE: ILUMINISMO *VERSUS* CRISTIANISMO

A pessoa torna-se uma instituição sagrada, não em razão da ideologia cristã necessariamente, envolve o desenvolvimento político, o pensamento cristão, o desenvolvimento da ciência, a evolução cultural da sociedade. Todos esses fatores levaram à sacralização da pessoa e da dignidade, o que resultou no surgimento e consolidação dos Direitos Humanos e, posteriormente, com a normatização da dignidade para a defesa da pessoa como uma instituição sagrada.

#### ● ESTRUTURA NORMATIVA



⇒ Princípios fundamentais na consolidação da disciplina:

- Dignidade da pessoa humana;
- Democracia;
- Razoabilidade-proporcionalidade.

⇒ Dignidade da pessoa humana: **a pessoa é colocada no centro das regras jurídicas.**

- dois elementos que caracterizam a dignidade da pessoa humana:



1º → elemento negativo: vedação à imposição de tratamento discriminatório, ofensivo ou degradante; e

2º → elemento positivo: busca por condições mínimas de sobrevivência, da qual decorre a ideia de *mínimo existencial*.

⇒ Democracia: **somente em Estados democráticos é possível cogitar o exercício de direitos.**

⇒ **Razoabilidade-proporcionalidade:** a inclusão da razoabilidade e da proporcionalidade como critério interpretativo proporciona uma abertura de valores na aplicação do Direito.

## Os direitos naturais do jusnaturalismo racional e do contratualismo moderno e os direitos fundamentais do juspositivismo

### ● JUSNATURALISMO

#### CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PARA O JUSNATURALISMO

universal

imutável

inato

independente



### ● JUSPOSITIVISMO

⇒ Inversão das relações tradicionais entre o direito natural e direito positivo;

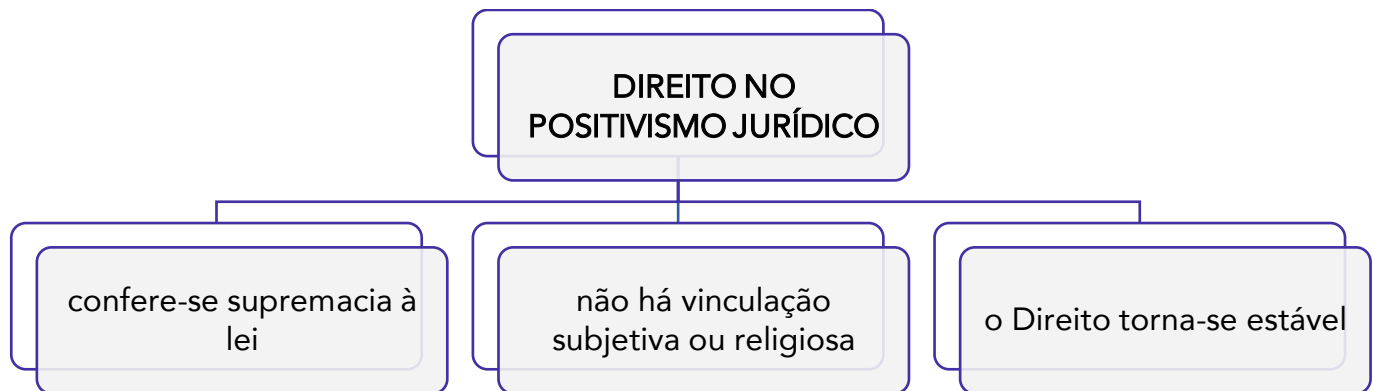
⇒ Concepção rigidamente estatal do direito, segundo a qual jurídicas são exclusivamente as normas postas pelo Estado. Tal concepção implica no princípio da onipotência do legislador;

⇒ A interpretação da lei fundada na intenção do legislador.

⇒ O culto do texto da lei, pelo qual o interprete deve ser rigorosamente - e, podemos dizer, religiosamente - subordinado às disposições dos artigos do Código.



↳ E o respeito pelo princípio de autoridade.



#### ● PÓS-POSITIVISMO



↳ O pós-positivismo aproveita:

- ↳ a estabilidade do direito positivista;
- ↳ base ética e moral jusnaturalista.

## Teoria crítica dos Direitos Humanos

A discussão central da obra de Herrera está em analisar a **origem histórica dos Direitos Humanos**, a partir de uma análise crítica.

É necessário desconstruir o conceito de Direitos Humanos fundado a partir de juízos e valores universais, que foram utilizados para:

1º - ferramenta de colonização



## 2º - instrumento de libertação

Na doutrina de Herrera Flores: O VIÉS DO RELATIVISMO CULTURAL COM FOCO NA DIGNIDADE HUMANA COMO PONTO UNIVERSAL.

A fim de construir um espaço de encontro entre as diversas formas de ação, o autor propõe “seis decisões iniciais”.

**1ª DECISÃO:** “pensar é pensar de outro modo”.

**2ª DECISÃO:** “da negatividade à afirmação ontológica e axiológica”.

**3ª DECISÃO:** “pensar as lutas pela dignidade humana significa problematizar a realidade”.

**4ª DECISÃO:** “da utopia às heterotopias”.

**5ª DECISÃO:** “a indignação diante do intolerável deve nos induzir ao encontro positivo e afirmativo de vontades críticas”.

**6ª DECISÃO:** “nem tudo vale o mesmo”.

## A denúncia da mistificação ideológica dos direitos humanos abstratos

Os Direitos Humanos – tal como evidenciados nas declarações de direito da França e dos EUA – representam a forma hegemônica de dominação da classe burguesa, representando a ascensão do capitalismo.

## A dificuldade de reconstrução dos direitos humanos na era da biopolítica: os limites da cidadania como direito a ter direitos, estado de exceção e campo de concentração como paradigmas políticos modernos

↳ biopolítica: a vida das pessoas é regida pela política e isso dita, inclusive, a evolução dos Direitos Humanos.

↳ A era biopolítica dificulta a reconstrução dos Direitos Humanos. Para demonstrar a sua tese, o autor se de três exemplos:

- Os limites da cidadania como direito a ter direitos;
- Estado de exceção; e
- Campo de concentração como paradigmas políticos modernos.

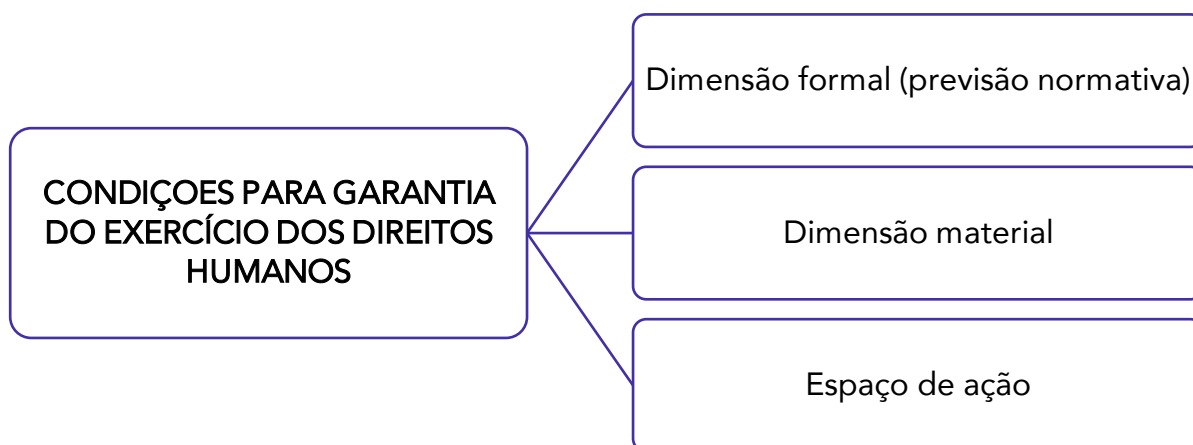




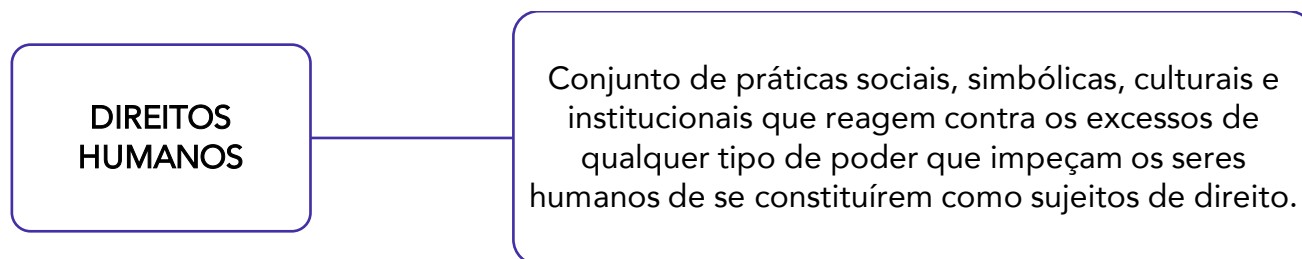
## Encantos e desencantos dos Direitos Humanos: entre dominação e emancipação

A América Latina é dotada de um amplo e complexo conjunto de normas de Direitos Humanos que se apresentam universais, mas, **na realidade**, em razão do contexto social reproduzem lógicas de exclusão, marginalização e discriminação social, com redução dos espaços de participação política.

Segundo o autor, a efetiva garantia dos direitos humanos depende do preenchimento de três condições, que não são observadas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.



↳ Conceito de Direitos Humanos:



## Perspectivas pós-violatórias, estatais e monistas X pré-violatórias, existenciais e pluralistas para a proteção dos Direitos Humanos

### PERSPECTIVA PRÉ-VIOLATÓRIA

- Subsume-se à defesa existencial e plural dos Direitos Humanos, antes mesmo de qualquer violação. Antes de haver vítima, há necessidade de um esforço a fim de que os direitos e garantias fundamentais sejam assegurados e promovidos pelos diversos setores da sociedade, interna e internacional.

### PERSPECTIVA PÓS-VIOLATÓRIA

- Decorre da violação, vale dizer, com a violação dos Direitos Humanos, busca-se primeiramente a tutela estatal e, caso falha, somente assim, busca-se no plano internacional sob o argumento de que o ordenamento de direitos humanos é monista, a responsabilização e reparação do dano perpetrado.

Somente decorre a atuação dos Direitos Humanos, efetivamente na esfera internacional, após a violação interna. De certo modo, a atuação fica subordinada às instituições internas de cada país, notadamente do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Essa visão simplista e deficiente prejudica a efetividade dos Direitos Humanos.

## As tensões da Modernidade ocidental e as tensões dos Direitos Humanos: da colonialidade à descolonialidade

Envolve a **reconstrução dos Direitos Humanos nos países colonizados** – entre os quais se insere o Brasil – a fim de sejam criados espaços próprios para a defesa de direitos e interesses das comunidades locais.

## Os Direitos Humanos na zona de contato entre globalizações rivais

Existem **formas de globalização**, com destaque para a oriental (ou islâmica) e a ocidental (ou neoliberal). São orientações políticas dominantes, que são contra hegemônicas uma em relação à outra.

Essa clara rivalização de dois modelos hegemônicos é prejudicial ao multiculturalismo subjacente aos Direitos Humanos, por focar na noção de universalização com viés dominatório.



## Os Direitos Humanos como bandeiras de lutas dos movimentos sociais

A redemocratização constitui conquista desses movimentos, marcando efetiva tentativa de emancipação e de criação de novo espaço de discussão dos direitos fundamentais da sociedade brasileira.

## A reconstrução contra-hegemônica dos Direitos Humanos: Direitos Humanos interculturais, pós-imperiais e descoloniais no horizonte pós-capitalista

A síntese desses movimentos contra a universalização abstrata dos Direitos Humanos resulta na construção de um novo modelo de Direitos Humanos, um modelo reconstruído e contra hegemônico, que se destaca pelo:

- ↳ multuculturalismo, vale dizer, pelo respeito às diversas particularidades locais, frente o ideal universalista abstrato, inadequado à realidade dos países latino-americanos;
- ↳ pós-imperialismo e descolonização dos Direitos Humanos, significa o desapego à construção imposta pelos países ocidentais, em respeito às particularidades locais para defesa dos direitos mais relevantes da comunidade local; e
- ↳ horizonte pós-capitalista, emancipado das amarras tradicionais de criação de defesa dos direitos humanos de liberdade e igualdade calcados nas ideias burgueses.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos ao final da nossa terceira aula. Vimos alguns aspectos introdutórios da matéria e passamos pela análise de diversos pontos específicos apontados no edital, que servem de síntese do pensamento atual dos direitos humanos.

Muito embora, seja difícil vislumbrar a cobrança objetiva de tais temas em provas de concurso público, é importante que tenhamos em mente a ideia central de cada autor, de modo que busquemos extrair o central de cada pensamento.

Na próxima aula – superada essa discussão crítica e propedêutica inicial – vamos tratar de temas concretos, notadamente da proteção internacional dos Direitos Humanos.

Até lá!

Quaisquer dúvidas, sugestões ou críticas entrem em contato conosco. Estou disponível no fórum no Curso, por e-mail e, inclusive, pelo *Facebook*.

Ricardo Torques



[rst.estrategia@gmail.com](mailto:rst.estrategia@gmail.com)



<https://www.facebook.com/direitoshumanosparaconcursos>

## QUESTÕES COMENTADAS

**1. (Inédita - 2018) Relativamente à afirmação histórica dos Direitos Humanos, julgue os itens seguintes.**

O movimento socialista, especialmente difundido por Karl Marx e Friedrich Engels, implicou o reconhecimento dos direitos difusos e coletivos.

### Comentários

O movimento socialista defende maior intervenção estatal, de modo que ao Estado compete prover, na medida de suas possibilidades as necessidades da sociedade. Essas necessidades caracterizam-se pelos direitos de segunda dimensão.

Logo, está **incorreta** a assertiva.

**2. (OAB/FGV - 2014) Ao explicar as características fundamentais da Escola da Exegese, o jusfilósofo italiano Norberto Bobbio afirma que tal Escola foi marcada por uma concepção rigidamente estatal de direito. Como consequência disso, temos o princípio da onipotência do legislador.**



Segundo Bobbio, a Escola da Exegese nos leva a concluir que

- a) a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplicá-la, mas, ao contrário, este deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei.
- b) o legislador é onipotente porque é representante democraticamente eleito pela população, e esse processo representativo deve basear-se sempre no direito consuetudinário, porque este expressa o verdadeiro espírito do povo
- c) uma vez promulgada a lei pelo legislador, o estado-juiz é competente para interpretá-la buscando aproximar a letra da lei dos valores sociais e das demandas populares legítimas.
- d) a única força jurídica legitimamente superior ao legislador é o direito natural; portanto, o legislador é soberano tomar suas decisões, desde que não violem os princípios do direito natural.

### Comentários

A questão exige o conhecimento da corrente de pensamento professada pela Escola da Exegese, uma das precursoras do juspositivismo.

Para a Escola de Exegese o Direito se reduz a um corpo de normas com o objetivo de evitar ao máximo a obscuridade e a ambiguidade do ordenamento jurídico.

Assim, ao juiz cabe tão somente aplicar a lei com neutralidade e objetividade, de modo que a vontade do intérprete se subsuma à vontade do legislador. Portanto, Direito e Lei possuem o mesmo significado para essa corrente de pensamento, na medida em que o juiz apenas aplica o Direito, sem qualquer possibilidade de produzi-lo. Desse modo, há prevalência da figura do legislador.

Desse modo, a lei não comporta interpretações por meio da razão ou da aplicação de valores. A interpretação literal é a única possível de acordo com a Escola de Exegese. Portanto, a **alternativa A** está correta e é o gabarito da questão.

**3. (OAB/FGV - 2014) Norberto Bobbio faz uma crítica (implícita) ao positivismo que "pegou pela mão" a escola exegetica e tornou a mesma uma escola rígida e alienada aos postulados legislativos, esquecendo que por trás de toda norma positivada há uma reflexão séria e profunda a respeito da aplicação dos Princípios Gerais do Direito (monovalentes), aos quais DEVE recorrer o aplicador da Lei diante do caso concreto sem aparente solução, ou seja, deve trazer uma carga de razão e critérios valorativos para alcançar a justiça.**

O filósofo inglês Jeremy Bentham, em seu livro Uma introdução aos princípios da moral e da legislação, defendeu o princípio da utilidade como fundamento para a Moral e para o Direito.

Para esse autor, o princípio da utilidade é aquele que

- a) estabelece que a moral e a lei devem ser obedecidas porque são úteis à coexistência humana na vida em sociedade.
- b) aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou diminuir a felicidade das pessoas cujos interesses estão em jogo.



c) demonstra que o direito natural é superior ao direito positivo, pois, ao longo do tempo, revelou-se mais útil à tarefa de regular a convivência humana.

d) afirma que a liberdade humana é o bem maior a ser protegido tanto pela moral quanto pelo direito, pois são a liberdade de pensamento e a ação que permitem às pessoas tornarem algo útil.

### Comentários

Jeremy Bentham é o criador do utilitarismo filosófico. Para Bentham, o ser humano está em constante embate entre dois fatores: a dor e o prazer. Assim, o princípio da utilidade é aquele que aprova ou desaprova determinada ação, de acordo com sua capacidade de aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa.

Assim, a lógica da utilidade consiste em colocar na dor e no prazer a causa das ações humanas e as bases do ordenamento jurídico. A regra de proporcionar o máximo de felicidade ao maior número de pessoas deve ter papel primordial no ato de legislar, pelo qual o legislador buscaria criar uma identidade de interesses a fim de atingir a felicidade da comunidade.

Desse modo, toda a ação é considerada aprovada ou desaprovada de acordo com a tendência de aumentar ou diminuir a felicidade das pessoas, o que torna a **alternativa B** correta e o gabarito da questão.

#### 4. (FGV/OAB - 2016) Segundo o Art. 1.723 do Código Civil, “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Contudo, no ano de 2011, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo.

A situação acima descrita pode ser compreendida, à luz da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, nos seguintes termos:

A) uma norma jurídica, uma vez emanada, sofre alterações semânticas pela superveniência de mudanças no plano dos fatos e valores.

B) toda norma jurídica é interpretada pelo poder discricionário de magistrados, no momento em que estes transformam a vontade abstrata da lei em norma para o caso concreto.

C) o fato social é que determina a correta compreensão do que é a experiência jurídica e, por isso, os costumes devem ter precedência sobre a letra fria da lei.

D) o ativismo judicial não pode ser confundido com o direito mesmo. Juízes não podem impor suas próprias ideologias ao julgarem os casos concretos.

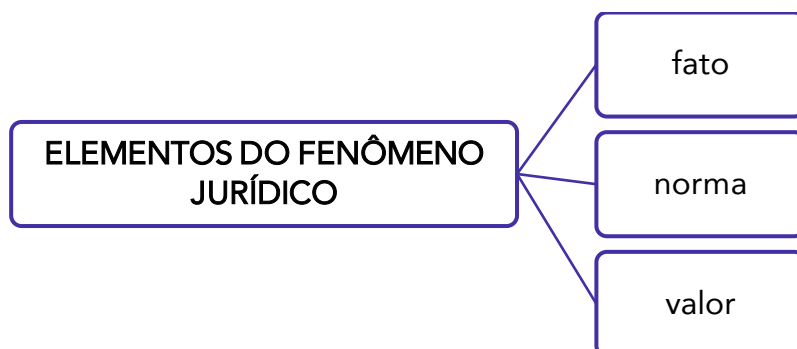
### Comentários

Como a banca tradicionalmente tem feito, a primeira questão abordou o pensamento de um jusfilósofo. É uma questão muito tranquila. Nessa questão foi abordado o pensamento de Miguel Reale, na forma como colocado em nosso material de aula.



A Teoria Tridimensional do Direito, segundo a qual a interpretação jurídica constitui **processo de integração dialética que implica ir do fato à norma e da norma ao fato, sem desconsiderar os valores subjacentes ao caso concreto**.

Desse modo, o fenômeno jurídico está abrangido pelos fatos, valores e normas.



Assim, a **alternativa A** é a correta e gabarito da questão.

**5. (OAB/FGV- 2015) Hans Kelsen, ao abordar o tema da interpretação jurídica no seu livro Teoria Pura do Direito, fala em ato de vontade e ato de conhecimento. Em relação à aplicação do Direito por um órgão jurídico, assinale a afirmativa correta da interpretação.**

- a) Prevalece como ato de conhecimento, pois o Direito é atividade científica e, assim, capaz de prover precisão técnica no âmbito de sua aplicação por agentes competentes.
- b) Predomina como puro ato de conhecimento, em que o agente escolhe, conforme seu arbítrio, qualquer norma que entenda como válida e capaz de regular o caso concreto.
- c) A interpretação cognoscitiva combina-se a um ato de vontade em que o órgão aplicador efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas por meio da mesma interpretação cognoscitiva.
- d) A interpretação gramatical prevalece como sendo a única capaz de revelar o conhecimento apropriado da mens legis.

### Comentários

A questão cobra o conhecimento da classificação dos métodos interpretativos sob a perspectiva de Hans Kelsen. O autor define interpretação como *uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito no seu progredir de uma norma de um escalão superior para um escalão inferior*.

Para Kelsen a norma superior serve como uma moldura, com a função de limitar a atuação da norma inferior, pois há várias possibilidades legais de aplicação do direito. Nesse sentido, a interpretação é responsável por escolher uma dessas possibilidades. Assim, o interprete se manteria neutro em um ato cognoscitivo, ou seja, desprovido de vontade. Essa interpretação cognoscitiva serviria para definir a moldura e conhecer todas as possibilidades de ação possíveis legalmente. Após, por meio de um ato de vontade, o aplicador escolherá uma de suas opções interpretativas. Essa é a interpretação cognoscitiva. Para Kelsen não há uma opção certa, pois a escolha é subjetiva.



Assim, a **alternativa C** está correta e é o gabarito da questão.

**6. (OAB/FGV - 2013) Considere a seguinte afirmação de Herbert L. A. Hart:**

“Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamentos, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão.”

(HART, Herbert. O Conceito de Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 141)

Hart admite um grau de indeterminação nos padrões de comportamento previstos na legislação e nos precedentes judiciais. A respeito, assinale a afirmativa correta.

- a) Trata-se do fenômeno chamado na doutrina jurídica de lacuna material do direito, em que o jurista não consegue dar uma resposta com base no próprio direito positivo para uma situação juridicamente relevante.
- b) Trata-se da textura aberta do direito, expressa por meio de regras gerais de conduta, que deve ganhar um sentido específico dado pela autoridade competente, à luz do caso concreto.
- c) Trata-se da incompletude do ordenamento jurídico que, por isso mesmo, deve recorrer aos princípios gerais do direito, a fim de promover uma integração do direito positivo.
- d) Trata-se do fenômeno denominado de anomia social pelos sociólogos do direito, em que existe um vácuo de normas jurídicas e a impossibilidade real de regulação de conflitos juridicamente relevantes.

**Comentários**

Segundo as teorias de Hart, as normas devem ser amplas para abarcar o maior número e ações humanas possíveis. Em face disso, surgem falhas na linguagem, o que dificulta a aplicação da norma ao caso concreto.

Nesse contexto, a lei deve possuir uma textura aberta, que se dá pela indeterminação da regra. O poder discricionário deixado pela linguagem pode ser amplo de tal modo que a aplicação da regra se reporte a uma escolha arbitrária e racional.

Portanto, se analisarmos as alternativas, a indeterminação nos padrões de comportamento a textura aberta do direito, de modo que está correta a **alternativa B**.

**7. (MPE-PR/MPE-PR - 2019) Assinale a alternativa incorreta:**

- a) A edição da Declaração Universal de Direitos Humanos foi o marco da universalidade e inerência dos direitos humanos.
- b) A teoria crítica dos direitos humanos objetiva a formulação de uma teoria geral dos direitos humanos apta a ser aplicada, a priori, a todos os contextos existentes no planeta.
- c) Segundo o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/2010), ações afirmativas são programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.
- d) Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização dos Estados Americanos, pode apresentar à Comissão





Interamericana petições que contenham denúncias ou queixas de violação à Convenção Americana de Direitos Humanos por um Estado Parte.

e) Os direitos humanos caracterizam-se pela existência da proibição de retrocesso, também chamada de “efeito cliquet”.

### Comentários

A **alternativa A** está correta. A inerência e a universalidade são 2 características dos direitos humanos. Pela inerência, os direitos humanos são inerentes a cada pessoa, pelo simples fato de existir como ser humano. Em contrapartida, pela universalidade, os direitos humanos pertencem a todos os membros da espécie humana, sem qualquer distinção fundada em atributos inerentes aos seres humanos ou na posição social que ocupem. Neste sentido, da leitura do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, extrai-se ambas características desses direitos.

A **alternativa B** é a incorreta e gabarito da questão. A teoria crítica dos direitos humanos propõe a reinvenção desses direitos. Herrera Flores compreende que o mundo não é estático, em outras palavras, para ela o mundo *não é*, mas sim *está sendo*, pois o mundo se encontra em constante movimento e transformação. Deste modo, não se pode conceber a noção de direitos humanos ou as violações a tais direitos como algo imutável ou natural, sem a possibilidade de críticas ou modificações.

A **alternativa C** está certa, pois está de acordo com a redação da Lei 12.288/2010:

Art. 1º [...]

VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

A **alternativa D** também está correta, pois, segundo o art. 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.

O efeito *cliquet* dos direitos humanos significa que os direitos não podem retroagir, só podendo avançar nas proteções dos indivíduos. No Brasil esse efeito é conhecido como princípio da vedação do retrocesso, ou seja, os direitos humanos só podem avançar. Deste modo, a **alternativa E** também está correta.

## LISTA DE QUESTÕES

1. (Inédita - 2018) Relativamente à afirmação histórica dos Direitos Humanos, julgue os itens seguintes.

O movimento socialista, especialmente difundido por Karl Marx e Friedrich Engels, implicou o reconhecimento dos direitos difusos e coletivos.



**2. (OAB/FGV - 2014) Ao explicar as características fundamentais da Escola da Exegese, o jusfilósofo italiano Norberto Bobbio afirma que tal Escola foi marcada por uma concepção rigidamente estatal de direito. Como consequência disso, temos o princípio da onipotência do legislador.**

Segundo Bobbio, a Escola da Exegese nos leva a concluir que

- a) a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplicá-la, mas, ao contrário, este deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei.
- b) o legislador é onipotente porque é representante democraticamente eleito pela população, e esse processo representativo deve basear-se sempre no direito consuetudinário, porque este expressa o verdadeiro espírito do povo
- c) uma vez promulgada a lei pelo legislador, o estado-juiz é competente para interpretá-la buscando aproximar a letra da lei dos valores sociais e das demandas populares legítimas.
- d) a única força jurídica legitimamente superior ao legislador é o direito natural; portanto, o legislador é soberano tomar suas decisões, desde que não violem os princípios do direito natural.

**3. (OAB/FGV - 2014) Norberto Bobbio faz uma crítica (implícita) ao positivismo que "pegou pela mão" a escola exegetica e tornou a mesma uma escola rígida e alienada aos postulados legislativos, esquecendo que por trás de toda norma positivada há uma reflexão séria e profunda a respeito da aplicação dos Princípios Gerais do Direito (monovalentes), aos quais DEVE recorrer o aplicador da Lei diante do caso concreto sem aparente solução, ou seja, deve trazer uma carga de razão e critérios valorativos para alcançar a justiça.**

O filósofo inglês Jeremy Bentham, em seu livro Uma introdução aos princípios da moral e da legislação, defendeu o princípio da utilidade como fundamento para a Moral e para o Direito.

Para esse autor, o princípio da utilidade é aquele que

- a) estabelece que a moral e a lei devem ser obedecidas porque são úteis à coexistência humana na vida em sociedade.
- b) aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou diminuir a felicidade das pessoas cujos interesses estão em jogo.
- c) demonstra que o direito natural é superior ao direito positivo, pois, ao longo do tempo, revelou-se mais útil à tarefa de regular a convivência humana.
- d) afirma que a liberdade humana é o bem maior a ser protegido tanto pela moral quanto pelo direito, pois são a liberdade de pensamento e a ação que permitem às pessoas tornarem algo útil.

**4. (FGV/OAB - 2016) Segundo o Art. 1.723 do Código Civil, "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".**

Contudo, no ano de 2011, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo.



A situação acima descrita pode ser compreendida, à luz da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, nos seguintes termos:

- A) uma norma jurídica, uma vez emanada, sofre alterações semânticas pela superveniência de mudanças no plano dos fatos e valores.
- B) toda norma jurídica é interpretada pelo poder discricionário de magistrados, no momento em que estes transformam a vontade abstrata da lei em norma para o caso concreto.
- C) o fato social é que determina a correta compreensão do que é a experiência jurídica e, por isso, os costumes devem ter precedência sobre a letra fria da lei.
- D) o ativismo judicial não pode ser confundido com o direito mesmo. Juízes não podem impor suas próprias ideologias ao julgarem os casos concretos.

**5. (OAB/FGV- 2015) Hans Kelsen, ao abordar o tema da interpretação jurídica no seu livro Teoria Pura do Direito, fala em ato de vontade e ato de conhecimento. Em relação à aplicação do Direito por um órgão jurídico, assinale a afirmativa correta da interpretação.**

- a) Prevalece como ato de conhecimento, pois o Direito é atividade científica e, assim, capaz de prover precisão técnica no âmbito de sua aplicação por agentes competentes.
- b) Predomina como puro ato de conhecimento, em que o agente escolhe, conforme seu arbítrio, qualquer norma que entenda como válida e capaz de regular o caso concreto.
- c) A interpretação cognoscitiva combina-se a um ato de vontade em que o órgão aplicador efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas por meio da mesma interpretação cognoscitiva.
- d) A interpretação gramatical prevalece como sendo a única capaz de revelar o conhecimento apropriado da mens legis.

**6. (OAB/FGV - 2013) Considere a seguinte afirmação de Herbert L. A. Hart:**

“Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamentos, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão.”

(HART, Herbert. O Conceito de Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 141)

Hart admite um grau de indeterminação nos padrões de comportamento previstos na legislação e nos precedentes judiciais. A respeito, assinale a afirmativa correta.

- a) Trata-se do fenômeno chamado na doutrina jurídica de lacuna material do direito, em que o jurista não consegue dar uma resposta com base no próprio direito positivo para uma situação juridicamente relevante.
- b) Trata-se da textura aberta do direito, expressa por meio de regras gerais de conduta, que deve ganhar um sentido específico dado pela autoridade competente, à luz do caso concreto.
- c) Trata-se da incompletude do ordenamento jurídico que, por isso mesmo, deve recorrer aos princípios gerais do direito, a fim de promover uma integração do direito positivo.
- d) Trata-se do fenômeno denominado de anomia social pelos sociólogos do direito, em que existe um vácuo de normas jurídicas e a impossibilidade real de regulação de conflitos juridicamente relevantes.

**7. (MPE-PR/MPE-PR - 2019) Assinale a alternativa incorreta:**



- a) A edição da Declaração Universal de Direitos Humanos foi o marco da universalidade e inerência dos direitos humanos.
- b) A teoria crítica dos direitos humanos objetiva a formulação de uma teoria geral dos direitos humanos apta a ser aplicada, a priori, a todos os contextos existentes no planeta.
- c) Segundo o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/2010), ações afirmativas são programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.
- d) Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização dos Estados Americanos, pode apresentar à Comissão Interamericana petições que contenham denúncias ou queixas de violação à Convenção Americana de Direitos Humanos por um Estado Parte.
- e) Os direitos humanos caracterizam-se pela existência da proibição de retrocesso, também chamada de “efeito cliquet”.

## GABARITO

1. INCORRETA
2. A
3. B
4. A
5. C
6. B
7. B



# ESSA LEI TODO MUNDO CONHECE: PIRATARIA É CRIME.

Mas é sempre bom revisar o porquê e como você pode ser prejudicado com essa prática.



1 Professor investe seu tempo para elaborar os cursos e o site os coloca à venda.



2 Pirata divulga ilicitamente (grupos de rateio), utilizando-se do anonimato, nomes falsos ou laranjas (geralmente o pirata se anuncia como formador de "grupos solidários" de rateio que não visam lucro).



3 Pirata cria alunos fake praticando falsidade ideológica, comprando cursos do site em nome de pessoas aleatórias (usando nome, CPF, endereço e telefone de terceiros sem autorização).



4 Pirata compra, muitas vezes, clonando cartões de crédito (por vezes o sistema anti-fraude não consegue identificar o golpe a tempo).



5 Pirata fere os Termos de Uso, adultera as aulas e retira a identificação dos arquivos PDF (justamente porque a atividade é ilegal e ele não quer que seus fakes sejam identificados).



6 Pirata revende as aulas protegidas por direitos autorais, praticando concorrência desleal e em flagrante desrespeito à Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98).



7 Concurseiro(a) desinformado participa de rateio, achando que nada disso está acontecendo e esperando se tornar servidor público para exigir o cumprimento das leis.



8 O professor que elaborou o curso não ganha nada, o site não recebe nada, e a pessoa que praticou todos os ilícitos anteriores (pirata) fica com o lucro.



Deixando de lado esse mar de sujeira, aproveitamos para agradecer a todos que adquirem os cursos honestamente e permitem que o site continue existindo.