

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITOS  
HUMANOS CURSO DE MESTRADO

FÁBIO GUTIERRES KANASHIRO

**A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E OS DIREITOS  
HUMANOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS: CASO *LHAKA HONRAT VS*  
ARGENTINA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS  
HUMANOS E SUA REPERCUSSÃO PERANTE O SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

Campo Grande – MS

2024

FÁBIO GUTIERRES KANASHIRO

**A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E OS DIREITOS  
HUMANOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS: CASO *LHAKA HONRAT VS*  
ARGENTINA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS  
HUMANOS E SUA REPERCUSSÃO PERANTE O SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Elisaide Trevisam.

Campo Grande - MS

2024

Eu, Fábio Gutierrez Kanashiro, autorizo a reprodução total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada à fonte.

Assinatura: \_\_\_\_\_

Data: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Biblioteca da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS, Campo Grande, MS, Brasil

--

**Nome:** Fábio Gutierrez Kanashiro

**Título:** A teoria da justiça de John Rawls e os direitos humanos dos povos originários: Caso *Lhaka Honrat vs Argentina* na Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua repercussão perante o Supremo Tribunal Federal.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: 24/05/2024

### **Banca Examinadora**

Orientadora: Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup>. Elisaide Trevisan

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Sandra Regina Martini

Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter)

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr<sup>ª</sup> Ana Paula Martins Amaral

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Fernando S. Melo P. Miranda

Universidade de Sorocaba (UNISO)

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Campo Grande

2024

## **DEDICATÓRIA**

“À cidadania plena dos povos originários  
e a concretização efetiva do horizonte  
emancipatório dos direitos humanos.”

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela dádiva da existência, por Ser, acima de tudo, presente em minha vida nos momentos difíceis, sendo a paz que excede a todo o entendimento.

Aos meus pais, Irene e Milton (*in memoriam*), minha saudade eterna, meus maiores incentivadores na aventura do conhecimento, gratidão por tudo.

Nessa caminhada de dois anos de mestrado, duas pessoas foram especialmente importantes. Camila, o amor da minha vida, minha companheira de todos os momentos, meu apoio incondicional, seu exemplo e suas palavras foram o meu esteio nos instantes mais desafiadores. A tia Maria Kanashiro, com seu jeito simples e poucas palavras, fez a diferença para concretização dessa importante etapa da minha jornada.

A construção da vida acadêmica certamente é um empreendimento coletivo, por isso, tenho muito a agradecer a todos os colegas que compartilharam aulas, debates, palestras, seminários, apresentações e estimularam em mim, formas diferentes de pensar e observar a amplitude dos direitos humanos. Meus profundos agradecimentos aos professores e à Coordenação do Curso de Mestrado - PPGD/UFMS, pelo comprometimento em entregar com excelência as melhores aulas e atividades a fomentar ideias de vanguarda do direito. Ao time 100% feminino de professoras que compuseram a banca de qualificação, toda minha admiração.

Às minhas queridas orientadoras. Agradeço imensamente à professora Sandra Regina Martini por aceitar o projeto de pesquisa inicial e subsequentemente compartilhar seu vasto conhecimento para concretização desta pesquisa. Por fim, faço um agradecimento muito especial à professora Elisaide Trevisam, munida de um contagioso espírito afetuoso, foi decisiva para finalização da última etapa do mestrado.

*Quantas estradas um homem deve percorrer  
Antes de chamá-lo de homem?  
Quantos mares uma pomba branca deve navegar  
Antes dela dormir na areia?*

*Sim, e quantas vezes as balas de canhão devem  
voar*

*Antes que sejam banidos para sempre?*

*A resposta, meu amigo, está soprando no vento.  
A resposta está soprando no vento.*

Bob Dylan (1941)

*“O amor é mais sábio que a sabedoria”.*

Umberto Eco (1932 -2016)

## RESUMO

KANASHIRO, Fábio Gutierrez. **A teoria da justiça de John Rawls e os direitos humanos dos povos originários: Caso *Lhaka Honrat vs Argentina* na Corte Interamericana De Direitos Humanos e sua repercussão perante o Supremo Tribunal Federal.** 2024. 154 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2024.

A presente dissertação tem como objetivo geral analisar a conexão e aplicação da teoria da justiça de John Rawls e os direitos humanos dos povos originários, tendo como premissa a decisão paradigma da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte-IDH ao julgar o caso *Lhaka Honrat (Nuestra Tierra) vs Argentina*. O referido julgamento versa pela primeira vez sobre a aplicação autônoma do artigo 26º da CADH sob a compreensão da OC 23/17, que assegura os direitos econômicos, sociais e culturais dos povos indígenas, reconhecendo, (1) a proteção ao meio ambiente saudável; (2) direito a alimentação adequada e o direito humano a água; (3) direito fundamental à identidade cultural dos povos indígenas e (5) direito comum à participação (consulta) em uma inter-relação com o direito a propriedade indígena. Sobre essa perspectiva, os objetivos específicos dessa análise são: a) viabilizar e aplicar princípios de justiça política em casos estruturantes que envolvam direitos humanos fundamentais das populações indígenas; b) construir e buscar a efetiva emancipação dos povos originários por meio do exercício de sua cidadania plena; c) estabelecer um diálogo entre Cortes, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal; d) fomentar uma alternativa ao utilitarismo e a política da diferença ao sopesar questões indígenas; e) fazer uma análise da justiça como equidade perante o Supremo Tribunal Federal – STF, especialmente sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5905 – que tem como pauta a constitucionalidade da consulta livre, prévia e informada estabelecida pela influência da Convenção 169 da OIT, ratificando a ideia do constitucionalismo multinível. À luz da problemática massiva da desigualdade social e assimetrias dos povos originários, especialmente pela falta de cidadania participativa, foi possível alcançar sua real emancipação e desenvolvimento no interior da democracia contemporânea, proporcionando o efetivo cumprimento dos direitos humanos? Uma justiça procedimental, que preconiza o justo como prioridade em relação ao bem a ser alcançado no interior de uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo, instiga e permite a aplicação de princípios de justiça escolhidos racionalmente, para ressignificar os direitos humanos dos povos originários. Desta forma, esta pesquisa tem como escopo estabelecer a importância teórica e prática sobre uma teoria da justiça para efetivação dos direitos humanos e cidadania. Preliminarmente ficou evidente a possibilidade da aplicação de princípios de justiça política no âmbito judicial, em especial na construção igualitária de John Rawls. Para construir essa abordagem, foi empregado o método dedutivo, partindo da cronologia das teorias da justiça desde a Antiguidade até John Rawls, analisando o corpo normativo internacional e nacional sobre a proteção das populações originárias, chegando a análise da decisão da Corte-IDH no caso *Lhaka Honrat (Nuestra Tierra) vs Argentina* e sua repercussão no direito interno, tendo como mecanismo de igualdade a Convenção 169 da OIT, concretizando a cidadania participativa dos povos originários. Salienta-se, que a presente pesquisa caracteriza-se como bibliográfica e qualitativa.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Povos Originários. Teoria da Justiça. Cidadania Convenção 169 da OIT.

## ABSTRACT

KANASHIRO, Fábio Gutierrez. **John Rawls' theory of justice and the human rights of original peoples: Lhaka Honrat vs Argentina case at the Inter-American Court of Human Rights and its repercussions before the Federal Supreme Court.** 2024. 154 fl. Dissertation (Master of Laws) - School of Law, Federal University of Mato Grosso do Sul, 2024.

The general objective of this dissertation is to analyze the connection and application of John Rawls' theory of justice and the human rights of original peoples, having as its premise the paradigm decision of the Inter-American Court of Human Rights - Court-IDH when judging the *Lhaka Honrat* case (*Nuestra Tierra*) vs Argentina. The aforementioned judgment deals for the first time with the autonomous application of article 26 of the ACHR under the understanding of OC 23/17, which ensures the economic, social and cultural rights of indigenous peoples, recognizing, (1) the protection of a healthy environment; (2) the right to adequate food and the human right to water; (3) fundamental right to cultural identity of indigenous peoples and (5) common right to participation (consultation) in an interrelationship with the right to indigenous property. From this perspective, the specific objectives of this analysis are: a) to enable and apply principles of political justice in structural cases involving fundamental human rights of indigenous populations; b) build and seek the effective emancipation of original peoples through the exercise of their full citizenship; c) establish a dialogue between Courts, especially the Inter-American Court of Human Rights and the Federal Supreme Court; d) encourage an alternative to utilitarianism and the politics of difference when considering indigenous issues; e) carry out an analysis of justice as equity before the Federal Supreme Court – STF, especially on Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 5905 – which has as its agenda the constitutionality of free, prior and informed consultation established by the influence of ILO Convention 169, ratifying the idea of multilevel constitutionalism. In light of the massive problems of social inequality and asymmetries of original peoples, especially due to the lack of participatory citizenship, was it possible to achieve their real emancipation and development within contemporary democracy, providing the effective fulfillment of human rights? Procedural justice, which advocates justice as a priority in relation to the good to be achieved within a society marked by the fact of pluralism, instigates and allows the application of rationally chosen principles of justice, to give new meaning to the human rights of original peoples. In this way, In this way, this research has the scope established the theoretical and practical importance of a theory of justice for the implementation of human rights and citizenship. Preliminarily, the possibility of applying principles of political justice in the judicial sphere became evident, especially in the egalitarian construction of John Rawls. To build this approach, the deductive method was used, starting from the chronology of theories of justice from Antiquity to John Rawls, analyzing the international and national normative body on the protection of original populations, arriving at the analysis of the IDH Court's decision in the case *Lhaka Honrat* (*Nuestra Tierra*) vs Argentina and its repercussion on domestic law, using ILO Convention 169 as an equality mechanism, implementing the participatory citizenship of original peoples. It should be noted that this research is characterized as bibliographic and qualitative

**Keywords:** Human rights. Original Peoples. Theory of Justice. Citizenship. ILO Convention 169.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1. DAS TEORIAS DA JUSTIÇA.....</b>	<b>14</b>
1.1 UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA SOBRE O VALOR DA JUSTIÇA. ....	18
<b>1.1.1 A Justiça na Antiguidade. ....</b>	<b>19</b>
<b>1.1.2 Justiça na Idade Média.....</b>	<b>24</b>
<b>1.1.3 Justiça na Modernidade. ....</b>	<b>31</b>
1.2 A JUSTIÇA CONTEMPORÂNEA. ....	40
1.3 JOHN RAWLS E UMA TEORIA DA JUSTIÇA. ....	46
<b>1.3.1 A Justificação dos princípios de justiça. ....</b>	<b>53</b>
<b>1.3.2 A Justiça como equidade e Estrutura Básica da Sociedade.....</b>	<b>60</b>
<b>2. POVOS ORIGINÁRIOS.....</b>	<b>68</b>
2.2 POVOS ORIGINÁRIOS NO DIREITO BRASILEIRO .....	76
2.3 OS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS NO DIREITO INTERNACIONAL.....	83
<b>3. CIDADANIA PARTICIPATIVA COMO PRIMADO DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>96</b>
3.1 CIDADANIA COMO ELEMENTO DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS.....	106
3.2 O DIREITO A CONSULTA LIVRE, PRÉVIA E INFORMADA E A CONVENÇÃO 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO COMO MECANISMO DA CIDADANIA.....	116
3.3 O CASO <i>LHAKA HONRAT (NUESTRA TIERRA)</i> vs ARGENTINA COMO PARADIGMA DECISÓRIO DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS .....	129
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>137</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>143</b>

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo geral analisar a conexão e aplicação da teoria da justiça de John Rawls e os direitos humanos dos povos originários, tendo como pressuposto a decisão paradigma da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH ao julgar o caso *Lhaka Honrat (Nuestra Tierra) vs Argentina*.

O referido julgamento consagra pela primeira vez a aplicação autônoma do artigo 26º da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, sob a influência da OC/ 23-17, que assegura os direitos econômicos, sociais e culturais, reconhecendo aos povos originários a proteção ao meio ambiente saudável; direito a alimentação adequada e o direito humano a água; direito fundamental à identidade cultural dos povos indígenas e direito comum à participação (consulta) em uma inter-relação com o direito a propriedade indígena.

Nota-se a relevância do tema, diante da busca pelos direitos humanos dos povos originários alcançar uma pauta internacional e sobretudo, nacional e regional, tendo em vista a significativa presença das populações indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul e sua evidente assimetria de direitos e garantias não contemplados.

Na América Latina, em especial no Brasil, desde a tomada de seus territórios pelos colonizadores europeus, a busca por igualdade e emancipação dos povos originários tem demandado uma ininterrupta luta por direitos e justiça, iniciando-se pelo Alvará Régio de 1680, do Brasil Colônia, e a Lei Pombalina, de 1755, onde já existia a concepção dos indígenas como os “primeiros e naturais” senhores das terras que ocupavam, passando pela Lei de Terras, de 1850, no período do Império, sendo consagrado, pela primeira vez no período Republicano, a questão indígena no interior da Constituição de 1934.

Na última quadra do Século XX, tanto no âmbito internacional, quanto no panorama doméstico, a superação das desigualdades sociais atinentes aos povos originários ocupam relevante protagonismo em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, bem como na Constituição Federal de 1988 e sua legislação ordinária sobre o tema. Dentre os principais documentos de garantia e proteção aos indígenas, destaca-se a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 e a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Na formulação de uma base legal, interna e externa, o cenário protetivo sobre os direitos humanos dos povos originários tem seu edifício sedimentado. A inovação desta pesquisa é coadunar a perspectiva dos direitos humanos a temática de uma teoria da justiça como um procedimento normativo axiológico, que visa auxiliar a efetividade desses direitos.

Não obstante, a temática de uma teoria da justiça servir de fundamentação, análise e superação de diferentes desigualdades, como as de classe, raça, gênero e oportunidades, resta timidamente um aprofundamento sobre as assimetrias sociais no que tange as etnias, comunidades e sobretudo povos originários.

Para isso, outro objeto central desta pesquisa é ressaltar a ideia de “Uma Teoria da Justiça” de John Rawls e a aplicação de seus princípios racionais e razoáveis dentro da perspectiva dos direitos humanos dos povos originários. Assim, foram abordados todos os ideais de justiça desde a Antiguidade até a Era contemporânea, resgatando a importância deste tema, especialmente após o período do pós-guerra.

Para afirmar um pressuposto objetivo, que sirva de parâmetro para observar qual tipo de assimetria fica mais evidente, utilizou-se as concepções sobre cidadania de T. H. Marshall e José Murilo de Carvalho. Ao perpassar a cronologia histórica dos direitos, comprovou-se que a emancipação indígena, jamais foi um horizonte desse grupo étnico-social. Portanto, a falta de participação nas decisões fundamentais para seu contexto social foram silenciadas pela instituições sociais.

Sobre essa perspectiva, após o julgamento do caso *Lhaka Honrat (Nuestra Tierra)* vs Argentina e sua conseqüente repercussão em toda comunidade latino americana de nações, reverberando decisões e julgamentos pretéritos, busca-se viabilizar e aplicar princípios de justiça política em casos estruturantes que envolvam direitos humanos fundamentais das populações indígenas; construir uma fundamentação igualitária para buscar a efetiva emancipação dos povos originários; potencializar o direito de consulta livre, prévia e informada como forma de efetiva cidadania; estabelecer um diálogo entre Cortes, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal; fomentar uma alternativa ao utilitarismo e a política da diferença ao sopesar questões indígenas.

Como parte final da delimitação do tema, faz-se uma análise da justiça como equidade aplicada as ações constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5905 - Constitucionalidade da consulta prévia estabelecida na Convenção 169 da OIT, ratificando a ideia do constitucionalismo multinível.

Diante da problemática massiva da desigualdade social e assimétrica dos povos originários, ainda não é possível alcançar sua real emancipação e desenvolvimento no interior da democracia contemporânea, proporcionando o efetivo cumprimento dos direitos humanos e cidadania plena. Uma justiça procedimental, que preconiza o justo como prioridade em relação ao bem a ser alcançado, no interior de uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo, instiga e permite a aplicação de princípios de justiça escolhidos racionalmente, para ressignificar os

direitos humanos dos povos originários.

Desta forma, esta pesquisa adota uma abordagem qualitativa para a superação da problemática histórica da desigualdade social e não emancipatória dos povos originários, tendo como escopo, estabelecer a importância teórica e prática sobre uma teoria da justiça para efetivação dos direitos humanos, bem como a cidadania plena.

Como hipótese, ficou evidente a possibilidade da aplicação de princípios de justiça política no âmbito da estrutura jurisdicional, em especial, a construção de um ideal de justo, liberal-igualitário defendido por John Rawls. Essa construção cognitiva teve em seu núcleo constitutivo uma revisão bibliográfica e documental, amparada por livros, artigos científicos, sites especializados, dissertações, teses, bem como, legislação, pareceres e jurisprudência interna e externa, partilhados em três capítulos.

Para construir essa abordagem, foi empregado o método dedutivo, partindo da cronologia das teorias da justiça desde a Antiguidade até o pós-guerra na segunda metade do Século XX, analisando o corpo normativo internacional e nacional sobre a proteção das populações originárias, chegando a análise da decisão da Corte-IDH no caso *Lhaka Honrat (Nuestra Tierra) vs Argentina* e sua repercussão no direito interno, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal.

## 1 DAS TEORIAS DA JUSTIÇA

Este capítulo tratará das teorias da justiça que antecederam o modo como esse ideal axiológico é retratado na atualidade. Muito embora, o referido tema tenha aplicações em vários aspectos da vida em sociedade, aqui será observado as características centrais da justiça em cada Época. Portanto, cabe um recorte histórico de determinado período da humanidade, para construir uma visão integral do tema, em especial para a compreensão contemporânea de John Rawls sobre a justiça, uma das proposições centrais desta pesquisa.

A trajetória humana, pelas diversas concepções do modo excelente de vida, estabelece a virtude da justiça como pressuposto guardião da caminhada civilizatória. Ainda em fase embrionária do ponto de vista histórico, o paradigma da justiça detém um destaque epistemológico no panorama social. Foi da categoria principiológica da justiça que se sedimentou a ideia de “*ius*” para os romanos e “*polis*” para os gregos, criando um sistema autônomo de solução de conflitos e um modo eficiente de organização social, aflorando deste termo inicial, toda construção do edifício humanístico que alcança a contemporaneidade.

Destas duas concepções greco-romanas, emerge a arquitetura ocidental dos costumes, sedimentando suas bases até os dias atuais. Ao retratar a dinâmica da *polis* grega e a *res publica* dos romanos, Tércio Sampaio Ferraz Junior (2009, p. 23), afirma categorias fundamentais para compreensão do ideal de justiça:

Na *polis*, o homem se desprende aos poucos do todo mágico e aparece como indivíduo, que pode agir em função de (boas ou más) possibilidades, escolhendo racionalmente entre elas. Daí se seguia concepção do homem-indivíduo como ser livre na *polis*, isto é, **alguem que se movia entre iguais e participava do poder**. A *polis* era o lugar onde a ação livre do homem tinha curso. Não se trata ainda de livre-arbítrio (noção cristã, que aparece mais tarde), mas de uma qualidade da ação do homem que vive na *polis* e participa de seu governo (**ser livre = agir politicamente, isto é, participar da coisa pública, entre iguais**). A sociedade se identifica com a *polis*, ela é *societas civis* ou *koinomia*, isto é, conjunto de homens livres e não livres, e o poder é algo de que participam os homens livres. Daí ser seu protótipo a família, em que as relações básicas são entre homem-marido e senhor – e a mulher e os filhos e os escravos. Nesse sentido, o uso de conceitos como governante/governado, dominante /dominado para descrever o fenômeno do poder dentro da *polis* enquanto todo social. Aqui, as relações todo/parte absorvem as relações fins/meios, pois o homem (livre) é o centro da vida social, o protótipo do todo e, assim, o endereçado dos fins sociais. Os demais (não livres) são suas partes e seus meios (Cf. Aristóteles. Política 1252<sup>a</sup>,1254<sup>a</sup>, p. 28 ss). Fora da *polis*, os outros são estrangeiros, bárbaros (sociedade numa concepção racionalizada como conjunto dos indivíduos livres e não livres. Também os romanos, o povo romano era um conjunto de homens, ligados pelo direito e capacitados a gozar a *res publica* (Grifos nossos).

O direito ou formas de direito, assim como a justiça, existem em todas as sociedades, como expressão da vida em comunidade, assim assinalado no brocardo latim “*ubi societas ibi ius*” ou “onde há sociedade, há direito” e por isso toda a estrutura social, necessita

invariavelmente de regras para atingir e garantir determinado fim, seja ele qual for.

A expressão *theorein*<sup>1</sup> dos gregos significa o modo de observar determinada situação ou objeto, portanto, a maneira como se observa a justiça ou como se compreende uma teoria de justiça foi estabelecida na Antiguidade, assim como em cada período histórico subsequente, revelando-se um pressuposto universal para o corpo social atingir seus objetivos almejados

A justiça é, em última instância, para alguns autores, um pressuposto ou um princípio estabelecido como categoria universal, situando-se como axioma incontornável para qualquer modo de vida, especialmente uma virtude social, como afirma Santo Tomás de Aquino:

Em sentido contrário, na mesma passagem, Isidoro esclarece: "o direito (*jus*) é assim chamado porque é justo" Ora, o justo é o objeto da justiça. É o que afirma o Filósofo. "Todos concordam em dar o nome de justiça ao hábitus que nos leva a praticar coisas justas" Portanto, o direito é o objeto da justiça. RESPONDO. Entre as demais virtudes, é próprio à justiça ordenar o homem no que diz respeito a outrem. Implica, com efeito, uma certa igualdade, como seu próprio nome indica, pois se diz comumente: o que se iguala se ajusta. Ora, a igualdade supõe relação a outrem. As demais virtudes, ao contrário, aperfeiçoam o homem somente no que toca a si próprio. Assim, pois, nas atividades das outras virtudes, a retidão visada pela intenção virtuosa como seu objeto próprio só tem em conta o agente. A retidão, porém, na ação da justiça, mesmo sem considerar a referência ao agente, se constitui pela relação com o outro. Com efeito, temos por justo em nosso agir aquilo que corresponde ao outro, segundo uma certa igualdade, por exemplo, a remuneração devida a um serviço prestado<sup>2</sup> (AQUINO, 2012, p. 46-47.). (Tradução nossa).

As regras, sejam elas, alocadas em um sistema teocrático ou laico, sempre são fundamentadas por ideias universais de justiça. O *Islã*, uma religião monoteísta que orienta a forma de vida de várias pessoas, surgiu com base no Alcorão, uma revelação divina ao profeta

<sup>1</sup> "O termo "teoria" provém do verbo grego *theorein*. O substantivo correspondente é teoria. Estas palavras têm de próprio uma significação superior e misteriosa. O verbo *theorein* nasceu da composição de dois étimos: *thea* e *horáw*. *Thea* (veja-se teatro) diz a fisionomia, o perfil em que alguma é e se mostra, a visão que é o oferece. Platão chama esse perfil em que o vigente mostra o que é, de eidos. Ter visto, *eidēnai*, o perfil é saber. O segundo étimo em *theorein*, o *horáw*, significa: ver alguma coisa, toma-la sob os olhos, percebê-la com a vista. Assim resulta que o *theorein* é *thean horan*: visualizar a fisionomia em que aparece o vigente, vê-lo e por esta visão ficar sabendo e sendo com ele" (HEIDEGGER, Martin. "Ciência e pensamento do sentido", trad. Emmanuel Carneiro Leão. In: ---. Ensaio e conferências. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 44).

<sup>2</sup> *SED CONTRA est quod Isidorus dicit, in eodem, quod ius dictum est quia est iustum. Sed iustum est obiectum iustitiae: dicit enim Philosophus, in V Ethic., quod omnes talem habitum volunt dicere iustitiam a quo operativi iustorum sunt. Ergo ius est obiectum iustitiae. RESPONDEO dicendum quod iustitiae proprium est inter alias virtutes ut ordinet hominem in his quae sunt ad alterum. Importat enim aequalitatem quandam, ut ipsum nomen demonstrat: dicuntur enim vulgariter ea quae adaequantur iustari. Aequalitas autem ad alterum est. Aliae autem virtutes perficiunt hominem solum in his quae ei conveniunt secundum seipsum. Sic igitur illud quod est rectum in operibus aliarum virtutum, ad quod tendit intentio virtutis quasi in proprium obiectum, non accipitur nisi per comparationem ad agentem. Rectum vero quod est in opere iustitiae, etiam praeter comparationem ad agentem, constituitur per comparationem ad alium: illud enim in opere nostro dicitur esse iustum quod respondet secundum aliquam aequalitatem alteri, puta recompensatio mercedis debita pro servitio impenso.* (AQUINO, Tomás de. Suma teológica. Vários tradutores. Coordenação Carlos Josaphat Pinto de Oliveira. São Paulo: Loyola, 2012, Q.57.

Maomé, sobre princípios de justiça social.

“Todas as sociedades conservadoras (como já se observou) voltaram-se para a Idade do Ouro, que no caso dos sunitas e do Império Otomano, foi a época do Profeta Maomé (c. 570-632) e dos quatro *rasbidun* (califas “corretamente orientados”) que o sucederam. Eles governavam a sociedade de acordo com a lei Islâmica. Não houve separação entre a Religião e o Estado. Maomé foi ao mesmo tempo profeta e chefe político da comunidade. Reza o Alcorão, a escritura revelada que ele a transmitiu aos árabes do século VII, que o primeiro dever de um muçumano consiste em construir uma sociedade justa e igualitária, onde os pobres e os fracos sejam tratados com respeito (ARMSTRONG, 2009, p. 63).

A resposta ao impulso iluminista do Século XVIII, subscreveu os fundamentos das revoluções liberais e a secularização da sociedade, em especial a Revolução Francesa, cujo lema liberdade, igualdade e fraternidade trata-se de uma efetiva busca racional e efetiva de justiça.

Na clássica obra *Qu'est-ce que le tiers état?* ou na tradução em português: *A Constituinte Burguesa: o que é o Terceiro Estado?* Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836) importante artífice da resistência popular e política contra o Absolutismo, descreve que a busca de uma Constituição que equalize as disparidades sociais daquele período é um fator essencial para correção de injustiças extremas (SIEYES, 2014).

Dada a importância universal da justiça, como tema singular na construção de uma sociedade, é necessário aprofundar essa ideia dentro do caminho histórico a fim de compreender quais são as características que racionalizam a concepção moderna e contemporânea desse valor.

A relação dos seres humanos entre si e com as coisas, estipulam qual a maneira correta de agir e distribuir aquilo que é justo, portanto, tal pressuposto revela-se um atributo moral para os seres humanos e as instituições criadas para disciplinar a vida social em diferentes etapas da humanidade.

Notadamente, o pressuposto do justo passa por uma dualidade que se mantém até os dias atuais, e na balança da história, por vezes pendem tanto para um lado quanto para outro, trata-se do dualismo entre o *mythos* e *logos*, ideia refletida por Karen Armstrong (2019, p. 14) que pressupõem métodos complementares para chegar a uma determinada verdade. O *mythos* está direcionado para aquilo que é espiritual ou místico e o *logos* voltado ao pragmatismo e ponderações racionais. Assim, a ideia de justiça foi vivida e pensada por diversas perspectivas, permeando crises ou criando esperança, uma verdadeira odisséia civilizatória.

A Antiguidade lançou as bases para uma visão de justiça até então não concebida, o ideal do justo já existia nas mais diferentes formas das sociedades arcaicas, entretanto, pela forma de governo imperialista, com tendência a universalizar seu modo de vida e produção, as

culturas grega e romana lançaram os fundamentos de uma teoria de justiça abrangente e extremamente influente.

A Era medieval, com a queda do Império Romano e a substancial expansão do cristianismo como expressão de um novo paradigma do modo excelente da vida humana, reverberou uma modificação radical na maneira como o justo era contemplado. A influência religiosa exercida pela Igreja, compartilhada dentro do poder governamental, marcou profundamente as instituições daquela época.

A superação do período Medieval desaparece enquanto importantes eventos sociais marcam as transformações da sociedade. O Renascimento como expressão de uma racionalização do ser humano em vários campos do conhecimento, as grandes navegações e a invasão do “novo mundo”, a reforma protestante dissipando o protagonismo religioso, abriram espaço para três elementos vitais que vão influenciar a observação e compreensão da justiça, o sujeito com sua subjetividade, o Estado como racionalização de uma estrutura de governo e o capitalismo como novo meio de produção.

O Iluminismo do Século XVIII, estrutura o modo de vida que vai alicerçar a contemporaneidade. As revoluções liberais burguesas, Revolução Francesa de 1789 e Revolução Americana de 1776, são eventos que sintetizam o norte cognitivo daquele período. A centralidade do ser humano como sujeito de direito, com parâmetros de igualdade entre todos, elevam a justiça a uma nova formulação.

Na Era dos Extremos (HOBSBAWN, 2002, p. 20) o breve século XX, promove, depois de duas grandes guerras, polarizações políticas, revoluções comportamentais e uma fortíssima expansão tecnológica, sedimentando um novo ideal comportamental entre a sociedade, influenciando fortemente a justiça contemporânea, que será profundamente refletida nesta pesquisa.

Observa-se que o valor da justiça está ligado a história e cada recorte de determinada Era revela sobre qual teoria da justiça pairava as relações humanas, sejam elas, no plano interpessoal, religioso ou institucional. Além do diagnóstico histórico, vislumbra-se, como as diversas teorias de justiça são classificadas, em um parâmetro de justiça objetiva ou uma justiça pautada no bem comum.

Dois gêneros de justiça submergem, quanto a sua classificação, a justiça comutativa e a justiça distributiva prefiguram em um plano mais abrangente e geral de como esse valor foi sendo interpretado e aplicado ao longo do tempo.

O axioma do modelo de justiça revela-se em diferentes aspectos históricos, sua aplicação recai singularmente sobre o problema da desigualdade, ou seja, a total

disfuncionalidade em distribuir aquilo que é devido entre os indivíduos e a estrutura social, instituído por critérios fundamentados em diferentes concepções do que é o bem comum.

Na sequência, cada período histórico será abordado separadamente, com o escopo de demonstrar a ideia do justo e sua demarcação como pressuposto ou valor universal da humanidade, auxiliando a compreensão do tema na sociedade contemporânea, marcada essencialmente por conflitos e interesses difusos, tendo como plataforma, uma sociedade definida pelo fato do pluralismo.

### 1.1 UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA SOBRE O VALOR DA JUSTIÇA

Não obstante um valor universal, a justiça precisa ser detalhada historicamente sem anacronismos, com ponderações racionais e uma hermenêutica crítica, buscando estabelecer quais as condições sociais, políticas, religiosas e econômicas instituíram o ideal de justo em determinado período.

Uma sociedade rudimentar, como a egípcia, passando pelos hebreus e chegando ao epicentro cognitivo da humanidade dos romanos e gregos da antiguidade, vislumbra-se que o valor da justiça trafega por diversos personagens e contextos, porém o que vai ser definitivo em todos os períodos da humanidade, antiguidade, medievo, modernidade e contemporaneidade, é uma experiência dualística ou dicotômica para saber qual é o *télos* ou finalidade do bem comum a ser alcançado pelos indivíduos e como essa distribuição de obrigações para buscar os fins almejados impactam a ideia de justiça.

O ideal do justo, para os autores que entendem a justiça como uma concepção ideal ou normativa, denota-se um pressuposto resolutivo de problemas, seja a justiça como virtude, justiça como valor natural, justiça como direito ou justiça como equidade. Todos os padrões influenciam diretamente a maneira como os interesses e os conflitos são analisados e resolvidos, no interior da razão particular ou pública. É corriqueiro na percepção popular descontextualizar a justiça no presente, atribuindo virtudes do passado, entretanto, o ideal do justo passa por um processo dialético de construção, afastando-se de um modelo hermético e aproximando-se de um paradigma dinâmico.

Reproduzir essa caminhada é fundamental a concepção de justiça na atual quadra histórica, tendo em vista que muitos elementos que fomentam esse valor na antiguidade e também no período medieval, ressurgem na modernidade com uma nova abordagem, construindo uma ordem lexical do valor da justiça.

Com objetivo de concatenar o pressuposto do justo, a perspectiva histórica será

dividida em três partes, justiça na antiguidade, justiça na idade média e justiça na modernidade, será subsequentemente tratado e desenvolvido toda a temática da justiça contemporânea com uma luz especial sobre o trabalho de John Rawls e sua Teoria da Justiça.

### 1.1.1 A Justiça na Antiguidade

Ainda que a Antiguidade pareça distante, do ponto de vista histórico, tal momento merece total atenção e importância quanto a formulação de uma teoria da justiça. John Rawls, ao tratar do tema, retoma alguns pressupostos desenvolvidos na Idade Antiga, sendo o mais proeminente, a ideia de *fairness*<sup>3</sup> ou equidade<sup>4</sup>, cujo conceito original está consignado no pensamento aristotélico, com suas raízes na antiguidade clássica.

O que convencionou-se chamar de Antiguidade é o período em que surgiram os primeiros povos civilizados, tendo como ponto inicial a descoberta e o desenvolvimento do uso da escrita até o declínio do Império Romano Ocidental em 476 d.C, quando o último imperador romano, Rômulo Augusto, foi destituído por Odoacro, rei do povo germânico hérulo (SILVA, REIS, 2016, p. 125).

Divide-se a Idade Antiga em Antiguidade Oriental, que abarca as sociedades egípcia, hebraica, fenícia e mesopotâmica e Antiguidade Clássica ou ocidental, onde foi criado todo arcabouço cognitivo da época, instituídos por gregos e romanos.

Tanto no período antigo como nos demais, os questionamentos a serem feitos são: qual o fim desejado por determinada sociedade? Como é realizado a distribuição dos bens e obrigações ao corpo social? As indagações são singelas, entretanto a resposta, bem como a resolução desses questionamentos são extremamente complexas, sem abrir espaço para qualquer reflexão superficial.

É na resposta a tal indagação, que o valor principiológico da justiça surge como elemento fundamental na construção da dinâmica social, interagindo na percepção individual e coletiva da sociedade, quanto ao modelo ideal do justo. A justiça sobre a plataforma histórica, consagra a criação das instituições sociais do oriente e ocidente, como um mecanismo da vontade humana para sincronizar determinadas ações em detrimento aos fins objetivados.

---

<sup>3</sup> A concepção de justiça apropriada para uma sociedade bem-ordenada é aquela que seria acordada numa situação hipotética que fosse equitativa [*fair*] entre indivíduos concebidos como pessoas morais livres e iguais, isto é, como membros de uma tal sociedade. A equidade [*fairness*] das circunstâncias sob as quais o acordo é alcançado se transfere à equidade dos princípios acordados (OLIVEIRA, Nythamar de. Rawls. Rio de Janeiro: Zahar, 2003).

<sup>4</sup> O direito natural de Aristóteles se fundamenta na observação da natureza, como fonte das possibilidades do justo, que versa sobre a distribuição. No pensamento Aristotélico, o justo é prudencial: a equidade é a construção do justo em cada caso, adaptando-se às circunstâncias específicas (MASCARO, 2022, p. 157).

Importante destacar a ideia de instituições sociais e a perspectiva da justiça, sendo as instituições elementos vitais para formulação de um sentido do justo em determinada sociedade. Ao se debruçar sobre os impactos das instituições sociais e sua influência na história, Marilena Chauí, (2020, p.320), descreve objetivamente, seu conceito.

(...) “O que é uma instituição social? É uma ação social, uma prática social fundada no reconhecimento público de sua legitimidade e de suas atribuições, num princípio de diferenciação, que lhe confere autonomia perante outras instituições sociais, e estruturada por ordenamentos, regras, normas e valores de reconhecimento e legitimidade internos a ela. Sua ação se realiza numa temporalidade aberta porque sua prática a transforma segundo as circunstâncias e suas relações com outras instituições. É histórica (...)”

Tendo em vista que as instituições são históricas, sobre essa configuração na Idade Antiga, quais instituições sociais reverberam aquilo que a manifestação da sociedade tem como horizonte e como as relações, interesses e conflitos são equalizados e resolvidos dentro desse arquétipo social?

O caminho para a compreensão contemporânea de justiça requer uma sedimentação de fatores que subscreverão os pressupostos conceituais do justo atualmente. Um dualismo acompanhará a formulação do valor de justiça em todas suas fases, contudo em modos e contextos diversos.

Para esse dualismo, sobreleva ressaltar uma visão entre o *Mythos* e o *Logos*, ou seja, uma abordagem espiritual e mística e outra pragmática e racional, responsáveis por delinear as instituições sociais vigentes em qualquer trajeto histórico. A Antiguidade, propôs ter os atributos iniciais da formulação do valor de Justiça e a citada dicotomia é responsável por essa construção ideal do pensamento humano.

A palavra justiça deriva do latim *iustitia* que provém de *iustus*, justo, derivado de *ius*, direito. A própria etimologia, como se vê, liga a noção de justiça à de direito, por intermédio da ideia de justo (ROMITA, 2013, p. 10). Não obstante, o significado corriqueiro do vocábulo justiça, faz-se necessário qualificar esse pressuposto para seu integral entendimento, assim passamos a esta construção.

Karl Jaspers sustentou que o curso inteiro da História poderia ser dividido em duas etapas em função de uma determinada época, entre os Séculos VIII e II a.C., a qual formaria, por assim dizer, o eixo histórico da humanidade. Daí sua designação, para essa época, de período axial (COMPARATO, 2010, p.20). Não obstante, a Antiga Idade ser o início das percepções do ideal do justo, não se pode extrair desse recorte histórico sua importância e seus personagens fundamentais que coexistiram nesse tempo: Zaratrusta na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaías em Israel sintonizaram o

espírito da época.

Foi na Antiguidade ou período axial que os grandes princípios e diretrizes fundamentais da vida, como o entendimento de justiça, surgiram e vigoram até os dias atuais. No século V a.C., tanto na Ásia quanto na Grécia (o “século de Péricles”), nasce a filosofia, com a substituição, pela primeira vez na história, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer a sua faculdade de crítica racional da realidade (COMPARATO, 2010, p. 20).

Sobre o estímulo de uma crítica racional, a sociedade dos antigos, passa a formular uma tentativa de diminuir as desigualdades e assimetrias sociais. O espaço privado, denominado *oikos*, representa a reprodução de uma vida desigual, hierárquica e despótica, enquanto a virtude cívica é ressaltada no espaço público conhecido como *polis*, onde a tentativa de colocar o sentido público acima das opiniões e interesses privados, auxiliam ou aproximam os antigos a um sentido de liberdade, igualdade e respeito às leis.

Aristóteles nasceu em meados do ano 384 a.C. em Estagira, pequena cidade a oeste da península Calcídica, ao norte do mar Egeu. O pensador da Antiguidade, potencializou diversos temas do conhecimento humano, dentre eles a psicologia, biologia, metafísica, política e em especial a ética.

Uma de suas mais aclamadas obras, *Ética a Nicômaco* é uma coleção de textos escritos por Aristóteles para os cursos que ministrava no Liceu e foi publicada pouco antes do ano 300 a.C. Nicômaco, que dá o título à obra, parece ser uma referência ao pai de Aristóteles, a quem o livro é dedicado. A obra está dividida em dez livros. Os livros I, II e VI apresentam as noções básicas da ética aristotélica. Nestes livros desenvolve o conceito de felicidade (*eudaimonia*), núcleo da ética aristotélica (livro I). No livro II nos apresenta sua teoria da virtude (*arete*). O espaço da tradição ou costume social é quem determina um certo caráter (*ethos*) da virtude (MALLMAN, 2008, p. 9).

Aristóteles sobretudo é um filósofo moral e para ele a justiça é a mais importante das virtudes e este tema é desenvolvido integralmente no capítulo V da *Ética a Nicômaco*. Essa virtude é conhecida como *dikaiosýne* e consiste do alinhamento da vida no cosmos e na cidade, onde cada membro da sociedade realiza o que lhe compete e assim alcança-se uma determinada harmonia (ARISTÓTELES, 2011, p. 78)

A justiça para Aristóteles é dividida, em geral e particular. Justiça geral ou legal tem dupla referência: à lei e à virtude. A justiça é, ao mesmo tempo, a aplicação da lei e obra da virtude. A justiça cobre a esfera das relações humanas, sociais e interpessoais. “Ela (a justiça) é completa porque a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si, com

também em relação ao próximo”. Aristóteles também chama esta justiça geral de “justiça política” e afirma que ela é cumprida de forma idêntica tanto a *polis* como na *phýsis* (MALLMAN, 2008, p.11).

A justiça particular ou igualitária busca tratar com igualdade os iguais e com desigualdade os desiguais. Assim pondera Mallman (2008, p. 12) sobre a distinção de dois subgrupos de justiça particular:

- a) Justiça distributiva: neste caso o Estado reparte os bens entre os cidadãos segundo proporções geométricas, isto é, conforme os méritos. Devido ao caráter “natural” da desigualdade e da hierarquia na *polis*, a repartição justa de qualquer coisa ou bem não pode ser feita de forma igualitária ou idêntica, mas respeitando o critério da proporção. Aristóteles define a proporção como igualdade de duas razões. Isto significa que a distribuição de coisas dentro da *polis* é justa sempre que respeita a proporcionalidade presente na realidade. Por isso, entre os diferentes estratos sociais de uma cidade deve dar-se desigualdade, respeitando as proporcionalidades existentes.
- b) Justiça comutativa ou reparadora: esta regula as relações dos cidadãos entre si. Ela se orienta segundo as proporções aritméticas. Aristóteles distingue dois tipos de relações civis: as voluntárias e as involuntárias. Quando se comete uma injustiça, violando a igualdade, deve-se buscar a ajuda de um juiz. “O juiz, então, restabelece a igualdade. Tudo ocorre como se houvesse uma linha divisória em partes desiguais e ele subtraísse a diferença que faz com que o segmento maior exceda a metade para acrescentá-la ao menor”.

Desta maneira, Aristóteles contribuiu para o modelo da *polis* grega, uma instituição social, onde a justiça é o ajustamento à ordem da natureza racionalmente concretizada pelos seres humanos no interior da comunidade política.

Aqui vislumbra-se, para a sociedade grega da Antiguidade, qual seria o modo excelente da vida humana e como a distribuição de bens entre os indivíduos era partilhada. Portanto, para Aristóteles, a justiça realizada na *polis*, parte de dois elementos, a finalidade e a honra, em especial o fator honorífico, tendo em vista que o mérito e virtude moral são quesitos discriminatórios para a distribuição de bens em uma sociedade.

Assim a justiça é teleológica. Para definir os direitos, é preciso saber qual é o *télos* (palavra grega que significa propósito, finalidade ou objetivo) da prática social. A justiça é honorífica. Compreender o *télos* de uma prática ou discutir sobre ele, significa compreender ou discutir as virtudes que ela deve honrar e recompensar. (SANDEL, 2014, p. 233).

Não obstante, os méritos dessa importante construção ideal e normativa de justiça, cumpre ressaltar que alguns aspectos da visão ética de Aristóteles são passíveis de críticas. A perspectiva de justiça ponderada na sociedade grega estava reservada unicamente para os cidadãos gregos, o que tornava esse modelo restrito a uma pequena parcela da sociedade, excluindo escravos, estrangeiros e mulheres do arcabouço civilizatório.

Na Idade Antiga, para uma análise dicotômica a sopesar o foro da justiça, as contribuições filosóficas da Grécia antiga, indicam a força de um pragmatismo racional do qual

muitos elementos foram absorvidos na contemporaneidade. Entretanto, o paradigma do justo no mundo antigo não subscreve somente esta visão de justiça. Outra força civilizatória também possui seu impacto na Antiguidade, no que tange a produzir uma concepção de justiça, trata-se da sociedade hebraica que futuramente dará os contornos estruturais ao cristianismo.

O choque entre civilizações da Antiguidade, mudou significativamente os parâmetros de todas as instituições sociais daquele momento até os dias atuais. Aqui a ilustração argumentativa parece correta, é o encontro entre Jerusalém e Atenas com bases civilizatórias completamente antagônicas, mas que em determinado momento se entrelaçam. Afirma Paolo Prodi, (2005, p. 15): “O encontro ou embate entre a Bíblia e a sabedoria grega parece, mesmo para um discurso sobre ordenamentos jurídicos, um ponto de partida inevitável que define, ao longo de todos os séculos, a história das instituições ocidentais”.

A Antiguidade estabelece a existência de dois códigos que fomentam o pensamento ideal do justo, o primeiro deles foi caracterizado no *logos* ou racionalismo pragmático dos gregos para construção de uma organização social e divisão equitativa entre seus indivíduos. A outra, trata-se não de uma abordagem filosófica, mas de uma visão e compreensão teológica para fundamentar a dinâmica social.

Como já visto, a justiça na concepção grega é uma virtude humana, em especial quando essa distribuição de bens e obrigações se estabelece dentro da esfera governamental de poder exercido na *polis*, ou seja, a práxis da justiça se concretiza pela racionalidade e virtude dos indivíduos.

A exemplo de Israel, a justiça é subtraída ao Poder e recolocada na esfera do sagrado: com a ideia do Pacto, da Aliança, que o envolve em primeira pessoa, *Iahvé* torna-se diretamente o garante da justiça na esfera social e política. Em Israel, a justiça é deslocada da esfera política para ser transposta a esfera teológica em dependência direta de Deus. Assim, ao contrário do que se pensa, a santidade e transcendência de Deus não conduz a uma sacralização do direito, mas a uma dialética entre a ordem de *Iahvé* e a ordem natural do mundo, Deus dessacraliza as instituições e reduz o direito a seu valor relativo e pragmático (PRODI, 2005, p. 18).

Desse cenário, novas perspectivas da organização social e do ideal do justo, quanto a sua fundamentação são implementados. Na visão grega a justiça estava coligada a ideia de virtude e honra, mas no contexto hebraico, com o deslocamento da justiça para o campo teológico, a ideia do justo entrelaça o elemento da culpa como um significado importante para o conceito de justiça.

Essa subtração da esfera política estabelece a separação da ideia de pecado, como

culpa no que concerne a Deus, do conceito de infração como violação da lei positiva. Na antiga *polis*, a comunidade se coloca diante do indivíduo na totalidade do qual ele sabe que é apenas parte, destinada a desaparecer; o caminho da salvação iniciado por Israel abre a estrada para o nascimento do indivíduo ocidental; o problema da culpa, e da justificação, da penitência, de um *forum Dei* separado da justiça humana é um elemento de sustentação do dualismo que permite o crescimento do indivíduo (PRODI, 2005, p. 20).

Em termos práticos, para os gregos a justiça era concebida na *polis*, ou seja, uma instituição social humana para corrigir as desigualdades prementes daquele contexto. Não obstante, a elevação da justiça para o campo teológico, com o advento da mensagem cristã, a justificação se institucionaliza na estrutura social, não permanecendo mais no espaço indeterminado da profecia, mas torna-se a *ecclesia* ou assembleia, o lugar por natureza alternativo ao poder político.

É nesse contexto, que nasce a dicotomia que perdura até hoje, cria-se, portanto, dois foros para a aplicação da justiça, onde política e *ecclesia*, serão fontes primárias do ideal do justo. A igreja, como instituição social, submerge no campo social da antiguidade como um Poder que será multiplicado na Era Medieval, esgotando a fonte pluralista da ideia de direito e justiça. Essa marca principiológica do dualismo fica evidente na mensagem do Evangelho de Mateus 18; 18-19:

“Digo-lhes a verdade: Tudo o que vocês ligarem na terra terá sido ligado no céu, e tudo que vocês desligarem na terra terá sido desligado no céu. Também lhes digo que se dois de vocês concordarem na terra em qualquer assunto sobre o qual pedirem, isso será feito por meio Pai que estás nos Céus” ( MATEUS 18: 18-19).

A fonte da Justiça na relação dicotômica entre céu e terra (*polis e ecclesia*) institui uma demarcação racional de matriz filosófica grega e outra teológica de cunho judaico/cristão. Na próxima fase histórica, os romanos e toda sua concepção universal de valores, bem como a expansão do cristianismo, serão introduzidos para a formulação da justiça no período Medieval.

Da primeira quadra histórica analisada, tem-se a Justiça como uma noção ética, portanto, não um conteúdo descritivo da realidade, mas sobretudo uma construção normativa de um dever/ser, ou seja, a Justiça se pauta por um conceito ideal.

### **1.1.2 Justiça na Idade Média**

Em “Uma Teoria da Justiça” de John Rawls, os elementos desenvolvidos na ideia de justiça medieval, são apartados, tendo em vista que o autor subscreve seu pensamento pautado em concepções, racionais e iluministas, características opostas à Idade Medieval.

Entretanto, em Santo Tomás de Aquino, apesar de ser um dos pilares do medievo, já extraí do universo teológico da época, contribuições racionais que vão influenciar profundamente o pensamento moderno, fundamental para construção da teoria rawlsiana.

Para a continuação da compreensão do valor do justo, ao adentrar o período histórico conhecido como Idade Média, percebe-se a observância regressiva de alguns importantes institutos que caracterizaram a sociedade romana. Essa digressão pauta-se, principalmente, pelo fato da Era Medieval ser marcada por uma característica denominada *respublica christiana*, uma junção entre o poder temporal dos homens e o poder espiritual do divino.

O primeiro instituto do qual a sociedade romana da antiguidade tem um protagonismo singular é a criação do chamado *ius*, o direito foi instituído para tornar-se um mecanismo autônomo de solução de conflitos, porém com elementos distintos daqueles que são utilizados na atualidade.

Diferentemente da sociedade grega, que priorizava um saber filosófico sobre o verniz da sabedoria, a sociedade romana, em sua essência, cultivava o valor da justiça em um sentido prático. O que se aplicava para os gregos na *polis* para os romanos era fomentado na *Urbs*, visto como um *status civitatis* ou a cidadania, sendo o aspecto dominante da vida do indivíduo, cujo valor subsiste plenamente enquanto elo de uma vivência coletiva, integrado na *civitas* (REALE, 2005, p. 628).

As chamadas *civitas* resultaram de diferentes grupos familiares, as chamadas *gens*, razão pela qual sempre se concederam privilégios especiais aos membros das famílias patrícias compostas por membros dos fundadores de Roma (DALLARI, 2003, p. 63). Diante do contexto social de Roma, nota-se uma assimetria entre o povo, na qual o direito é concebido para harmonizar as relações entre esses indivíduos.

A noção de *res publica* como manifestação da justiça para os romanos definiram a nova maneira de organização de poder após o afastamento e exclusão dos reis, tendo, como objetivo, apontar a ideia de coisa pública, coisa do povo e bem comum.

Foi Cícero sobretudo quem definiu conceptualmente o significado de *res publica*, ao demonstrar que por povo se há de entender "*non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*" (De Republica, I, 25). Ao acentuar como elementos distintivos da República o interesse comum e, principalmente, a conformidade com uma lei comum, o único direito pelo qual uma comunidade afirma a sua justiça (BOBBIO, 2018. p.1108).

É importante sopesar que, assim como na sociedade grega, os romanos também fazem uma divisão de justo por natureza e justo por lei ou convenção. Cícero afirma que a *Lex*, tradução de uma justiça por uma convenção, é expressão de uma *ratio naturalis*.

Assim, em Roma tem-se uma concepção de direito natural ou justo por natureza como conjunto de princípios primordiais que refletem o agir do homem enquanto homem, portanto não existe uma distinção entre *jus naturale* e *jus gentium*, reafirmando a teoria tripartida de Cícero no qual o *jus civile* voltado a comunidade, corresponde ao direito positivo e o *jus gentium* ou *jus naturale* corresponde ao direito natural, estabelecendo um razão universal (REALE, 2005. p. 629-630).

Esta visão de justiça promove a criação de estruturas governamentais, o senado<sup>5</sup>, os juristas, os magistrados, a ideia de Rei como a figura de um julgador e o *praetor* com a função específica de administrar a justiça serão fundamentais para influenciar a concepção de uma instituição central dentro do período medieval, a Igreja tomará as formas do Estado Romano e promoverá uma centralidade axiológica em todos os regramentos da vida social.

Portanto, em Roma institui-se o direito como técnica autônoma de solução de conflitos, criando como corolário desse mecanismo prático, instituições dentro da sociedade romana que potencializaram a dinâmica e o crescimento do estado romano.

Ao sintetizar o ideal de justo sob o crivo das instituições romanas, que subsidiavam as categorias estruturais da sociedade medieval, passamos a analisar os principais componentes institucionais da Era Medieval e como tais elementos foram seminais para a concretização da justiça naquele período.

Três elementos possuem um impacto significativo no medievo, que tem como lapso temporal aproximadamente 1.000 anos. Esse contexto da humanidade moldou e influenciou o mundo até hoje, não obstante, a classificação histórica imputar esse retrato da humanidade como idade das trevas, tendo em vista a extrema instabilidade e heterogeneidade política, econômica e social. Assim, a expansão do cristianismo e a queda de Roma, as invasões dos bárbaros e o sistema feudal como modo de produção são elementos incontornáveis desse momento histórico.

O alvo estabelecido pelo próprio Cristo nos evangelhos, implica aos seguidores dessa nova religião “ir e levar a mensagem”<sup>6</sup>, traduzindo assim, uma aspiração universal do

---

<sup>5</sup> O *senatus consultus* tem outra história. Inicialmente, tratava-se apenas de uma opinião do senado a respeito de matéria determinada. Representava moralmente a autoridade dos patriarcas (*auctoritas patrum*), e não tinha o mesmo caráter da lei. É com a decadência das formas republicanas de deliberação, a partir do principado, que o senado-consulta converte-se em fonte normativa. Há um progressivo centralismo e das assembleias o poder passa ao Senado. No final da República e início do principado, o senado-consulta havia sido interpretativo e sugestivo para os pretores (sugestão de exercício de seu poder e editos). Sob Adriano (117 – 138 d. C.) a função normativa do Senado é reconhecida (LOPES, 2011, p. 44)

<sup>6</sup> Marcos 16:14-16: <sup>14</sup> Finalmente apareceu aos onze, estando eles assentados juntamente, e lançou lhes em rosto a sua incredulidade e dureza de coração, por não haverem crido nos que o tinham visto já ressuscitado; <sup>15</sup> E disse-lhes: ide por todo o mundo, pregai o evangelho a toda criatura; <sup>16</sup> Quem crer e for batizado será salvo; mas quem não crer será condenado.

cristianismo. Não se trata de um modo espiritual de vida circunscrito a um único povo ou nação, o cristianismo pressupõe uma dinâmica *extra muros*.

Difundido dentro judaísmo, ou seja, de outro espectro religioso, o cristianismo traz uma nova fragrância de esperança aos indivíduos em uma sociedade cativa no interior de seu próprio território, uma vez que o Império Romano, exercia sua *pax romana* por toda extensão territorial daquele terço geográfico. Com a adesão maciça da população as boas novas do cristianismo e o rompimento dessa mensagem para os considerados gentios, o Império Romano, em um primeiro momento, firmou uma severa perseguição a esta nova comunidade.

Entretanto, a igreja primitiva, tornava-se um robusto empreendimento social, pois pelo seu viés universal, tinha uma verdadeira unidade de propósitos, e a divisão dessas tarefas era delimitada por uma forte noção de igualdade entre seus membros<sup>7</sup>, tal perspectiva, não era concretizada pelo Estado Romano, pois já não tinha sua unidade política-administrativa como em outrora.

Nesse cenário, com o exponencial aumento da comunidade cristã e a profunda instabilidade do Império Romano, que na Batalha da Ponte de Mílvia, o Imperador Constantino em 312 d.C, obteve uma visão espiritual que mudou radicalmente as estruturas sociais daquele período.

Como tal, tornara-se uma força estabilizadora e atraiu o imperador Constantino, que se converteu após a batalha da ponte Mílvio, em 312, e legalizou o cristianismo no ano seguinte. Os cristãos agora podiam ter propriedades, realizar livremente seus cultos e dar uma clara contribuição à vida pública. Embora o paganismo ainda florescesse por mais dois séculos, o cristianismo tornou-se a religião oficial do Império e começou a ganhar novos convertidos, que entravam para a Igreja em busca de melhorias materiais. Tendo surgido como uma seita perseguida, implorando tolerância, a Igreja logo passaria a exigir obediência a suas leis (ARMSTRONG, 2008, p. 151)

No Édito de Milão em 313 d.C, a religião que em outro momento era motivo de sangrentas perseguições, agora por força imperial passa ser admitida, sendo o próprio Imperador um fiel converso<sup>8</sup>. Posteriormente, Teodósio I, decretou o Édito de Tessalônica em 380 d.C, instituindo o cristianismo como religião oficial do Estado Romano.

Desta maneira, consagra-se a junção entre Estado Romano e uma religião oficial, Érico Tadeu Xavier (2022, p. 57):

Em 28 de fevereiro de 380, na cidade de Tessalônica, Teodósio promulgou um edito destinado a toda a população do Império, afirmando: “Todos os povos devem aderir-

<sup>7</sup> Atos 2: 44-46: 44 Todos os fiéis viviam unidos e tinham tudo em comum; 45 Vendiam as suas propriedades e os seus bens, e dividiam-nos por todos, segundo a necessidade de cada um; 46 Unidos de coração frequentavam todos os dias o templo. Partiam o pão nas casas e tomavam a comida com alegria e singeleza de coração.

<sup>8</sup> Em 313, Constantino e Licínio emitiram o Édito de Milão, pelo qual garantiam a liberdade religiosa no império a quaisquer cultos que os homens desejassem. Com isso, a igreja cristã “passou de perseguida a privilegiada” (KENETH, STEPHEN, RANDY, 2003, p. 38).

se a fé transmitida aos romanos pelo apóstolo Pedro e professada pelo pontífice Dámaso e o bispo Pedro de Alexandria, quer dizer, reconhecer a Santa Trindade do Pai, do Filho e do Espírito Santo” (DEIROS, 2005, p. 84). A Igreja Católica passou, então, a ser a religião oficial do Cristianismo. Souza (2005, p. 291) esclarece que a autoridade da Igreja foi dada ao Papa, sendo reconhecidos “direitos e prerrogativas da Santa Sé” ao mesmo através do Edito de Tessalônica Cunctos Populos. O termo “católico” significa “universal” e foi usado por Santo Inácio, na sua epístola a Esmirna, em 170 d.C. (CAIRNS, 1995).

O que se estabelece nesse momento é o aperfeiçoamento daquilo que submergiu na antiguidade com os Hebreus, ou seja, o foro que anteriormente foi cindido em dois, com a justiça elevada ao patamar divino e sua aplicação regida e delegada na imanência pela igreja, agora funde-se integralmente com a estrutura da justiça humana e essa composição passa a proporcionar um impacto relevante na concepção do ideal do justo.

“É nesse quadro em particular que se desenvolve entre os Padres da Igreja, desde o segundo século, a doutrina relativa a Cristo como sumo legislador e a relativa à existência de uma lei divina coincide com a lei natural”. O apelo a uma justiça superior às leis escritas não permanece abstrato, mas começa a se concretizar numa série de princípios: a pessoa humana, a propriedade, a *fides* etc. Isso leva, portanto, a um processo de juridicização das normas de comportamento de comunidade cristã e a um processo de fundação ética do direito nunca antes conhecido. (PRODI, 2005, p. 25).

No início da Idade Média, o papel da Igreja como formuladora de uma nova ética institucional é de suma importância para a compreensão do ideal de justiça, sendo que, os fins últimos de cada indivíduo, sintetizou-se em um único objetivo, qual seja, a busca pela salvação da alma. Portanto, o ideal de justo, necessariamente tem como fonte superior, o fundamento teológico.

Destaca-se aqui o mais importante membro da Patrística, Santo Agostinho, desenvolve em sua obra “A Cidade de Deus”, o principal tratado político-filosófico da sua época. Na referida obra o indivíduo é ao mesmo tempo, um cidadão de duas comunidades diferentes e sua busca fundamental e seu objetivo primordial não é a cidadania na sociedade dos homens, mas a salvação no reino de Deus.

Na primeira parte, Santo Agostinho rechaça a pessoa que prioriza o culto dos deuses para garantir a felicidade temporal ou a felicidade eterna. Em seguida, apresenta as duas Cidades antagonistas alicerçadas por dois amores: o amor por si, até o desprezo por Deus, que constituiu a cidade terrestre e o amor por Deus até o desprezo por si, que sedimentou cidade celeste.

Sendo tantos e tão grandes os povos disseminados por todo o orbe da terra, tão diversos em ritos e em costumes e tão variados em língua, em armas e em roupas, não formam senão dois gêneros de sociedade humana, que, conformando-nos com nossas Escrituras, podemos chamar de duas cidades. Uma delas é a dos homens que querem viver segundo a carne, a outra, a dos que querem viver segundo o espírito (AGOSTINHO, 2010, p. 67).

A dimensão de justiça, ou seja, a ideia de distribuição de bens em uma sociedade e a garantia do modo excelente da vida humana para a busca de determinado fim, não parece ganhar contornos dualísticos entre *mythos* e *logos*, a balança pende fortemente para a concepção teológica da vida humana em sociedade. Na sociedade medieval a natureza e o universo apresentam-se como categorias pseudo-científicas calcadas em uma concepção fortemente mística.

Por outro lado, os homens da Idade Média entram em contato com a realidade física por intermédio de abstrações místicas e pseudo-científicas. Para eles, a natureza são os quatro elementos que compõem o universo e o homem, e este último é visto como um universo em miniatura, um microcosmos. Como explica o *Elucidarium*; o homem corporal é feito de quatro elementos, "e por isso é que é chamado de microcosmos, quer dizer, mundo em redução. Com efeito, ele é composto de terra: a carne, de água: o sangue, de ar: a respiração, de fogo: o calor". Dos mais eruditos aos mais ignorantes, uma mesma visão do universo se vai degradando. **Esta cristianização mais ou menos calcada em velhos símbolos e mitos pagãos, personificava as forças da natureza numa estranha cosmografia: os quatro rios do Paraíso, os quatro ventos das inumeráveis rosas-dos-ventos dos manuscritos, à semelhança dos quatro elementos, interpõem sua imagem entre as realidades naturais e a sensibilidade humana. Como se verá, será preciso um longo caminho aos homens da Idade Média para que encontrem, para além do simbolismo, a realidade física do mundo em que vivem** (LE GOFF, 2005 p. 131-132). (Grifos nossos).

Inobstante a queda de Roma em 476 d.C. a estrutura eclesiástica foi mantida com base nos termos organizacionais do Império, porém as invasões bárbaras e o modo de produção feudal deram a esse período uma instabilidade institucional e pluralidade multifacetada de ordens.

As invasões bárbaras<sup>9</sup>, oriundas de várias partes da Europa, que incluíam germanos, eslavos, godos etc., introduziram novos costumes e estimularam as regiões invadidas a se afirmarem como unidades políticas independentes. (DALLARI, 2003, p. 68). Percebe-se que nesse contexto a ordem na Idade Medieval era fundamentalmente precária, formou-se uma confusa delimitação fronteiriça e territorial com padrões de governos instáveis, influenciando decisivamente o modo de produção e subsistência daquele período.

A organização feudal se desenvolveu em virtude da profunda crise social e política do momento histórico, devido às invasões bárbaras e uma constante situação de guerra a propriedade e posse da terra tornou-se primordial para o meio de subsistência e economia da época. Institutos como a vassalagem, benefício e imunidade cristalizaram o modo de vida

---

<sup>9</sup> As invasões bárbaras constituíram um dos elementos essenciais da crise do século 3º. Os imperadores gauleses e ilírios do fim daquele século afastaram o perigo por um tempo. Mas - para ficar apenas na parte ocidental do império - o grande rei dos Alamanos, Francos e outros povos germânicos que em 276 devastou a Gália, a Espanha e a Itália do norte prefigurou a grande incursão do século 5º. Deixou as chagas mal cicatrizadas - campos destruídos, cidades arruinadas -, precipitou a evolução econômica - declínio da agricultura, recuo urbano -, a retração demográfica e as transformações sociais (LE GOFF, 2005, p. 21).

daquele período, marcado pela total falta de mobilidade social, sendo integralmente uma sociedade estamental fundamentada pelas bases paulinas, que sintetiza a sociedade como um corpo<sup>10</sup> e, portanto, cada indivíduo tem suas obrigações pré-determinadas por um poder divino.

Da Alta Idade Média, a justiça passa a ter uma nova dinâmica na sua fundamentação. Essencialmente, a razão passa a dialogar com a visão dogmática da religião e na visão de Santo Tomás de Aquino, promoverá e influenciará o novo ideal do justo.

O elemento mais alto da Filosofia jurídico-moral tomista é a *lex aeterna*, expressão mesma da razão divina, inseparável dela que governa todo o universo, com o fim ao qual o universo tende. A idéia de *lex aeterna* não deve ser confundida com a de *lex divina* ou revelada, a qual é uma expressão da primeira, a mais lata forma de “participação” aos homens porque dada por Deus, como exemplo das Sagradas Escrituras. A lei divina, enquanto lei revelada, é pois, uma expressão da lei eterna, não se confundindo nem identificando com ela. A lei divina, de certa forma, é lei positiva, porque é lei posta, tornada explícita por Deus para o conhecimento dos homens, incapazes de determinar por si mesmos todos os princípios da vida prática (REALE, 2005, p. 638).

A *lex naturalis* é um *participatio*, uma participação do homem à *lex aeterna*, na medida e em virtude da razão humana. Como ser criado, o homem participa das determinações do Criador e, enquanto essa participação se realiza, nós temos a *lex naturalis*. O homem pode ser capaz do conhecimento do que deve fazer, em virtude de algo que é natural a ele, que é sua racionalidade, a qual o torna partícipe da obra da criação, embora a *lex aeterna* não possa ser conhecida em si mesma. A *lex naturalis* é uma derivação da *lex aeterna*, através da força da razão. (REALE, 2005, p. 639).

Afirma-se, não obstante, ao período medieval, que nesse momento inicia-se um retomada a uma ordem racional, apesar do protagonismo espiritual no que se refere a fundamentação do justo.

A doutrina da justiça de Santo Tomás de Aquino tem como inspiração as lições de Aristóteles, que concebe a justiça como *lesbos*<sup>11</sup>, ou seja, analisar a situação pelo caso concreto. Assim, surge a classificação de Aristóteles: a justiça comutativa que é aquela que preside as trocas, porquanto se presume que, na compra e venda o valor da coisa adquirida corresponda ao preço pago e a justiça distributiva que é aquela que manda tratar desigualmente os desiguais, na medida em que desigualem, dando-se a cada um o que é seu. (REALE, 2005, p. 641).

Ainda que a postulação da fé e o controle da Igreja detenham a dinâmica social e toda sua cognição comportamental, a ideia de uma justiça legal, baseada em termos da vontade

<sup>10</sup> 1 Coríntios 12:27: 27 - Ora, vocês são o corpo de Cristo, e cada um de vocês, individualmente, é membro desse corpo.

<sup>11</sup> Aristóteles compara o ofício do juiz, na equidade, àquele de quem julga conforme a Régua de *Lesbos*. Nessa ilha do mundo grego, os construtores se valiam de uma régua flexível, que se adaptava à forma das pedras, sem ser rígida. Também a equidade demanda do jurista uma flexibilidade (MASCARO, 2022, p. 132-133).

humana, começa a despontar no horizonte humano.

O Tomismo incorpora o tripé conceitual de justiça, elaborando a pressima da justiça legal ou justiça social. A justiça distributiva esclarece-nos sobre aquilo que o todo deve às partes, entretanto uma nova reflexão é formulada. Para São Tomás de Aquino o que é que determina o dever dos indivíduos para com o todo, a sociedade? Desse questionamento, cria-se o pressuposto de justiça social, que traça o caminho das obrigações e dos deveres das partes com o todo. Essa obrigações são determinadas pelas leis tendo como centro do poder o ente legislador (REALE, 2005, p. 642).

Não obstante, o pensamento Tomista, contemporizar-se a Idade Média, que subordina o *logos* ao *mythos* para delimitar uma concepção unitária de justiça, o novo paradigma racional de justiça social de Santo Tomás de Aquino entreabre novamente a justiça para uma compreensão bilateral e dualística no que diz respeito a sua fonte.

A ideia proclamada de justiça legal ou social reverbera sua aplicação por meio de lei e isso será uma das configurações que irá sedimentar a criação do Estado Moderno e a superação da visão do justo na Era medieval.

### 1.1.3 Justiça na Modernidade

O alicerce do período conhecido como Modernidade, em sua estruturação, permanece sob o manto ideológico do período medieval. Com a queda de Constantinopla 1453 d.C, e conseqüentemente o fim do Império Bizantino<sup>12</sup>, marca-se o início de um momento histórico, no qual, o ideal de justiça é tangenciado por três elementos, a subjetividade do indivíduo, o Estado como poder personificado e a gênese do capitalismo, um novo modo de produção de massa, baseado na troca de mercadorias e o acúmulo por pressuposto.

Importantes eventos estão correlacionados com os elementos mencionados, o Renascimento como expressão da emancipação racional do ser humano, cria uma nova perspectiva para a compreensão do indivíduo. Nessa esteira, diante de uma sociedade cindida por diversas ordens, advindas da pulverização da propriedade da terra no mundo medieval, cria-se o Estado Moderno para delimitar espaços e fronteiras que caracterizam uma unidade política.

Com efeito, o sistema feudal, compreendendo uma estrutura social de pequenos produtores individuais, constituídas de unidades familiares voltadas para a produção de subsistência, ampliou o número de proprietários, tanto dos latifundiários quanto dos que adquiriram os domínios de áreas menores. Os senhores feudais, por seu lado, já não toleravam as exigências de monarcas aventureiros e de circunstância, que impunham uma subtração indiscriminada e mantinham um estado de guerra constante que só causavam prejuízo a vida econômica e social (DALLARI, 2003, p. 70).

---

<sup>12</sup> Em 1453, os turcos otomanos conquistaram a capital cristã Constantinopla e destruíram o Império de Bizâncio. Daí em diante, os cristãos da Rússia preservariam as tradições e a espiritualidade desenvolvidas pelos gregos (ARMSTRONG, 2008, p.342)

Baseando-se no mesmo questionamento sobre a finalidade da sociedade e a distribuição de bens e tarefas entre seus indivíduos é que se consegue analisar o ideal de justiça de determinada época. Sobre esses dois elementos observados, pondera-se que já existem características caras para contemporaneidade, é comum, atualmente, a dinâmica persuasiva da sociedade em garantir direitos que protejam, em última instância, a subjetividade dos seres humanos, ideia essa, prefigurada pela dignidade da pessoa humana.

Ao contrário, o Estado Moderno, lança as bases dos elementos essenciais que compõem sua característica na atualidade, soberania, território, povo e finalidade entram na gramática política, e influenciam profundamente o ideal de justo para o tempo presente. Nessa análise histórica é importante mencionar aqui, como a ideia de justiça esta presente na criação do Estado, que possui como um de seus elementos primordiais a finalidade de sua constituição.

Tomando como lição, a ideia aristotélica do *télos* para medir o ideal de justo, na modernidade o Estado Moderno arregimenta o elemento teleológico em escalas proporcionalmente maiores.

Com Groppali surge a afirmação de um quarto elemento, que é a finalidade, parecendo-lhe óbvio, em primeiro lugar, que pessoas só se integram numa ordem e vivem sob um poder, em função de um fim a atingir; em segundo lugar, o Estado sendo dotado de ordem própria e poder também próprio, é evidente que deverá ter uma finalidade peculiar, que justifique sua existência (DALLARI, 2003, p. 72).

É relevante, ressaltar a ideia de finalidade do Estado, tendo em vista a fundamentação de sua existência. Para essa justificativa, com a elevação do homem renascentista ao campo da razão, o Estado tem a sua criação justificada por uma ordem lógica instituída como contrato social.

Para esta pesquisa a ideia de contrato social será de extrema importância, sendo objeto de capítulo específico dado sua relevância. Neste momento, será dado somente um enfoque histórico desse instituto cognitivo.

Feito o recorte, reputa-se que o Renascimento busca despertar um novo mundo de valores, enquanto na Idade Média, o sistema ético está subordinado a uma ideia transcendente, o homem renascentista procura explicar o mundo humano tão somente segundo as exigências do homem. O ser humano é colocado no centro do universo e passa a indagar a origem daquilo que o cerca. (REALE, 2005, p. 644).

É por isso que surge, desde logo, idéia de contrato. O contratualismo é a alavanca do Direito na época moderna. Porque existe sociedade? Porque os homens concordam em viver em comum. Porque existe Direito? O Direito existe, respondem os jusnaturalistas, porque os homens pactuaram viver segundo regras delimitadoras dos árbitros. (REALE, 2005, p. 645).

Importantes pensadores da modernidade construíram o conceito de contrato social. Para (HOBBS, 2010), o contratualismo detém uma premissa pessimista do homem em estado de natureza<sup>13</sup>. De outra parte, (ROSSEAU, 2005) tem uma visão oposta, ou seja, em estado natural o homem é bom, uma natureza otimista para a formulação do contrato social<sup>14</sup>.

A concepção hobbesiana do contrato social foi impactante para o surgimento do Absolutismo, uma forma de poder que delimitou os paradigmas da justiça naquele período. Em uma sociedade baseada na insegurança total, fez-se imputar ao Soberano a garantia de proteção ao indivíduo. Assim, Vladimir Saflate (2019, p. 43), afirma: “Esse contrato é concebido de maneira perfeitamente individualista. Todos os vínculos e todas as comunidades são dissolvidos. Indivíduos se encontram no medo, até que brilhe a luz do entendimento, criando um consenso dirigido à submissão geral e incondicional à potência suprema.”

Na modernidade a observância dos fins últimos dos seres humanos passa a sair da esfera transcendental para o campo da razão humana. A dualidade *mythos* e *logos* ganha um novo capítulo. Por quase mil anos, os valores insculpidos no plano transcendental, influenciou o ideal do justo, bem como todas suas instituições responsáveis pela divisão dos bens no interior da sociedade medieval.

Não obstante, o *mythos* ter sobressaído no período medieval, Santo Tomás de Aquino, de forma embrionária, formula uma sistematização que traz à razão humana para criar uma teoria da justiça. O *logos*, está na raiz do pensamento moderno e isso evidencia-se pela centralidade do ser humano neste momento histórico, modificando novamente o pêndulo da dicotomia entre fé e razão na leitura sobre a justiça.

A ideia do *mythos* não se torna superada no contexto da modernidade, o que acontece é um novo e poderoso modo de compreender e praticar atos da vida em comunidade, especialmente no que cabe a fé cristã, que por meio dos poderes papais, conjugados ao sistema governamental vigente, tornou-se nocivo aos olhos de uma sociedade despertada pelos ditames do intelecto humano.

Em 31 de outubro de 1517, após um período de profunda reflexão, o monge da ordem agostiniana, Martinho Lutero, crava as Noventa e Cinco teses na porta da catedral do castelo de Wittemberg na Alemanha, provocando uma ruptura gigantesca para a homogeneidade da religião cristã.

---

<sup>13</sup> O homem é um ser mal por natureza, somente preocupado com os próprios interesses, e sem cuidados pelos interesses alheios, tendo se decidido viver em sociedade ao perceber que a violência era causadora de maiores danos. A sociedade ter-se-ia se originado da limitação recíproca dos egoísmos.

<sup>14</sup> O homem natural é bom e a sociedade o corrompeu, sendo necessário libertá-lo do contrato de sujeição e de privilégios, para estabelecer um contrato social legítimo, conforme a razão.

Para além de frutos puramente espirituais, o pensamento de Lutero tem repercussões impactantes na vida civil e política do período moderno. A emancipação do ser humano, de certa maneira, casa-se com a reforma protestante e os seus reflexos na sociedade, a doutrina de Lutero reverbera na educação e igualdade dos indivíduos, pois a *solla scriptura*, potencializa uma revolução cultural, sendo a Bíblia de Gutemberg o primeiro livro impresso da história, difundindo o conhecimento, não de forma vertical, mas um parâmetro horizontal de igualdade entre os membros da comunidade.

Na Era medieval o foro determinante da justiça foi incorporado na figura da igreja pelo Estado. Na reforma, vários sermões e debates foram realizados para propagar a idéia de Lutero, em especial um, intitulado “Duas espécies de justiça”:

Aqui ele afasta-se decididamente da ideia patrística da justificação como um processo gradativo de erradicação dos pecados do fiel. Em vez disso, vê a justificação como uma consequência imediata da *fides apprehensiva* – de “uma fé apreende e apropria”, capacitando inesperadamente o pecador a captar por si mesmo a justiça de Cristo, de modo a torna-se “uno com Cristo, tendo a mesma justiça que Ele” (SKINNER, 1996, p. 290).

A doutrina de Lutero é baseada na *theologia crucis*, ou seja, ele é cristocêntrico, sendo a salvação alcançada somente pela *fide* em Cristo, sem intermediários. Se o fim último da vida humana, pelo menos naquele período, era a salvação da alma, a obra de Lutero promove uma modificação completa na vida social e política. O foro espiritual e secular, vetorizados por Igreja e Estado por determinado tempo, ganha diferentes aspectos na modernidade.

A teologia de Lutero trouxe duas implicações para o ideal de justiça e o pensamento social e político da época. Ele assume um compromisso claro de repudiar a ideia segundo a qual a Igreja possui poderes de jurisdição, e por isso detém autoridade para dirigir e regular a vida cristã, pois como por meio da fé em Cristo o ser humano alcança a salvação, não existe mais a figura intermediária da Igreja para modular comportamentos ao seu bel-prazer e conveniência. Assim, a antiga visão da *ecclesia* como foro da jurisdição humana é reduzida a uma congregação de fé ou *congregatio fidelium*, onde todos são igualmente espirituais, desaparecendo com a antiga falsa dicotomia fomentada pela Igreja de Roma (SKINNER, 1996, p. 292).

Lutero admite ainda a ideia de dois reinos, entretanto, o reformador estabelece a premissa de uma Autoridade temporal distinta da jurisdição da Igreja, afastando a pretensão das autoridades eclesiásticas. Fundamenta Lutero nas proposições paulinas a defender uma justiça secular, pois segundo ele: “Toda a alma se sujeita à autoridade do governante, pois não há autoridade que não provenha de Deus” (SKINNER, 1996, p. 298).

Embora, a distinção entre os dois espectros de justiça tenha sido um destaque da

teologia de Lutero e sua repercussão no contexto social e político da época, o tema ainda foi objeto de muita controvérsia na Europa da Idade Moderna. O historiador alemão Ernst Kantorowicz,<sup>15</sup> debruçado sobre as discussões jurídicas da Inglaterra do Século XVI, desenvolveu sua teoria dos Dois corpos dos reis, segundo uma doutrina aceita por todos, o rei possuía um corpo natural, como qualquer outro homem e, além disso, um "corpo místico", invisível e imortal, incapaz de qualquer imperfeição (KANTOROWICZ, 1993, p. 1).

O princípio dos juristas da era Tudor, entretanto, definitivamente se agarrava à linguagem paulina e seu desenvolvimento ulterior: a passagem do *corpus Christi* paulino para o *corpus ecclesiae mysticum* medieval, e daí para o *corpus reipublicae mysticum* que era igualado ao *corpus morale et politicum* da república, até que, finalmente (ainda que confundido pela noção de *Dignitas*), surgiu o slogan dizendo que todo abade era "um corpo místico" ou um "corpo político" e que, conseqüentemente, o rei também era, ou tinha, um corpo político que "nunca morria". Não obstante, portanto, certas similaridades com conceitos pagãos desvinculados, os dois corpos do rei constituem uma ramificação do pensamento teológico cristão e, conseqüentemente, permanecem como marco da teologia política cristã (MASCARO, 2022, p. 206).

Dessa atribuição dualística, para subscrever o ideal de justiça a ser aplicado e compreendido, implicou no contexto inglês uma série de questões jurídicas quanto a postura da realeza perante seus súditos, bem como da sociedade com a figura do monarca.

(...) De suas páginas se eleva o espectro de um absolutismo exercido não por um "Estado" abstrato, como nos tempos modernos, ou por uma "Lei" abstrata, como na Alta Idade Média, mas por uma ficção fisiológica abstrata que, no pensamento secular, provavelmente não encontra paralelos. O fato de que o rei seja imortal porque legalmente jamais pode morrer, ou que jamais esteja legalmente sujeito à idade, são conhecidas propriedades da época. Mas ele vai mais longe que o esperado ao nos afirmar que o rei "é não somente incapaz de fazer errado, mas até de pensar errado: ele jamais pode fazer uma coisa imprópria: nele não há qualquer tolice ou fraqueza". Além disso, o rei é invisível e, conquanto não possa nunca julgar, a despeito de ser a "Fonte da Justiça", possui, no entanto, ubiquidade legal: "Sua Majestade, aos olhos da lei, está sempre presente em todos os seus tribunais, embora não possa pessoalmente distribuir justiça". O estado de "perfeição absoluta" sobre-humana à essa persona ficta real é, por assim dizer, resultado de uma ficção no interior de uma ficção: é inseparável de um aspecto peculiar dos conceitos corporativos, a corporação individual. (...) (KANTOROWICZ, 1993, p. 18)

O advogado Edmund Plowden, atuante no período Tudor (1485-1603), investigou e produziu um importante estudo que detalha de forma minuciosa o profundo debate da teoria dos dois corpos do rei. Este estudo ficou conhecido como "Relatórios de Plowden", que retratam muito bem como o ideal de justiça no período moderno ainda se amparava sobre as nuances teológicas da época medieval.

---

<sup>15</sup> Ernst Hartwig Kantorowicz nasceu em Posen, na Alemanha, em 1895, e faleceu em Princeton, nos Estados Unidos, em 1961. Em 1927, publicou seu primeiro livro, uma biografia de Frederico II, imperador da Sicília. O perfil do biografado fez com que o livro fizesse sucesso nos círculos de direita da Alemanha às vésperas do nazismo. Já o autor, judeu, logo teria de refugiar-se nos Estados Unidos, onde dedicou os últimos vinte anos de sua vida a escrever os dois corpos do rei.

Plowden contextualiza o caso e depois faz um recorte do relatório extraído do julgamento. A síntese do caso é: no ducado de Lancaster, reis lancastrianos haviam possuído uma propriedade privada e não como propriedade da Coroa. No quarto ano do reinado da rainha Elizabeth., Eduardo VI, o antecessor da rainha, havia feito, embora ainda sem idade para tal, uma concessão de certas terras do ducado. A esse respeito, todos os advogados da Coroa, reunidos na Escola de Direito de Serjeant, haviam acordado:

Que pelo Direito Comum nenhuma Lei que o Rei decrete enquanto Rei, será invalidada por sua menoridade. Pois o Rei tem em si dois Corpos, a saber, um Corpo natural e um Corpo político. Seu Corpo natural (se considerado em si mesmo) é um Corpo mortal, sujeito a todas as Enfermidades que ocorrem por Natureza ou Acidente, à Imbecilidade da Infância ou da Velhice e a Defeitos similares que ocorrem aos Corpos naturais das outras pessoas. Mas seu Corpo político é um Corpo que não pode ser visto ou tocado, composto de Política e Governo, e constituído para a Condução do Povo e a Administração do bem-estar público, e esse Corpo é extremamente vazio de Infância e Velhice e de outros Defeitos e Imbecilidades naturais, a que o Corpo natural está sujeito, e, devido a esta Causa, o que o Rei faz em seu Corpo político não pode ser invalidado ou frustrado por qualquer Incapacidade em seu Corpo natural (KANTOROWICZ, 1993, p. 18).

Desta maneira, a dualidade entre percepções místicas e racionais ainda ditam a maneira com a justiça é concebida, sendo a modernidade em seu primeiro estágio tangenciada por vislumbres medievais.

A Idade Média se revestia na lógica cristã e irradiava seus valores aos indivíduos e corporações daquele momento. Documentos históricos para a ideia de justiça, bem como o direito como seu corolário, instituíram a usura como prática condenável aos olhos da sociedade. A Magna Carta de 1215 d.C e o Direito Canônico são exemplos que sintonizam a prática ao pensamento da época.

Já no final da Idade Média, com o renascimento comercial empurrado pelo crescimento das cidades-Estados italianas, começa embrionariamente a surgir uma lógica de acumulação de recursos, pois como sintetizam, Bartolo de Saxoferrato e Marsílio de Pádua: “nas cidades-republicas italianas a liberdade republicana ainda que nas mãos de um governo de *signore* único trazia consigo a garantia da paz e tão logo elas são governadas por um único regente, rejubilam-se na paz, florescem na justiça e desfrutam de abundância e riqueza (SKINNER, 1996, p. 86).

Dessa fagulha ideológica a modernidade encontra-se com os ditames da razão humana para construção de um modelo da vida em sociedade. A usura que por séculos foi tida como pecado, com a nova leitura do protestantismo, passa ter um novo significado, impulsionadas em especial por instituições históricas como comércio, trabalho e dinheiro.

A doutrina calvinista não acreditava na usura como um pecado, ao contrário, o

trabalho incansável e sua acumulação é um sinal da salvação da alma. Apesar de Lutero ter argumentado contra uma lógica de acumulação e riqueza da Igreja Católica pelas práticas das vendas de indulgências, a teologia de Calvino estabelece a doutrina da predeterminação que, em linhas gerais, compreende que a salvação não depende de méritos humanos, mas uma dádiva concebida por Deus, assim, a identificação da pessoa eleita a salvação mostra-se na realidade através do trabalho.

Cria-se dessa maneira uma visão ética do trabalho. De acordo com Michael Sandel (2021, p. 58): “uma questão impunha-se de imediato a cada fiel individualmente e relega a todos os outros interesses a segundo plano, serei eu um dos eleitos? E como eu poderei ter certeza dessa eleição? A persistência e urgência dessa pergunta direcionaram calvinistas a certa versão ética do trabalho. Uma vez que todas as pessoas são chamadas por Deus a trabalhar em uma vocação, trabalhar com dedicação nesse chamado é sinal de salvação”.

Para Weber, dedicar-se ao trabalho e consumir pouco, produz o acúmulo de riqueza que alimenta o capitalismo. Mesmo quando as motivações religiosas originais esvaem-se, a ética protestante do trabalho e do ascetismo proporciona a base cultural para o acúmulo capitalista (SANDEL, 2021, p. 58).

Sobre o retrato de uma sociedade que transita para um modelo racional, ainda enraizado na lógica transcendental, é que submerge o capitalismo como nova forma ou meio de produção. Os acúmulos de riquezas nas cidade-Estados italianas, a valorização dos aspectos humanísticos, colocando o ser humano na centralidade das discussões e a nova percepção religiosa oferecem um solo fértil para nascimento da burguesia, uma nova classe que terá papel singular na ruptura do modelo absolutista moderno para o contemporâneo revolucionário.

A dinâmica do ideal de justiça, permeia novos elementos oriundos da vida social. O modo excelente da vida humana na Idade Moderna passa a ter dimensões diferentes até então, o significado e a finalidade do bem comum são profundamente modificados, com a ideia de Estado, sujeito e capital. Agora a ideia de justiça ampara-se no arquétipo racional e vai ser largamente orquestrado e pensado dentro da última parte da Idade Moderna, conhecida como Iluminismo.

O Iluminismo tem como antagonista o Poder Absolutista da época. O Estado concebido na modernidade passa a ser fortemente criticado pelas desiguais e assimétricas relações com os indivíduos. Assim, os movimentos filosóficos dos séculos XVII e XVIII, com Locke na Inglaterra, Voltaire, Rousseau e Montesquieu na França e Kant na Alemanha, dentre outros, estabelecem o Iluminismo como a sobreposição da razão humana sobre institutos teológicos ou míticos (MASCARO, 2022, p. 208).

Conforme afirma Alysson Mascaro (2022, p. 208), o Iluminismo não é um movimento unificado, de pensadores que tenham tido sempre premissas comuns. São, todos, grandes modos abertos de pensar determinados problemas. O Iluminismo é composto por pensadores que, muitas vezes, debatiam entre si sobre pontos fundamentais, mas apresenta como identidade a busca de se fundar na razão. Seu inimigo, o Absolutismo, extraía o poder do soberano de Deus, portanto, de um procedimento formal teológico, sendo creditado tal visão às trevas da fé, insistirá nas luzes da razão, e daí a origem de seu nome.

Obviamente são muitas vertentes trabalhadas dentro do Iluminismo e duas correntes são basilares para discussão de uma teoria da justiça. Para empirismo, o conhecimento advém da experiência originada na percepção concreta das coisas e dos fatos.

O inglês David Hume (1711-1776) é um dos mais radicais filósofos empiristas. Assim diz sobre o conhecimento no *Tratado da natureza humana*, dando primazia às impressões e às sensações em detrimento das ideias: As percepções da mente humana se reduzem a dois gêneros distintos, que chamarei de IMPRESSÕES e IDEIAS. A diferença entre estas consiste no grau de força e vividez com que atingem a mente e penetram em nosso pensamento ou consciência. As percepções que entram com mais força e violência podem ser chamadas de impressões; sob esse termo incluo todas as nossas sensações, paixões e emoções, em sua primeira aparição à alma. Denomino ideias as pálidas imagens dessas impressões no pensamento e no raciocínio, como, por exemplo, todas as percepções despertadas pelo presente discurso, excetuando-se apenas as que derivam da visão e do tato, e excetuando-se igualmente o prazer ou o desprazer imediatos que esse mesmo discurso possa vir a ocasionar (MASCARO, 2022, p. 222).

Portanto, o empirismo destaca-se como uma vertente inglesa do Iluminismo. De outro lado, a versão continental do pensamento iluminista repousa em uma das mais brilhantes mentes de todos os tempos. Immanuel Kant nasceu em 1724, na cidade de Konisberg, no leste da Prússia e adentrou a Universidade da mesma cidade aos 16 anos (SANDEL, 2014, p. 136).

Em 1781, aos 57 anos, Kant publicou sua primeira obra, denominada “A crítica da razão pura”, que desafiava a teoria empírica do conhecimento associada a David Hume e John Locke. Subsequentemente publicou diversos livros que foram fundamentais para iluminar o pensamento da época, principalmente das Revoluções liberais, em especial a Revolução Francesa, que consagrou a centralidade do ser humano na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (SANDEL, 2014, p. 136).

As contribuições da filosofia política e moral de Kant, são decisivas para a compreensão do ideal de justiça, uma vez que essa formulação do conceito do justo volta-se para uma fundamentação instituída exclusivamente pela razão, força motriz que irá ditar as sistemáticas da vida em sociedade do final da Idade Moderna até os dias atuais.

Arregimenta-se no arcabouço cognitivo de Kant, três pressupostos da vida contemporânea, a razão humana como fundamento da construção do conhecimento, um modelo

de justiça ideal e o imperativo categórico como método e justificativa da dignidade da pessoa humana, que em predicados atuais, significa o eixo paradigmático dos direitos humanos.

Na última parte da Era Moderna, o Iluminismo concretiza-se como um espectro aberto de pensadores, porém com a unicidade da razão, como elemento norteador do conhecimento humano e conseqüentemente suas influências nas manifestações sociais daquele período. Sem dúvida o espírito da época equalizou e modulou os pressupostos das Revoluções Liberais no final do Século XVIII, e além de outros importantes nomes do pensamento iluminista, Kant detém uma contribuição singular a uma robusta visão sobre o direito e a justiça, afirmando-se notadamente como um jusnaturalista.

Contextualizando Kant como pensador e filósofo, está ele inserido no ambiente intelectual alemão, marcado tradicionalmente por um idealismo metafísico da filosofia continental Europeia. Na sua construção filosófica, recebeu forte influência do empirismo inglês, onde o próprio Kant descreve que, David Hume despertou-o de seu "sono dogmático".

Na vida acadêmica, sempre possuiu interesses por diversos assuntos, das ciências naturais a astronomia, entretanto o Kant maduro ratifica seu pensamento sedimentado em diversas obras a temática do direito e principalmente da justiça. Nessa fase de seu pensamento encontram-se suas três grandes críticas, a *Crítica da razão pura* (1781), a *Crítica da razão prática* (1788) e a *Crítica da faculdade de julgar* (1790). A *Fundamentação da metafísica dos costumes* está ainda nessa fase (1785). Diversos textos que abordam temas específicos, como *À paz perpétua* (1795) e a *Metafísica dos costumes* (1797), são obras dessa etapa final de sua vida, que se poderiam contar como um momento derradeiro, após suas três grandes críticas, e com relevo interessam ao direito (MASCARO, 2022, p. 311).

Sobretudo, para a temática de uma teoria da justiça de seu tempo, vale apontar, em termos gerais, a *Crítica da razão prática* que sublinha os contornos da noção de direitos humanos e essencialmente o ideal de justiça do início da contemporaneidade.

A teoria kantiana sobre a justiça e a injustiça, sobre o bem e o mal, sobre o belo, sobre o correto, as virtudes, enfim, sobre tudo que envolve o mundo dos valores, da vida prática, das considerações para a ação e o julgamento humano, essa teoria em Kant faz-se com base na razão prática, cujo núcleo residirá nos imperativos categóricos (MASCARO, 2022, p. 322).

Alinha-se na conjunta explicativa de Kant, três observações primordiais a sua compreensão, a distinção entre dever e moralidade, o imperativo categórico como eixo do agir moral e a fixação racional de uma lei universal.

Em termos de uma teoria de justiça, vale transcrever os pressupostos estabelecidos na *Crítica a razão prática*. Da construção do ideal do justo estabelecido pelo modelo dualístico

entre o *mythos* e *logos*, cumpre indicar o questionamento sobre o fim último da sociedade. Para os antigos, como Aristóteles, a felicidade é a finalidade última da eticidade clássica. Para os medievais, os deveres são advindos de uma fonte externa ao sujeito, vindos de Deus, e a moralidade, em muitas ocasiões, se dá por meio de uma condicionante finalística: o agir conforme o dever é a forma da salvação (MASCARO, 2022, p. 323).

No iluminismo racional de Kant, o fim é caracterizado pelo dever que não significa uma moralidade. O cumprimento de um dever não tem outro fundamento a não ser o próprio querer, portanto, para Kant, fatores externos a razão humana são dispensáveis na construção do agir moral. Trata-se de um querer exclusivamente pelo querer, sem outras variações, o que Kant denomina como boa vontade.

O pensamento kantiano indica que o ser humano não age naturalmente em direção a uma moralidade, ao contrário, trata-se de um imperativo ou um dever-ser ideal que o obriga sem condicionantes ao cumprimento do próprio dever. Assim, Kant distingue imperativo categórico dos imperativos hipotéticos.

Os imperativos hipotéticos são sempre condicionais, técnicos e pragmáticos, caracterizam-se em deveres servindo a certos fins. De maneira diferente afirma (REALE, 2005, p.659): “São imperativos categóricos aqueles que, de maneira imediata, prescrevem uma ação como sendo por si mesma objetivamente necessária, e não como simples meio para se atingir certo fim”. Desta forma, o imperativo categórico não é orientado a fins específicos. Não faz alguma coisa para conseguir outra. É orientado ao cumprimento do dever pelo dever e, por isso, é independente de condicionantes concretas, sendo, pois, universal.

(...) O imperativo categórico é entendido como uma máxima. Com isso, Kant aponta para o fato de que não há um catálogo de regras ou normas que tipifiquem previamente a moralidade, apontando o certo e o errado. O imperativo categórico não é um conjunto de mandamentos do tipo daquele que consta no Decálogo da Bíblia. Não se trata de um rol estabelecido de normas morais; o imperativo categórico é, acima disso, um mecanismo da razão. A universalidade é a marca dos imperativos categóricos. Isso quer dizer, há uma pressuposição da aplicação universal e de um querer advindo de uma pressuposta universalidade dos agentes (...) (MASCARO, 2022, p. 323).

Nos termos em que se postula pensamento kantiano é possível sustentar que a universalidade é uma decorrência lógica do imperativo categórico, pois a racionalização do agir moral está atrelado a uma lei universal de conduta que não pode ser aplicada em termos hipotéticos ou condicionais. Portanto, o sujeito do final da idade moderna não é um meio, mas um fim em si.

## 1.2 A JUSTIÇA CONTEMPORÂNEA

O marco histórico da Idade Contemporânea inicia-se nas Revoluções Liberais do Século XVIII em especial a Revolução Francesa de 1789 que estabeleceu uma ruptura com toda a sistemática social advinda desde o período medieval, portanto as instituições que sustentavam o antigo regime e fomentava a ideia de justiça até então foram suplantadas por uma nova ordem.

A ordem pretérita foi denominada *Anciën Régime*, com algumas características que demarcaram a sociedade francesa, bem como a Europa daquele momento. O Absolutismo modelava a espectro político e sobre essa plataforma algumas instituições históricas são compartimentadas pelo corpo social. Nobreza, Clero e Burguesia retratam a moldura social do período.

A desigualdade institucional produzida pelos privilégios da nobreza e do clero tornaram-se insustentáveis para uma classe que abarcava desde camponeses até grandes mercadores e comerciantes. Essa massa populacional ficou caracterizada como burguesia, que nas palavras de Emmanuel Joseph Sieyès formava o Terceiro Estado (SIEYÈS, 2014).

A classe burguesa motivada pelos ideais iluministas, como a razão kantiana e sua preponderância alinhada a liberdade e igualdade dos indivíduos, foram decisivos para a ruptura com o antigo regime. Essa cisão buscava não uma reforma, mas uma modificação integral da ordem política e social até então.

A Revolução não foi feita, como se pensou, para destruir o império das crenças religiosas. Apesar das aparências, foi essencialmente uma revolução social e política. No cirado das instituições deste tipo, não propendeu nem a perpetuar a desordem e torná-la de certa maneira estável, nem a metoditar a anarquia, como dizia um dos seus principais adversários. mas antes a aumentar o poder e os direitos da autoridade pública. Não ia mudar o caráter que nossa civilização teve até então como muitos o pensaram, nem parar seu progresso, nem mesmo alterar em sua essência nenhuma das leis fundamentais sobre as quais repousam as sociedades humanas em nosso Ocidente. Se separarmos esta sociedade de todos os acidentes que mudaram momentaneamente sua fisionomia em diferentes épocas e em diversos países para só considerá-la tal qual é. veremos claramente que o único efeito desta revolução foi abolir as instituições políticas que durante séculos dominaram totalmente a maioria dos povos europeus e que recebem geralmente o rótulo de instituições feudais e substituí-las por uma ordem social e política mais uniforme e mais simples. tendo por base a igualdade de condições (TOCQUEVILLE, 1997, p. 67).

Desse cenário de ruptura institucional, advém os princípios moduladores do direito e especificamente da justiça. Liberdade, igualdade e fraternidade afirmam-se na gramática política e social como valores supremos de uma sociedade emancipada, totalmente desatrelada das injustiças perpetradas na ordem anterior.

Não obstante, a concepção do *logos* ter afastado a preponderância do *mythos* para formulação de uma ideia de justiça, a razão individual de cunho universal passa a ser concebida como uma razão estatal e particularizada, nascendo desse caminho a positivação dos direitos e a ideia de constituição para os Estados.

Assim afirma Celso Lafer (1988, p. 56), contextualizando o deslocamento da concepção de justiça para um plano puramente positivo:

Com efeito, um ciclo do pensamento jurídico-filosófico que nasceu como resposta à dissolução da unidade espiritual na Idade Média, que se caracteriza por uma concepção individualista da história e da sociedade, mas que encontrou apoio, na sua elaboração, no paradigma multissecular do Direito Natural, encerra-se, como observou Fassò, no início do século XIX, com a promulgação, em 1804, do Código de Napoleão e a morte de Kant. A filosofia do Direito posterior a Kant e à codificação passou a ter novas características e a enfrentar problemas diferentes daqueles com os quais se confrontou o paradigma do Direito Natural na sua vertente moderna.

Observar a transição do ideal de justiça para a positivação do direito é fundamental, tendo em vista que esse modelo, será o paradigma do justo do início o século XIX até a metade do século XX, onde o modelo positivista passa a ter uma significativa revisão.

A lição de Celso Lafer (1988, p. 57), consagra duas maneiras de distinguir como o ideal de justiça foi sendo compreendido e formulado. Trata-se de uma filosofia do direito implícita e outra explícita. A primeira, observa-se no mundo ocidental, desde os pré-socráticos até Kant, onde é abarcada todas as indagações sobre o valor e a função das normas que governam a vida social no sentido do justo. A explícita é resultado de uma maturação histórica que levou o surgimento de uma disciplina autônoma, com objeto próprio nos domínios do discurso filosófico, cujos contornos amadurecem pela preocupação kantiana com a busca das condições transcendentais do conhecimento da experiência jurídica e com a consciência jurídico-positiva trazida pela experiência da codificação e contribuições complementares, como as da Escola da Exegese e as dos Pandectistas.

Da erosão jusnaturalista sobre justiça, submerge dentro do *logos* a dualidade entre o direito natural e direito positivo para caracterizar o justo da Idade Contemporânea. Para o fortalecimento do modelo positivista é primordial o protagonismo do Estado como ente institucional da justiça.

Da construção, voltada a um modelo de justiça estatal e positivo, Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), filósofo filiado a corrente de pensamento denominado idealismo alemão, torna-se um importante artífice na construção de uma Filosofia do Direito que expõem o ideal de justiça do início da Era Contemporânea.

Hegel sofreu profunda influência do Iluminismo, em especial de Kant, de quem foi um profundo antagonista. Como principais distinções do racionalismo kantiano, Hegel não parte de construções universais eternas e sim de uma dimensão histórica e particular que denota uma contradição específica a cada tempo.

Ao ponderar pela análise histórica, o pensamento hegeliano setoriza sua observação e extrai da realidade sua razão. Por isso, na obra “Princípios da filosofia do direito” (HEGEL,

2000, p. XXXVI) conclui: “O que é racional é real e o que real é racional”. Elevando ao mesmo patamar realidade e racionalidade. No Iluminismo de Kant a razão que se observava no plano ideal por vezes não se manifestava e nem se aplicava na realidade, somente existia em um plano teórico do direito natural.

Diametralmente oposto, Hegel afirma que a realidade histórica se coaduna com a própria razão, criando assim um novo modelo. A justiça, que se aplica em contornos de um dever-ser ou puramente ideal, agora assenta-se em uma concepção do ser, sobre o real e racional.

Para fundamentar sua filosofia, Hegel utiliza-se de um mecanismo filosófico conhecido como dialética. A dialética é uma recepção hegeliana da tradição grega, porém nas mãos do pensador alemão tomou outras perspectivas. De Platão a Kant a dialética foi utilizada como um processo de compreensão dos aparentes opostos.

A grande inovação do pensamento hegeliano, no que tange à dialética, reside justamente no fato de que o conflito entre tese e antítese, entre os opostos, é um conflito real. É real, é de se lembrar, tanto no plano de sua efetividade quanto no de sua racionalidade, pois o real e o racional se confundem. Portanto, há conflito na própria realidade (MASCARO, 2022, p.358).

Nesse recorte da filosofia hegeliana é que se compreende a magnitude do Estado na Idade Contemporânea e a nova formulação de uma teoria do justo. O racionalismo hegeliano propõem uma visão histórica e particular, onde aquilo que é racional é real, e para a compreensão dos fenômenos da realidade social, busca-se sua fundamentação na dialética. Desta forma, no livro *Princípios da filosofia do direito*, Hegel aponta o Estado como ápice do movimento dialético.

Hegel percebe na dialética um transcurso de vários graus: seus níveis primeiros se encontram na família, depois passando pela sociedade civil, para, enfim, ter por ápice o Estado. O conceito de sociedade civil, em Hegel, é bastante específico em relação à tradição moderna. De um lado, Hegel escapa ao contratualismo moderno, tendo em vista que o Estado não é o acordo dos indivíduos, mas é dado em si e para si (MASCARO, 2022, p. 372).

A prefigurar a particularização do Estado, não como fruto de uma vontade individual, amparada pelo contrato social, mas sobretudo por um dado real e racional, é substancial para positividade do direito e em especial, extrair dessa fonte toda explicação para uma teoria da justiça. A historização, cientificismo e positividade afastou a justiça do direito.

No dualismo entre *logos* e *mythos* a razão toma seu protagonismo agora alinhado ao Estado como fonte de justiça. O que antes tinha uma abordagem *jusnaturalista*, na Idade

Contemporânea transforma-se em *juspositivista*.

Desde o Código Civil Napoleônico de 1804, o Século XIX sacramentou a ideia de codificação e positivação do direito como modelo a ser seguido por diversos Estados. Este modelo passou por diversas abordagens e categorias como o formalismo, constituindo a Escola da Exegese na França<sup>16</sup> e a Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha<sup>17</sup>.

A mais expressiva manifestação de uma justiça deflagrada unicamente na lei emanada do Estado se dá pelo positivismo jurídico do início do Século XX, que tem na figura de Hans Kelsen o mais proeminente doutrinador desse movimento, estabelecendo em última análise a cisão entre direito e a moral.

Hans Kelsen (1881-1973), nascido em Praga mas criado em Viena, no pós-Primeira Guerra, a convite do socialista Karl Renner, foi um dos principais responsáveis pela redação da Constituição da Áustria, concebendo inclusive a técnica de controle de constitucionalidade por meio de um tribunal específico, do qual se tornou magistrado. Judeu, perseguido pelo nazismo, apoiou a República de Weimar e teve de abandonar sua cátedra em Colônia, na Alemanha, passando a parte final de sua vida nos EUA. Sua obra principal é a Teoria pura do direito, publicada em 1934, com uma segunda edição alterada de 1960. Além dessa, muitas outras obras importantes constituem a trajetória do pensamento kelseniano, como Teoria geral do direito e do Estado e a Teoria geral das normas, obra publicada postumamente, que reúne a sua peculiar produção dos últimos anos de vida (MASCARO, 2022, p. 493).

Assim, a justiça, como um valor universal, advinda de uma razão natural, cedeu espaço para somente uma única fonte, qual seja, a lei positivada pelo Estado. Trata Kelsen na Teoria geral do direito e do Estado: O Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica, não mais do que a corporação é distinta de sua ordem constitutiva. [...] Como não temos nenhum motivo para supor que existam duas ordens normativas diferentes, a ordem do Estado e a sua ordem jurídica, devemos admitir que a comunidade a que chamamos de “Estado” é a “sua” ordem jurídica (MASCARO, 2022, p. 498).

A particularização do Estado-Nação, constituídos de uma dinâmica própria de justiça, bem como uma ordem pautada em concepções liberais, servindo a expansão do capitalismo como meio de produção de massa, germinaram abruptas rupturas na sociedade do Século XX.

Assimetrias políticas, econômicas e sociais, refletem a maneira como as instituições, responsáveis por fomentar a justiça de um ordenamento, são atingidas em seu

---

<sup>16</sup> A Escola da Exegese desenvolveu-se a partir de 1804, na sequência histórica do Código Civil Napoleônico, com seu apogeu entre 1830 e 1880, quando tem início sua decadência. “Foi um movimento tipicamente francês, não somente por sua origem vinculada ao advento do Código Civil francês (*Code Napoleon*), mas também pelo clima de ideias, de alguma sorte cartesianas, em que se formaram seus conceitos e suas tendências” (BARROSO, 2011, p. 297-298).

<sup>17</sup> Karl Larenz, metodologia da ciência do direito, 1997, p. 23 e 28-29, atribui ao autor alemão Putsch o papel de fundador da Jurisprudência dos Conceitos” (BARROSO, 2011, p. 298).

cerne. O modelo positivista viu seu esfacelamento perpetrado pelo totalitarismo europeu do início do Século XX. O Estado de Direito positivado não foi capaz de conter a ruptura civilizatória do totalitarismo. Pela lente de Hannah Arendth (2012, p. 480), é possível constatar a quebra de paradigma do movimento totalitário.

**Contudo, quaisquer que sejam as falhas do positivismo**, pragmatismo e do behaviorismo, e por maior que seja a sua influência na formação do tipo de bom senso característico do Século XIX, **não é de modo algum “o produto canceroso do segmento utilitário da existência que caracteriza as massas atraídas pela propaganda totalitária e pelo cientificismo**. A convicção dos positivistas, como a conhecemos através de Comte, de que o futuro pode vir a ser previsto cientificamente repousa na crença de que o interesse é a força que existe por trás de tudo na história, e na pressuposição de que o poder tenha leis objetivas que podem ser descobertas. O cerne do utilitarismo moderno, positivista ou socialista, é a teoria política de Rohan, de que “os reis comandam os povos e os interesses comandam os reis”, de que o interesse objetivo é a “única [lei] que não falha”, e de que, “mal ou bem compreendido, o interesse é responsável pela existência do desaparecimento dos governos”. **Mas nenhuma dessas teorias aceita a possibilidade de transformar a natureza do homem”, como o totalitarismo realmente procura fazer.** (Grifos nossos).

Hannah Arendth (1906-1975), caracteriza a gestão do totalitarismo como um primado do movimento. A estabilização que leis e instituições fornecem são responsáveis para regular a vida em sociedade sem contribuir para uma dominação total. Acontece que, conceitos como “seleção racial que não pode parar”, na Alemanha, ou o da “revolução permanente”, na URSS stalinista, serviram operacionalmente a este propósito de assegurar o primado do movimento (LAFER, 1988, p. 131).

O que se concretizou foi um aformismo jurídico, prevalecendo a estrutura normativa e constitucional, porém sem nenhuma efetividade no plano concreto.

A Constituição de Weimar nunca foi ab-rogada durante o regime nazista, mas a lei de plenos poderes de 24 de março de 1933 teve não só o efeito de legalizar a posse de Hitler no poder como de legalizar geral e globalmente suas ações futuras. Dessa maneira como apontou Carl Schmitt – escrevendo depois da II Guerra Mundial - , Hitler foi confirmado no poder, tornando-se a fonte de toda a legalidade positiva, em virtude de uma lei do Parlamento que modificou a Constituição. Também a Constituição stalinista de 1936, completamente ignorada na prática, nunca foi abolida. Esta subversão do Direito do Estado, que deixa de ser, em consonância com os procedimentos e técnicas do constitucionalismo moderno, um mecanismo para controlar o poder e, destarte, uma qualidade de governo, viu-se aprofundada pela importância de instituições não disciplinadas por normas como o partido e a polícia (LAFER, 1988, p. 132).

Sob a égide do Estado de Direito, tendo como única fonte de justiça a norma positivada, foram perpetradas as maiores barbáries contra os seres humanos em todos os tempos, estabelecendo assim, um marco temporal para o direito em todos os seus aspectos, bem como uma nova abordagem sobre o ideal de justiça, que durante este período foi completamente rechaçado pela sociedade.

Depois de duas grandes guerras no século XX, o direito passou por severas

transformações e em especial o resgate de uma teoria da justiça, além da filosofia analítica da época. Uma nova conjuntura político-social, estrutura as concepções de um modo de vida excelente da humanidade. Em uma sociedade plural, com severas modificações comportamentais e moldada por uma forte revolução tecnológica, insinua um novo paradigma de justiça.

Neste cenário, profundamente modulado pela dualidade da política internacional, em que valores como liberdade e igualdade foram levantadas como bandeiras de uma concepção integralizante do bem comum, surge o pensamento e a obra de John Rawls para ser uma alternativa, como ele delimita, a doutrinas abrangentes do bem. Realocando o tema da justiça ao pensamento político e jurídico do difuso Século XX.

### 1.3 JOHN RAWLS E UMA TEORIA DA JUSTIÇA

O pêndulo entre *mythos* e *logos* chega ao Século XX, e o tema da justiça ganha novas concepções. Na cronologia histórica do ideal do justo, que passa por Aristóteles na Idade Antiga, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino na Idade Média, Immanuel Kant na Idade Moderna e Hegel no início da contemporaneidade, deságua no pós-guerra buscando uma significação, uma construção da justiça que absorva as tendências de uma sociedade essencialmente plural e dinâmica.

Na dicotomia estabelecida entre uma visão mística teológica e racional pragmática, nota-se que em termos de justiça o *mythos*, no que tange ao ocidente, perder força na sua fundamentação, não obstante, ter um lugar cativo na consciência coletiva e na formulação do valor do justo em sociedades com regimes teocráticos, como o exemplo do Irã e sua base normativa ligada ao Alcorão.

Nesse recorte, o *logos* ou razão, é responsável pela busca de uma formatação e significação da justiça. Amparado por toda construção histórica desse elemento ideal da sociedade em todos os tempos é que surge John Bordley Rawls (1921-2002) como o mais influente pensador da filosofia política do Século XX, estabelecendo por meio de uma robusta especulação racional uma nova teoria da justiça.

Antes de adentrar ao conteúdo do ideal de justiça de John Rawls, vale sublinhar em termos gerais o contexto e biografia do pensador estadunidense, em especial para setorizar de qual lugar e tempo saem as ideias que vão influenciar significativamente o direito e a justiça do final do Século XX e principalmente início do Século XXI.

John Bordley Rawls, nasceu em 21 de fevereiro de 1921 na cidade de Baltimore,

Estado de Maryland, região nordeste dos Estados Unidos. Seus pais eram Willian Lee Rawls (1883-1946) e Anna Abell Rawls (nascida como Anna Abell Stump, 1892-1954), sendo e John Rawls o segundo de cinco filhos (POGGE, 1999).

Seus pais tiveram bastante interesse por política, sendo ambos ativos militantes, o pai apoiou fortemente a campanha de Woodrow Wilson para se tornar o 28º presidente dos Estados Unidos. Enquanto sua mãe encampava a luta pelos direitos civis, em especial no movimento feminista de Baltimore, devido às condições diferentes entre o grande contingente de mulheres negras em relação à população branca (SILVA, 2011).

Em 1943, John Rawls inicia seus estudos na Universidade de Princeton, no curso de filosofia, estudando profundamente autores como Kant, Stuart Mill e Wittgenstein, defendeu sua dissertação e tese sobre a determinação do caráter. Nesse período Rawls é convocado pelas forças armadas para combater na Segunda Guerra Mundial, ficando na frente do Pacífico por dois anos (SILVA, 2011).

Ao retornar, conclui seus estudos e passa a desenvolver sua pesquisa e aulas em diferentes centros do conhecimento. Leciona em Princeton, Oxford, Cornell e MIT, e em 1962 vai para Harvard onde fica até 1991, ano de sua aposentadoria. Foi durante esse período que Rawls sedimentou seu pensamento, lançando em 1971, “*A Theory of Justice*”, uma obra de impacto singular, tanto no campo político-econômico quanto no direito, elevando John Rawls a ser um autor incontornável sobre o tema da justiça (OLIVEIRA, 2003, p. 5).

Paralelamente ao conteúdo biográfico do autor, também é necessário uma visão social da época, pois tal percepção influenciará fortemente o pensamento rawlsiano sobre o ideal de justiça. Assim, afirma Nythamar de Oliveira (2003, p. 6):

A obra-prima de Rawls foi publicada em pleno clima de agitação cultural e geopolítica: a Guerra do Vietnã mobilizava professores e estudantes, fosse para apoiar a investida norte-americana contra o avanço soviético ou para defender os direitos humanos e a soberania política dos povos do chamado Terceiro Mundo. Rawls encontrava-se numa posição intermediária com relação a seus colegas de Harvard, entre o conservadorismo de W.V. Quine e o maoísmo de Hilary Putnam. Além de assumir publicamente seus posicionamentos pacifistas opostos à política externa dos republicanos americanos, Rawls também se preocupava com o destino dos programas previdenciários e das políticas públicas do chamado “Estado de bem-estar social”, o welfare state. A questão do igualitarismo e o desafio de resolver as crescentes desigualdades sociais no seio do capitalismo tardio permeiam, decerto, o desenvolvimento de sua filosofia política.

Nesse período, três pontos da conjuntura mundial precisa ser levantado, a Guerra Fria e os pressupostos de igualdade e liberdade rivalizando na política internacional, os movimentos para os direitos civis no Estado Unidos e a revolução comportamental deflagrada tanto em solo norte-americano quanto europeu.

Das bombas atômicas ao colapso da União Soviética em 1991, se estabelece na política internacional a reconhecida Guerra Fria. Com o término da Segunda Guerra Mundial o panorama global ficou dividido por duas superpotências, de um lado o Estados Unidos da América com a bandeira da liberdade e de outro a União Soviética, baseada no lastro econômico de vertente marxista, com seu escopo em uma igualdade utópica entre os indivíduos.

Essa dualidade deu-se de forma visível na política internacional, sendo a Guerra Fria, notadamente, uma corrida por influências na comunidade internacional, tratando-se de uma guerra muito peculiar como observa Eric Hobsbawn (2019, p.224): “ a guerra consiste não só na batalha, ou no ato de lutar: mas num período em que a vontade de disputar pela batalha é suficientemente conhecida”. A Guerra Fria entre *EUA* e *URSS*, que dominou o cenário internacional da segunda metade do Breve Século XX, foi sem dúvida um desses períodos.

A Guerra Fria, em especial para um americano, teve um significado mais contundente, eis que os desdobramentos da política internacional, impactaram também o cotidiano dos estadunidenses. A Guerra do Vietnã, conflito armado entre os anos de 1954 a 1975, revela essa importância.

O Vietnã do Norte (comunista) e o Vietnã do Sul (capitalista), apoiado pelos Estados Unidos, sintetizaram bem o espírito da época. Estima-se que o total de mortes entre civis chega a 2 milhões de pessoas, além de 1,1 milhão de soldados norte-vietnamitas, 200 a 250 mil soldados sul-vietnamitas e 58 mil soldados norte-americanos.

A opinião pública dos Estados Unidos foi amplamente contrária a guerra, o que causou uma série de protesto e manifestações no interior da sociedade americana. Assim, cumpre descrever que John Rawls refletiu de forma presencial a perspectiva da Guerra Fria e certamente essa experiência influenciou sua visão de justiça, sobretudo, quanto aos aspectos de fundo da Guerra, ou seja, a fundamentação do conflito sobre dois princípios caros a sociedade do Século XX, a liberdade e a igualdade.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776, feita por Thomas Jefferson, conclama a síntese da sociedade norte-americana e a construção de suas instituições para a defesa dos direitos da liberdade e da igualdade. Destaca-se aqui as linhas iniciais deste documento histórico:

Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que

lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade<sup>18</sup>. (Tradução nossa).

O primado da igualdade e liberdade sempre foram constatações do ideal americano, entretanto a realidade social mostrou-se profundamente desigual, principalmente entre a população negra, que sofreu com a escravidão em um primeiro momento e a segregação racial em outra quadra histórica.

Foi necessária uma Guerra Civil Americana ou Guerra de Secessão (1861-1865) para derrubar o sistema escravista. As assimetrias de um norte industrializado pautado na liberdade e no trabalho assalariado entrou em conflito com sul agrário baseado em uma mão de obra escravocrata.

Essa divisão na sociedade americana, reverbera de maneira evidente nos tribunais e para melhor verificar esse fenômeno, três casos da Suprema Corte são paradigmáticos. Os dois primeiros são *Dred Scott V. Sanford*<sup>19</sup> de 1857 e *Plessy v. Ferguson* de 1896, que afirmaram a doutrina “*separate but equal*”, separados mas iguais, como principal fonte jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos no que tange a questão racial. Sobre o caso Dred Scott afirma (KAUFMANN, 2007, p. 131):

Nascido na Virgínia, 1799, Dred Scott era um escravo negro de St. Louis, Missouri, que havia sido levado pelo dono para Illinois e, de lá, para Wisconsin. Em tais lugares, a escravidão era proibida. O dono de Dred morreu em 1843, mas o escravo continuou trabalhando para a esposa do dono, a senhora Emerson. Em 1846, ao retornarem ao estado de origem, Missouri, onde era permitida a escravidão, Scott ingressou com uma ação judicial pleiteando que lhe fosse reconhecida a liberdade, já que residira em solo livre, baseando-se, para tanto, na determinação que previa: *once free, always free* – uma vez livre, sempre livre. O caso foi julgado pela primeira vez em 1847, mas, por o convencimento do juiz ter sido baseado em um testemunho indireto sobre os fatos, a decisão foi anulada e deu ensejo a um novo julgamento, ocorrido em 1850, desta feita garantindo a liberdade ao escravo. [...] Esse lapso temporal entre o primeiro e o segundo julgamento foi determinante para o desenrolar da causa. Durante os três anos em que não ficara decidido se Dred era ou não um homem livre, os salários que obteve dos serviços prestados a terceiros ficaram sob depósito judicial. Nesse meio tempo, a senhora Emerson se casou novamente e se mudou para a região conhecida como Nova Inglaterra, transferindo ao irmão John Stanford a gestão dos negócios. Este, então, objetivando a propriedade dos valores guardados, apelou à Corte estadual, visando a reverter a decisão de primeiro grau em que concedera liberdade ao escravo. A Corte Estadual concedeu-lhe o ganho de causa. Desta decisão, recorreu Dred Scott à Suprema Corte. Stanford contra-argumentou, afirmando que o escravo não era cidadão, e que, portanto, não teria o direito de interpor recursos no âmbito federal.

---

<sup>18</sup> “*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.--That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, --That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness*”(Milestone Documents. National Archives, 2022, Declaration of Independence. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/declaration-of-independence>. Acesso em 22 abr. 2024).

<sup>19</sup> Dred Scott v. Sandford, 320 U.S. (19 How) 393 (1857).

Já em *Plessy v. Ferguson*<sup>20</sup>, constava de uma lei da Louisiana (*Louisiana's Separate Car Act*) que todas as acomodações de passageiros deveriam ser iguais para brancos e negros, porém com espaços diferentes por conta da cor da pele. Homer Plessy, desafiou a lei e adentrou ao vagão destinados a pessoas brancas, sendo preso por este ato. Seu julgamento chegou a Suprema Corte, entretanto a lei acabou sendo reconhecida como constitucional, ratificando assim a doutrina do “*separate but equal*”.

Em *Plessy v. Ferguson*, o choque entre o ideal-racional e o material-tradicional é emblemático. Buscou-se, através do Direito, a conformação da realidade a valores que pesen declarados, não era compartilhados pelo grupo politicamente majoritário. Como em tantos outros exemplos, o resultado representou uma contramarcha no rumo da História. Mas é assim que esta “caminha”, movida à dialética, ao confronto de teses e antíteses, pendendo para o lado que conquiste o coração e a mente da maioria. E, neste processo de convencimento, nada mais poderoso do que um “somos todos livres e iguais”. Não por outra razão, o precedente firmado em *Plessy v. Ferguson* foi superado em *Brown v. Board of Education* e, hoje, é considerado uma das decisões mais vergonhosas da Suprema Corte dos Estados Unidos. Por enquanto, a razão tem prevalecido. Que a história permaneça nessa rota (MELO JUNIOR, 2022)

A luta por igualdade perdurou por quase um século, quando um movimento da sociedade civil organizada começou a reivindicar mudanças no tratamento entre negros e brancos. Nesse cenário de transformações, o primeiro ato emblemático foi o caso intitulado *Brown v. Board of Education*<sup>21</sup> de 1954 que rechaçou a doutrina do “*separate but equal*” indicando um novo momento para os direitos civis.

Oliver Brown, um afro-americano da cidade de Topeka no Kansas, processou o conselho escolar porque sua filha, Linda Brown de oito anos, era forçada a atravessar toda a cidade caminhando para chegar a escola pública, sendo que havia uma escola para brancos a algumas quadras de sua casa. Em *Brown v. Board of Education*, todos os nove juízes julgaram a inconstitucionalidade da segregação. As instalações separadas sempre eram desiguais porque criaram uma “sensação de inferioridade” que afetava “o coração e a mente” dos estudantes “de uma maneira que jamais seria superada” (DADIDSON, 2016, p. 272).

Os atos subsequentes eclodiram por quase uma década, quando em 1963, Martin Luther King Jr. liderou a Marcha sobre Washington, com aproximadamente 250 mil pessoas reivindicando direitos civis, como forma de emancipação social. O processo legislativo que começou com o presidente John F. Kennedy terminou com a assinatura de Lyndon Johnson da *Civil Rights Act*<sup>22</sup>, impondo o fim da segregação racial nos sistemas estaduais, reconhecidos

<sup>20</sup> *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

<sup>21</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 343 U.S. 483 (1954).

<sup>22</sup> O *Civil Rights Act* proíbe a prática da discriminação em serviços voltados ao público. A proibição se estende a vários aspectos do emprego, como a contratação, treinamento, promoção, recrutamento, dispensa e outros. Ou seja, o *Civil Rights Act* de 1964 finalmente reverteu a interpretação da Suprema Corte de 1883 que anulou o *Civil Rights Act* de 1875, habilitando assim o governo federal a processar as empresas privadas que praticassem a

com Leis de Jim Crow<sup>23</sup>.

Sobre esse retrato social é que John Rawls desenvolve sua teoria sobre *Justice as Fairness*<sup>24</sup>, aglutinado no futuro ao texto definitivo em “*A Theory of Justice*”, pautando o desenvolvimento argumentativo para a justificação da escolha de princípios de justiça.

Como último elemento social a estabelecer um liame entre a cultura presente e o desenvolvimento da obra de Rawls, postula-se a revolução comportamental dos anos 60 e 70 na sociedade global, em especial na cultura americana e europeia.

A formatação de um modelo pautado nas tradições herméticas de uma sociedade pós-guerra cedeu espaço para efusivos movimentos contraculturais, uma revolução dos costumes pairou sobre a juventude da época e pautas políticas e sociais passaram a ter significativa importância nesse contexto. É difícil concentrar uma data, uma liderança ou mesmo um lugar nessas manifestações dado seu caráter difuso, entretanto, dois eventos marcam profundamente a transição de uma era, a manifestação de estudantes em maio de 1968 na França e o aclamado festival de Woodstock nos Estados Unidos em 1969.

A França dos anos 60 era governada pelo herói francês da resistência, Chales De Gaulle, entretanto, manifestações ocorridas nas universidades Nanterre e Sorbone incitaram outros protestos, que a princípio eram contra o sistema educacional, mas passou a incluir pautas como liberdade sexual, emancipação feminina e um apoio irrestrito a classe trabalhadora através das greves que atingia toda França.

A clara postura contracultural fomentou e influenciou não só a Europa ultra burocratizada e conservadora, mas outras lutas em diferentes partes do mundo, como movimento *hippie* e negro nos Estados Unidos e a passeata dos cem mil no Brasil contra a ditadura militar.

Nos Estados Unidos, a geração *Beat*<sup>25</sup>, integralizada por marginalizados, poetas e

---

discriminação. O Inciso Sétimo também criou o *Equal Opportunity Commission* (EEOC), desenhada para negociar soluções para queixas contra a discriminação (GROFMAN, 2000).

<sup>23</sup> O termo “Jim Crow” tem sua origem nas performances do artista branco Thomas Rice, que já em 1832, maquiado com *blackface*, fazia performances daquilo que acreditava ser o comportamento das pessoas negras. Obviamente, tais atuações eram carregadas de racismo e preconceito, manifestos numa forma jocosa de falar, andar e dançar que era característica de um dito personagem negro chamado de Jim Crow. As performances de Rice eram feitas com na música “Jump Jim Crow” como canção de fundo. Assim, já no início dos anos de 1830, “Jim Crow” era o termo pejorativo utilizado para se referir às pessoas negras e a tudo relativo a elas. (ARSHER, 2017, p. 92-95).

<sup>24</sup> Em 1958 Publica “*Justice as Fairness*” (*Philosophical Review* 67/2) (OLIVEIRA, 2003, p. 36)

<sup>25</sup> Em 1957, Jack Kerouac publicava “*On the road*” e iniciava uma revolução cultural nos Estados Unidos. O livro tornou-se o manifesto da geração *beat*, que rompia com o conformismo do *american way of life* e pregava a busca de experiências autênticas, um compromisso selvagem e espontâneo com a vida até seus mais perigosos limites. Diante de uma sociedade que aniquilava o indivíduo, os *beatniks* queriam uma consciência nova, liberdade de padrões, escolhiam a marginalidade, o encontro do êxtase através das drogas, a liberdade sexual, a manifestação das angústias, a procura da aventura no contato com o outro lado da América: os vagabundos, os desesperados, a estrada que não leva a lugar nenhum (KEROUAC, 2015, p. 351).

intelectuais, introduziram uma nova forma de contestação, através da literatura, passando a criticar todos os aspectos da sociedade americana: família, casamento, política, inspirados por autores como Allen Ginsberg e Jack Kerouac<sup>26</sup>. Woodstock foi em síntese a manifestação de uma década revolucionária, em que pautas identitárias, anticapitalistas e pacifistas foram projetadas nas manifestações culturais daquele período.

Dessa sopa cultural, que a escrita de Rawls surge para subscrever uma nova filosofia política, completamente diferente da filosofia analítica que dominava as discussões acadêmicas até o fim da Segunda Guerra Mundial. Com a visão rawlsiana, o ideal de justiça ganhou nova sistemática, reintroduzindo elementos filosóficos como o contratualismo de Hobbes, Locke e Rousseau e o racionalismo kantiano como modelo para uma teoria da justiça.

Fica evidente por esse percurso biográfico e social que a sociedade contemporânea do pós-guerra tem como marca fundamental, aquilo que Rawls descreve como fato do pluralismo. Para a compreensão, do ideal de justiça de Rawls, essa característica é primordial. Em capítulos pretéritos, o questionamento chave para se obter uma resposta clara sobre a concepção do justo sempre foi: Qual é o fim último do ser humano? E como a divisão de recursos, deveres, direitos são realizados para atingir esse objetivo? (ARAÚJO, 2017).

Na Idade Antiga esse fim almejado pelos indivíduos da *polis* era a felicidade, tendo a virtude como fator de distribuição dos bens. No medievo o objetivo estava pautado na salvação da alma, intermediada pela junção do poder secular e teológico. Chegando a Idade Moderna o eixo finalístico passa a ser homem acobertado pela razão natural.

Ao adentrar o período contemporâneo, o Estado instrumentalizado pela lei ampara o ideal de justo, e nessa esteira de objetivo final o homem necessita de proteção para garantir sua liberdade plena, voltada para o capital em última instância.

Do pós-guerra, em uma sociedade multifacetada, de culturas e modos de vida diversos, com objetivos e fins plurais, no interior de democracias constitucionais, pergunta-se: Qual é o objetivo de cada indivíduo? E como essa repartição deve ser feita de forma correta e especialmente justa? Desse questionamento nasce em 1971, “*A Theory of Justice*” que nas páginas iniciais sintetiza precisamente todo o conteúdo do pensamento rawlsiano: “A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que

---

<sup>26</sup> Jean Louis Lébris de Kerouac, um dos profetas dessa rebelião, nasceu em Lowell, Massachusetts, EUA, no dia 12 de março de 1922. Descendente de uma família de franco-canadenses, Jack Kerouac recebeu uma educação católica e, graças a suas virtudes como atleta, ganhou uma bolsa para estudar na Universidade de Colúmbia (KEROUAC, 2015, p.351).

não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas” (RAWLS, 2008, p. 4).

A tarefa de trazer a temática da justiça como equidade para o centro da filosofia política, fez com que John Rawls, tivesse o árduo trabalho de alicerçar seu pensamento em diferentes bases e escopos filosóficos. A maneira como o autor justifica princípios de justiça, denota a robusta especulação racional pelo qual sua teoria da justiça é construída.

Nos subcapítulos a seguir, tratar-se-á de conhecer a fundamentação e a gramática rawlsiana, tais como a noção de contratualismo trazida pelo autor, bem como os elementos desse contrato, compreendendo as ideias de posição original e véu da ignorância, assim como, os conceitos de estrutura básica, razão pública, doutrinas abrangentes de bem e consenso sobreposto.

### **1.3.1 A Justificação dos princípios de justiça**

A construção de uma justificativa que ampara a concepção do novo ideal de justiça, necessita impreterivelmente passar pelo contexto social de determinada época. Como ficou consagrado em linhas pretéritas, a sociedade do Século XX tem como característica a pluralidade do sentido da vida humana em uma comunidade global.

Responder ao tema do justo, que tem como corolário o direito positivado e um edifício sistêmico a dar conta da aplicabilidade da justiça em um contexto social dinâmico, não se traduz uma tarefa das mais simples. A estrutura do pensamento rawlsiano propõem uma alternativa ao modelo consagrado até então. Para Rawls, a criação de uma teoria da justiça é uma alternativa ao utilitarismo<sup>27</sup>, uma linha filosófica que, em breve síntese, entende a temática da justiça como uma operação matemática, que quantifica a busca pelo maior prazer e felicidade como eixo constitutivo da justiça. O inglês Jeremy Bentham (1748-1832), estabeleceu as bases da doutrina utilitarista. Afirma Sandel (Sandel, 2014, p. 48):

Bentham, filósofo moral e estudioso das leis, fundou a doutrina utilitarista. Sua ideia central é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade. Como “utilidade” ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que

---

<sup>27</sup> A característica marcante da teoria utilitarista da justiça é que não importa, exceto indiretamente, o modo como essa soma de satisfações se distribuiu entre os indivíduos, assim como não importa, exceto indiretamente, como cada pessoa distribui suas satisfações ao longo do tempo. A distribuição correta em ambos os casos é a que produz a satisfação máxima. (RAWLS, John. Uma teoria da Justiça; nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. - 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.31.)

evite a dor e o sofrimento.

Não obstante, as especulações de Bentham, estarem sediadas no campo da filosofia política e moral, o tratamento dado ao utilitarismo transcende para outros campos do conhecimento e da vida social. A justiça e o direito no Século XIX foram apartados, sendo o direito, fonte única da justiça, particularizado, transformando-se em um objeto autônomo do conhecimento humano, desta maneira, passou a receber diferentes abordagens dentro de sua sistemática.

Neste aspecto, o utilitarismo também tem seu papel basilar na métrica positivada do direito. John Austin (1790-1859) foi um jurista inglês que buscou determinar o escopo da ciência do direito por meio da combinação do utilitarismo de Jeremy Bentham com os desenvolvimentos teóricos do pandectismo alemão no estudo do direito romano. Fundador da jurisprudência analítica anglo-saxã, é geralmente entendido como uma das principais figuras do positivismo jurídico do século XIX, especialmente nos países de língua inglesa (Neto, 2017).

Em linhas gerais, John Austin desenvolve uma teoria do direito denominada *general jurisprudence* que adota a noção de comando como chave para compreensão da ciência do direito “*the key to the science of jurisprudence*” (AUSTIN, 1998, p. 13).

O comando revela-se uma ordem, caracterizada neste sentido pela norma jurídica positivada, pelo qual esse comando é integralmente cumprido devido a uma sanção, estabelecendo assim, a categoria de coercibilidade.

A partir da noção central de comando, J. Austin desenvolve sua teoria do direito positivo com base em três sucessivas classificações conceituais de ordem lógica. A primeira delas refere-se ao conteúdo do comando e distingue comandos gerais de comandos particulares. Já a segunda classificação aponta para o emissor do comando a fim de separar comandos com emissores de comandos sem emissores. Por fim, a terceira distinção classifica os comandos com emissores conforme a natureza do emissor, dividindo os comandos entre aqueles emitidos por deus, pelo soberano e por homens não soberanos. É com esses três movimentos lógicos, acompanhados de alguns refinamentos, correções e esclarecimentos adicionais, que o autor pretende especificar o direito positivo (NETO, 2017).

Para a concretização do direito positivo, fonte de toda a justiça, John Austin sugere o seguinte caminho. Leis são comandos, sem emissor específico e por sua vez se encontram nos costumes e regras sociais. Para esses comandos Austin estabelece alguns emissores, são eles, emissor divino, soberano e autoridades humanas.

O emissor divino institui as leis de Deus que podem ser reveladas ou tácitas. As reveladas estão no arcabouço das Escrituras Sagradas, já as leis tácitas constituem noções de certo ou errado fomentadas e descobertas pelo ser humano (NETO, 2017). É no método para determinação das leis divinas tácitas que John Austin inclui o pensamento utilitarista para

definição do direito positivo.

O método da utilidade corresponde ao princípio da maximização da utilidade geral preconizado por J. Bentham. Segundo J. Austin, esse é o método mais adequado para a compreensão das leis divinas não-reveladas, uma vez que se sujeita ao esforço racional do homem. É, portanto, por meio do princípio da utilidade, ponderado pelas eventuais correções e complementações provenientes das leis divinas reveladas, que se estabelece a ciência da legislação, ou seja, a definição de como o direito positivo deveria ser (NETO, 2017).

Desta maneira, do Século XIX, com a ideia de um Estado em si e para si de Hegel, contribui para a positivação da norma e seu protagonismo em ser vislumbrada como fonte única da justiça. Uma das bases desse fundamento para a concretização dessa vertente do conhecimento jurídico é sem dúvida, a abordagem utilitarista de Jeremy Bentham.

O rastro positivista adentrou o Século XX, e figuras como John Austin, Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart, repousando suas ideias em contornos linguísticos, são os mais proeminentes nomes de uma tradição analítica do direito, reduzindo o tema da justiça a uma simples especulação metafísica.

Por todo o *background* já relatado no capítulo anterior, de uma sociedade plural e dinâmica, marcada por diferentes modos de vida, uma análise puramente linguística e analítica, tomada por uma justiça utilitarista, seria insuficiente para formatar um ideal de justiça a contemplar o novo espectro social.

Por esse foco, pode-se afirmar que o utilitarismo pauta-se unicamente no consequencialismo, ou seja, existe uma preponderância do bem a ser alcançado em detrimento da prioridade do justo. Na teoria rawlsiana isso é o sintoma da perpetração da desigualdade social, eis que o utilitarismo por escopo não leva a sério a distinção entre pessoas, pois está baseado na maximização do prazer e da felicidade.

Aqui é o ponto fulcral para compreensão de uma teoria da justiça como equidade. O ideal de justo na cronologia histórica tinha como bem a ser alcançado uma certa homogeneidade, a *polis* grega buscava a felicidade, o período medieval e moderno visava a salvação da alma, entretanto a Reforma Protestante cria uma cisão nessa concepção de bem, uma vez que o caminho para alcançar o fim almejado por um católico é o oposto de um protestante<sup>28</sup>.

Dai em diante, o ocidente tem uma ampliação desse objetivo último do ser humano,

---

<sup>28</sup> A Reforma teve enormes consequências. Quando uma religião dotada de autoridade, salvacionista e expansionista como o cristianismo medieval, se divide, isso se traduz inevitavelmente no surgimento de uma religião rival no interior da mesma sociedade, também ela dotada de autoridade e salvacionista, diferente em alguns aspectos da religião original da qual se separou, mas tendo, durante um certo período, muitas características semelhantes (RAWLS, 2000, p. 31).

e na teoria de Rawls fica refletido a total mudança dessa ordem. Para Rawls o determinante é o justo ter prioridade sobre o bem e no intuito de construir uma argumentação e justificativa racional para a aplicação dessa inovação ele utiliza a ideia moderna de Contrato Social.

“A *Theory of Justice*” surge como um ponto de inflexão, um paradigma e principalmente, como uma alternativa a essa postura analítica que perdurava a muitos anos. Para isso, Rawls, fortemente influenciado, por pensadores iluministas, resgata a filosofia política e seus elementos, repaginando estruturas cognitivas como o contrato social e o racionalismo para centralizar a justificativa do ideal de justo.

Uma teoria da justiça propôs-se a apresentar uma visão da justiça política e social mais satisfatória do que as concepções tradicionais mais importantes e conhecidas. Tendo em vista essa finalidade, limitou-se - como as questões que discute deixam claro - a uma série de problemas clássicos e afins que estiveram no centro dos debates históricos relativos à estrutura moral e política do Estado democrático moderno. **Por isso trata dos fundamentos das liberdades religiosas e políticas básicas, e dos direitos fundamentais dos cidadãos na sociedade civil, incluindo aqui a liberdade de movimento e a igualdade equitativa de oportunidades, o direito à propriedade pessoal e as garantias asseguradas pelo império da lei.** A Teoria discute também a justiça das **desigualdades econômicas e sociais numa sociedade em que os cidadãos são considerados livres e iguais** (RAWLS, 2000, p. 36). (Grifos nossos).

A ideia do contratualismo<sup>29</sup> é essencial para Rawls desenvolver sua métrica argumentativa. A metodologia para a justificação da escolha de princípios de justiça escolhidos por todos em uma *original position* sobre o *veil of ignorance* tem sua estrutura pautada na ideia de contrato social.

Essa determinação estrutural do contrato ainda reverbera como ponto crucial a construção de uma boa argumentação e principalmente para uma teoria robusta e racional. Yuval Noah Harari em sua análise da humanidade em “*Homo Deus: uma breve história do amanhã*” sublinha a ideia de contrato e sua importância para compreensão de categorias vitais para a sociedade. Assim, afirma Yuval Harari (2016, p. 206):

(...) **A modernidade é um contrato.** Todos nós aderimos a ele no dia em que nascemos, e ele regula nossa vida até o dia em que morremos. Pouquíssimos entre nós são capazes de rescindir ou transcedê-lo. Esse contrato configura nossa comida, nossos empregos, e nossos sonhos; ele decide onde moramos, quem amamos e como morremos. A primeira vista, a modernidade parece ser um contrato extremamente complicado, por isso poucos tentam compreender no que exatamente se inscreveram. É como se você tivesse baixado algum software e fosse solicitado a assinar um contrato com dezenas de páginas de jurídiquês; você dá uma olhada nele, rola

<sup>29</sup> Em sentido muito amplo o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que veem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas, imperium*, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político. Num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do XVIII e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632-1704), J.-J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804). Por escola entendemos aqui não uma comum orientação política, mas o comum uso de uma mesma sintaxe ou de uma mesma estrutura conceitual para racionalizar a força e alicerçar o poder no consenso (BOBBIO, 1909).

imediatamente para a última página, tica em “concordo” e esquece o assunto. Mas a modernidade, de fato, é um contrato surpreendentemente simples. O contrato inteiro pode ser resumido numa única frase: humanos concordam em abrir mão de significado em troca de poder (...). (Grifos nossos).

John Rawls utiliza a ideia de contrato social muito antes de Harari escrever as linhas supramencionadas. Entretanto, o exemplo exposto, mostra ainda hoje a relevância desse instrumento cognitivo para auxiliar na justificativa argumentativa de determinado tema.

O autor (Rawls, 2008, p. 13) estabelece um novo paradigma para a noção de contrato social e faz submergir o primeiro elemento ou parte desse contrato:

(...) Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social conforme encontrada em, digamos, Locke, Rosseau e Kant. Para isso, não devemos achar que o contrato social tem a finalidade de inaugurar determinada sociedade ou de estabelecer uma forma específica de governo. Pelo contrário, a ideia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original (...).

Desse recorte, aparece o primeiro elemento da teoria da justiça de Rawls, qual seja, a *original position* ou posição original. A posição original é o equivalente ao homem mal em estado de natureza de Hobbes ou o bom selvagem para Rosseau. Assim, a parte na posição original para Rawls, possui algumas características particulares.

A posição original (*original position*) é a situação hipotética na qual as partes contratantes (representando pessoas racionais e morais, isto é, livres e iguais) escolhem, sob um “véu de ignorância” (*veil of ignorance*), os princípios de justiça que devem governar a “estrutura básica da sociedade” (*basic structure of society*). Esta, por sua vez, traduz o modo pelo qual as instituições sociais, econômicas e políticas (constituição política, economia, sistema jurídico, formas de propriedade) se estruturam sistemicamente para atribuir direitos e deveres aos cidadãos, determinando suas possíveis formas de vida (projetos e metas individuais, idéias do bem, senso de justiça). Por exemplo, numa sociedade injusta — isto é, muito remota da “sociedade bem ordenada” — será muito improvável que alguém que nasce numa favela ou nas camadas mais pobres da sociedade possa aspirar a um cargo, por exemplo, de desembargador ou até mesmo a uma profissão liberal, como a de executivo ou neurocirurgião (OLIVEIRA, 2003, p. 9)

Na posição original, as partes livres e iguais concordariam em circunstâncias equitativas, concebendo essas partes como racionais<sup>30</sup> e razoáveis. Portanto, a posição original é as coisas como o são inicial apropriado para garantir que os acordos fundamentais neles alcançados sejam equitativos. Esse fato gera a expressão “justiça como equidade” (RAWLS, 2008, p. 21).

Esse esforço cognitivo e hipotético serve para colocar as partes em uma condição

---

<sup>30</sup> O conceito de racionalidade aqui invocado, a não ser por uma característica essencial, é aquele conceito padrão que é familiar na teoria social. Assim, no sentido usual, supõe-se que uma pessoa racional tem um conjunto coerente de preferências entre as opções disponíveis. Ela classifica essas opções segundo a eficácia na promoção de seus objetivos; segue o projeto que satisfará mais, e não menos seus desejos, e que tenha maior probabilidade de ser realizado com êxito. (RAWLS, 2008, p. 21).

de igualdade, munidos unicamente de *primary goods* ou bens primários, que na gramática rawlsiana significa:

1-As liberdades fundamentais (liberdade de pensamento, liberdade de consciência etc.): essas liberdades constituem as condições institucionais de fundo que são necessárias ao desenvolvimento e ao exercício pleno e informado das duas faculdades morais; essas liberdades também são indispensáveis à proteção de vasta gama de concepções determinadas do bem (dentro dos limites da justiça); 2- A liberdade de movimento e de livre escolha da ocupação: essas oportunidades permitem perseguir diferentes fins últimos e levar a cabo a decisão de revê-los e alterá-los, se o desejarmos; 3- As capacidades e prerrogativas de posições e cargos de responsabilidade: propiciam à pessoa amplo espaço para diferentes capacidades sociais e de autogoverno; 4- Renda e riqueza, entendidas em sentido amplo, como meios polivalentes: renda e riqueza são necessárias, direta ou indiretamente, para a realização de ampla gama de fins, quaisquer que sejam; 5- As bases sociais do autorrespeito: trata-se daqueles aspectos das instituições básicas que em geral são essenciais para que os cidadãos adquiram um sentimento vigoroso de seu valor como pessoas e para que sejam capazes de desenvolver e exercer suas faculdades morais e promover seus objetivos e fins com autoconfiança (RAWLS, 2011, p. 365).

Nesse sentido, as partes na posição original, como seres racionais e razoáveis, teriam como atributos garantidos os bens primários, sem, contudo, saber quais são seus fins últimos, pois na esteira do contrato social proposto por Rawls surge o segundo mecanismo desta composição. A ideia hipotética do *veil of ignorance* ou véu da ignorância, impede essa concepção consequencialista de bem, sendo qualificado da seguinte forma (RAWLS, 2008, p. 165-166):

(...) A ideia de posição original é configurar um procedimento equitativo, de modo que quaisquer princípios acordados nessa posição sejam justos. O objetivo é usar a ideia de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. Devemos de algum modo, anular as consequências de contingências específicas que geram discórdia entre os homens, tentando-os a explorar as circunstâncias sociais e naturais em benefício próprio. Para fazê-lo, presumo que as partes se situam por trás de um véu da ignorância. Elas desconhecem as consequências que as diversas alternativas podem ter sobre a situação de cada qual e são obrigadas a avaliar os princípios apenas com base em ponderações gerais. Presume-se, então, que as partes não conheçam certas particularidades. Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é seu lugar na sociedade, classe nem status social; além disso, ninguém conhece a própria sorte na distribuição dos dotes e das capacidades naturais, sua inteligência e força, e assim por diante (...).

Dado a parte, na posição original, somente os bens primários, o véu da ignorância serve para criar uma forma de equalização de desigualdades sociais prementes no contexto atual. A teoria da justiça de Rawls tem um viés liberal, pois a liberdade em todos os seus aspectos é central para a escolha racional dos princípios de justiça. Contudo, a teoria também é fortemente enquadrada como igualitária, tendo em vista o esforço cognitivo em colocar as partes na mesma condição original.

Essa retenção feita pelo véu da ignorância, colocando todas as partes em condições de igualdade é fundamental para a construção de um novo ideal do justo. A desigualdade social,

viceral nos dias atuais é construída e compartilhada de diferentes formas como aponta Alvaro De Vita (2008, p. 38):

Os fatores que respondem a quinhões distributivos desiguais podem ser classificados da seguinte forma: as desigualdades raciais e de gênero (vamos denominar esse fator “Discriminação”), de origem familiar e posição social (“Classe”), de talentos naturais (“Talento”) e de esforço, dedicação e empenho individuais (“Empenho”). Esses fatores de desigualdade dispostos em um contínuo que vai do que é mais externo a escolhas individuais (“Discriminação”) ao que é mais determinado por essas escolhas (“Empenho”).

Todo esse rol fica adstrito ao véu da ignorância, fazendo com que as partes na posição original, por meio de uma escolha racional, estabeleça princípios de justiça a serem aplicados na estrutura básica da sociedade. Desta forma, o próximo passo na formatação do contrato social é a escolha dos princípios de justiça.

Rawls entende um contrato social como um acordo hipotético em uma posição original de equidade. O autor nos convida a raciocinar sobre os princípios que nós – como pessoas racionais e com interesses próprios – escolheríamos casos estivéssemos nessa posição. Ele não parte do pressuposto de que sejamos motivados apenas pelo interesse próprio na realidade; pede somente que deixemos de lado nossas convicções morais e religiosas para realizar essa experiência imaginária. Que princípio escolheríamos? (SANDEL, 2014, p. 178).

Na doutrina contratualista, os fatos morais são definidos pelos princípios que seriam escolhidos na posição original. Esses princípios especificam que ponderações são pertinentes do ponto de vista da justiça social. Já que cabe às pessoas que estão na posição original escolher esses princípios, também cabem a elas decidir quão simples ou quão complexos querem que os fatos morais sejam. O original define até que ponto estão preparadas para transigir e simplificar para definir as normas de prioridades necessárias para uma concepção comum de justiça (RAWLS, 2008, p. 55).

Para a escolha dos princípios de justiça é primordial observar alguns pressupostos. Na posição original as partes estão em uma condição de igualdade, com a máxima liberdade de escolha, contida pelo véu da ignorância. As partes são racionais e razoáveis para gerar nessa condições princípios que coadunem com nossos juízos ponderados, e para essa formulação, Rawls dá o nome de equilíbrio reflexivo. Afirma Rawls (2008, p. 25): Denomino esse estado de coisas equilíbrio reflexivo. É equilíbrio porque finalmente nossos princípios e juízos coincidem; e é reflexivo porque sabemos a quais princípios nossos juízos se adaptam e conhecemos as premissas que lhe deram origem.

Nessas condições, Rawls conclui que dois princípios seriam escolhidos na posição original, o primeiro seria o da liberdade igual para todos e o segundo da igualdade de oportunidades em um estágio de manifesta desigualdade:

Primeiro princípio: Toda pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais abrangente de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos.(RAWLS, 2008. p. 311); Segundo princípio divide-se em duas

partes: As desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) propiciem o máximo benefício esperado para os menos favorecidos com (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2008, p. 100).

A junção dos dois princípios de justiça, conjugados de maneira cronológica, no interior da estrutura básica da sociedade, proporciona as instituições sociais, a justiça em uma estruturação racional, onde o justo tem prioridade sobre o bem.

A aplicabilidade dos princípios, para a concepção de uma justiça como equidade, não devem ser observados autonomamente, ou seja, não funcionam aplicados separadamente, devem respeitar a uma ordem, que segundo a gramática rawlsiana é conhecida como ordem lexical. Imputa Rawls (RAWLS, 2008, p. 51):

(...) Uma segunda possibilidade é a de que venhamos a encontrar princípios que podem ser inseridos no que chamarei de ordem serial ou léxica. (O termo correto é “lexicográfico”, mas é muito incômodo.) É uma ordem que nos exige a satisfação do primeiro princípio da ordenação para que possamos passar ao segundo; do segundo passar ao terceiro, e assim por diante. Determinado princípio só entra em ação depois que os anteriores a ele estejam totalmente satisfeitos ou não se apliquem. A ordenação em série, evita, então, a necessidade de equilibrar princípios; os princípios anteriores na série têm um peso absoluto, por assim dizer, com relações aos posteriores, e valem sem exceção. Podemos considerar essa ordenação análoga a uma sequência de princípios limitados de maximização, pois nesse caso temos de supor que qualquer princípio da série só deve ser maximizado depois que os precedentes forem plenamente satisfeitos (...).

O *design* do contrato está prefigurado, partes racionais munidos somente de bens primários, em uma posição original, contidas por um véu da ignorância, sem saber sua classe, cor, etnia ou gênero, escolheriam dois princípios para efetivar um novo panorama de justiça, quais sejam, o princípio da liberdade igual para todos e o princípio da diferença, onde as desigualdades são aceitas somente para beneficiar os menos favorecidos.

A perspectiva dessa pesquisa não é somente demonstrar a cronologia histórica do valor da justiça e a abordagem contemporânea da visão rawlsiana sobre o tema, sobretudo, a problemática da pesquisa reside na desigualdade, especificamente nas assimetrias aplicadas aos povos originários. No próximo tópico, será apontado qual o objeto da teoria de Rawls e a maneira da *justice is fairness* ou justiça como equidade ser efetivada no plano dos direitos humanos no interior de uma democracia constitucional como a brasileira.

### **1.3.2 A Justiça como equidade e Estrutura Básica da Sociedade**

Para que a justiça, como equidade, seja efetivamente contemplada e aplicada, é preciso estabelecer qual é o seu objeto, ou seja, onde a teoria da justiça é efetivada nos termos da visão rawlsiana. A compreensão de alguns elementos da gramática de Rawls são importantes

dentro dessa construção ideal de justiça.

A justiça como equidade<sup>31</sup> é uma expressão formulada e baseada na escolha racional de princípios de justiça que regulam toda a estrutura básica da sociedade, definidos em uma situação inicial equitativa.

A justiça como equidade começa, como já disse, com uma das escolhas mais gerais dentre todas as que as pessoas podem fazer em conjunto, ou seja, a escolha de princípios primeiros de uma concepção de justiça que objetiva regular todas as subsequentes críticas e reformas das instituições. Depois de escolher uma concepção de justiça, podemos supor que elas devem escolher uma constituição e uma legislatura para promulgar leis, e assim por diante, tudo em consonância com os princípios de justiça inicialmente acordados (RAWLS, 2008, p. 15).

Rawls constrói uma nova teoria política, baseado na escolha de princípios, que ele denomina de justiça como equidade, entretanto, para efetividade deste modelo ideal de justo e a confirmação e proteção de direitos fundamentais e direitos humanos em uma sociedade bem ordenada é essencial entender o que significa a estrutura básica da sociedade, como objeto fulcral da teoria da justiça.

Para nós, o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social. Por instituições mais importantes entendo a constituição política e os arranjos econômicos e sociais mais importantes (RAWLS, 2008, p. 8).

Assim, a ideia rawlsiana de justiça recai sobre as instituições sociais que delimitam e regulam a vida em sociedade, é nesse aspecto que vislumbramos uma aplicabilidade dos princípios de justiça alinhados aos direitos humanos. Observa-se na cronologia histórica da construção do ideal de justiça, diversas instituições sociais e como foram importantes para efetivação do justo em sua correspondente época. Desta maneira, na atualidade, a Corte Interamericana de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são exemplos, dentre outros, de instituições a afirmar a perspectiva de justiça nos termos de Rawls.

Por instituição, entendo um sistema público de normas que define cargos e funções com seus direitos e deveres, poderes e imunidades etc. Essas normas especificam que certas formas de ação são permissíveis e outras proibidas; e estipulam certas penalidades de defesas, e assim por diante, quando ocorrem transgressões. Como exemplos de instituições sociais ou, de forma mais geral, de práticas sociais, podemos citar jogos e ritos, **juízos e parlamentos**, mercados e sistemas de propriedades. Podemos considerar as instituições de duas maneiras: em primeiro lugar, como um objeto abstrato, ou seja, como uma forma possível de conduta expressa por um sistema de normas; e, **em segundo lugar como efetivação dos atos especificados por essas leis** no pensamento e na conduta de certas pessoas em determinado momento e lugar (RAWLS, 2008, p. 66). (Grifos nossos).

As instituições, destino dos princípios de justiça como citado, podem abarcar

---

<sup>31</sup> A reflexão aristotélica sobre a justiça culmina, no Livro V da Ética a Nicômaco, com a exaltação da equidade. Para Aristóteles, acima da justiça da lei, há a justiça do caso, do bom julgamento de cada caso concreto, e a essa adaptação do geral ao específico dá ele o nome de equidade. (MASCARO, 2022, p. 132).

tribunais e assembleias, e conseqüentemente a efetivação dos atos especificados por essas leis no pensamento e na conduta de certas pessoas em determinado momento e lugar. Esse recorte da teoria rawlsiana é de suma importância, tendo em vista que o objeto da presente pesquisa é construir uma aplicação da justiça como equidade, aglutinada a ideia de direitos humanos das populações indígenas.

Os Direitos Humanos, consagrados na esfera internacional e ratificado na ordem interna como Direitos Fundamentais, tem, no Século XX, seu protagonismo ao ser propagado pela Declaração dos Direitos Humanos de 1948<sup>32</sup>, fortalecendo o norte, pelo qual a estrutura normativa de proteção dos seres humanos, firmou sua relevância do referido marco temporal em diante.

Com essa perspectiva histórica, o processo de surgimento e afirmação dos direitos humanos, também caracteriza-se pela cristalização de valores da sociedade. Assim, a *dinamogenesis* explica o processo que fundamenta o nascimento e desenvolvimento de novos direitos no decorrer da história. Afirmam, Rocasolano e Silveira (2010, p. 183):

Tal modelo corresponde ao segundo tipo de ideologia de interpretação jurídica de Wróblewski, a chamada ideologia dinâmica da interpretação jurídica — interpretação esta entendida como atividade de adaptação do direito às necessidades presentes e futuras da vida social. Aparece, neste sublime momento, outro fenômeno jurídico-político substancial para a corporificação e proteção desses direitos.

Portanto, a ideia de Direitos Humanos, cristalizado como valor de uma sociedade bem ordenada, incorpora-se a perspectiva de instituições sociais a efetivar a justiça como equidade. A possível crítica a uma abstração acentuada da teoria rawlsiana perde sentido, sendo os tribunais e todo sistema jurídico, construído sob a égide da proteção aos direitos humanos<sup>33</sup>, tendo como característica, instituições sociais, receptoras dos princípios de justiça, ratificando uma abordagem concreta e real sobre aplicação de uma teoria do justo.

Para a concretização da justiça como equidade, com a aplicação dos princípios de justiça sobre o prisma dos direitos humanos, algumas questões de ordem prática surgem quanto

---

<sup>32</sup> À época de fundação da ONU, os líderes mundiais acreditavam que para promover a paz era imprescindível proteger ao mesmo tempo, os direitos do homem. Destarte, uma das primeiras diligências da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, foi proclamar a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Por ocasião de sua assinatura, todavia, apenas 48 países aderiram à declaração — houve oito abstenções e nenhum voto contrário. O Brasil foi um dos países que subscreveram o documento e hoje somam 184 os Estados signatários — de um total de 191 membros da ONU. (ROCASOLANO, SILVEIRA, 2010, p. 150).

<sup>33</sup> Vale a transcrição do texto constitucional que fundamenta a proteção dos direitos humanos fundamentais.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana e V - o pluralismo político.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos;

a efetividade desse panorama ideal. A justiça como equidade é aplicada na ordem internacional assim como os direitos humanos? Sendo uma teoria política, é possível ser aplicada no campo jurídico?

Desta forma, para viabilizar a aplicação de uma teoria da justiça no campo dos direitos humanos é preciso responder esses dois questionamentos. Cumpre notar, que tais indagações são temas de profundos debates sobre democracia e constitucionalismo. Entretanto, a doutrina rawlsiana consegue estruturar as justificativas para aplicação da justiça como equidade em uma democracia constitucional como a brasileira.

No que atine a perspectiva internacional da justiça como equidade, Rawls lança, em 1999, uma obra intitulada “*O Direito dos Povos*” que tem como foco central uma Sociedade de povos bem ordenados, baseando-se em algumas premissas para desenvolver o ideal de justiça sob uma categoria mais abrangente.

Rawls propõe algumas condições para que o Direito dos Povos fundado numa concepção liberal de justiça seja uma utopia realista (RAWLS, 2001, p. 15):

(...) Que os cidadãos adquiram um sentido adequado de justiça e virtudes políticas pertinentes à cooperação “[...] tais como um senso de imparcialidade e tolerância, e disposição para soluções de compromisso com os outros”. Que o Direito dos Povos seja fundamentado “[...] numa concepção política razoável de direito e justiça, afirmada por um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes”. Veja que não se trata de eliminar as doutrinas abrangentes, pois do contrário se estaria cerceando a liberdade de expressão. Trata-se, portanto, de respeitar as diferentes cosmovisões, já que cada grupo na Sociedade dos Povos tem o direito de exprimir razoavelmente suas posturas e tendências; razoavelmente porque não podem ir contra os direitos básicos do ser humano como, por exemplo, a liberdade. Nesse sentido, uma doutrina moral, filosófica ou religiosa que defende a escravidão não é razoável. Que a concepção política que fundamenta o Direito dos Povos seja embasada no princípio da tolerância (LIMAS, 2011).

No plano internacional, para aquilo que Rawls denomina direito dos povos, fica evidente a mesma perspectiva dos princípios de justiça aplicados nas instituições sociais de um determinado ordenamento. Entretanto, no panorama descrito como Sociedade dos Povos a ideia recai sobre a igualdade e liberdade dos diferentes grupos que somatizam a cultura de uma determinada sociedade, transparecendo valores como a diversidade e tolerância.

Portanto, entre diferentes sociedades, marca fundamental do pluralismo global do contexto atual, Rawls assume a justiça como equidade também no aspecto internacional, como uma tendência mundial similar aos direitos humanos como um valor universal.

Um dos objetivos desta pesquisa é responder se uma teoria política de justiça é capaz de ser aplicada ao campo jurídico dos direitos humanos? A resposta a esta vital indagação passa por uma das principais discussões no que tange ao constitucionalismo moderno. A palavra final de uma decisão justa, sobre um tema de grande relevo, merece apreciação judicial ou

legislativa?

Antes de adentrar a discussão sobre o embate do constitucionalismo moderno, é preciso indicar que a temática de direitos humanos, no que se refere ao direito brasileiro, teve sua dinâmica no plano interno alterada pela Emenda Constitucional n.º45/2004, instituindo um novo procedimento para os Tratados de Direitos Humanos internalizados no direito doméstico.

Os tratados de Direitos Humanos, no ordenamento jurídico brasileiro, tem *status* de norma constitucional desde que aprovados, em cada uma das Casas Legislativas, com dois turnos de votação e com o *quórum* qualificado previsto para as emendas constitucionais<sup>34</sup>.

Assim, além dos direitos fundamentais descritos no diploma constitucional, normas de direitos humanos também se integralizam a Carta Política e tem conseqüentemente a competência do Supremo Tribunal Federal como última palavra para determinada demanda. Diante desse dilema sobre a legitimidade da Suprema Corte ter a obrigação de decidir sobre temas estruturais da sociedade, deflagra-se uma grande discussão sobre o papel do judiciário na esfera pública.

Uma corrente moderna do constitucionalismo tenta afastar o protagonismo do judiciário, no que tange a decisão final sobre determinado tema. Para essa corrente que faz uma crítica ao desempenho das Cortes Constitucionais, é necessário, em última instância, revalorizar o poder popular, elevando o legislativo, como legítimo ente a postular a decisão final de determinada causa do ponto de vista constitucional.

A partir de uma análise crítica do papel que vem desempenhando a Suprema Corte dos *EUA* dentro da estrutura democrático-constitucional, Larry Kramer e Mark Tushnet destacam a necessidade de revalorização do poder popular na interpretação e materialização dos valores constitucionais. A ideia central é que paralelamente à Constituição legal, aplicada pela Suprema Corte, sempre houve uma Constituição popular que contribui para moldar o pensamento constitucional norte-americano e que se perfaz por meio de atos interpretativos conduzidos pelo próprio povo. Pode-se dizer que o Constitucionalismo Popular reforça a função do Poder Legislativo na criação de direitos e reduz a atuação política do *judicial review* (BOLONHA, ZETTEL, RANGEL, 2014, p. 178).

Em uma sociedade de profundos desacordos morais, o ideal de uma decisão justa passa por debates públicos no interior do Poder Legislativo. Para Jeremy Waldron vale:

A valorização das instâncias políticas majoritárias e representativas, em detrimento do protagonismo judicial. O autor identifica um processo de crescente descrédito do

---

<sup>34</sup> Art. 5º - § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas.

Legislativo no constitucionalismo contemporâneo e, como consequência, “as pessoas convenceram-se de que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios (WALDRON, 2003, p. 5).

Essa posição, por mais atrativa que seja, pode, nos termos da teoria da justiça de Rawls, postular uma concepção de justiça utilitarista, baseada unicamente a vontade ou desejo da maioria, portanto sem nenhum filtro, colocando a predominância do bem sobre o justo.

Contrário a esse posicionamento, quanto a quem cabe a última palavra sobre determinado tema em uma democracia constitucional, Rawls adere ao modelo do *judicial review* ou, em termos nacionais, controle de constitucionalidade, adotado tanto nos EUA como no Brasil. Sedimenta John Rawls (2000, p. 9) sobre o tema:

A razão pública corresponde à característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, de onde procede o *status* da igual cidadania. Sendo apreciada e honrada, não é matéria de legislação. Como ideal, a concepção de cidadania num regime constitucional indica como as coisas devem ser. **Segundo afirma Rawls, a Suprema Corte, nos Estados Unidos, seria o protótipo da razão pública.** (Grifos nossos).

Na construção desse pensamento, a gramática rawlsiana propõem elementos que se conectam para subscrever a afirmação de princípios de justiça política, aplicados também na estrutura judiciária, para isso é importante compreender o significado de razão pública, consenso sobreposto e doutrinas abrangentes.

A razão pública é aquela que tem como objeto a concepção política de justiça<sup>35</sup> de uma sociedade e que está voltada para o interesse público. É a razão de cidadãos iguais que exercem o poder político final em uma sociedade democrática (BOLONHA, ZETTEL, RANGEL, 2014, p. 177).

É na razão pública de uma sociedade marcada pelo pluralismo e uma difusa concepção de bem que vai se sedimentar o que Rawls descreve como doutrinas abrangentes:

Para um entendimento com clareza do conceito de doutrinas abrangentes, é possível identificar sua primeira – e, talvez, mais importante – característica: “Elas tem três traços essenciais. Um deles é que uma doutrina razoável é um exercício de razão teórica: diz respeito aos principais aspectos religiosos, filosóficos e morais da vida humana, de uma forma mais ou menos consistente e coerente. Organiza e caracteriza valores reconhecidos de modo que sejam compatíveis entre si e expressem uma visão de mundo inteligível. Toda doutrina fará isso de forma que a distingam das outras, dando, por exemplo, a certos valores uma primazia e um peso especiais” (RAWLS,

---

<sup>35</sup> A concepção política de justiça pode ser analisada como um *a priori* para a atribuição de conteúdo aos direitos constitucionais. Significa dizer que ela deve funcionar como um ponto de partida para a deliberação no interior das instituições e nos espaços públicos de deliberação. Na seguinte passagem, fica explícita essa função da concepção política de justiça: “Os valores especificados por essa concepção (concepção política de justiça) podem ser adequadamente equilibrados, combinados ou unidos de alguma outra forma, conforme o caso, de modo que somente esses valores dêem uma resposta pública razoável a todas ou quase todas as questões que envolvem elementos constitucionais e as questões básicas de justiça” (RAWLS, 2000, p. 274-275)

2000, p. 103).

Diante de doutrinas abrangentes, vislumbra-se que a razão pública, é aplicada e garantida em diferentes entidades, sendo a Suprema Corte, essencial para fundamentar suas decisões em que tais doutrinas colidem entre si (RAWLS, 2000, p. 264-265).

Para Rawls, ainda que todos os Poderes devam tomar decisões pautadas na razão pública, é o Judiciário, em especial sua Corte Constitucional, que funciona como referencial para os agentes públicos e para os cidadãos. Isso fica ainda mais evidente quando o autor apresenta o critério para que os indivíduos possam discernir se estão argumentando conforme a razão pública: “para saber se estamos de acordo com a razão pública ou não, precisamos perguntar: como nossos argumentos nos pareceriam sob a forma de uma opinião do supremo tribunal? Pareceriam razoáveis? Abusivos?” (RAWLS, 2000, p. 305).

Claramente a Corte Constitucional ganha um verniz político, dado a importância da última palavra em temas estruturantes da sociedade. Importante lição é trazida por Oscar Vilhena Vieira (2008, p.444) quando aborda a temática da política exercida pelo Supremo Tribunal Federal, conceituando essa característica como Supremocracia:

O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. *Supremocracia* é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. Supremocracia tem aqui um duplo sentido. Assim, *supremocracia* diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil. Neste sentido, finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se supremo. No caso específico, o “s” minúsculo do adjetivo vale mais que o “S” maiúsculo que convencionalmente reservamos aos órgãos máximos da República. Em um segundo sentido, o termo *supremocracia* refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. A idéia de colocar uma corte no centro de nosso sistema político não é nova.

Neste sentido, a tomada de princípios de justiça, ainda que desenvolvidos sobre o prisma da filosofia política, são absolutamente compatíveis com a premissa desta pesquisa, ao sopesar os direitos humanos das populações indígenas e os povos tradicionais sob o manto do ideal de justiça rawlsiano.

Rawls reafirma a teoria do *judicial review*, como primordial fundamento a razão pública para ponderar posições contramajoritárias, compreendidas como doutrinas abrangentes de bem, sendo que o ideal de uma resposta final e justa passa pelo crivo de princípios de justiça formulados racionalmente em uma condição inicial de igualdade.

Portanto, as instâncias judiciais são objetos da Teoria da Justiça, onde os princípios

da liberdade e diferença cumprem um papel singular, como pressupostos a uma decisão justa entre as partes.

Interessante notar, que por séculos, princípios políticos de justiça nortearam a vida em sociedade, em especial no aspecto normativo. Com os fenômenos da codificação e constitucionalização do Século XIX, essa ideia perdeu força, pois a temática da justiça passou a figurar unicamente na perspectiva filosófica do direito. Porém, com o declínio de um modelo puramente positivista, a partir da metade do Século XX, autores como, Amartya Sen, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin e o próprio John Rawls contribuíram para uma visão pós-positivista, que submete o direito e a normas a uma análise holística de axiomas e princípios.

Sobre essa esteira, é que a presente pesquisa tem como um de seus predicados cognitivos, aplicar uma leitura principiológica da justiça rawlsiana sobre a temática dos direitos humanos dos povos originários, afim de instituir uma alternativa, a uma pretensa proteção de tradição assimilatória e sem nenhuma qualidade emancipatória.

Do ponto de vista pragmático, construir paradigmas decisórios, não apenas alicerçados pelo arcabouço de uma teoria crítica, mas sobretudo, de um modelo liberal igualitário, que cumpra efetivamente com a superação das desigualdades históricas que povos indígenas enfrentaram e infelizmente ainda batalham na atual conjuntura social.

## 2 POVOS ORIGINÁRIOS

O objeto central desta pesquisa é a aplicação de princípios de justiça política, através de um paradigma liberal-igualitário aos direitos humanos dos povos originários, tendo como referência o caso *Lhaka Honrat (Nuestra Tierra) vs Argentina*, que inova ao ratificar, além de direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais das diversas comunidades indígenas contempladas pela decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Dentro desta perspectiva, as ponderações principiológicas do referido *leading case* da Corte – IDH, será instrumentalizada nos termos domésticos da justiça brasileira, especialmente analisando as ações constitucionais que tramitam no Supremo Tribunal Federal, que tem como ponto fulcral a proteção e garantia dos Direitos Humanos das populações originárias.

Na atual conjuntura social, o fator preponderante para um modo excelente da vida em comum, caracteriza-se pelo respeito ao pluralismo cultural. Por esse motivo, as discussões sobre uma teoria da justiça são extremamente relevantes, em especial na seara jurídica, onde o papel do judiciário ganhou protagonismo nas causas estruturais da vida em comunidade.

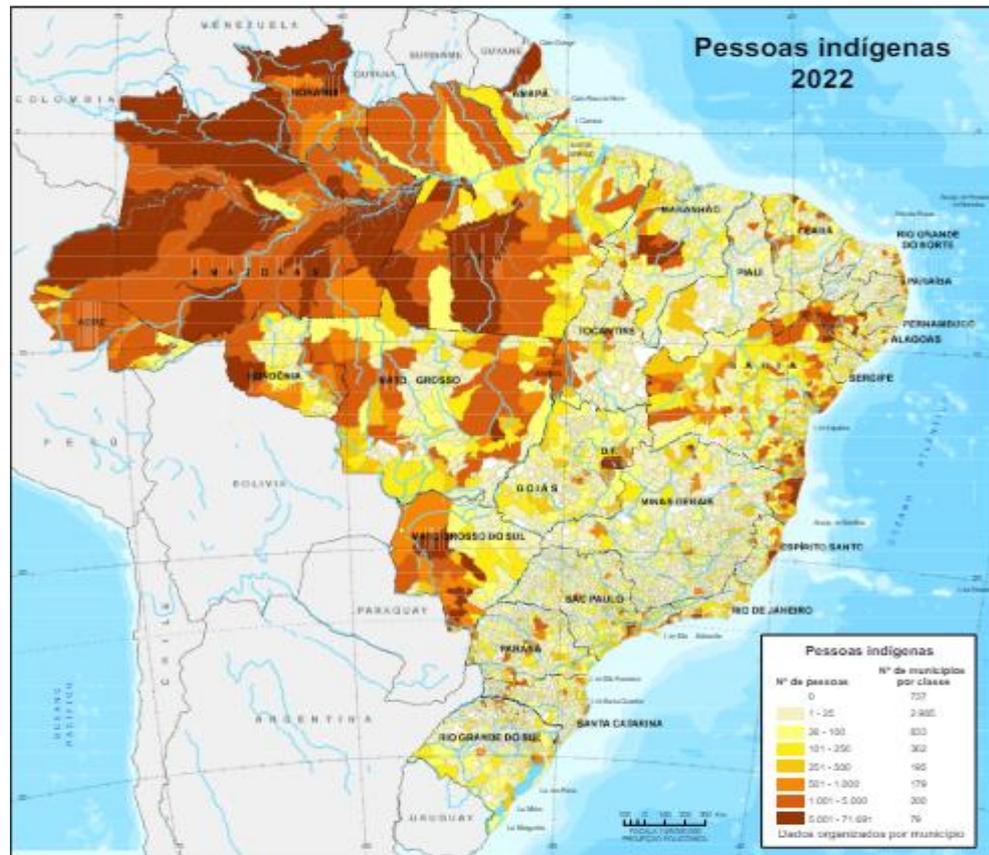
Como visto no capítulo introdutório, John Rawls determina as justificativas de princípios de justiça em uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo, estabelecendo, uma equalização, daquilo que a gramática rawlsiana compreende por doutrinas abrangentes razoáveis em uma comunidade. Assim consigna Rawls:

As doutrinas abrangentes de todos os tipos - religiosas, filosóficas e morais - fazem parte do que podemos chamar de "cultura de fundo" da sociedade civil. É a cultura do social, não do político. É a cultura da vida cotidiana, de suas diversas associações: igrejas e universidades, sociedades de eruditos e cientistas, clubes e times, para citar apenas algumas. Numa sociedade democrática, há uma tradição de pensamento democrático, cujo teor é, no mínimo, familiar e inteligível ao senso comum civilizado dos cidadãos em geral. As diversas instituições da sociedade, e as formas aceitas de interpretá-las, são vistas como um fundo de idéias e princípios implicitamente compartilhados (RAWLS, 2000, p. 56).

De fato, uma sociedade plural, demanda a aplicação de princípios compartilhados para a construção de um empreendimento coletivo justo. Por essa razão, quando postula-se a questão indígena e povos tradicionais, a terminologia, “doutrinas abrangente e razoáveis” suscita, invariavelmente a teoria da justiça rawlsiana, tendo em vista, segundo o Censo Demográfico de 2022, existir no Brasil em torno de 1.693.535 pessoas indígenas, correspondendo a 0,83% da população, situadas em 305 etnias, com um comportamento sociodemográfico diferenciado entre si, composto por 274 línguas indígenas, denotando uma

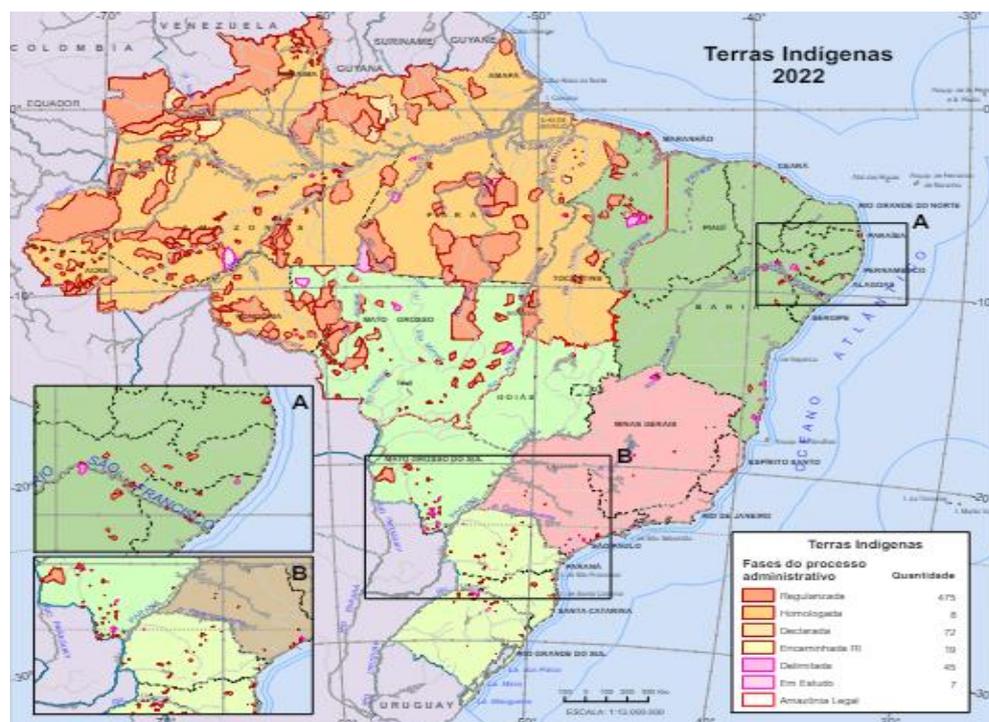
ampla diversidade étnico-linguística desses povos (IBGE, 2022).

Mapa 1



Fonte: (IBGE, 2022)

Mapa 2



Fonte: (IBGE, 2022).

Assim, não se trata de uma minoria hegemônica, ao contrário, vislumbra-se uma diversidade de costumes e comportamentos que estabelecem uma dinâmica difusa no interior da sociedade brasileira, portanto, concepções plurais de um modo de vida excelente. Aquilo que Rawls indica como doutrinas abrangentes razoáveis, pode ser compreendida nas inúmeras tribos, etnias e comunidades indígenas e tradicionais dentro do território nacional.

O país conta com 728 Terras Indígenas (TIs), que se encontram em diferentes estágios do processo de demarcação pela Fundação Nacional do Índio (Funai). Quanto à dispersão das TIs, a maior parte, tanto em número como em área (hectares), encontra-se em estados da região Norte, mais precisamente na Amazônia Legal. Ao todo, elas ocupam 117,4 milhões de hectares ou 13% do território nacional, com aproximadamente 305 etnias, que falam 274 línguas distintas. Há também uma parte da população indígena brasileira que vive fora dessas áreas, inclusive alguns grupos em situação de isolamento (BASTIAN, VALADARES, ALVES, SILVA, 2023. p. 6).

Desta maneira, a proteção e garantia de Direitos Humanos dos povos originários passa por uma ressignificação ao ser objeto de uma justiça como equidade, que em última instância busca afastar o utilitarismo majoritário de uma sociedade capitalista e neoliberal, bem como, uma política da diferença, que engessa o processo de emancipação das populações indígenas do Brasil.

O problema base desta pesquisa, restringe-se a desigualdade social e assimetrias quanto a proteção, garantia, direito e emancipação dos povos originários. Para traçar uma construção do ideário brasileiro sobre a questão indígena e o quanto a desigualdade ainda se manifesta, vale reportar a percepção literária como uma das mais potentes deflagradoras da realidade social

No romance fundacional, “O Guarani” de José de Alencar, o índio possui um enfoque especial. Peri<sup>36</sup> é retratado pelo autor como um “bom selvagem” que convive em harmonia com a família de D. Antônio de Mariz, um nobre da região onde habitava o índio. Essa conexão fica mais próxima, quando Peri salva Cecília, filha do poderoso fidalgo.

Com o estreitamento da relação de Peri com a família Mariz, o índio, que a princípio era tratado como escravo, passou a viver naquele círculo familiar, mantendo seus hábitos, contudo, abandonando seu território nativo, ou seja, sua tribo local. Com o tempo a personagem estava completamente absorvida por outra cultura, explicitamente retratado na

---

<sup>36</sup> Sobre a alvura diáfana do algodão, a sua pele cor do cobre, brilhava com reflexos dourados; os cabelos pretos cortados rentes, a tez lisa, os olhos grandes com os cantos exteriores erguidos para a frente: a pupila negra, móbil, cintilante; a boca forte, mas bem modelada e guarnecida de dentes alvos, davam ao rosto pouco oval a beleza inculca da graça, da força e da inteligência (ALENCAR, 1996, p. 14).

obra de José de Alencar (ALENCAR, 1996, p. 232):

Peri quer ser cristão! Exclamou ele. D. Antônio, lançou-lhe um olhar úmido de acolhimento. – Nossa religião permite, disse o fidalgo, que na hora extrema todo o homem possa dar o batismo. (...) Ajoelha, Peri! O índio caiu aos pés do velho cavalheiro, que impôs-lhe as mãos sobre a cabeça. Sê cristão! Dou-te o meu nome. Peri beijou a cruz da espada que o fidalgo lhe apresentou, e ergueu-se altivo e sobranceiro, pronto a afrontar todos os perigos para salvar sua senhora.

Para Antonio Candido, em seu capítulo intitulado "Literatura de Dois Gumes", defende que a literatura no Brasil foi a expressão da cultura do colonizador e depois do colono europeizado. Segundo ele, a literatura brasileira é essencialmente europeia e veio atuar no Brasil, cujos habitantes de cor e tradição diferentes serviram para aumentar sua complexidade. Sob esse aspecto, vejamos um trecho no qual essa ideia se comprova: "Deu-se no seio da cultura europeia uma espécie de experimentação, cujo resultado foram as literaturas nacionais da América Latina no que tem de prolongamento e novidade, cópia e invenção, autonomismo e espontaneidade" (CANDIDO, 2009, p. 2).

O traço literário, que reverbera o início da construção do ideal indígena no Brasil passa por uma estrutura totalmente integracionista a cultura europeia. A aculturação e assimilação como forma de contemporizar as agruras sociais, foi e continua sendo, marca indelével da questão indígena no Brasil.

Sem cometer o erro do anacronismo, o que Rawls indica em sua obra é perfeitamente observado no exemplo literário aqui utilizado. Para Rawls: "o conceito de justiça, aplicado a uma instituição, significa, digamos, que a instituição não faz distinções arbitrárias entre as pessoas ao lhes atribuir direitos e deveres básicos, e que suas regras estabelecem um equilíbrio apropriado entre as reivindicações conflitantes (RAWLS, 2000, p. 57).

Portanto, o que o exemplo trouxe, foi a superação do modo de vida local do indígena em detrimento a uma cultura europeia colonizadora, ou seja, uma distinção arbitrária entre pessoas, ratificadas pelas instituições sociais. Para Fernando Luís Schüler: "Rawls observa que, se imaginássemos os agentes constrangidos a escolher com base em alguma forma de inveja ou benevolência, estaríamos consignando uma restrição arbitrária à sua liberdade de escolher, independentemente destes sentimentos" (SCHÜLER, 1997, p. 150).

Feito o recorte introdutório sobre os povos originários e a gênese do ideário nacional sobre a temática indígena, é importante apontar, sobre o ponto de vista de diferentes interpretes do Brasil, se a prática assimilatória e a utopia emancipatória dos indígenas, objeto fundamental de leis, debates e decisões, foi efetivada no contexto nacional. Para essa tarefa, vale, em linhas gerais, ponderar as análises de quatro teóricos que formularam a ideia de um

Brasil como pátria e como os índios foram inseridos neste contexto.

As ponderações sobre a sociedade brasileira e a construção de sua identidade como Nação parte do início para a metade do Século XX. É neste contexto, que a transição de uma sociedade interiorana e rural para a dinâmica urbana e capitalista, sedimenta o arquétipo social do Brasil. Para esse diagnóstico às análises de Gilberto Freyre, Sergio Buarque de Holanda, Florestan Fernandes e Darcy Ribeiro são precisas no que cabe a identidade nacional e a temática dos povos originários.

Gilberto Freyre em sua obra seminal, “Casa Grande e Senzala”, delimita, sem dúvida, uma consistente forma da interpretação do Brasil como Nação. O autor, discípulo de Franz Boas, retrata de forma singular a construção da identidade brasileira no início do Século XX, expressando em seus escritos o que denominou-se democracia racial (FREYRE, 2002).

A ideia de democracia racial é marcada pela visão de uma coexistência harmônica entre os três grupos formadores da sociedade brasileira, quais sejam, brancos, negros e índios. Essa relação do ponto de vista freyriano era positiva, tendo em vista, o enriquecimento cultural das populações subalternas, que nesse contexto era caracterizada pelos negros escravizados e os índios colonizados, revelando um olhar altamente assimilatório.

Híbridas desde o início, a sociedade brasileira é de todas da América a que constitui mais harmoniosamente quanto as relações de força: dentro de um ambiente de quase reciprocidade cultural que se resultou no máximo de aproveitamento dos valores e experiências dos povos atrasados pelo adiantado (FREYRE, 2002, p. 163).

Não obstante, Gilberto Freyre, afastar de sua análise, uma ponderação científicista-biológica de supremacia racial, o autor ainda opera sobre o espectro de uma superioridade social, pautada na figura eurocêntrica do colonizador.

Especificamente sobre os indígenas, sua subalternidade fica evidente, pois para o autor, o modo de vida indígena era tido como inferior, pois seu modelo de relação econômica não tinha nenhuma dimensão benéfica fora de sua aldeia, demonstrando a inaptidão da cultura ameríndia em vários aspectos da vida social.

Nessa perspectiva, o desnível social é ratificado e a cultura branca europeia modula o ideário nacional ao imputar a cultura ameríndia como “crianças grandes” e “adolescentes”, conforme deixa claro Gilberto Freyre (2003, p. 158):

De modo que não é o encontro de uma cultura exuberante de maturidade com outra já adolescente, que aqui se verifica; a colonização européia vem surpreender nesta parte da América quase que bandos de crianças grandes; uma cultura verde e incipiente; ainda na primeira dentição; sem os ossos nem o desenvolvimento nem a resistência das grandes semicivilizações americanas.

As menções de Freyre sobre os indígenas estruturam o que o Brasil da Década de 30, prefigurava nas suas dimensões políticas e jurídicas. A Era Vargas e a marcha para o Oeste

de Candido Rondon, não obstante, sua posição integralista, não efetivaram a emancipação indígena em todas as suas concepções. É possível consignar o pensamento social da época com a legislação vigente, que convergia para a total assimilação dos povos indígenas, conforme prescrito no Decreto nº 5.484, de 27 de Junho de 1928, que regulava a situação dos índios nascidos no território nacional:

Art. 6º Os índios de qualquer categoria não inteiramente adaptados ficam sob a tutela do Estado, que a exercerá segundo o grau de adaptação de cada um, por intermédio dos inspectores do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, sendo facultado aos ditos inspectores requerer ou nomear procurador, para requerer em nome dos mesmos índios, perante as justiças e autoridades, praticando para o referido fim todos os actos permitidos em direito (BRASIL, 1928).

A interpretação de Gilberto Freyre sobre um Brasil indígena, revela-se, aculturalista, ecoando na estrutura social, política e jurídica dos dias atuais os mesmos elementos de quase um Século atrás, motivo de evidente preocupação, principalmente no que tange a emancipação dos povos originários.

Sergio Buarque de Holanda, em certa medida, constitui sua ideia de Brasil amparada no mesmo eixo cognitivo de Gilberto Freyre, ou seja, a junção de colonizadores, escravos e indígenas formulando do homem cordial ao encontro da modernidade capitalista.

Em “Raízes do Brasil” existe a conjugação de duas visões dos indígenas que ao mesmo tempo traduz uma proteção social e jurídica mas por outra dimensão, explicita uma faceta altamente negativa e caricatural, especialmente quando o referido ensaio postula a identidade brasileira frente a modernidade capitalista.

A primeira observação indica a forma tutelada e assimilatória que os povos originários, são concebidos no imaginário coletivo, também descrito na obra de Sergio Buarque, (HOLANDA, 2016, p. 59):

Também não seria outra a verdadeira explicação para o fato de se considerarem aptos, muitas vezes, os gentios da terra e os mamelucos, a ofícios de que os pretos e mulatos ficavam legalmente excluídos. O reconhecimento da liberdade civil dos índios — mesmo quando se tratasse simplesmente de uma liberdade “tutelada” ou “protegida” , segundo a sutil discriminação dos juristas — tendia a distanciá-los do estigma social ligado à escravidão.

Aqui a ideia de “proteção” é suavizada pela justificativa da escravidão, no entanto, tal percepção, desenha no imaginário coletivo do brasileiro, o indígena como um cidadão não emancipado, sempre dependente, e instrumentalizado a integrar a cultura dominante. A segunda percepção é ainda mais estigmatizante, tendo em vista a emergência de um capitalismo tardio do início dos anos 30, sendo que a propagação de uma ética do trabalho não se coaduna com moldura de um indígena ocioso, eufemisticamente comparado a um nobre fidalgo.

É curioso notar como algumas características ordinariamente atribuídas aos nossos indígenas e que os fazem menos compatíveis com a condição servil — sua “ ociosidade” , sua aversão a todo esforço disciplinado, sua “ imprevidência” , sua “ intemperança” , seu gosto acentuado por atividades antes predatórias do que produtivas — ajustam-se de forma bem precisa aos tradicionais padrões de vida das classes nobres. E deve ser por isso que, ao procurarem traduzir para termos nacionais a temática da Idade Média, própria do romantismo europeu, escritores do século passado, como Gonçalves Dias e Alencar, iriam reservar ao índio virtudes convencionais de antigos fidalgos e cavaleiros, ao passo que o negro devia contentar-se, no melhor dos casos, com a posição de vítima submissa ou rebelde (HOLANDA, 1995, p. 59). (Grifos nossos).

Tanto Gilberto Freyre como Sergio Buarque, traduzem em suas obras o retrato do Brasil moderno, que adentra ao Século XX, criando sua identidade própria como Nação, tendo como desafio construir as dimensões de um povo marcado pela miscigenação e uma densa pluralidade cultural.

Na metade do Século XX, os interpretes do Brasil, passam a deixar um modelo ensaísta para substantivamente uma percepção científica da análise sociológica. Nesse sentido, Florestan Fernandes, foi a seu tempo, um dos mais destacados autores sobre a cultura brasileira. Consagrado na sociologia nacional, uma de suas mais importantes obras, fruto de sua dissertação de mestrado, “A Organização Social dos Tupinambá” publicada em 1963, traz em seu bojo uma significativa contribuição para a estruturação do pensamento indígena no país, demonstrando a forma como uma sociedade indígena sedimenta sua organização social (FERNANDES, 1989).

Por sua destacada produção acadêmica, Florestan Fernandes, também passou a ser um influente atífcie na militância política. Essa contribuição evidencia-se quando o autor é eleito deputado constituinte, trabalhando intensamente na Subcomissão de Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, Da Comissão da Ordem Social da Assembleia Nacional constituinte de 1987/1988.

Em contundente discurso, realizado em 25/05/1987 na Subcomissão de Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, Da Comissão da Ordem social da Assembleia Nacional constituinte, Florestan salienta que a imagem de uma colonização pacífica é mitológica e não científica:

(...) A política colonial dos portugueses tinha que ser uma política colonial. Os índios não resistiram, os indígenas nativos não resistiram a conquista, enquanto a conquista não ameaçou a sobrevivência dos índios enquanto comunidades humanas organizadas. Até o período das feitorias a convivência foi pacífica e os conflitos foram ocasionais. Em seguida, quando se estabeleceu a política dos donatários, aí entrou em jogo a questão da propriedade da terra. Os indígenas começaram a ser expulsos da sua terra, começaram a perder a liberdade da sua pessoa, foram reduzidos à escravidão, perderam o direito à mulher e à família, que eram incorporados à escravaria do conquistador, e outras conseqüências que não vêm ao caso admitir aqui. Então, o que aconteceu? Aconteceu que eles resistiram à conquista pelos meios de que dispunham, e meios violentos (...) (BRASIL, 1987, p. 2).

Preocupado verdadeiramente com a emacipação da população indígena, o autor defende a necessidade de dar voz as comunidades originárias e não vincular essa população histórica a uma política da diferença, relegando-os ao reconhecimento apenas como um grupo humano minoritário.

(...) **Os índios são os melhores advogados da sua própria causa, conhecem a natureza dos problemas que enfrentam e defendem condições que a sociedade brasileira ainda não é suficientemente democratizada para aceitar. Fomos criados na mentalidade de que o indígena é uma pessoa *in natura*.** Escrevi um trabalho comparando a criança, o indígena e o louco. Essa era a grande problemática das Ciências Sociais no início do século XX. O limite do ser humano não se define pelo limite de sua civilização. É dado pela capacidade de acumular experiências, enfrentar a experiência nova e de desenvolver, através dessas experiências concretas, sabedoria sobre essas condições de vida que são enfrentadas pelo indivíduo. Esses representantes das comunidades indígenas se autodesignam como nações indígenas, são capazes de trazer para nos, aqui, uma contribuição inestimável, que coloca em xeque a questão de estabelecer uma legislação sobre minorias. Pensar em minorias é pensar que o Brasil está dividido, e como se fosse uma colcha-de-retalhos. **Considerar um grupo humano como uma minoria é, em certo sentido, dizer que pertence a Nação, mas que, ao mesmo tempo, ele não tem a plenitude dos direitos civis e políticos que são desfrutados por aqueles que formam a maioria desta Nação.** Quer dizer, existem cidadãos de primeira categoria e cidadãos que são parte das minorias, e que estão sujeitos a alguma forma de restrição, inclusive constitucional, inclusive de proteção daqueles que se arvoram em consciência do outro. Então, é preciso ir ao fundo desta questão, e os agrupamentos indígenas permitem isto (...) (BRASIL, 1987, p. 4 -5). (Grifos nossos).

Da discussão relatada e diversos debates é que foi fomentada a proteção e o direito constitucional dos povos indígenas na Constituição Federal de 1988, que na sua aurea cidadã, sublinhava também a efetiva emancipação política dos povos originários. Não obstante, o horizonte constitucional, a perspectiva da realidade social ainda manteve-se sob a solo assimilatório do Estado brasileiro.

Interpretar o Brasil como Nação, é uma tarefa que perpassa diferentes diagnósticos, certamente um deles é que a formação social brasileira é compreendida pela miscigenação de sua identidade. Para Darcy Ribeiro esse processo é decisivo para o ideário nacional.

Na obra "Os Índios e a Civilização" o autor aborda a relação entre os povos indígenas e a sociedade brasileira, especialmente focando na interação entre esses grupos e a civilização ocidental. Pesquisando os arquivos do chamado (SPI) - Serviço de Proteção ao Índio, criado por Candido Rondon, surge algumas teses que destoam de tudo o que já se havia dito até então. A primeira delas, e a mais importante, é a de que diante de todo o processo de tentativa de integração do indígena ao mundo branco, jamais houve aculturação ou assimilação. O que houve foi a transfiguração étnica (TAVARES, 2018, p. 158).

A transfiguração étnica nas tribos indígenas brasileiras é delineada por dois elementos centrais, representando uma continuidade natural e inescapável de eventos

provenientes do choque entre diferentes ramos isolados da espécie humana e entre sociedades com desenvolvimentos evolutivos discrepantes (RIBEIRO, 1985, p. 200).

Este processo opera em duas esferas fundamentais. Primeiramente, envolve o embate entre populações que, originando distintas entidades bióticas, ao se integrarem, engajam-se em um confronto racial recíproco e são afetadas desproporcionalmente pelos fatores deletérios introduzidos pela civilização, resultando na drástica redução demográfica das populações indígenas. Em segundo lugar, abrange o conflito entre sociedades em diferentes estágios evolutivos, permitindo que a sociedade mais avançada exerça uma forte coesão interna e domínio sobre as tribos, formando assim uma nova etnia nacional que, enraizada em uma matriz externa, mantém sua ligação com o centro reitor: a metrópole colonizadora, estabelecendo-se como um apêndice subordinado ao serviço desta (RIBEIRO, 1985, p.200).

Nesse contexto, o que ocorreu foi uma redefinição da etnia indígena, subordinando seu modo de vida excelente às práticas do invasor colonial, tanto na perspectiva do modelo rural e agrícola do Brasil colônia, quanto do modelo capitalista industrial e financeiro que influenciou a dinâmica social nesta quadra contemporânea.

A população originária, desde a primeira missa celebrada por Henrique de Coimbra até as profundas lutas por direitos e garantias no Século XXI, tenta afirmar sua perspectiva emancipatória como tema central da questão indígena no Brasil. Ao brevemente repassar a história pelos olhares dos mais importantes interpretes da Nação, fica evidente, apesar dos avanços, que a plenitude cidadã desta parcela populacional está distante de um panorama igualitário atinente a seus direitos fundamentais.

## 2.2 POVOS ORIGINÁRIOS NO DIREITO BRASILEIRO

O retrato da questão indígena sob o prisma de um recorte sociológico, demonstrou que a maneira institucional, pela qual os povos originários foram submetidos durante todo o percurso histórico da Nação, reforça o diagnóstico desigual desta população perante o corpo social. Na construção do Estado brasileiro foram consagrados alguns mecanismos legais de proteção para as comunidades indígenas, entretanto, tais medidas sempre foram em doses homeopáticas, e jamais estabelecendo uma gama definitiva sobre garantias e direitos desse grupo social.

A democracia constitucional contemporânea permeia fundamentos políticos de igualdade e liberdade para a ratificação de uma sociedade livre, justa e solidária. Certo é que a

construção do valor democrático, assim como a idéia de direitos humanos não nasce espontaneamente mas é realizada paulatinamente com lutas e batalhas que perpassam um significativo lapso temporal.

Essencialmente, trata-se de uma construção, ou seja, o desenvolvimento de uma sociedade e suas instituições que sublinham a realidade social do presente. Assim, cabe o questionamento, como o direito brasileiro, da colônia até a nova república do final do Século XX, construiu o edifício legal de proteção aos povos originários?

Da construção normativa de proteção aos direitos dos povos originários, vale transcrever esse percurso em três fases distintas, sendo cada uma delas estabelecidas em momentos políticos específicos, dividindo-se em período colonial, imperial e republicano.

A primeira fase histórica de proteção ou pelo menos menção à situação indígena no Brasil, remete-se ainda ao período colonial. Os reis portugueses enviavam a colônia brasileira algumas normas de condutas a serem contempladas pelos colonizadores em relação aos indígenas, esses instrumentos normativos eram os denominados alvarás, cartas régias e provisões expedidas.

No período colonial, a proteção indigenista estava associada à política territorial, sendo o primeiro texto legal sobre terras indígenas a Carta Régia de 30 de julho de 1611. Na sequência, o Alvará Régio de 1º de abril de 1680 continha um mandamento acerca da posse e de direitos dos indígenas em relação aos territórios que ocupassem, dispendo respeitar os direitos dos índios, primeiros ocupantes e donos naturais das terras.

E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas (ALVARÁ RÉGIO, 1680).

Não obstante, a menção ao direito indígena sobre a terra, o horizonte protetivo dos povos originários se mostrava altamente vulnerável, tendo em vista que a própria legislação régia, excetuava o direito ameríndio, quando tratava-se de “guerras justas”.

Segundo a lei de 1570, "guerras justas" eram aquelas autorizadas pela Coroa ou pelos governadores ou as travadas em legítima defesa contra os ataques indígenas. A lei de 11 de novembro de 1595 estabelecia que as "guerras justas" somente seriam feitas por ordem do Rei. Mas, a provisão de 05/06/1605 e o alvará de 30/07/1606 deixaram de considerar a

legalidade do cativo indígena, fosse de índios batizados ou gentios. Contudo, nova lei, de 30 de julho de 1609, declarava os índios definitivamente livres. Entretanto, diante das pressões dos moradores, o rei cedeu e promulgou em 10 de setembro de 1611 a legalidade da escravidão no caso de guerra justa ou de resgates (PUNTONI, 2002, p. 53).

Diante desse cenário, verifica-se a ampla discricionariedade da Coroa Portuguesa em justificar a violência estatal baseada unicamente no conceito difuso de “guerra justa”, não obstante, aos já mencionados direitos indígenas daquele período histórico.

Ainda no contexto colonial, entretanto, com uma nova perspectiva em relação aos povos originários, Marquês de Pombal em 1755, inicia um processo de reformulação política colonial portuguesa, o chamado Diretório dos Índios, instituído pela lei Pombalina de 6 de julho de 1755, tinha como objetivo central o rompimento da relação entre Igreja e Estado. Com o novo regimento as sedes das missões foram transformadas em vilas ou povoados, e os índios foram considerados emancipados da autoridade religiosa e submetidos apenas ao governo laico.

A lei de 06 de julho de 1755 passou a ser conhecida como “Lei das Liberdades”, e sua aplicação foi regulada pelo ato de 03 de maio de 1757, que, inicialmente, destinava-se às povoações dos índios do Pará e Maranhão. Estava posto o “Diretório que se deve observar nas povoações dos índios do Pará e Maranhão, enquanto sua Majestade não mandar o contrário” (ALMEIDA, 1997), conhecido como “Diretório dos Índios” ou, ainda, “Diretório Pombalino”.

De acordo com a política pombalina, as aldeias deveriam ser transformadas em vilas e lugares com nomes portugueses administrados por um governo civil. As ações descritas pelos artigos do Diretório deixam claro o objetivo assimilacionista ao incentivar à presença de não índios nas aldeias, os casamentos interétnicos e a extirpação dos costumes indígenas, de maneira a transformar esses grupos em vassallos do rei de Portugal sem distinção em relação aos demais. Em 1758, o Diretório dos Índios foi estendido ao resto do Brasil.

Com a chegada do Século XIX, os ventos ideológicos vindos da Europa, passam a ter impactos na colônia portuguesa, certamente não com o mesmo vigor e intensidade como no paradigma estadunidense. Entretanto, as forças liberais influenciaram o processo de independência do Brasil, porém a abrangência de cidadania conquistada por outros Estados, não teve sua aplicação integral na primeira Constituição brasileira. O Texto Constitucional de 1824, trouxe em seu bojo a centralização do governo monárquico e hereditário, o catolicismo como religião oficial, o poder do Estado sobre a Igreja, o voto censitário e não-secreto e com a total omissão sobre as questões indígenas (LOPES, MATTOS, 2006, p. 223).

Portanto, no Brasil imperial, o primeiro diploma normativo a regular direitos indígenas foi com a advento da Lei nº 601 de 1850, a chamada Lei de Terras que afastou os

regime das Sesmarias<sup>37</sup>. A Lei de Terras teve como objetivos a organização dos registros de terras doadas desde o período colonial e a legalização das ocupadas sem autorização, como passos prévios ao reconhecimento das chamadas terras devolutas, pertencentes ao Estado (LOPES, MATTOS, 2006, p. 223).

O referido instrumento normativo demonstra o retrato da assimilação sofrida pelos povos originários no Brasil. O fato do indigenato, que ressalta os direitos originários sobre a terra, contemplando os indígenas como primários e naturais senhores dela foi totalmente suprimido neste contexto. O art. 12 da Lei de Terras, regulava a questão indígena, rezando que caberia ao Governo reservar terras devolutas para a colonização dos indígenas, não havia qualquer menção ao direito originário indígena sobre os territórios que tradicionalmente ocupavam.

Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: **1º, para a colonização dos indígenas**; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos: 3º, para a construção naval (BRASIL, 1850). (Grifo nosso).

O verniz liberal e a sedimentação embrionária de cidadania indígena, passa distante da normatização brasileira no que tange a proteção e emancipação desse grupo social no período imperial. A forma de governo monárquica sucumbe e com ela toda a estrutura política, transitando o Estado brasileiro para o modelo republicano.

Sobre o recorte histórico do Brasil republicano, em especial na temática dos direitos indígenas, atina-se aqui ao referencial normativo constitucional, eis que o referido diploma político e jurídico delimita a base fundacional do Estado brasileiro com todas as suas diretrizes e objetivos.

Mesmo com a forte influência do positivismo do final do Século XIX e o advento da Constituição Republicana de 1891, a temática envolvendo a normatização dos direitos indígenas não foi contemplada neste contexto. Somente a Constituição de 1934, já sob a égide do governo Getúlio Vargas, faz, pela primeira vez menção no texto constitucional, o direito indígena sobre suas terras. Assim estabelece o art. 129 da Constituição de 1934: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las” (BRASIL, 1934).

Assim, Pela primeira vez na história constitucional brasileira foi contemplada a

---

<sup>37</sup> Estendida ao Brasil, a prática de concessão de sesmarias iniciou-se já nos primeiros anos da colonização, com a implantação do sistema de capitâncias hereditárias, cujas primeiras cartas de doação foram editadas entre 1534 e 1536. As capitâncias eram extensas faixas de terras repartidas horizontalmente do litoral até a linha das Tordesilhas, desde Pernambuco até o Rio da Prata. Ao receber a terra, o donatário assumia diversas obrigações junto à Coroa, dentre elas, a de repartir a terra em sesmarias e distribuir entre os colonos (VAINFAS, 2000, p. 93).

garantia de direitos fundamentais aos povos originários. Conforme os termos legislativos de outros períodos históricos, vislumbra-se como característica preponderante o direito social ao território, elemento primordial a manutenção da cultura e liberdade das populações ameríndias.

O traço assimilatório continua assegurado no plano constitucional, onde a nomenclatura “incorporação” indica erroneamente o indígena como alienígena, ou seja, aquele que pertence originariamente ao plano territorial necessita ser introduzido a comunhão nacional.<sup>38</sup>

Com a dissolução do Congresso Nacional pelo golpe de Getúlio Vargas em 1937, a política indigenista do Estado Novo manteve suas referências ao enfoque do direito a posse da terra<sup>39</sup>. Mesmo com a promulgação da Constituição de 1946<sup>40</sup>, não obstante, debates e inúmeras discussões sobre a temática indígena, a ideologia de incorporação ameríndia foi ratificada em termos constitucionais.

Com o cenário geopolítico interno e externo em profunda polarização política o Brasil novamente adentra a um regime de exceção. Com o advento da ditadura militar de 1964, mais uma vez a garantias constitucionais sobre os povos originários sofrem modificações.

As Constituições de 1967/1969, deixam claro o caráter de transitoriedade do direito ao território. A partir da Constituição de 1967, estas terras são definidas como de domínio da União. A forma como se dá a garantia às terras, os dispositivos que atribuem competência para legislar sobre o processo de integração e as leis regulamentadoras deixam claro que o ideário assimilacionista do século XIX está presente até o advento da Constituição de 1988: os índios haveriam de deixar de ser índios (SOUZA FILHO, CANOTILHO, SARLET, STRECK, MENDES, 2018, p. 2252).

As Constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 trouxeram referências aos índios, sempre os chamando de silvícolas. Com exceção da de 1937, todas as outras definem a competência da União para legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”. Todas garantem aos indígenas a posse das terras onde se acharem ‘permanentemente localizados’, em geral acrescentando que a garantia se dará com a condição de não a transferirem (SOUZA FILHO, CANOTILHO, SARLET, STRECK, MENDES, 2018, p. 2252).

---

<sup>38</sup> Art 5º - Compete privativamente à União: XIX - legislar sobre: m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. (BRASIL, 1934).

<sup>39</sup> Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

<sup>40</sup> Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

Com o período de redemocratização diversos grupos sociais, munidos de diferentes reivindicações, tiveram eco na Assembleia Nacional Constituinte. A pauta dos povos originários, assim como outras minorias, foi objeto de grandes debates, tendo como cristalização dos direitos fundamentais dos indígenas nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo (BRASIL, 1988).

Não obstante, possa notar um progresso na proteção dos direitos indígenas ao longo dos anos, é inegável que a Constituição Federal de 1988 representou uma ruptura com o paradigma da assimilação, integração ou provisoriedade da condição indígena e, por conseguinte, das terras por eles ocupadas.

A partir de 1988 fica estabelecida uma nova relação do Estado Nacional com os povos indígenas habitantes de seu território. Está claro que a generosidade de integrar os indivíduos na vida nacional ficou mantida em toda sua plenitude, mas integrando-se ou não, o Estado Nacional reconhece o direito de continuar a ser grupo diferenciado, sociedade externamente organizada, cumprindo um antigo lema indígena equatoriano: *“puedo ser lo que eres sin dejar de ser lo que soy”*. Está rompida a provisoriedade que regeu toda a política indigenista dos quinhentos anos de contato (SOUZA FILHO, CANOTILHO, SARLET,

STRECK, MENDES, 2018, p. 2252).

Além do plano constitucional, fica claro que a legislação ordinária possui significativa importância, dentro do arcabouço legal de proteção aos povos originários do Brasil. Em 20 de junho de 1910, o Brasil criava o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais –SPILTN– pelo Decreto n.º 8.072, que estabelecia entre suas finalidades exercer vigilância para que os índios não fossem coagidos a prestar serviços a particulares e, admitindo que o trabalho poderia ser contratado livremente, velar para que os contratos fossem cumpridos (SOUZA FILHO, 1998, p. 92-108).

Com isto estava estabelecida a chamada tutela que apareceria estranhamente no Código Civil de 1916, chamada de tutela orfanológica, alterada e regulamentada pelo Decreto n.º 5.484, de 27 de junho de 1928 e, finalmente, estabelecida com caráter autoritário em 1973 pela Lei n.º 6.001 (SOUZA FILHO, 1998, p. 92-108).

O objeto central desta pesquisa gira em torno da ampla assimetria de direitos e garantias em relação aos povos originários, portanto, o retrato histórico das constituições e leis formuladas e aplicadas pelas instituições de determinada época, demonstram que a construção cidadã, para erradicação das desigualdades sociais, como um dos objetivos centrais do Estado brasileiro, ainda não aconteceu.

Por todo o retrato, certos direitos fundamentais ou direitos humanos, foram e continuam sendo preteridos em relação às populações indígenas. Em uma ordem lexical escalonada de direitos fundamentais, a garantia territorial dos povos originários sedimentou-se como categoria uníssona de proteção, sendo tal perspectiva, considerada vital para a identidade cultural indígena.

Apesar da necessária e fundamental ratificação dos direitos aos territórios originários das populações indígenas, a propagação de uma cidadania integral, como possibilidade de desvelar a profunda desigualdade social afirmada no interior da democracia brasileira, ainda não contempla a participação ativa dos povos originários, como protagonistas de sua própria história, sendo esta condição, singular no seu processo de emancipação.

Ao observar os diplomas normativos por toda cronologia histórica, fica evidente a lacuna principiológica da participação ativa na vida em comunidade, como valor consagrado nas democracias modernas.

O lapso da positivação, no que tange ao direito de participação dos povos originários no ordenamento jurídico, encontra respaldo na produção legislativa interna, uma vez que no plano internacional dos direitos humanos, convenções e declarações trazem em seu bojo a preocupação com a efetiva e fundamental voz dos indígenas nas questões primordiais de

sua vida em sociedade.

No capítulo subsequente será realizado um panorama cronológico da proteção internacional dos direitos humanos dos povos originários, e como tais diplomas foram essenciais para a mudança de paradigma nos diversos Estados signatários dessas declarações.

## 2.2 OS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS NO DIREITO INTERNACIONAL

Ao retratar a cronologia dos direitos humanos dos povos originários pela lente do direito internacional, nota-se que o início da conscientização protetiva dos povos indígenas ainda mantém os resquícios de uma cultura assimilatória. O início do século XX, marca a gênese desse processo de reconhecimento pela comunidade internacional, fomentando e influenciando Estados e suas normas domésticas a ter o horizonte da questão indígena como ponto essencial a convivência equânime em uma sociedade cada vez mais pluralista.

A Era pré-crise da bolsa de 1929, indica a faceta do modelo capitalista da época. Já consagrada, a II Revolução Industrial, caracterizada pela produção em larga escala de aço e pela utilização de novas fontes de energia, como eletricidade e petróleo, levou a uma nova ressignificação da mão de obra trabalhadora. Na emergência desse contexto histórico, surge em 1919 a Organização Internacional do Trabalho – OIT, que tem por objetivo promover a justiça social no âmbito das relações de trabalho<sup>41</sup>.

Em 1921, a OIT deu início a uma série de estudos sobre as condições de trabalho dos povos indígenas inseridos no contexto de trabalhos forçados, e em 1926, instituiu uma Comissão de Peritos em Trabalho Indígena para dar continuidade as pesquisas já iniciadas e emitir recomendações com vistas à adoção de normas internacionais sobre a matéria.

Desses estudos resultaram diversas Convenções, entre as quais destaca-se a de nº 29, sobre Trabalho Forçado<sup>42</sup> em 1930. Depois da Convenção nº 29 a OIT ainda foi aprovada outras três Convenções e três Recomendações sobre ‘trabalhadores indígenas’.

---

<sup>41</sup> Fundada em 1919 com o objetivo de promover a justiça social, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) é uma das Agências do Sistema das Nações Unidas, e tem estrutura tripartite, na qual os representantes dos empregadores e dos trabalhadores têm os mesmos direitos que os do governo. Fonte de importantes conquistas sociais que caracterizam a sociedade industrial, a OIT é a estrutura internacional que torna possível abordar estas questões e buscar soluções que permitam a melhoria das condições de trabalho no mundo (OIT, 2023)

<sup>42</sup> Segundo a OIT, em 1930, o conceito de trabalho forçado ou obrigatório era: “todo trabalho ou serviço exigido a um indivíduo sob ameaça de uma pena qualquer e para o qual o indivíduo não se ofereceu voluntariamente” (SOUZA FILHO, 2019).

Em 1936, a Convenção nº 50 trata do recrutamento de ‘trabalhadores indígenas’, e a Recomendação nº 46, recomenda aos países que se abstenham de recrutar trabalhadores e desenvolvam formas de oferecimento espontâneo de mão de obra, o que significa o fim do recrutamento forçado e adoção de práticas de convencimento (SOUZA FILHO, 2019, p. 156).

Em 1939 outra Convenção entrou em vigor com mais uma recomendação, a de nº 58, para estabelecer a duração máxima dos contratos escritos dos trabalhadores indígenas e ainda mais uma recomendação, a de nº 59, adotada na mesma sessão que tratava da necessidade dos Países Membros organizarem um serviço de inspeção de trabalho. Mais duas Convenções tratariam do tema. A Convenção nº 64 e a nº 65, adotadas na mesma sessão, 25ª, realizada em 27 de junho de 1939, e que tratavam a primeira sobre os contratos de trabalhos dos ‘trabalhadores indígenas’ e a segunda sobre as sanções penais permitidas e proibidas aos ‘trabalhadores indígenas’ (SOUZA FILHO, 2019, p.157).

Entretanto, com o advento da II Guerra Mundial os esforços iniciados foram interrompidos por conta do momento extremamente conturbado da comunidade global. Retomados os trabalhos no pós-guerra, o esforço iniciado no início da década de 20 deu origem à Convenção nº 107 da OIT, em 5 de junho de 1957, sobre a “Proteção e Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes”, promulgada no Brasil em 1966 pelo Decreto nº 58.824, de 14 de julho, distinguindo dois grupos, os indígenas ou originários, e os tribais e semitribais, que se constituíram no processo colonizador (OIT, 1989).

Inicialmente, nos documentos internacionais, os povos indígenas eram descritos como aqueles "cujo estágio socioeconômico era considerado menos avançado em comparação com outros setores da comunidade nacional" (OIT, 1957). Diante desse diagnóstico, a solução proposta era a integração gradual desses grupos à comunidade nacional, entendida como o modelo a ser seguido em relação ao bem-estar e ao desenvolvimento. (Marquês, 2011, p. 518).

Nesse paradigma, o Estado detém papel fundamental, centralizando a criação e execução de políticas públicas, aplicadas a agrupamentos indígenas cuja compreensão de mundo, língua materna e mecanismos de solução de conflitos sequer eram conhecidos pelos órgãos oficiais, porque historicamente construídos como marginais, obscuros e arcaicos.

Mesmo com o importante avanço em temas sensíveis aos direitos indígenas o conteúdo normativo revelado na Convenção nº 107 da OIT, ainda propaga a idéia assimilatória, tão presente no direito interno do Brasil.

Artigo 2º 1. Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas

coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países. 2. Tais programas compreenderão medidas para: a) permitir que as referidas populações se beneficiem, em condições de igualdade, dos direitos e possibilidades que a legislação nacional assegura aos demais elementos da população; b) promover o desenvolvimento social, econômico e cultural das referidas populações, assim como a melhoria de seu padrão de vida; c) criar possibilidades de integração nacional, com exclusão de toda medida destinada à assimilação artificial (OIT, 1957).

Ainda com o pressuposto assimilatório, a Convenção nº 107 da OIT, traçou importantes diretrizes para os direitos humanos dos povos indígenas: I) o reconhecimento dos povos indígenas enquanto grupos humanos que necessitam de atenção especial; II) o reconhecimento do direito de propriedade desses povos sobre as terras que ocupavam tradicionalmente; III) a compreensão de que era preciso respeitar o direito costumeiro que vigorava entre os povos indígenas, admitindo que ele fosse distinto do direito oficial, desde que com ele compatível (MARQUÊS, 2011, p. 520).

Por conseguinte, vale mencionar nesse íterim do marco inicial da proteção dos direitos indígenas, entre as décadas de 20 e 50 do Século XX, que o mundo sofreu profundamente com a II Guerra Mundial e suas consequências na vida social, econômica e política.

Após a devastação do conflito mundial, a Conferência de São Francisco em 1945, presidida pelo diplomata Osvaldo Aranha, lançou a Carta das Nações Unidas, documento fundacional da Organização das Nações Unidas – ONU, estabelecendo objetivos e diretrizes para o reconhecimento e aplicação dos direitos humanos.

Como cristalização do propósito primordial da ONU, em 10 de dezembro de 1948 foi estabelecida pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos, delineando os direitos básicos e fundamentais a que todas as pessoas têm direito, independentemente de raça, cor, religião, gênero, status social, nacionalidade, entre outros.

Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a universalidade: é aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide. Ao finalizar os trabalhos, a Assembleia Geral, graças à minha proposição, proclamou a Declaração Universal, tendo em vista que, até então, ao longo dos trabalhos, era denominada Declaração internacional (PIOVESAN, 2013, p. 204).

Para além dos valores afirmados na Declaração Universal de Direitos Humanos, ratificando os direitos civis e políticos, (ONU, 1966) outro instrumento importante foi Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), um tratado internacional adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas também no mesmo ano.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)

abrange uma variedade de direitos fundamentais, tais como o direito ao trabalho digno, à segurança social, à alimentação adequada, à saúde, à educação, à moradia adequada, à água potável e saneamento, bem como o direito à participação na vida cultural, entre outros. Esses direitos são essenciais para garantir uma vida digna e plena para todas as pessoas, independentemente de sua origem ou situação socioeconômica (ONU, 1966).

Da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social, como também de proibição da inação ou omissão estatal, na medida em que é vedado aos Estados o retrocesso ou a inércia continuada no campo da implementação de direitos sociais. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia de tais direitos, cabendo ao Estado o ônus da prova. Isto é, em face do princípio da inversão do ônus da prova, deve o Estado comprovar que todas as medidas necessárias – utilizando o máximo de recursos disponíveis – têm sido adotadas no sentido de progressivamente implementar os direitos econômicos, sociais e culturais enunciados no Pacto (PIOVESAN, 2013, p. 253).

A junção racional desses diplomas internacionais, formam a estrutura na qual os direitos humanos dos povos indígenas serão contemplados na última quadra do Século XX. A preocupação não apenas em consagrar direitos a uma minoria, trouxe a pauta das questões indígenas, uma política que reafirma sua condição cidadã dentro de seu respectivo ordenamento. A possibilidade da afirmação cultural, por meio da participação efetiva de cada membro da comunidade originária, postula a almejada emancipação indígena.

Assim, um relevante princípio atém-se ao componente democrático a guiar a formulação e a aplicação de políticas públicas sociais, com destaque à participação, à transparência e à *accountability* (PIOVESAN, 2013, p. 253).

Como explica Amartya Sen (2009, p. 347): “liberdades políticas e direitos democráticos são componentes estruturais do desenvolvimento. (...) Democracia requer participação política, diálogo e interação pública, conferindo o direito à voz aos grupos mais vulneráveis”

Na segunda metade do Século XX, sob influência direta das barbaries da II Guerra Mundial, uma da série de acordos internacionais, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, consignou o paradigma do valor democrático como primordial a ascensão dos direitos humanos.

Definida a partir da experiência da Antiguidade, a democracia seria o “governo do povo” entendido como o conjunto de sujeitos livres detentores do direito de participar das

decisões políticas (SINGER, ARAÚJO, BELINELLI, 2021, p. 178). Nesse sentido, a democratização moderna passa por três ondas conforme a classificação do cientista político Samuel Huntington. A primeira emergiu através do experimento democrático constitucional americano, exatamente ratificando o princípio da liberdade e igualdade de participação, influenciando diversos países, especialmente na Europa Ocidental (PINKER, 2018, p. 244).

Com o fim da II Guerra, mais duas ondas democráticas, ainda que com recuos, sinalizaram os valores democráticos alicerçados nos ditames das convenções internacionais de direitos humanos. Fruto do espírito democrático submergido neste período é que as discussões sobre a temática indígena passa a postular novos e abrangentes direitos e garantias até então não contemplados.

A ideia de um Estado-nação, composto por seus elementos clássicos, povo vinculado a um território e submetido a um governo tinha como finalidade uma homogeneidade social e racial da população. Essa ideia restou consagrada com o holocausto judeu na II Guerra Mundial, onde a eliminação de incontáveis “diferentes”, representa, a um só tempo, o paroxismo desse sentimento e o início da inflexão do Estado-nação naquilo que é um dos seus pilares: a homogeneidade do povo (DUPRAT, 2014, p. 56).

Passada a catástrofe da guerra, as lutas e reivindicações por uma melhor condição digna do ser humano deu ao Estado Nacional a ressignificação de sua concepção teleológica para com os indivíduos inseridos em seu território. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos consignando, em seu preâmbulo, que os direitos humanos são de aplicação universal e reconhecidos a todas as populações existentes nos Estados membros e nos territórios colocados sob a sua jurisdição, três ideias vão reconfigurar o Estado nacional e o direito, interno e internacional: identidade, pluralismo e liberdades expressivas (DUPRAT, 2014, p. 58).

Exatamente sobre esses três pilares principiológicos, que a Convenção 169 da OIT em 1989, promove uma mudança significativa em relação a Convenção 107 da OIT, trazendo em síntese dois pressupostos que norteiam a aplicação desse diploma normativo internacional, agora pautado em valores democráticos, são eles, o reconhecimento pela autoidentificação ou auto-atribuição e a consulta prévia e informada, ou, consulta prévia, livre, informada e de boa-fé.

Conforme Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2018, p. 170), o primeiro desses pressupostos afirma a importância da consciência coletiva da comunidade indígena em relação a sua própria identidade em face de uma sociedade multicultural:

O primeiro é a forma de reconhecimento da existência do povo indígena ou tribal. Segundo a Convenção, a qualificação de um povo, população ou comunidade, sempre relembrando que a convenção usa o termo povo, é dado pela consciência que tem de

si mesmo: “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção” (BRASIL, 2004), estabelece o artigo 1º, nº 3. Portanto, o reconhecimento do ser, do direito de ser, que é efetivamente a partir do qual florescem todos os outros, tem como pressuposto a autoconsciência do existir coletivo. Isto significa o reconhecimento pela autoidentificação ou auto-atribuição. Aliás seria totalmente impróprio imaginar que o reconhecimento da existência de um povo dependesse de um ato externo ou de identificação técnica ou científica, segundo critérios e cultura de outro povo.

O segundo pressuposto sublinhado pela Convenção 169 da OIT é o instrumental da cidadania dos povos originários, ou seja, o meio pelo qual comunidades tradicionais, povos originários e tribais tem a possibilidade efetiva de participar das decisões sobre temas sensíveis no âmbito da temática indígena.

Portanto, o segundo pressuposto para a concretização destes direitos é o que se chama de consulta prévia e informada, ou, consulta prévia, livre, informada e de boa-fé. A Convenção estabelece em vários artigos que as medidas administrativas e legislativas dos Estados Membros que possam colidir ou afetar os direitos dos povos tradicionais devem ser precedidos de consulta aos interessados. É no artigo 6º, nº 1, alínea a) que a determinação é explícita:

Consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente” (BRASIL, 2004). Esta consulta, esclarece a Convenção, deve ser feita com boa-fé e com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas (SOUZA FILHO, 2018, p. 171).

De fato o que diferencia as duas Convenções (107 e 169) da OIT, é a utopia emancipatória dos povos originários, enquanto que a Convenção 107 da OIT, exprime uma introdução cidadã baseada exclusivamente na assimilação do indígena voltada ao contrato de trabalho, a Convenção 169 da OIT salienta o direito dos povos originários como manutenção de sua identidade cultural, bem como o insubstituível direito de participação, dando efetiva voz as comunidades originárias.

Enquanto a Convenção 107 estabelecia que se aplicava aos “membros das populações tribais ou semitribais de países independentes...”, indígenas ou não, a 169 estabelece que se aplica “aos povos em países independentes...” (sem grifos nos originais). Portanto, a primeira tratava de pessoas, indivíduos e seus direitos individuais, especialmente contratuais, já que o objetivo era a integração, assimilação por meio do contrato de trabalho. A Segunda trata do direito dos povos, coletividades, comunidades. Portanto trata do direito à manutenção da situação histórica anterior à colonização ou criada enquanto o processo colonial se desenvolvia (SOUZA FILHO, 2018, p. 165).

Na presente pesquisa, em especial no subsequente capítulo 3, será dado enfoque especial a Convenção 169 da OIT como importante instrumento de cidadania a superar

assimetrias e desigualdades dos povos originários. Nessa linha, também será ponderado como esse diploma internacional dos direitos humanos arregimenta-se no espectro de uma teoria da justiça de John Rawls, para a criação de uma fundamentação para redução das desigualdades históricas.

Quadro 1

Natureza jurídica	Tratado ratificado e incorporado internamente. No caso brasileiro, a Convenção entrou em vigor internacionalmente para o Brasil em 25 de julho de 2003, em que pese o atraso na edição do Decreto de Promulgação (entrada em vigor no plano interno) somente em 2004. Possui peculiar mecanismo de denúncia, o que a imuniza contra desejos de momento nos Estados.
Objetivo	A Convenção trata dos direitos dos povos indígenas, com foco especial na igualdade e combate à discriminação.
Essência da Convenção	Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para solucionar os conflitos que possam surgir de maneira a compatibilizar as regras indígenas com as regras de direitos humanos.

Fonte: (RAMOS, 2018).

Em suma, a Convenção 169 da OIT foi ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 143/2002, passando a vigorar no ano seguinte, contando atualmente com 23 países signatários (DREMISK, LINI, 2013, p. 77).

Amparado pelos pressupostos que modularam e influenciaram a convenção 169 da OIT, as discussões da temática indígena tiveram cada vez mais protagonista na seara da Organização das Nações Unidas. Valores como direito à autodeterminação, igualdade, liberdade de participação, direito à propriedade individual e coletiva, acesso a saúde e educação tomaram as pautas e debates no direito internacional dos povos indígenas.

Assim, uma perspectiva muito maior, que a consagrada *raison d'État*, ou razão de Estado, com seus acordos multilaterais, passou a firmar a fonte dos direitos humanos. Documentos e instituições internacionais passaram a internalizar em suas ações a necessidade de se despertar uma “consciência jurídica universal para intensificar o processo de humanização do direito internacional dos direitos humanos (TRINDADE, 2007, p. 402).

Com a intensificação do debate sobre questões indígenas nos anos 80 e especialmente nos anos 90, a ONU e demais instituições internacionais de proteção aos indígenas foram desenhando o arquétipo normativo da primeira declaração de direitos humanos sobre povos originários.

Em dezembro de 1994, a Assembleia Geral das Nações Unidas, como ato preparatório da Década Internacional dos Povos Indígenas do Mundo, aprovou a Resolução

49/214, que reconheceu a importância de valorização das culturas autóctones e determinou a promoção do gozo dos direitos dos povos indígenas e o pleno desenvolvimento de suas distintas culturas e comunidades (BERNARDO, 2013, p. 64).

O referido documento determinou, dentre outras coisas, a submissão à Comissão de Direitos Humanos de projeto de Declaração de Direitos dos Povos Indígenas formulado pela Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias. O grupo de trabalho criado no âmbito da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas apresentou à Assembleia Geral o resultado final do projeto de declaração na 61ª sessão anual e no mesmo ano, por recomendação do Conselho de Direitos Humanos, restou aprovada em 13 de setembro de 2007 a resolução 61/295, a qual adota a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (BERNARDO, 2013, p. 64).

Diferentemente da convenção 169 da OIT, que foi ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 143/2002, e posteriormente incorporada ao direito doméstico pelo Decreto n° 5.051, de 2004, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, repercute como *soft law* primária do Direito Internacional, estabelecendo uma forma não vinculativa entre os Estados, mas prefigurando uma fonte interpretativa e consuetudinária para o efetivo alcance dos direitos indígenas.

Não obstante, a ressalva da força vinculativa da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, os 46 artigos do referido documento apontam uma gama de valores e princípios a serem alcançados, dentre eles destaca-se os seguintes: direito a fruir, individual ou coletivamente, os direitos humanos e as liberdades fundamentais<sup>43</sup>, direito à igualdade e a não ser discriminado<sup>44</sup>, direito à autodeterminação<sup>45</sup>, direito a uma nacionalidade<sup>46</sup>, direito à terra ou territórios, de forma individual ou coletiva, e de não ser molestado em tais locais<sup>47</sup>, e assim como na Convenção 169 da OIT é reiterado o direito na

---

<sup>43</sup> Artigo 1 - Os indígenas têm direito, a título coletivo ou individual, ao pleno desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>3</sup> e o direito internacional dos direitos humanos.

<sup>44</sup> Artigo 2 - Os povos e pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e indivíduos e têm o direito de não serem submetidos a nenhuma forma de discriminação no exercício de seus direitos, que esteja fundada, em particular, em sua origem ou identidade indígena.

<sup>45</sup> Artigo 3 - Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

<sup>46</sup> Artigo 9 Os povos e pessoas indígenas têm o direito de pertencerem a uma comunidade ou nação indígena, em conformidade com as tradições e costumes da comunidade ou nação em questão. Nenhum tipo de discriminação poderá resultar do exercício desse direito.

<sup>47</sup> Artigo 8 1. Os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura. 2. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de: a) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência privar os povos e as pessoas indígenas de sua integridade como povos distintos, ou de seus valores culturais ou de sua identidade étnica; b) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência subtrair-lhes suas terras, territórios ou recursos. c) Toda forma de transferência forçada de população que tenha por objetivo

participação de decisões que afetem seus direitos<sup>48</sup>, uma clara indicação a condição de cidadania plena e substantiva aos povos originários.

É significativa a introdução da Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas e a reverberação de seus princípios na comunidade global. Ao fazer um recorte específico sobre os direitos humanos dos povos originários, friza-se a importância de Tratados e Acordos na seara Latino Americana sobre a temática indígena.

Nesse contexto, a comunidade latino americana de nações, tem amparo normativo convencional dentro do sistema interamericano de direitos humanos. Aprovada em 16 de julho de 2016 pela Assembleia Geral dos Estados Americanos – OEA, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas reconhece que os direitos dos povos indígenas constituem um aspecto fundamental e de importância histórica para o presente e o futuro das Américas, contribuindo significativamente para o desenvolvimento, a pluralidade e a diversidade cultural da sociedade Latino Americana.

A Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, consagra em seus 41 artigos, princípios fundacionais da temática indígena, assim como nas convenções de âmbito internacional. Divida em 6 seções, a convenção reconhece, além de outros direitos o caráter pluricultural e multilíngue dos povos indígenas, os direitos coletivos indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento, igualdade de gênero às mulheres indígenas, sistema de educação próprio das comunidades indígenas, o exercício de sua espiritualidade e crença e a participação dos povos indígenas e contribuições dos sistemas legais e de organização indígenas.

Mais uma vez, o arcabouço jurídico externo ratifica o pressuposto esquecido ou negligenciado pelo ordenamento jurídico brasileiro. A participação das comunidades e o reconhecimento dessa garantia nos principais documentos sobre direitos humanos é o atributo que impulsiona a efetiva emancipação dos povos originários. Assim, resta transcrito pela Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas:

Artigo XXIII

1. Os povos indígenas têm direito à participação plena e efetiva, por meio de representantes por eles eleitos, em conformidade com suas próprias instituições, na tomada de decisões nas questões que afetem seus direitos e que tenham relação com a elaboração e execução de leis, políticas públicas, programas, planos e ações relacionadas com os assuntos indígenas.

---

ou consequência a violação ou a diminuição de qualquer dos seus direitos. d) Toda forma de assimilação ou integração forçadas. e) Toda forma de propaganda que tenha por finalidade promover ou incitar a discriminação racial ou étnica dirigida contra eles

<sup>48</sup> Artigo 18 Os povos indígenas têm o direito de participar da tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes por eles eleitos de acordo com seus próprios procedimentos, assim como de manter e desenvolver suas próprias instituições de tomada de decisões

2. Os Estados realizarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados por meio de suas instituições representativas antes de adotar e aplicar medidas legislativas ou administrativas que os afetem, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado (OEA, 2016).

Ao examinar a construção dos direitos humanos dos povos originários no espectro global, os três principais documentos, quais sejam, Convenção 169 da OIT, Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas, dão ao tema, distinta e singular importância a participação dos povos indígenas nas questões que afetam seus direitos e que tenham relação com a elaboração e execução de leis, políticas públicas, programas, planos e ações relacionadas com os assuntos indígenas.

Participação, liberdade de fala, livre consulta coaduna-se aos valores democráticos tão necessários para afirmação dos direitos humanos e a utopia emancipatória dos indígenas. Ao vislumbrar a importância do experimento participativo nas lutas por direitos, observa-se como esse pressuposto inaugura o embrião dos direitos civis, políticos e sociais em diferentes aspectos ao longo da história.

O movimento sufragista feminino em 1908 na Inglaterra, que representa a conquista do direito ao voto em 1928, influenciando o direito ao voto feminino no Brasil em 1932, o forte papel do sindicato como voz as reivindicações da classe trabalhadora no Século XIX, são exemplos de direitos políticos e sociais, que possuem como elemento precedente, a participação dos agentes que postulam direitos e garantias não contemplados no horizonte de sua condição igualitária dentro da sociedade.

*O Representation of the People Act (Lei da Representação do Povo), de 1918, reconheceu, na Inglaterra, o direito de voto, nas eleições parlamentares, dos homens de 21 anos e das mulheres acima dos trinta anos, embora estas últimas com algumas restrições financeiras. As massas entravam na política. O People Act foi importante para a incorporação da classe trabalhadora ao sistema representativo Inglês, apesar da limitação ao voto pleno feminino, que viria a ser estabelecido somente em 1928 (SINGER, ARAÚJO, BELINELLI, 2021, p. 178).*

Modular a premissa participativa dos povos originários é fazer a transição de uma gramática de direito indigenista para o direito propriamente indígena. Por direito indigenista compreende-se aquele produzido pela sociedade envolvente, com aplicação direta e imediata na vida cotidiana das comunidades indígenas; um exemplo é o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973). Já o direito indígena corresponde às normas jurídicas produzidas e aplicadas pela própria comunidade indígena, tais como costumes e sanções penais indígenas (HEEMANN, 2017. p.8).

Portanto, resta acerca da diferença entre direito indígena e direito indigenista, a lição de Edilson Vitorelli (2016, p. 25):

Tecnicamente, direito indigenista é o nome adequado a designar o direito, produzido

pelo grupo dominante, que trata da condição indígena. A expressão direito indígena se destinaria a designar o direito produzido pelo próprio grupo indígena. em inglês, a primeira expressão é referida como *indigenous law*, enquanto a segunda é designada como *indian Law*.

Pelo percurso feito, da colônia à república, dos diplomas normativos internos e internacionais, a disparidade que alicerça a contínua assimetria e desigualdade dos povos originários, notabiliza-se historicamente pela absoluta falta de participação efetiva na vida em comunidade. Tal constatação é auferida não por um discurso especulativo, mas reverberado pela realidade jurídica e social que se impõe durante Séculos sobre esse grupo social.

Na propensão que o direito e as instituições sociais revestem sua finalidade na atual conjuntura, dado o diagnóstico da desigualdade revelada, tem-se o desafio de articular racionalmente, quais mecanismos teóricos, consignados a uma robusta base jurídica, possui o condão de fundamentar uma justiça como equidade na seara dos direitos humanos dos povos originários.

Para a produção de uma justificativa que tenha como norte a aplicação dos princípios de justiça de John Rawls na dinâmica dos direitos humanos dos povos indígenas é necessário postular o encaixe da justiça como equidade dentro de um modelo referendado pelo sistema interamericano dos direitos humanos.

Concatenando a perspectiva teórica ao sistema vigente, *a posteriori*, requer seja realizada uma ponte ou um diálogo com o direito interno, reproduzindo o parâmetro sedimentando no sistema regional de direitos humanos, dentro do espectro constitucional interno, observando os casos em que os direitos fundamentais dos indígenas são objeto de litígios e debates no contexto nacional.

O propósito do capítulo subsequente é apresentar os elementos dessa equação para fundamentar as resoluções das assimetrias e desigualdades reveladas na presente pesquisa. A problemática da desigualdade tem-se na identificação do *deficit* ou falta de cidadania substancial dos povos indígenas, constatado historicamente pela não participação efetiva nos temas centrais que abarcam a questão indígena. Diante do prognóstico, a promulgação de diplomas internacionais (Tratados e Convenções) de Direitos Humanos, afirmam categoricamente o direito de participação como categoria fundamental a cidadania indígena, sendo tal perspectiva decisiva para sua real emancipação.

Diagnosticado o problema e criado o antídoto normativo, cabe agora, instrumentalizar um modelo que fundamente racionalmente, no interior de uma sociedade plural e difusa a aplicação de princípios de justiça a reduzir as desigualdades sociais latentes aos povos originários.

Para isso, a decisão paradigma do caso *Lhaka Honrat (Nuestra Tierra) vs Argentina* da Corte – IDH, prolatada no ano de 2020, tem seu protagonismo, ao delimitar na sentença a ratificação de direitos civis e políticos, bem como, direitos econômicos, sociais e culturais, prescrevendo em seu bojo, o ponto decisivo para concretização desses direitos, qual seja, a efetiva participação por meio da consulta prévia, livre e informada.

Assim, na formulação de uma justiça como equidade de John Rawls, será introduzida no arcabouço de uma formulação de justiça procedimental o arquétipo da desigualdade dos povos originários dentro da premissa contratualista dos princípios de justiça rawlsiano, com escopo de arregimentar uma fundamentação para sua aplicação, em especial nas ações constitucionais assentadas perante o Supremo Tribunal Federal.

### 3 CIDADANIA PARTICIPATIVA COMO PRIMADO DOS DIREITOS HUMANOS

Como elemento inicial da presente pesquisa, vislumbrou-se a perspectiva de uma teoria da justiça contemporânea a ter eficácia pragmática para aplicação de princípios que estabeleçam um norte para a estrutura básica da sociedade, que na gramática rawlsiana fica conceitualmente exposto como instituições sociais<sup>49</sup>. Desde a construção do ideal de justiça na Antiguidade até a quadra contemporânea, o esforço racional da organização humana teve como predicado, a busca pela condição equânime dos seres humanos, portanto, assimetrias e desigualdades notabilizaram o diário da construção civilizatória da humanidade.

No contexto das assimetrias, contemplam-se os povos originários e suas lutas no sentido de uma parametrização de sua condição cultural e identitária perante a ordem colonialista, mantida na atual estrutura política e social. Assim, expõe Boaventura de Souza Santos (2019, p.21) sobre a manutenção do pensamento colonial:

A zona colonial, constitui-se, pois, como o território social da modernidade sumamente criado e mantido por uma ordem violenta, mas, ao mesmo tempo, suficientemente demarcado pelas linhas abissais para que a violência ali praticada fosse estruturalmente invisível ou irrelevante na zona metropolitana. As linhas abissais de modernidade ajudam-nos a pensar os abismos que, ainda hoje, expõem vastas populações do Sul Global a vigência do colonialismo e seus legados, e às assimetrias de um sistema-mundo moderno definido a partir da expansão oceânica dos povos ibéricos no final do Século XV. No entanto, as linhas abissais, no seu poder para separarem realidades e pessoas, operam não apenas pelas fronteiras geopolíticas e pelos mares e muros que dividem mundos, mas também, de modo intersticial, separando de forma subtil realidades contíguas, as vezes na mesma rua de uma mesma cidade.

O peso e a marca das disparidades sobre esse grupo social, ficou marcado pela profunda violência física e estrutural, perpetrada contra a sociedade indígena em suas mais diferentes matrizes, e como consequência da ampla repressão aos povos originários, sua identidade cultural se esvazia no interior do ideário nacional brasileiro.

Portanto, ao observar a cronologia da marcha dos direitos indígenas no Brasil, pode-se afirmar que, não obstante, diplomas legais internos, (Leis Ordinárias e Constituições), a condição indígena é marcada, sobretudo pelo silêncio das instituições que fomentam a base sólida dos direitos civis, políticos e sociais, sendo essa ausência institucional corporificada principalmente na falta de participação dos povos originários dentro da estrutura social, tendo sua voz negligenciada por diretrizes e princípios assimilatórios e integracionistas, afastando a

---

<sup>49</sup> “Para nós, o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social.” (RAWLS, 2008, p.8)

tão almejada emancipação social.

Assim, como poderia ser afirmado que a falta de efetiva participação dos povos originários nos processos decisórios de suas próprias questões, teria importância específica na manutenção das desigualdades sociais?

Para auxiliar na construção cognitiva desta resposta, vale trazer ao foco as lições sobre cidadania do sociólogo britânico Thomas Humphrey Marshall<sup>50</sup>, em sua principal obra, “Cidadania e Classe Social”, delimita que a cidadania plena, somente é substancial quando presente a incorporação dos direitos civis, políticos e sociais. Coligado a mesma temática, com um olhar específico sobre a história da cidadania brasileira, tem-se a robusta obra de José Murilo de Carvalho<sup>51</sup>, “Cidadania no Brasil: o longo caminho”, onde o autor identifica que no Brasil, os direitos sociais têm protagonismo sobre os direitos civis e políticos, causando uma disfuncionalidade na cidadania plena, portanto corroborando com as desigualdades presentes no âmbito nacional.

Portanto, o exercício da plena cidadania está conjugada a plenitude dos direitos humanos na vida contemporânea. Esses dois elementos, essências para erradicação e diminuição das desigualdades sociais são comumente reverberados por aqueles que batalham o abrandamento das assimetrias sociais, especialmente os educadores.

A tarefa relativa à inserção dos Direitos Humanos no processo educativo formal é desafiadora e transformadora. E isso porque, primeiro, implica colocar em prática a ideia de formação da “comunidade justa” na educação ética. E, segundo, ela só pode se tornar factível se for implementada uma condição (e manifestação mesma) de transformação prática formativa: a tarefa de construir a escola como uma comunidade justa requer um contexto adequado para a discussão e educação dos valores éticos, em que a escola proporcione o clima favorável para o desenvolvimento da sensibilidade e responsabilidade solidária às questões humanas fundamentais de seus estudantes. Ou seja, a escola tem de ser converter no *loco*, por excelência, da educação dos valores, o “ambiente” privilegiado de formação na cidadania (URQUIZA, MUSSI, 2013. p. 175-176).

Na dinâmica social é costumeiro conjugar elementos valorativos que sedimentam a estrutura social em determinado período histórico. Para o Direito, diversos autores trabalham essa construção, que para fins analíticos e doutrinários funcionam com boa precisão, mas não de forma integral, pois dentro do arcabouço social existem inúmeras variáveis, culturais, econômicas e jurídicas que não podem ser sopesadas no mesmo contexto.

Não obstante, para fins classificatórios, apresenta-se a singular divisão do jurista e filósofo checo Karel Vasak que propõe a ideia de três gerações dos direitos humanos, sendo

---

<sup>50</sup> Professor de Sociologia na *London School of Economics*, diretor do Departamento de Ciências Sociais da UNESCO e presidente da *Internacional Sociological Association*.

<sup>51</sup> Doutor pela Universidade de *Stanford*, Estados Unidos, é professor emérito na Universidade Federal do Rio de Janeiro e membro da Academia Brasileira de Letras e da Academia Brasileira de Ciências.

elas divididas da seguinte maneira:

A primeira geração integra os direitos civis e políticos, como liberdade de expressão, liberdade de religião, direito à vida, direito ao voto, entre outros. Esses direitos emergiram durante os movimentos revolucionários e democráticos dos séculos XVIII e XIX. A segunda geração corporifica os direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à educação, saúde, trabalho, moradia e proteção social. Tais direitos ganharam destaque no contexto das lutas trabalhistas e movimentos sociais do século XIX e início do século XX.

Por fim, a terceira geração contempla os direitos de solidariedade, ambientais, culturais e de autodeterminação dos povos. Estes surgiram recentemente, no contexto de questões globais como o meio ambiente, desenvolvimento sustentável, paz e autodeterminação dos povos.

Dando completude a classificação de Karel Vasak, vale a transcrição da Teoria da *Dinamogenesis* que por meio de um modelo geométrico-axiológico<sup>52</sup>, explica o processo que fundamenta o nascimento e desenvolvimento de novos direitos no decorrer da história.

Em síntese, o indivíduo formula um valor que é inserido na dinâmica social como um sentimento axiológico da sociedade, ou seja, um determinado objeto é valorado e existe na realidade social e, portanto, vale. Subsequentemente, tem-se a normatização do valor (sua inclusão no ordenamento jurídico), e o objeto se protege e garante por intermédio do direito, transformando-se em um “dever-ser” (SILVEIRA, ROCASOLANO, 2010, p. 196).

A ideia de Karel Vasak sobre as gerações de direitos e a fundamentação da teoria da *dinamogenesis* seguem o mesmo intuito classificatório de T. H. Marshall sobre a conceituação de cidadania, colocando como *background* a movimentação histórica da sociedade, em especial no caso de Marshall, a dinâmica social da comunidade inglesa.

Na perspectiva de T. H. Marshall, pela forma empírica estabelecida na sociedade inglesa dos Séculos XVIII, XIX e XX, criou-se um escalonamento de direitos, que ao final coaduna-se a percepção integral do que significa cidadania. Nesta construção, a sobreposição histórica de direitos, civis, políticos e sociais tem uma ordem cronológica que sedimenta a base da cidadania.

Antes, de adentrar as especificações de T. H. Marshall, é importante apontar um eixo cognitivo sobre cidadania, que abarca integralmente o seu significado e a importância

---

<sup>52</sup> Finalmente, utiliza-se a representação do ordenamento constitucional de Pablo Lucas Verdú, em forma de um paralelograma no qual as arestas são, respectivamente, o subsolo econômico, que é condicionante; a dimensão axiológica, que é influente; a penetração histórica, a qual possui uma função matizadora; e, por fim, a dimensão estimativa jusnaturalista, que é a sua justificação (SILVEIRA, ROCASOLANO, 2010, p.196).

desse tema para aplicação dos direitos humanos. Em sua busca de compreender os abusos realizados na experiência nazista da Alemanha e comunista na URSS, Hannah Arendt suscitou a importância da cidadania como pressuposto fundamental dos direitos humanos.

O que Hannah Arendt estabelece é que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para a convivência coletiva, exige um espaço público. Este é kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação política. **A este espaço só tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos**, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas à cidadania oferece (LAFER, 1988, p. 230). (Grifos nossos).

Muito além de cidadania vinculada a uma categoria da teoria do Estado, que vincula o direito de um indivíduo a um determinado Estado, para Hannah Arendt a cidadania é pressuposto para os direitos humanos e não está ligada a dimensões unicamente geográficas. Portanto, a cidadania reflete um conjunto de direitos a determinado indivíduo, inserido em um contexto político.

Do pensamento de Arendt, afirma-se portanto, que a lógica da cidadania está entrelaçada com o valores dos direitos humanos em um plano multilateral e conseqüentemente ratificando o eixo axiomático da dignidade da pessoa humana. Lutar pela cidadania, é em outras palavras, ampliar o alcance dos direitos humanos e ratificar o valor da dignidade<sup>53</sup> da pessoa humana. Neste sentido, Lívia Gaigher Bósio Campello e Vladimir Oliveira da Silveira (2011, p. 101), afirmam:

Esta visão ampla e complementar dos sistemas de proteção dos direitos humanos está de acordo com o desenvolvimento e a efetivação da cidadania, haja vista a sua concepção multilateral. Avançamos na proteção do ser humano, satisfazendo suas pretensões sob a égide de um denominador comum que lhe permite ser cidadão do mundo. Este paradigma de cidadania faz com que o indivíduo seja titular de várias cidadanias – ou de uma cidadania mais completa (tridimensional) - e tenha possibilidade de exercê-las na sua comunidade política ou na esfera internacional, sempre de acordo com o projeto humanista e cosmopolita aclamado nos instrumentos de proteção dos direitos humanos.

Para T. H. Marshall, quais são esses direitos, quais são suas ordens em um escalonamento histórico e sua repercussão na realidade social? Para desenvolver sua ideia o

---

<sup>53</sup> No Direito contemporâneo, a palavra “dignidade” tem sido usada em um terceiro sentido, geralmente associado aos direitos humanos. A dignidade é empregada como qualidade *intrínseca* de *todos* os seres humanos, independentemente do seu *status* e da sua conduta. A dignidade é *ontológica*, e não contingente. Em outras palavras, todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por serem pessoas. Não se admitem restrições relativas a fatores como gênero, idade, cor, orientação sexual, nacionalidade, deficiência, capacidade intelectual ou qualquer outro. E ninguém se despe da dignidade humana, ainda que cometa crimes gravíssimos, que pratique os atos mais abomináveis. O homicida e o torturador têm o mesmo valor intrínseco que o herói e que o santo. A dignidade humana, que não é concedida por ninguém, não pode ser retirada pelo Estado ou pela sociedade, em nenhuma situação. Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular (SARMENTO, 2016, p. 104).

autor faz uma divisão entre desigualdades econômicas, que estão situadas nas classes sociais e a desigualdade de cidadania, que está inserida no interior do arcabouço governamental.

As desigualdades econômicas alicerçadas nas classes seriam aceitáveis, entretanto, as assimetrias de direitos seriam responsabilidade do Estado para sua integral efetivação. **Ele postula que há uma espécie de igualdade humana básica associada ao conceito de participação plena em uma comunidade – ou, como covém dizer, na cidadania** – o que não é incompatível com as desigualdades que distinguem os diversos níveis econômicos da sociedade. Em outras palavras, a desigualdade do sistema de classe social pode ser aceitável desde que reconheça a igualdade da cidadania (MARSHALL, 2021, p. 20). (Grifos nossos).

Por essa concepção, nota-se uma posição diferente da tradição marxista, que não estabelece essa cisão na perspectiva das desigualdades sociais. Na obra seminal “O Capital”, Marx aponta a impossibilidade de separar as relações econômicas desiguais das outras questões sociais, uma vez que “as mercadorias não vão ao mercado com seus pés, a relação do direito, que tem o contrato por forma, é uma relação de vontade, em que se reflete uma relação econômica” (MARX, 2008, p. 109).

Para Marshall, diferentemente da ideia de Marx, parte-se de um desenvolvimento histórico, que tem como termo inicial o Século XVIII, com a afirmação dos direitos civis fundado no *status* da liberdade e segue uma sequência cronológica, abarcando direitos políticos vinculados a participação dos indivíduos e direitos sociais que ampliam o acesso a vários bens da vida em comunidade.

Tão completo era o divócio entre eles que é possível, sem violentar a acurácia histórica atribuir o período formativo na vida de cada um deles a um Século diferente – os direitos civis ao XVIII, os políticos, ao XIX e os sociais ao XX. Esses períodos precisam, naturalmente, ser tratados com razoável elasticidade, e é evidente uma certa sobreposição, especialmente entre os dois últimos (MARSHALL, 2021, p. 27).

Prefigurando o primeiro estágio da cidadania, está a formação dos direitos civis na moldura inglesa que instituiu, o *habeas corpus*, o *Toleration Act* (Lei de Tolerância) e a abolição da censura à imprensa; e é preciso fazê-lo avançar para incluir a Emancipação Católica, a revogação dos *Combination Acts* (Leis que proibiram e depois regularam os sindicatos ingleses) (MARSHALL, 2021, p. 27).

Nessa dimensão, os direitos civis, amparado pelo princípio da liberdade foi referendado pelos tribunais, alinhando o *status* da liberdade como primeiro eixo da cidadania na vertente de Marshall. Subsequentemente, tem-se a propagação dos direitos políticos, elemento que possui uma condição essencial, tanto para o período histórico de sua gênese no Século XIX, quanto para a construção dos direitos sociais vindos no momento sequencial.

Nesse estágio do *status* da cidadania, a participação dos indivíduos se estabelece como fecundo exercício de direitos nas mais variadas formas. A expansão do capitalismo

industrial com sua incisiva opressão laboral, reverberou nas reivindicações da classe trabalhadora, sendo os sindicatos importantes instituições de luta no contexto trabalhista.

Uma das principais realizações do poder político no Século XIX foi abrir caminho para o crescimento do sindicalismo ao possibilitar aos trabalhadores o uso coletivo dos direitos civis. Foi uma anomalia, pois, até então, os direitos políticos é que eram utilizados para a ação coletiva, através do parlamento e dos conselhos municipais, ao passo que os direitos civis eram intensamente individuais e, portanto, se harmonizavam com o individualismo do capitalismo incipiente. **O sindicalismo criou uma espécie de cidadania industrial secundária, que naturalmente ficou imbuída de um espírito adequado a uma instituição de cidadania.** Os direitos civis e coletivos foram usados, não meramente para negociar no verdadeiro sentido do termo, mas para a asserção de direitos básicos (MARSHALL, 2021, p. 83). (Grifos nossos).

Durante o Século XIX, movimentos populares organizados, com expressão nas ruas e nas urnas, demonstraram alto interesse na política. Por meio de intensa mobilização, conseguiram potencializar a dimensão da democracia moderna. No decorrer do Século XIX, a tradição democrática se fundiria com princípios socialista, levando à criação da social-democracia.<sup>54</sup> Assim, no âmago da ascensão socialista “a democracia tornou (...) o nome do governo que garantia o caminho a igualdade, conferindo beleza a toda instituição política que se voluntariasse a colocar sobre os ombros a responsabilidade de seguir na direção daquele vago objetivo” (SINGER, ARAÚJO, BELINELLI, 2021, p. 188).

Na segunda dimensão conceitual de cidadania para T. H. Marshall, aparece a ideia de cidadania política. Aqui, os direitos se expandem para incluir o direito de participação política, especialmente o direito de votar e ser votado, bem como o direito de se envolver em processos políticos e de influenciar as decisões do governo.

A cidadania em sua segunda categoria histórica é subentendida como forma de participação efetiva dos indivíduos na esfera pública, postulando suas reivindicações não somente pelo direito de sufrágio, mas oriundo de participações nos processos decisórios vitais da vida em comunidade, como fica evidenciado no aparecimento dos sindicatos para às diversas categorias laborais.

Essa marca participativa, tem relevo substancial para concretização tanto dos direitos civis e principalmente dos direitos sociais. Na análise de T. H. Marshall fica ressaltada a importância da manifestação política adstrita a um grupo social, tanto que em sua obra ele sublinha a relevância dos sindicatos para classe trabalhadora e a emancipação feminina, tendo

---

<sup>54</sup> O teórico político e militante do Partido Social-Democrata da Alemanha (*SPD*, na sigla germânica) Eduard Bernstein, afirmava que a perspectiva de Marx sobre as contradições capitalistas estaria equivocada, razão pela qual essa concepção ficou conhecida como “revisionista”. Ela pregava que caberia abandonar a perspectiva revolucionária e produzir reformas que melhorassem a qualidade de vida da classe trabalhadora dentro *da democracia*. O socialismo seria, fundamentalmente, a luta pela “ampliação dos direitos políticos e econômicos das classes trabalhadoras” (SINGER, ARAÚJO, BELINELLI, 2021, p. 193).

a possibilidade de exercer seu direito de escolha política.

O pressuposto de uma participação efetiva é o mecanismo pelo qual outros grupos sociais tiveram a possibilidade de exercer sua cidadania de forma integral, além dos trabalhadores e mulheres circunscritos ao ensaio de Marshall, minorias étnicas e raciais, idosos, comunidade LGBTQIA+ entre outros, na atual conjuntura, puderam suscitar dentro da razão pública, direitos e garantias até então não contemplados. O retrato da cidadania participativa dos povos originários, tem abundante negligência histórica, sendo recorrente anulação de sua voz perante os temas essenciais a sua sobrevivência étnica, cultural e econômica.

Corroborando com a noção de cidadania vinculada diretamente com a participação dos indivíduos Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 184), aprofunda o entendimento, no sentido de conectar o status de cidadania ao aperfeiçoamento da democracia:

Entendemos, consoante já referido, que os direitos políticos do *status civitatis* (aqui considerados no sentido amplo por nós atribuído) devem ser enquadrados ou no grupo funcional dos direitos de defesa ou, como expressamente sugeriu Alexy, no âmbito dos **direitos prestacionais**, mais especificamente entre os direitos à **participação na organização e procedimento**. Parece-nos, contudo, que a posição adotada por Hesse é a que mais harmoniza com a função preponderante exercida pelos direitos políticos. Nesse sentido, também a oportuna referência de Klaus Stem, para quem os direitos (liberdades) **políticos não podem ser desvinculados dos direitos pessoais de liberdade, constituindo, juntamente com estes, uma espécie de status global da liberdade (Gesamtfreiheitstatus), o que se manifesta por meio da íntima vinculação entre os direitos políticos e as liberdades de reunião, associação, informação, de imprensa e comunicação em geral, igualmente fundamentais para a ordem democrática.** (Grifos nossos).

Parece que o *déficit* de cidadania para a população indígena recai exatamente sobre o segundo valor da cidadania no escalonamento de T. H. Marshall, a sempre almejada emancipação, que invariavelmente passa pela participação social, nunca no plano doméstico das instituições brasileiras foi objeto de aprimoramento, todos os implementos as questões indígenas tiveram o direito social da propriedade ou do território como unicidade de reivindicação.

Não se trata de diminuir a importância dos ganhos sobre a temática do território indígena, vital a manutenção de sua cultura e identidade, mas de um aprimoramento da integral condição cidadã das populações indígenas. Sem a concretização desse direito político, às figuras assimilatórias sempre insistirão a aparecer no horizonte dos direitos indígenas.

O último elemento da tríade de T. H. Marshall são os direitos sociais, que na linha do tempo, ratificou-se no Século XX, especialmente após o período da segunda Guerra Mundial. A cidadania social, correlata aos direitos sociais garantem um padrão de vida decente para todos os cidadãos, incluindo acesso à educação, saúde, assistência social, habitação

adequada, entre outros serviços e benefícios sociais. No recorte dado por T. H. Marshall, a evidência de um Estado de Bem-Estar Social<sup>55</sup> fica cristalino na Inglaterra com a instituição do *National Health Service Act*, ou Serviço Nacional de Saúde em 1946.

O Plano *Beveridge*, ao legitimar o *National Health Service Act*, em 1946 criou um sistema nacional, universal e gratuito de assistência médica, financiado pelo orçamento fiscal, desvinculado, portanto, da relação contratual que havia caracterizado até então a essência das políticas sociais governamentais. Nascia ali, segundo esses autores, um novo paradigma e só ele poderia ser chamado corretamente de *welfare*. Segundo Esping-Andersen (1991) "o *welfare state* não pode ser compreendido apenas em termos de direitos e garantias. Também precisamos considerar de que forma as atividades estatais se entrelaçam com o papel do mercado e da família em termos de provisão social". Mishra (1990) talvez seja até mais radical: para ele não se pode falar em Estado de Bem-Estar Social antes de 1950 (FIORI, 1997, p. 133).

O Estado de bem-estar social na Europa ocidental foi em grande parte resultado dessas ações baseadas em classe, e, no período do fim da década de 1940 até o início da de 1970, pareceu ter-se atingido um equilíbrio na forma de "capitalismo de bem-estar social" e de uma "economia mista", que Schumpeter caracterizou com um possível meio caminho na marcha para o socialismo, e cientistas sociais posteriores o designaram como neocapitalismo, capitalismo organizado, ou corporativismo. Nesse sistema, o Estado intervencionista teve um papel crucial na negociação de acordos com o grande capital e a mão de obra organizada, por meio do qual se pôde chegar a um "compromisso de classe" (MARSHALL, 2021, p. 146).

A cidadania aglutinada às três dimensões de direitos para Marshall fez com que as desigualdades e assimetrias da sociedade inglesa tivessem uma significativa diminuição. Acesso e oportunidade na educação, universalização da saúde, fortalecimento dos direitos dos trabalhadores e as melhorias na condição geral da vida foram decisivas para o reflexo da cidadania no interior da classe social.

Para T. H. Marshall a classe social está inserida dentro da economia de mercado, e esse sistema tem como pressuposto a desigualdade, com a concretização da cidadania plena por meio da junção escalonada dos direitos civis, políticos e sociais, o autor ratificou que os efeitos da referida junção de direitos tiveram profunda influência sobre a diminuição das disparidades históricas nas classes sociais.

Assim, argumenta José Murilo de Carvalho (2023, p. 19) :

Segundo ele, (Marshall) não se trata de sequência apenas cronológica: ela é também lógica. Foi com base no exercício dos direitos civis, nas liberdades civis, que os ingleses reivindicaram o direito de votar, participar do governo de seu país. A participação permitiu a eleição de operários e a criação do Partido Trabalhista, que

---

<sup>55</sup> Estado do bem-estar (*Welfare state*), ou Estado assistencial, pode ser definido, à primeira análise, como Estado que garante "tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político" (WILENSKY, H. L., 1975).

foram responsáveis pela introdução dos direitos sociais.

Entretanto, não obstante, a cidadania ser um fenômeno histórico e o ponto de chegada ser semelhante na tradição ocidental, os caminhos até o destino final nem sempre seguem a mesma linha, podendo ter retrocessos não previstos pelos escritos de Marshall (CARVALHO, 2023, p. 19).

É nesse sentido que José Murilo de Carvalho, imputa sua crítica a Marshall demonstrando o sinuoso caminho da cidadania no contexto brasileiro, fazendo um ponto de contraste com o paradigma inglês. Para isso, ele perpassa toda a história do Brasil como um país independente, dividindo sua análise em quatro períodos, quais sejam, da independência ao final da primeira república (1822-1930), da revolução varguista até o golpe militar (1930-1964), Da ditadura militar a redemocratização (1964-1985) e por fim a cidadania após o restabelecimento da democracia.

É através do levantamento feito por José Murilo de Carvalho que denota-se a consistente ideia de assimetrias dos povos indígenas quanto a sua falta de participação nos processos decisórios envolvendo temas de seu essencial interesse. O Autor não revela propriamente essa disfuncionalidade em relação aos povos originários no que tange ao exercício de sua cidadania. O que é revelado na robusta escrita do historiador é a clareza da inversão da ordem manifestada por Marshall, cristalizando o protagonismo dos direitos sociais frente aos direitos civis e políticos.

No capítulo pretérito, a linha histórica dos diplomas normativos, (Colônia, Império e República), demonstram a suprema normatização do direitos indígenas correspondentes ao direito territorial, portanto, afastando do campo legislativo o primeiro e o segundo pressuposto da cidadania na classificação de Marshall, que prefigura liberdades civis para sua organização comunitária e a ratificação de sua efetiva participação nas decisões que tangenciam seus interesses.

As razões para o perfil estabelecido na cidadania brasileira, em priorizar os direitos sociais tem suas mais extensas e difusas fundamentações, afinal o autor percorre mais de 200 anos da experiência brasileira como país independente, apontando os avanços e recuos do valor da cidadania. A inversão da ordem da classificação de T. H. Marshall, tem repercussão na dinâmica social e jurídica no interior da sociedade brasileira.

Ao fazer um recorte do período histórico, fica ressaltado a proeminência dos direitos sociais entre 1930 a 1945, momento no qual a vasta legislação trabalhista, a forte introdução do Estado na economia, os inúmeros processos de transformações na área

previdenciária, o fortalecimento dos sindicatos, entre outros, sublimam a cidadania social nesse período.

Acontece, que todos esses direitos garantidos naquele momento, emergiram em um período ditatorial, ou seja, o campo da participação popular na tomada de decisão, não tinha qualquer efeito prático na realidade social. Mesmo a figura do sindicato que transparece um mecanismo participativo da classe trabalhadora não tinha o condão da liberdade política suficiente para suas ações e reivindicações.

Apesar de tudo, porém, não se pode negar que o período de 1930 a 1945 foi a era dos direitos sociais. Nele foi implementado o grosso da legislação trabalhista e previdenciária. O que veio depois foi o aperfeiçoamento, racionalização e extensão da legislação a número maior de trabalhadores. Foi também a era da organização sindical, só modificada em parte após a segunda democratização, de 1985. Para os beneficiados, e para o avanço da cidadania, o que significou essa legislação? O significado foi ambíguo. **O governo inverteu a ordem do surgimento dos direitos descrita por Marshall, introduzira o direito social, antes da expansão dos direitos políticos. Os trabalhadores foram incorporados à sociedade por virtude das leis sociais e não de sua ação sindical e política independente. Não por acaso, a leis de 1939 e 1943 proibiam as greves** (CARVALHO, 2021, p. 130). (Grifos nossos).

Essa é a particularidade que fica evidenciada na experiência brasileira, em uma sobreposição cronológica e lógica para garantir direitos, o contexto das instituições internas invertem a dinâmica, e tal premissa faz surgir conhecidos fenômenos da sociedade brasileira, como: paternalismo<sup>56</sup>, coronelismo<sup>57</sup>, patrimonialismo<sup>58</sup>, corrupção, que efetivamente impedem a correção das assimetrias sociais.

Se os direitos sociais foram implantados em períodos ditatoriais, em que o Legislativo ou estava fechado ou era apenas decorativo, cria-se a imagem, para o grosso da população, da centralidade do executivo. O governo aparece como o ramo mais importante do poder, aquele do qual vale a pena aproximar-se. A fascinação com o executivo forte está sempre presente, e foi ela sem dúvida uma das razões da vitória do presidencialismo sobre o parlamentarismo, no plebiscito de 1993. Essa orientação para o Executivo reforça a longa tradição portuguesa ou ibérica,

<sup>56</sup>Do ponto de vista conceptual, o pensamento liberal identificou repetidas vezes, embora de formas diversas, as características do Estado paternal, um Estado que, de vários modos, de acordo com as diversas épocas, sempre ameaçou o Estado "político" ou liberal. Dentre as várias conceituações em tempos históricos diferentes, apresentam certos elementos comuns: a defesa da liberdade política, que conduz à valorização do pluralismo político e social, e a recusa da solução dos problemas individuais e sociais com métodos administrativos e burocráticos, que alienam o indivíduo do sistema político (BOBBIO, 1998, p. 908-909).

<sup>57</sup>O certo é que as relações de poder se desenvolviam a partir do município e que na ponta desse relacionamento consolidado estava o fenômeno do coronelismo. Coronel era o posto mais alto na hierarquia da Guarda Nacional, a instituição do Império que ligou os proprietários rurais ao governo. Com a República, porém, se a Guarda perdeu sua natureza militar, os assim chamados coronéis deixaram de participar da corporação, mas conservaram o poder político nos municípios onde viviam, recriando em novas bases a mística dos grandes mandonismos locais. O coronelismo passou a significar, então, em complexo sistema de negociação entre esses chefes e os governadores dos estados, e destes com o presidente da República. O coronel corporificava um dos elementos formadores da estrutura oligárquica tradicional baseada em poderes personalizados e nucleados, geralmente, nas grandes fazendas e latifúndios brasileiros (SCHWARCZ, 2019, p. 54).

<sup>58</sup>O patrimonialismo é o resultado da relação viciada que se estabelece entre a sociedade e o Estado, quando o bem público é apropriado privadamente. Ou, dito de outra maneira, trata-se do entendimento, equivocadamente, de que o Estado é bem pessoal, "patrimônio" de quem detém o poder (SCHWARCZ, 2019, p. 54).

patrimonialismo. O Estado é sempre visto como todo-poderoso, na pior hipótese como repressor e cobrador de impostos; na melhor, como um distribuidor paternalista de emprego e favores. **A ação política nessa visão é sobretudo orientada para a negociação direta com o governo, sem passar pela mediação da representação.** (Grifos nossos).

Com a pontual e relevante crítica feita por José Murilo de Carvalho (2021), sobre a pouca representatividade e participação política como premissa constitutiva dos direitos sociais é que o vetor analítico dessa observação recai sobre os povos originários e toda a construção do arcabouço legal dos seus direitos e garantias permeados em sua jornada histórica.

Ao emitir parecer sobre o voto do Ministro Alexandre de Moraes no âmbito do Recurso Extraordinário nº 1.017.365<sup>59</sup>, em que se debatia no Supremo Tribunal Federal – STF, a temática do marco temporal das terras indígenas, para a afirmação do Tema de Repercussão Geral nº 1.031: “Definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras”, o jurista Daniel Sarmiento (2023, p. 11) resgatou a cronologia das leis que respaldam a questão indígena no Brasil até o advento da Constituição de 1988:

O Alvará Régio de 1680, do Brasil Colônia, já afirmava que os indígenas eram os “primeiros e naturais” senhores das terras que ocupavam. A Lei Pombalina, de 1755, foi na mesma direção, inclusive proibindo a concessão de sesmarias em terras indígenas. No período do Império, a Lei de Terras, de 1850, também preservou a propriedade indígena sobre as áreas ocupadas, impedindo a sua caracterização como terras devolutas. Com a Carta de 1934, o direito dos indígenas às suas terras foi consagrado em sede constitucional (art. 129), o que também ocorreu em todas as constituições subsequentes: 1937 (art. 129); 1946 (art. 154); 1967 (art. 186); Emenda nº1/1969 (art. 198).

Detidamente, em todos os exemplos, a participação indígena foi claramente afastada, sem nenhuma inclinação a efetiva voz indígena como artífice de sua própria causa.

O elemento chave para a emancipação dos povos originários é, sem dúvida, a concretização da cidadania integral e substantiva, a elevar os indígenas ao controle de seu próprio destino político, por meio da efetiva participação nos processos decisórios que reverberam o seu próprio contexto social. Afirmar essa premissa é ratificar um dos princípios balizadores do Estado Democrático de Direito: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a cidadania (BRASIL, 1988).

Na plataforma contemporânea, é preciso, cada vez mais se distanciar de valores arbitrários que canalizam a sociedade para uma homogeneidade social, no sentido de não

---

<sup>59</sup> STF. RE nº 1.017.365-RG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 11/04/2019.

observar e respeitar minorias étnicas e raciais inseridas na pluralidade atual. Essa homogeneidade que lardeou o Estado-nação no passado e hoje evidencia-se na selvagem sociedade de mercado, necessita ser substituída pela noção de cidadania integral.

Sobre essa singular busca de paradigma, ressalta Ailton Krenak (2019, p. 23):

O que é feito de nossos rios, nossas florestas, nossas paisagens? Nós ficamos perturbados com o desarranjo regional que vivemos, ficamos tão fora do sério com a falta de perspectiva política que não conseguimos nos erguer e respirar, ver o que importa mesmo para as pessoas, os coletivos e as comunidades nas suas ecologias. Para citar o Boaventura de Souza Santos, a ecologia dos saberes deveria também integrar nossa experiência cotidiana, inspirar nossas escolhas sobre o lugar em que queremos viver, nossa experiência como comunidade. Precisamos ser críticos a essa ideia plasmada de humanidade homogênea na qual há muito tempo o consumo tomou lugar daquilo que antes era cidadania.

Nesse sentido, ao identificar na experiência social dos povos originários, a falta de participação e voz desse grupo, no que diz respeito aos seus interesses, cabe agora, instrumentalizar o elemento do exercício da cidadania participativa dentro de uma teoria da justiça de John Rawls, com escopo de dar voz ao sujeito da oração, em clara busca pela emancipação e a ratificação da cidadania como primado dos direitos humanos, conforme sublinha José Murilo de Carvalho (2021, p.46) ao rememorar célebre frase de José Bonifácio: “A diminuição da participação dos indivíduos (...) é um erro de sintaxe política, pois cria uma oração política sem sujeito, um sistema representativo sem povo”.

Na verdade, o que deveria estar claro é que a posição especial dos índios na sociedade brasileira lhes advém de seus direitos históricos nesta terra: **direitos constantemente desrespeitados mas essenciais para sua defesa e para que tenham acesso verdadeiro a uma cidadania da qual não são os únicos excluídos. Direitos, portanto, e não privilégios, como alguns interpretam** (CUNHA, 2012, p. 91). (Grifos nossos).

No tópico seguinte será apreciado um paradigma concreto, em que o exercício da cidadania participativa é realmente introduzido na específica dinâmica dos povos indígenas. E com esse modelo, como fica arquitetado a aplicabilidade dos princípios de justiça rawlsiano dentro de uma sociedade alicerçada pelo fato do pluralismo. Essa equação jurídica-principiológica é a alternativa que a presente pesquisa oferece para diminuir as assimetrias sociais dos povos originários.

### 3.1 CIDADANIA COMO ELEMENTO DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS

Na concatenação racional da presente pesquisa, a hipótese de reduções das assimetrias dos povos originários, concretização de sua cidadania e efetivação dos direitos

humanos, passa pela aplicação da justiça procedimental de John Rawls, onde os princípios de justiça ventilados na obra do autor, tem a incumbência de justificar valores liberais-igualitários dentro de uma sociedade fundamentada pelo fato do pluralismo.

Para concretização da alternativa de John Rawls, para uma sociedade igualitária e portanto, que conclama os ditames dos direitos humanos, o autor utiliza a metodologia racional-individualista do contrato social. Entretanto, diferentemente dos autores clássicos, Hobbes, Locke, Rosseau entre outros, John Rawls não pretende estabelecer a fundação de uma sociedade modelo como os escritores mencionados. O que Rawls utiliza são postulações de indivíduos racionais e razoáveis, em determinada posição, que escolhem princípios de justiça, no interior de uma democracia constitucional, para ser aplicados na estrutura básica da sociedade, ou seja, na principais instituições sociais de determinado ordenamento. Assim, descreve John Rawls (2008, p. 13-14), sobre a ideia central de uma teoria da justiça e a definição de justiça como equidade:

Meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social conforme encontrada em, digamos, Locke, Rousseau e Kant. Para isso, não devemos achar que o contrato original tem a finalidade de inaugurar determinada sociedade ou de estabelecer uma forma específica de governo. Pelo contrário, a ideia norteadora é que princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original. São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de associação. Esses princípios devem reger todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que podem instituir. Chamarei de justiça como equidade essa maneira de encarar os princípios de justiça.

Reputa-se, portanto, que a justiça como equidade são as circunstâncias em que serão criados e aplicados os princípios de justiça de John Rawls e a metodologia para que isso aconteça é o modelo do contrato social apresentado em sua obra, por isso o autor estadunidense é reconhecido como um pensador neocontratualista. Conhecendo as disposições da pretensão rawlsiana, é necessário enquadrar o contexto dos direitos humanos dos povos originários dentro da moldura contratualista oferecida por ele.

A teoria da justiça de John Rawls se compatibiliza ao retrato da democracia constitucional brasileira. Não obstante, a realidade social demonstre níveis elevados de desigualdades sociais e a manutenção das assimetrias, a Constituição Federal de 1988, sob o manto de ser uma “Constituição Cidadã” promove, em contornos gerais, a isonomia e igualdade sob o ponto de vista formal do termo.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de

representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988). Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Sob a axiologia dos artigos 1º, e 5º da Constituição Federal de 1988, supõe-se que o ponto de partida, em uma vertente de igualdade formal, ratifica-se os direitos fundamentais no cerne do Estado Democrático de Direito. Assim, aquilo que o primeiro elemento do contratualismo rawlsiano concebe como “*original position*”, ou posição original, faz sua subsunção ao contexto interno do ordenamento jurídico brasileiro.

Na justiça como equidade, a situação original de igualdade corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social. Essa situação original não é, naturalmente, tida como situação histórica real, muito menos como situação puramente hipotética, assim caracterizada para levar a determinada concepção de justiça. Dadas as circunstâncias da posição original, a simetria das relações de todos para com todos os demais, essa situação inicial é equitativa entre os indivíduos tidos como pessoas morais, isto é, como seres racionais com objetivos próprios e capacitados, presumirei, para ter um senso de justiça. **A posição original é pode-se dizer, o *status quo*, apropriado e, assim, os consensos fundamentais alcançados nela são equitativos** (RAWLS, 2008, p. 14-15). (Grifos nossos).

A questão que sobressai é, como em uma sociedade multifacetada, plural, dentro de uma estrutura de economia de mercado, marcada fortemente por disparidades institucionais, faz com que indivíduos possam escolher livremente princípios de justiça?

Naturalmente, a cognição comum trata de não contemplar esse horizonte, tendo em vista que, os objetivos e interesses dos indivíduos são diversos e difusos. Ou seja, o indígena trabalhador, que busca ratificar sua identidade em uma estrutura que reforça o ideal colonizador é diferente do investidor libertário que aumenta seus lucros na Faria Lima.

Os dois exemplos, possuem uma similar fonte de igualdade formal, manifestada no ordenamento brasileiro pelas normas da Constituição Federal, entretanto são profundamente disparem na realidade social concreta. Tem-se o questionamento, o que reforça o *status* de igualdade na condição original, ao sopesar diferentes realidades? Para isso, John Rawls, ressignifica a teoria do contrato social e traz sua originalidade para a teoria da justiça.

O elemento inovador da teoria rawlsiana é o *veil of ignorance*, ou, véu de ignorância que busca refrear ao máximo, condições econômicas, físicas, espirituais, políticas e sociais que promovem um intuito consequencialista e utilitarista<sup>60</sup> para a teoria da justiça.

---

<sup>60</sup> A ideia principal é que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas principais instituições estão organizadas de modo alcançar o maior saldo líquido de satisfação, calculando com base na satisfação de todos os indivíduos que a ela pertencem. Ao que tudo indica, Hutcheson foi o primeiro a formular claramente o princípio da utilidade. Diz ele em *Inquiry*, Seção III, § 8, que “melhor é o ato que produz maior

A ideia de uma posição original é configurar um procedimento equitativo, de modo que quaisquer princípios acordados nessa posição sejam justos. O objetivo é usar a ideia de justiça procedimental pura, como fundamento da teoria. **Devemos, de algum modo, anular as consequências de contingências específicas que geram discórdia entre os homens, tentando explorar as circunstâncias sociais e naturais em benefício próprio.** Para fazê-lo, **presumo que as partes se situam por trás do véu de ignorância. Elas desconhecem as consequências que as diversas alternativas podem ter sobre a situação de cada qual e são obrigadas** a avaliar os princípios apenas com base em ponderações gerais (RAWLS, 2008, p. 165-166).

A ideia central é que as partes na posição original, não conhecem certas particularidades. Ninguém sabe qual é seu lugar na sociedade, classe nem *status* social; além disso ninguém conhece a própria sorte na distribuição dos dotes e capacidades naturais, sua inteligência e força, ninguém conhece a própria concepção de bem, ou seja, as particularidades de seu projeto racional de vida (RAWLS, 2008, p. 166).

Até aqui, observa-se um experimento mental de profunda originalidade, dado os predicados hipotéticos ressaltados na formulação dos elementos que compõem o contrato social descrito por Rawls em sua teoria da justiça. Existem críticas a formulação de uma teoria da justiça nos moldes rawlsiano, pois seria considerada apartada da concretude.

Um de seus críticos, Jurguen Habermas, entende que as preferências de Rawls prevalecem sobre a deliberação pública dos cidadãos “de carne e osso” (HABERMAS, 2004, p. 84). Para Habermas, a teoria rawlsiana, ao abstrair as circunstâncias de contextos sociais reais nos quais as pessoas de carne e osso expressam suas reivindicações e ao delinear uma teoria que, a partir de contextos conjecturais e de constrangimentos hipotéticos – tal como o dispositivo de representação da posição original e o véu de ignorância –, pretende justificar sua validade no plano da discussão filosófica ao invés de, e esse ponto da crítica de Habermas é importante ressaltar, reservar a escolha dos princípios de justiça ao debate político público democrático. Sob esta lógica, o teórico crítico sustenta que os princípios de justiça de Rawls não passariam por um processo de legitimação democrático que é essencial, da perspectiva daquele autor, para a justificação das instituições políticas (SENDRETTI, 2016, p. 9-10).

Assim também compreende Nythamar de Oliveira (2003, p. 25), quanto ao embate acadêmico de Rawls e Habermas:

No chamado debate Rawls-Habermas, o filósofo alemão parte, na verdade, de críticas imanentes a fim de atingir os pontos fracos de uma teoria que é mais próxima da sua do que ele parece admitir, como numa briga de família (family feud). Segundo Habermas, a teoria rawlsiana da justiça falha em pelo menos três aspectos: (1) a posição original não parece dar conta da imparcialidade requerida por princípios deontológicos de justiça; (2) a distinção entre questões de justificação e questões de aceitabilidade é borrada e neutralizada pela concepção rawlsiana de justiça, enfraquecendo suas reivindicações de validade; (3) **ao construir o Estado**

---

felicidade para o maior número de pessoas; e pior é aquele que, de igual maneira, ocasiona infelicidade (RAWLS, 2008, p.27)

**constitucional em função da primazia dos direitos liberais básicos sobre o princípio democrático de legitimação**, Rawls solapa o seu intento de reconciliar as liberdades dos modernos com as dos antigos. (Grifos nossos).

Não obstante, a legítima observação de Habermas é preciso, do ponto de vista real, averiguar se as linhas cognitivas estabelecidas por John Rawls tem força suficiente para modificar a realidade social e se afastar da crítica de uma obsoleta abstração teórica. Para isso, é preciso consignar que o conceito de justiça, tema central desta pesquisa, é um atributo normativo e não descritivo da realidade.

A Justiça é um fim social, da mesma forma que a igualdade ou a liberdade ou a democracia ou o bem-estar. Mas há uma diferença importante entre o conceito de Justiça e os outros citados. Igualdade, liberdade, etc, são termos descritivos. Embora abstratos e teóricos, podem ser definidos de tal modo que as afirmações em que se evidenciam são verificáveis, de um modo geral, pelo simples confronto com a evidência empírica. Exemplos: "essa lei fiscal é igualitária"; "a liberdade de expressão é característica dominante nesta sociedade" (v. IGUALDADE e LIBERDADE), A Justiça, de seu lado, é um conceito normativo e expressões como estas: "esta ação ou esta norma ou esta instituição é justa" ou "é de justiça instituírem-se leis fiscais igualitárias" representam juízos normativos e não afirmações descritivas. A Justiça não é uma coisa e muito menos uma coisa visível, mesmo em sentido platônico (BOBBIO, 1998, p. 660-661).

Sendo a justiça um elemento normativo, e não descritivo, ou seja, advinda de uma formulação racional e moral, existe a possibilidade do conceito de justo ser estruturado em um experimento cognitivo a ter repercussão na dinâmica de uma sociedade?

Ao longo da história, evidências concretas sobre conceitos normativos, demonstram que esse empreendimento é absolutamente viável e possível para modificações no plano da realidade social. Os direitos humanos, por exemplo, cumprem decisivamente esse modelo, uma vez que o eixo da dignidade da pessoa humana, tem suas bases teóricas no pensamento e obra de Immanuel Kant, através do que se estabelece na formula do “fim próprio”.

“O imperativo prático será pois o seguinte: Age ‘de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca // simplesmente como meio<sup>61</sup>” (KANT, 2009, p. 69)

Assim, o modelo normativo de Kant, teve influência significativa na construção dos direitos humanos no Século XX, ramificando suas diretrizes e preceitos em diversos Estados e sistemas internacionais de proteção aos seres humanos.

Outro exemplo determinante a exemplificar a importância de um juízo normativo que provocou repercussões essenciais na vida europeia e influenciou a dinâmica da comunidade global, foram os efeitos da Paz de Vestfália. Aqui, fica evidenciado como concepções de juízos

---

<sup>61</sup> Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest

normativos podem ter alcance significativo na coletividade e realizar profundas transformações na realidade social.

Todo o contexto da Guerra dos Trinta Anos, firmou aquilo que iniciou-se, quando Martinho Lutero fixou suas 95 teses na porta da Catedral de Wittenberg, em 1517, insistindo na relação direta do indivíduo com Deus. A Reforma Protestante destruiu o conceito de ordem mundial baseada nas “duas espadas” do papado e do império. A cristandade estava cindida em em guerra consigo mesma (KISSINGER, 2015, p. 27).

Nesse momento, aquilo que modernidade definiu como pluralismo, formas diversas para alcançar seu fim determinado, passou a fazer parte do horizonte cotidiano das pessoas. Uma visão plural dos fins últimos da vida em comunidade teve na Reforma Protestante uma de suas principais bases. Afirma, John Rawls (2000, p. 63) na obra “O Liberalismo Político”:

**Assim, a origem histórica do liberalismo político (e do liberalismo em geral) está na Reforma e em suas conseqüências, com as longas controvérsias sobre a tolerância religiosa nos séculos XVI e XVII". Foi a partir daí que teve início algo parecido com a noção moderna de liberdade de consciência e de pensamento.** Como Hegel sabia muito bem, o pluralismo possibilitou a liberdade religiosa, algo que certamente não era intenção de Lutero, nem de Calvino". É claro que outras controvérsias também tiveram uma importância crucial, como aquelas versando sobre a limitação dos poderes dos monarcas absolutos por princípios adequados e de traçado constitucional, visando a proteger direitos e liberdades básicas. No entanto, apesar da importância de outras controvérsias e dos princípios voltados à sua resolução, o fato da divisão religiosa persiste. **Por esse motivo, o liberalismo político assume o pluralismo razoável como um pluralismo de doutrinas abrangentes, incluindo tanto as doutrinas religiosas quanto as não-religiosas.** (Grifos nossos).

O reflexo dessa dualidade de sistemas religiosos elevou as disparidades doutrinárias e conseqüentemente essa tensão foi transferida aos impérios e governos daquele período, vetorizando para o que ficou conhecido como Guerra dos Trinta Anos<sup>62</sup>.

O conflito com bases políticas e principalmente religiosas, ressalta a tensão que reverbera no seio social quando se tem doutrinas abrangentes no interior de uma sociedade. Esse episódio histórico demonstra aquilo que, em outra roupagem, acontece na contemporaneidade, quando grupos étnicos, raciais e culturais que possuem diferenças em sua concepção integral de mundo, estão em constantes lutas e reivindicações para o reconhecimento de seus valores na comunidade onde estão inseridos.

---

<sup>62</sup> Na iminência de uma sucessão imperial e com o rei católico da Boêmia, o Habsburgo Fernando, surgindo como candidato mais plausível, a nobreza protestante da Boêmia tentou uma iniciativa de “mudar o regime”, oferecendo a sua coroa - e seu decisivo poder como eleitor - a um príncipe protestante alemão, um empreendimento que, se levado a cabo, faria com que o Sacro Império Romano deixasse de ser uma instituição católica. As forças imperiais se deslocaram para esmagar a rebelião na Boêmia e aproveitaram a vantagem obtida para investir contra o protestantismo de modo geral, deflagrando uma guerra que devastou a Europa Central. (Os príncipes protestantes se encontravam em sua maior parte no norte da Alemanha, incluindo a então relativamente insignificante Prússia; o coração do mundo católico era o sul da Alemanha e a Áustria) (KISSINGER, 2015).

Para colocar um termo final, a Paz de Vestfália adquiriu uma ressonância especial com o marco do advento de um novo conceito de ordem internacional que se disseminou pelo mundo, sendo o documento diplomático mais citado da história européia. A Paz de Vestfália vem a ser a soma de três acordos suplementares separados, assinados em momentos diferentes em diferentes cidades. Na Paz de Munster, de janeiro de 1648, a Espanha reconhecia a independência da República Holandesa, encerrando oito décadas de revolta holandesa, que havia se confundido com a Guerra dos Trinta Anos. Em outubro de 1648, grupos separados de potências assinaram o Tratado de Munster e Tratado de Osnabruck, com termos semelhantes, incorporando porções de um tratado no outro por meio de referências mútuas (KISSINGER, 2015, p. 32).

A Paz de Vestfália implantou as seguintes diretrizes: O Estado, não o império, a dinastia ou a confissão religiosa, foi consagrado como pedra fundamental da ordem européia. Além disso, ficou estabelecido o conceito da soberania do Estado. Foi afirmado o direito de cada um dos signatários escolher sua própria estrutura doméstica e sua orientação religiosa, a salvo de qualquer tipo de intervenção, enquanto que novas cláusulas garantiam que seitas minoritárias poderiam praticar sua fé em paz, sem temer conversão forçada (KISSINGER, 2015, p. 33).

As diretrizes conclamadas pelo conjunto de tratados entre os países inseridos no contexto bélico da Guerra dos Trinta Anos, abarcaram valores prefigurados em juízos normativos, ou seja, vislumbres morais e racionais impuseram-se a efetiva paz e consequente organização do continente europeu, não obstante, a pluralidade religiosa que se notabilizava.

De maneira perpicaz, Henry Kissinger (2015, p. 38), revela a natureza normativa-contratualista da Paz de Vestfália. Para isso ele utiliza as bases teóricas trazidas por Thomas Hobbes em sua descrição do contrato social em “O Leviatã”.

Nas páginas de O Leviatã, obra publicada em 1651, três anos depois da Paz de Vestfália, Thomas Hobbes apresentou uma teoria. Ele imaginou um “estado de natureza” em algum momento do passado, na qual a ausência de autoridade produziu uma “guerra de todos contra todos”. Para escapar dessa insegurança intolerável, teorizou Hobbes, as pessoas delegarem seus direitos a um poder soberano em troca da garantia de segurança para todos no interior das fronteiras do Estado. O monopólio do poder pelo Estado soberano foi estabelecido como única maneira de superar o eterno medo da guerra e da morte violenta.

Aqui, Hobbes, não trata propriamente do âmbito internacional, pois sua teoria aplica-se no interior das fronteiras do Estado. O que Kissinger ressalta, são os termos normativos desenvolvidos por Hobbes, a ser contemplado no plano internacional.

A paz da Vestfália implementou um mundo hobbesiano. Como se calibraria essa balança de poder? Uma distinção precisa ser feita entre a balança de poder enquanto fato e a balança de poder como sistema. Qualquer ordem internacional - para fazer jus a este nome - deve cedo ou tarde alcançar um equilíbrio: caso contrário, se encontrará em estado de guerra permanente (KISSINGER, 2015, p. 38).

A Paz de Vestfália, trouxe o equilíbrio que a teoria de Hobbes buscou efetivar

dentro das fronteiras do Estado. Isso foi possível em detrimento a corporificação de juízos normativos em uma concepção de justiça no plano internacional.

Feito o recorte, para afastar eventuais desabonos a abstração de John Rawls, quanto inserção dos elementos da posição original e véu da ignorância em sua teoria da justiça, prossegue a construção racional para a efetivação de princípios de justiça a equalizar as disfuncionalidades reais do contexto contemporâneo.

Na posição original sob o véu da ignorância, indivíduos livres e racionais escolheriam, segundo a fundamentação de Rawls, dois princípios de justiça. Antes de adentrar propriamente aos princípios, vale expor o porquê do implemento deles na construção de uma teoria da justiça.

Para Rawls, na justiça como equidade, não se tomam as propensões e as inclinações das pessoas como dadas, sejam quais forem, para depois se procurar a melhor maneira de realizá-las. Pelo contrário, os desejos e aspirações individuais são restringidos desde o início pelos princípios de justiça que especificam os limites que os sistemas humanos de objetivos devem respeitar. **Podemos expressar essa ideia dizendo que na justiça como equidade o conceito de justo precede o de bem. Essa prioridade do justo sobre o bem na justiça como equidade acaba sendo a característica principal dessa concepção** (RAWLS, 2008, p. 38). (Grifos nossos).

Dessa forma, na posição original, indivíduos livres e racionais, sob o véu da ignorância, escolheriam, na visão de Rawls, dois princípios de justiça, que tem como principal característica estabelecer a prioridade do justo sobre bem na ideia de uma justiça como equidade.

Quais princípios são esses? E qual a sua fórmula de aplicação? Nas condições expostas no parágrafo anterior os princípios de justiça ficariam dispostos da seguinte maneira:

Primeiro princípio: Cada pessoa deve ter um igual direito ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos (RAWLS, 2008, p. 376).

O Segundo princípio: As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto: a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições de poupança justa, como, b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condição de igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2008, p. 376).

Para sua aplicação, Rawls formula uma regra de prioridade para sua efetividade, que corresponde aos seguintes prognósticos: a prioridade da liberdade, onde os princípios de justiça devem ser dispostos em ordem lexical<sup>63</sup> e, portanto, só se podem restringir as liberdades

---

<sup>63</sup> É uma ordem que nos exige satisfação do primeiro princípio da ordenação para que possamos passar ao segundo; do segundo passar ao terceiro, e assim por diante. Determinado princípio só entra em ação depois que os anteriores

básicas em nome da própria liberdade. Existem dois casos: a) uma liberdade menos extensa deve fortalecer o sistema total de liberdades partilhados por todos; b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que tem menor liberdade e o princípio da prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem-estar, ou seja, segundo princípio de justiça precede lexicalmente o princípio da eficiência e o princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades precede o princípio da diferença. Há dois casos: a) a desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que tem menos oportunidades; b) uma taxa elevada de poupança deve, pesando-se tudo, mitigar o ônus daqueles que carregam esse fardo (RAWLS, 2008, p. 376).

Essencialmente, o autor estadunidense indica que esses princípios devem ser aplicados na seguinte ordem: primeiro, garantir as liberdades básicas para todos; em segundo, permitir desigualdades apenas se beneficiarem os menos favorecidos, desde que tais desigualdades sejam vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos de forma justa.

Na verdade, Rawls não se dedicava ali a elaborar um conceito de justiça, mas a propor uma forma de sociedade que pudesse ser chamada de justa. Mais do que discutir o primeiro nível, ou seja, o conceito, Rawls discutia o segundo nível, ou seja, se uma sociedade em que o respeito à autoestima, à autonomia moral e ao acesso aos bens primários da vida fossem muito desigualmente distribuídos poderia ainda ser chamada uma sociedade justa. E se uma sociedade injusta daria motivos suficientes a seus membros para continuarem a cooperar entre si (LOPES, 2015, p. 914).

Portanto, por si só, os princípios estabelecidos não geram efeitos totalizantes na sociedade, mas o intuito é, mesmo inserido em um contexto de desigualdades e assimetrias, funcionar como mecanismo de equalização de direitos em uma sociedade caracterizada pelo pluralismo.

Feita a exposição da teoria da justiça e como os princípios de justiça são criados e consequentemente aplicados, cabe inserir ou fazer a transição do aspecto fortemente teórico para a configuração prática a que a presente pesquisa pretende alcançar.

É possível, penetrar os elementos de cidadania e dos direitos humanos dos povos originários, marcados pelas assimetrias e desigualdades históricas, em um enquadramento na teoria da justiça desenvolvida por Rawls, a fim de estabelecer um mecanismo de igualdade desse grupo social perante aos demais membros da sociedade?

Para desenvolver uma resposta afirmativa à pretérita questão, deve-se alocar cada elemento da equação igualitária demonstrada na teoria rawlsiana para a efetiva aplicação dos direitos humanos às populações indígenas.

---

a ele estejam totalmente satisfeitos ou não se apliquem. A ordenação em série evita, então, a necessidade de equilibrar princípios; os princípios anteriores na série têm um peso absoluto, por assim dizer, com relação aos posteriores, e valem sem exceção (RAWLS, 2008, p. 52).

Como foi observado, o primeiro princípio trata-se da liberdade igual para todos em uma posição original. Rawls, sabendo da importância da ordem lexical, delimitou que tal princípio seja produzido em termos constitucionais.

O primeiro princípio da liberdade igual é o padrão principal da convensão constituinte. Seus principais requisitos são que as liberdades fundamentais individuais, liberdade de consciência e a de pensamento sejam protegidas e que o **processo político como um todo seja um procedimento justo. Assim, a constituição define um *status* comum de cidadania igual e realiza a justiça política** (RAWLS, 2008, p. 244). (Grifos nossos)

Nesse aporte, pode-se declarar, em uma postulação formal e não substancial que os povos originários tem essa prerrogativa na ordem constitucional brasileira. Entretanto, em que pese, as liberdades iguais, fixarem a base do primeiro princípio rawlsiano, é importante salientar que essa característica princíológica tem como visão integral da liberdade o “*status* comum de cidadania igual” como assinala o autor.

Dessa constatação, é possível afirmar se os povos originários tem o referido “*status* de cidadania igual” no contexto dos direitos humanos? Como, restou observado em toda a análise feita sobre a concepção de cidadania realizada nesta pesquisa, tem-se que a desigualdade dos povos originários é refletida sobre o primeiro princípio, ou seja, existe um *déficit* de cidadania latente sobre o prisma das questões indígenas, em especial a aplicação dos direitos humanos.

Dos diagnósticos pautados nas bases teóricas de T. H. Marshall em linhas gerais e José Murilo de Carvalho especificamente no Brasil, vislumbra-se um desdobramento de desigualdade no que tange a cidadania dos povos originários, especialmente no que corresponde a participação dos indígenas nos processos decisórios que repercutem sua realidade social. Dentro do arquétipo da teoria da justiça rawlsiana, em seu primeiro princípio de justiça, as liberdades iguais, que tem como *status*, uma comum cidadania entre os indivíduos, também não concretizou-se o referido atributo da cidadania na moldura rawlsiana.

Portanto, é imperioso, nessa construção cognitiva, aplicar mecanismos para elevar o patamar de igualdade às populações indígenas e conseqüentemente afirmar sua condição de cidadania através da aplicação integral dos direitos humanos. Para isso, desenvolve-se a ideia do segundo princípio, qual seja, as desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo que se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos.

As desigualdades são aceitas somente quando beneficiarem os menos favorecidos. Neste contexto, cabe observar se de fato, existe algum mecanismo que beneficie os menos favorecidos. Ao se debruçar na causa indígena, e aqui no enquadramento da teoria da justiça de Rawls eles são os menos favorecidos, pode-se afirmar que a Convenção 169 da OIT, cumpre

integralmente o papel desse impulso cidadão, especialmente no constatado *défict* de participação dos povos originários durante toda sua existência.

### 3.2 O DIREITO A CONSULTA LIVRE, PRÉVIA E INFORMADA E A CONVENÇÃO 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO COMO MECANISMO DA CIDADANIA

Como ficou demonstrado, o segundo princípio, também denominado de “princípio da diferença” é o que fundamenta um atributo fortemente igualitário na teoria da justiça de John Rawls, tendo por escopo e finalidade prescípua a melhoria de condições iguais de existência dos indivíduos.

O princípio de diferença é, então, uma concepção fortemente igualitária no sentido de que, se não houver uma distribuição que melhore a situação de ambas as pessoas (limitando-nos ao caso de duas pessoas, para simplificar), deve-se preferir a distribuição igualitária. (RAWLS, 2008, p. 91)

Essa distribuição, parte do pressuposto que os mecanismos de vantagens devem priorizar as expectativas nos menos favorecidos. No presente caso, um mecanismo que eleve a condição participativa dos povos originários. Isso, na teoria de justiça de Rawls é delimitado como regra *maximin*:

Para ver como é possível fazê-lo, é útil, como estratégia heurística, considerar os dois princípios como a solução do problema da justiça social. A regra *maximin* determina que classifiquemos as alternativas partindo dos piores resultados possíveis: devemos adotar a alternativa cujo o pior resultado seja superior aos piores resultados das outras (RAWLS, 2008, p. 186).

Portanto, a regra *maximin* determina um critério de avaliação sobre as assimetrias e desigualdades, justificando apenas benefícios para aqueles que estão em uma posição socialmente desfavorecida. Se uma desigualdade não contribui para o benefício dos menos favorecidos, então ela não é considerada justa de acordo com o princípio da diferença de Rawls.

Deduzindo essa premissa teórica ao campo da prática, vislumbramos o emblemático *leading case*, sobre aplicação de princípios de justiça na seara do Supremo Tribunal Federal, com o julgamento histórico sobre a constitucionalidade das cotas raciais no ensino superior. O voto do Ministro relator, Ricardo Lewandowski, na ADPF 186, incorporou as lições de John Rawls sobre a importância de princípios de justiça em determinado caso concreto.

É bem de ver, contudo, que esse desiderato, qual seja, a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, **apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada “justiça distributiva”**. Só ela permite superar as

desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo. Nesse sentido, ensina que “As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos” (BRASIL, 2012, p. 7). (Grifos nossos).

No referido voto, o Ministro Ricardo Lewandowski (2012, p. 7) ainda subscreve:

“O modelo constitucional brasileiro não se mostrou alheio ao princípio da justiça distributiva ou compensatória, porquanto, como lembrou a PGR em seu parecer, **incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade**” (BRASIL, 2012, p. 7). (Grifos nossos).

Voltando ao conteúdo das desigualdades dos povos originários, em especial a um mecanismo de cidadania, além do direito ao sufrágio, existem inúmeros elementos que solidificam a participação dos diversos grupos sociais no interior da sociedade brasileira, tais como, Referendo<sup>64</sup>, Plebiscito<sup>65</sup>, Iniciativa popular<sup>66</sup>, Ação popular<sup>67</sup>, Conselhos participativos<sup>68</sup>, Orçamento participativo<sup>69</sup> e os Sindicatos<sup>70</sup>. De certa forma, todos os exemplos de mecanismos citados, tem sua contemplação ao princípio da diferença de Rawls, pois auxilia na incorporação de direitos que funcionam como esteio corretivo as desigualdades sociais.

O princípio da diferença, para além de um elemento teórico, também corrobora para o estabelecimento de outros valores necessários a vida em comunidade. Valores como autodeterminação e estima social são categorias prementes e vitais em um contexto de abrandamento das desigualdades, onde os direitos humanos, como axioma universal, tem se aperfeiçoado nos mais diferentes contextos.

---

<sup>64</sup> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: II - referendo

<sup>65</sup> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito;

<sup>66</sup> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: III - iniciativa popular.

<sup>67</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência;

<sup>68</sup> Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

<sup>69</sup> Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal

<sup>70</sup> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

Nesse sentido, John Rawls, trabalha em “Uma Teoria da Justiça”, diferentes construções argumentativas, úteis a corroborar com a escolha e aplicação dos princípios de justiça. Para o autor, destaca-se a importância do princípio da fraternidade em meio a aplicações puramente política ou jurídica para aceitar os princípios de justiça, em especial o princípio da diferença.

Outro mérito do princípio da diferença é que ele fornece uma interpretação do princípio da fraternidade. Em comparação com a liberdade e a igualdade, a noção de fraternidade tem ocupado lugar inferior na teoria democrática. É considerada um conceito menos especificamente político, que não define em si mesmo nenhum dos direitos democráticos, mas que expressa certas disposições mentais e formas de conduta sem as quais perderíamos de vista os valores expressos por esses direitos. Ou então, o que tem relação íntima com isso, **considera-se que a fraternidade representa certa igualdade de estima social manifesta em várias convenções públicas e na ausência de atitudes de defêrencia e subseviência**. Não há dúvida de que a fraternidade envolve essas coisas, bem como a noção de **amizade cívica e solidariedade social**, porém, assim entendida, não expressa nenhuma exigência definida. Ainda precisamos encontrar um princípio de justiça que corresponda a idéia fundamental. **O princípio da diferença, entretanto, parece de fato corresponder a um significado natural de fraternidade: ou seja, à ideia de não querer ter vantagens maiores, a menos que seja o bem de quem está em pior situação** (RAWLS, 2008, p. 126). (Grifos nossos).

Mais denso que a perspectiva rawlsiana sobre fraternidade é a concepção da metateoria do Direito Fraternal estabelecido por Eligio Resta. O autor italiano, não obstante a distância geográfica do estadunidense, parece dialogar com Rawls em alguns pontos de sua construção teórica. John Rawls, (2008, p. 126), compreendeu que o primado da fraternidade tem um caráter de “amizade cívica e solidariedade social, porém, sem expressar nenhuma exigência.

Eligio Resta, amplia essa visão, criticando a postura do direito atual, como uma simbologia do soberano, ou seja, algo que se notabiliza pela inequívoca exigência da norma. Assim, Sandra Regina Martini (2006, p. 120) delimita os parâmetros do Direito Fraternal:

As discussões a respeito do direito aparecem, de modo geral, fundadas na figura e/ou na simbologia do “soberano”; parece que a única possibilidade do direito ser direito é estando respaldado por algum tipo de soberano, representado, contemporaneamente, pelos Estados-Nação. O direito fraternal, por sua vez, propõe um outro conceito fundante - a fraternidade - que não é compatível com nenhum tipo de soberano, já ela **parte do pacto entre iguais e, por isso, é *frater* e não *pater***. Pode-se dizer que o Direito Fraternal é uma metateoria, pois se está diante de uma teoria das teorias, e que propõe uma nova forma de análise do direito atual. (Grifos nossos).

Portanto, é um direito jurado conjuntamente entre irmãos, no sentido da palavra latina *frater*, ou seja, é um direito que não parte da decisão de um soberano (de qualquer espécie), mas é *giurato insieme*. É fundamentalmente um acordo estabelecido entre partes iguais, é um pacto acordado a partir de regras mínimas de convivência. É o oposto do direito paterno, imposto por algum tipo de soberano; porém, adverte Eligio Resta, “*La coniunratio dei*

*fratelli non è contro il padre, o un sovrano, un tirano, un nemico, ma è per una convivenza condivisa, libera dalla sovranità e dall'inimicizia. Esso è giurato insieme, ma non è prodotto di una congiura*" (VIAL, 2006, p. 123).

Coaduna-se ao princípio da diferença de Rawls a ideia fortemente ressaltada por Eligio Resta (2020, p.27), quanto a fraternidade ser um desvelador de paradoxos:

A igualdade entre irmãos, tradução política da verdadeira igualdade entre amigos, chega ao ponto mais alto quando mantém juntos a diferença entre os singulares e o direito, a não ser por ela discriminados. Isso favorece um vínculo mais forte entre a amizade política (a civic brotherness) e a ideia de justiça fundada no altruísmo e na proibição de desejar maiores vantagens, a menos que não venham a beneficiar os menos favorecidos (RAWLS, 1982, p.101). Como se sabe, aqui também está de tocaia aquela ruptura do pacto entre irmãos, que não descobre nada de novo, reproduzindo o notório paradigma dos irmãos inimigos, mas que continua a expor a fraternidade ao paradoxo de ser prescrição a ser realizada e não fundamento do qual partir.

Esse acordo entre partes iguais que sedimenta o direito fraterno de Eligio Resta corrobora-se com o princípio da diferença e a regra *maximin* de John Rawls, que em última instância, visa estabelecer maiores benefícios aos menos favorecidos em grande medida por uma noção instrínseca de fraternidade.

Ainda sobre a importância do princípio da diferença, ao que tange os povos originários, a noção de auto-respeito e auto-estima, prefigura-se como um pressuposto incontornável, amparado pelo princípio da diferença, e seu reconhecimento configura-se essencial perante os demais membros da sociedade.

John Rawls, situa a aplicação do auto-respeito e auto-estima como fatores preponderantes em sua teoria da justiça. Os referidos fatores são determinados como os mais importantes *primary goods*, ou, bens primários, que na gramática rawlsiana significa aquilo que as pessoas precisam em seu *status* de cidadãos livres e iguais enquanto membros cooperativos da sociedade. Essa concepção pressupõe que se deve “fazer comparações interpessoais com fins de justiça política recorrendo-se ao índice de bens primários dos cidadãos, e esses bens são vistos como aquilo que responde a suas necessidades de cidadãos, ao contrário de suas preferências e desejos”(FORTES, 2019, p. 174).

Assim, pode-se afirmar que esses bens primários, fundamentais para elevar os *status* de igualdade cidadã, objetivo central dos povos originários, tem as seguintes categorias:

a) os direitos e liberdades fundamentais, que também constituem uma lista; b) liberdade de movimento e livre escolha de ocupação num contexto de oportunidades diversificadas; c) poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica; d) renda e riqueza; e, **e) as bases sociais do auto- respeito** (RAWLS, 2000. p. 228). (Grifos nossos).

Nesse contexto, John Rawls (2008, p. 543-544), enumera em sua teoria da justiça o auto-respeito ou auto-estima como o mais importante bem primário nesta categoria:

**Em diversas ocasiões mencionei que talvez o bem primário mais importante seja o auto-respeito.** Devemos nos certificar de que a concepção de bem como racionalidade explica por que deve ser assim. Podemos definir o auto-respeito (ou a auto-estima) como apresentando dois aspectos. Em primeiro lugar, conforme observamos anteriormente, essa ideia contém o sentido de que a pessoa tem de seu próprio valor, sua firme convicção de que vale a pena realizar sua concepção de seu bem, seu projeto de vida. E, em segundo lugar, o auto-respeito implica uma confiança na própria capacidade, contanto que isso esteja ao alcance da pessoa, de realizar as próprias intenções. Quando achamos que nossos planos têm pouco valor, não podemos realizá-los com prazer nem nos deleitar com sua execução. Nem podemos continuar nossos esforços quando somos assolados pelo fracasso e pela insegurança. Está claro, então, o motivo por que o auto-respeito é um bem primário (RAWLS, 2000. p. 554). (Grifos nossos).

Portanto, auto-respeito trata-se daqueles aspectos das instituições básicas que em geral são essenciais para que os cidadãos adquiram um sentimento vigoroso de seu valor como pessoas e para que sejam capazes de desenvolver e exercer suas faculdades morais e promover seus objetivos e fins com autoconfiança (FORTES, 2019, p. 176).

Sob o esteio de outra plataforma ideológica, mas sob a égide do mesmo pano de fundo, qual seja, uma teoria da justiça, o sociólogo alemão Axel Honneth, assim como, Elígio Resta, dialóga com Rawls sobre parâmetros inseridos no interior de sua teoria da justiça.

Honneth, membro da terceira geração da Escola de Frankfurt, tenta a partir de “Luta por Reconhecimento”, estabelecer uma gramática moral dos conflitos sociais, o que em termos gerais repercute profundamente nas discussões sobre justiça contemporânea. Honneth tem como pressuposto teórico os escritos do jovem Hegel, que traz a ideia de reconhecimento recíproco entre dois sujeitos e amplia essa visão para um enquadramento que sai do indivíduo e chega ao Estado.

O modelo de Hegel toma como seu ponto de partida a tese especulativa segundo a qual a formação do EU prático está ligada à pressuposição do reconhecimento recíproco entre dois sujeitos: só quando dois indivíduos se veem confirmados em sua autonomia por seu respectivo defrontante, eles podem chegar de maneira complementar a uma compreensão de si mesmos como um Eu autonomamente agente e individuado (HONNETH, 2009, p. 120).

Para Hegel, esse reconhecimento é realizado a partir de três parâmetros, partindo de um caminho de intersubjetividades como descreve Axel Honneth (2009, p. 121):

Partindo das premissas da teoria da intersubjetividade, a existência de formas diversas de reconhecimento recíproco, que devem distinguir-se uma das outras segundo o grau de autonomia possibilitada ao sujeito em cada caso: tanto o Sistema de eticidade como na Realphilosophie, estava inscrita pelo menos a tendência de supor, com o “amor”, o “direito” e a “eticidade”, uma série de três relações de reconhecimento em cujo quadro os indivíduos se confirmam reciprocamente como pessoas autônomas e individuais em uma medida cada vez maior.

Nesse percurso do reconhecimento, amor, direito e solidariedade, correspondem respectivamente a família, sociedade e Estado. Dentro da vertente solidária é que o contexto

da auto-estima e autorrespeito dos indivíduos perfazem sua identidade perante os demais membros da sociedade.

No Estado, (...) o homem é reconhecido e tratado como ser racional, como livre, como pessoa; e o singular por sua parte, se torna digno de reconhecimento porque ele, como a superação de sua naturalidade de sua autocosciência, obedece a um universal, à vontade sendo em si e para si, à lei, ou seja, se porta em relação aos outros de uma maneira universalmente válida, reconhece-os como o que ele próprio quer valer – como livre pessoa (HONNETH, 2009, p. 179).

Validar o reconhecimento dos povos originários, dentro da perspectiva do princípio da diferença de Rawls, equivale, no mesmo sentido, o reconhecimento proposto por Honneth, porém em caminhos teóricos diferentes. Ambos autores, trabalham a auto-estima ou auto-respeito dentro de uma parâmetro de justiça, portanto, esse diálogo merece destaque, em que pese campos teóricos distintos.

Assim, a equação igualitária como fora apresentada até aqui, fica resumida da seguinte maneira: Povos originários sem sua cidadania integral, revelada pela falta de participação nos processos decisórios com repercussão em seu contexto social, tem sua inserção na representação do contrato social da teoria da justiça de John Rawls.

No equacionamento da posição original, sob o véu da ingnorância, revela-se a manifestação dos princípios de justiça, tendo em vista que na aplicação do primeiro princípio, qual seja, garantia de liberdades iguais a todos, revela-se um *défict* de cidadania dos povos originários, quando percebe-se a falta de *status* igualitário de cidadania no que tange sua liberdade de participação.

Para correção desse desnivelamento, prefigura-se então, a aplicação do segundo princípio, denominado “princípio da diferença” que aditando a regra *maximin*, aceita as desigualdades desde que seja beneficiados os menos favorecidos na estrutura social, o que na presente pesquisa, tem como foco os povos originários e sua histórica constatação de assimetrias sociais.

Daqui em diante, nesta construção argumentativa, concebe-se a transição de categorias fortemente teóricas, doutrinárias e abstratas, para conteúdos legais e concretos. Como restou apresentado, dentro do arcabouço constitucional brasileiro, existem diversos mecanismos que propiciam a inserção de reivindicações, garantias e direitos para vários contextos específicos. Referendo, plebiscito, orçamento participativo dentre outros, exemplificam essa afirmação.

Agora, questiona-se. Com o princípio da diferença, qual mecanismo pode ser utilizado para beneficiar os povos originários, dentro da regra *maximim*, uma vez que a população indígena, como restou constatado historicamente, permanece em uma situação

menos favorável?

Esse mecanismo não foi formulado na estrutura legal brasileira, pois não existe um diploma normativo, que ofereça aos povos originários um tratamento específico, quanto a sua participação no processo decisório envolvendo suas próprias causas.

Não obstante, o lapso legislativo e o profundo silêncio das políticas públicas em relação as questões indígenas, a preocupação com a voz desse relevante grupo social veio por meio do Sistema Internacional de Direitos Humanos. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho de 1989, estabeleceu em suas diretrizes, os ditames participativos da consulta livre, prévia e informada, como um dos mecanismos mais revolucionários na seara dos direitos humanos dos povos originários.

Convenção n. 169 da Organização Mundial do Trabalho - OIT é um instrumento internacional para a defesa dos direitos dos povos tradicionais, que visa estabelecer uma relação harmônica entre essas sociedades permanentes e os Estados, baseada no reconhecimento da pluralidade étnico cultural. Garante a permanência nos territórios tradicionalmente ocupados pelos grupos nativos, devendo os Estados reconhecer a ligação especial que possuem com o espaço geográfico, tutelando os direitos de posse, propriedade e uso das terras. Ainda nesses territórios, quando for pretendida a exploração econômica dos recursos ali disponíveis, inclusive a mineração e a exploração do subsolo e dos recursos de propriedade estatal, deverão ser consultados os grupos indígenas e lhes será garantido o acesso à participação, administração e manutenção desses bens. Caso as atividades estatais vierem a interferir em territórios tradicionalmente ocupados, a atuação só se realizará após consulta aos interessados, e quaisquer ingerências deverão ser mitigadas, ou, se inevitáveis, justamente indenizadas (DREMISK, LINI, 2013, p. 77).

Apesar de não ser uma criação legislativa do Estado brasileiro, a Convenção 169 da OIT, foi integralizada ao arcabouço normativo pátrio, com sua aprovação, pelo Decreto Legislativo n. 143, de 20.06.2002, do Congresso Nacional, ratificado em 25 de julho de 2002, com a promulgação através do Decreto n. 5.051, de 19.04.2004, fixando sua vigência nacional a partir de 25 de julho de 2003.

A Convenção 169 da OIT está disposta em 44 artigos, divididos em 10 partes, e em síntese, consagra os seguintes princípios e direitos básicos: Princípio da não-discriminação (artigos 3, 4, 20 e 24); direito dos povos indígenas à propriedade e à posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam (arts. 14 e 18); direito ao respeito a sua integridade, suas culturas e instituições (arts. 2, 5 e 7); direito a determinar sua própria forma de desenvolvimento (art. 7).

Para os efeitos concretos de um mecanismo legal que eleve a cidadania integral dos povos originários, a Convenção 169 da OIT ratifica o direito a participar diretamente na tomada de decisão sobre políticas e programas que os interessem ou os afetem, delimitados nos arts. 6, 7 e 15, bem como o direito a serem consultados sobre as medidas legislativas ou administrativas que lhes possam afetar nos arts. 6, 15, 17, 22 e 28.

Assim está descrito cada artigo que fomenta a ideia de consulta livre, prévia e informada na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho:

Artigo 6º - Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

- a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
- b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
- c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim (OIT, 2011, p. 18-19).

Artigo 7º - I. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam (OIT, 2011, p. 19).

Artigo 15 - 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado à propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades (OIT, 2011, p. 24-25).

Artigo 17 - 1. Deverão ser respeitadas as modalidades de transmissão dos direitos sobre a terra entre os membros dos povos interessados estabelecidas por esses povos.

2. Os povos interessados deverão ser consultados sempre que for considerada sua capacidade para alienarem suas terras ou transmitirem de outra forma os seus direitos sobre essas terras para fora de sua comunidade.

3. Dever-se-á impedir que pessoas alheias a esses povos possam se aproveitar dos costumes dos mesmos ou do desconhecimento das leis por parte dos seus membros para se arrogarem à propriedade, a posse ou o uso das terras a eles pertencentes (OIT, 2011, p. 26-27).

Artigo 22 - 1. Deverão ser adotadas medidas para promover a participação voluntária de membros dos povos interessados em programas de formação profissional de aplicação geral. 2. Quando os programas de formação profissional de aplicação geral existentes não atendam as necessidades especiais dos povos interessados, os governos deverão assegurar, com a participação desses povos, que sejam colocados à disposição dos mesmos programas e meios especiais de formação. 3. Esses programas especiais de formação deverão estar baseado no entorno econômico, nas condições sociais e culturais e nas necessidades concretas dos povos interessados. Todo levantamento neste particular deverá ser realizado em cooperação com esses povos, os quais deverão ser consultados sobre a organização e o funcionamento de tais programas. Quando for possível, esses povos deverão assumir progressivamente a responsabilidade pela organização e o funcionamento de tais programas especiais de formação, se assim decidirem (OIT, 2011, p. 31-32).

Artigo 28 - 1. Sempre que for viável, dever-se-á ensinar às crianças dos povos interessados a ler e escrever na sua própria língua indígena ou na língua mais comumente falada no grupo a que pertençam. Quando isso não for viável, as autoridades competentes deverão efetuar consultas com esses povos com vistas a se adotar medidas que permitam atingir esse objetivo.  
2. Deverão ser adotadas medidas adequadas para assegurar que esses povos tenham a oportunidade de chegarem a dominar a língua nacional ou uma das línguas oficiais do país.  
3. Deverão ser adotadas disposições para se preservar as línguas indígenas dos povos interessados e promover o desenvolvimento e prática das mesmas. (OIT, 2011, p. 36).

Diante dos artigos apontados, vale sintetizar que as normas internacionais, da Convenção 169 da OIT, promovem o direito dos povos indígenas a participar da vida política, social e cultural do Estado e a adoção de decisões que afetem os seus direitos, na formulação, implementação e avaliação de planos de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente (Convenção nº 169, art. 7); na utilização, administração e conservação dos recursos naturais (Convenção nº 169, art. 15) (PATIÑO, 2018, p. 16).

Outra medida que traduz o exercício da participação cidadã dos povos originários é a manifestação do direito dos povos indígenas de participar das decisões estatais que possam afetá-los, bem como o direito a serem consultados antes que o Estado adote ou aplique leis ou medidas administrativas que possam afetá-los diretamente (Convenção nº 169, art. 6.1), tais como as que buscam:

a) combater preconceitos, acabar com a discriminação e promover a tolerância, a compreensão e as boas relações entre os povos indígenas e todos os demais setores da sociedade; b) proteger crianças indígenas contra a exploração econômica e contra todo trabalho potencialmente perigoso ou que possa interferir em sua educação e c) criar programas e serviços de educação e formação profissional (PATIÑO, 2018, p. 16).

Vale ressaltar ainda, que os reflexos das medidas participativas, são absorvidas pelas demandas de proteção ao meio ambiente, como as de autorizar ou empreender qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos naturais que se encontrem nas terras em que habitam (Convenção nº 169, art. 15.2).

As normas internacionais são claras ao estabelecer diretrizes sobre como devem ser

realizados os processos de consulta aos povos indígenas. Assim, determinam que as **consultas devem ser prévias (antes de aprovar a lei, a medida administrativa, plano de desenvolvimento ou projeto de exploração ou aproveitamento), livres (sem pressão ou ressalvas) e informadas (sobre as consequências do projeto, plano, lei ou medida); deve ser feita através de procedimentos culturalmente adequados, ou seja, de acordo com suas próprias tradições e através de suas instituições representativas. Além disso, a consulta deve ser de boa-fé e realizada de forma a obter o consentimento livre, prévio e informado das comunidades indígenas** (PATIÑO, 2018, p. 17). (Grifos nossos).

Um exemplo da concretização prática dessa promoção cidadã, é o aperfeiçoamento dos mecanismos chamados protocolos comunitários consultivos. São instrumentos que têm valor legal de estabelecer a condução e as etapas do processo de consulta prévia, a forma de organização das comunidades, bem como a forma de toda decisão coletiva que permeie os interesses dos povos originários.

*Los protocolos autónomos contienen las reglas mínimas y fundamentales que los pueblos y comunidades establecen y dan a conocer al Estado, estableciendo cómo se debe respetar el derecho propio, sus jurisdicciones propias y formas de organización social en un proceso de consulta previa. Los protocolos comunitarios son instrumentos que tienen valor jurídico al establecer la conducción y las etapas del proceso de consulta previa, la forma de organización de los pueblos y comunidades, así como la forma de decisión colectiva. En los protocolos es posible encontrar los principios, directrices, criterios y reglas del derecho propio de los pueblos para los procesos de consulta* (SILVA, MARÉS, 2020, p. 33)<sup>71</sup>.

Desta maneira, até março de 2023, foram publicados aproximadamente 90 protocolos comunitários de consulta e consentimento prévio, livre e informado elaborados por povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais no Brasil. (SILVA, GARZÓN, 2023, p.17).

Não obstante, os protocolos consultivos, dentro da perspectiva de uma teoria da justiça rawlsiana, opere sua implementação por meio do princípio da diferença, verificava-se a necessidade de implementar o direito de consulta, como um valor norteador de toda estrutura básica da sociedade, o que nas palavras de Rawls vem a ser as instituições sociais<sup>72</sup> de determinado ordenamento.

Longe de rechaçar a significativa importância dos protocolos consultivos, a

---

<sup>71</sup> Os protocolos autônomos contêm as regras mínimas e fundamentais que os povos e comunidades estabelecem e dão a conhecer ao Estado, estabelecendo como devem ser respeitadas as suas próprias leis, as suas próprias jurisdições e formas de organização social num processo de consulta prévia. Os protocolos comunitários são instrumentos que têm valor jurídico ao estabelecerem a condução e as etapas do processo de consulta prévia, a forma de organização dos municípios e comunidades, bem como a forma de decisão coletiva. Nos protocolos é possível encontrar os princípios, diretrizes, critérios e regras do próprio direito popular para processos de consulta. (Tradução nossa).

<sup>72</sup> O objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens decorrentes da cooperação social. Por instituições mais importantes entende-se a constituição política e os arranjos econômicos mais importantes (RAWLS, 2008, p. 8).

construção desta pesquisa pretende oferecer, além dos protocolos e para os protocolos, uma força vinculante no que tange o direito consultivo dos povos originários. Para isso, vislumbra-se a importância das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre temática alinhada aos princípios da Convenção 169 da OIT, especialmente a consulta livre, prévia e informada com boa-fé.

Para, criar esse caminho alternativo ou complementar a força dos protocolos consultivos é preciso verificar os motivos que tais instrumentos ainda podem ser mais frágeis do que a força vinculante de uma sentença jurídica. Com esse intuito, como é revelada hierarquia da Convenção 169 da OIT, dentro do arquétipo legal brasileiro?

A Convenção 169 da OIT é um tratado de direitos humanos conforme o entendimento do Direito Internacional, por isso mesmo a violação a seus postulados e garantias podem, e tem sido, discutidos nas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, no caso brasileiro e latino-americano, na Corte Interamericana de Direitos Humanos (SOUZA FILHO, 2018, p. 167).

No panorãma do direito doméstico, em 2004 na conhecida, “reforma do judiciário”, por meio da Emenda Constitucional nº 45, foi acrescido um 3º parágrafo ao artigo 5º da CF de 1988, estabelecendo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas (BRASIL, 1988).

Entretanto, como ficariam o tratados de direitos humanos anteriores a emenda, que não foram submetidos ao quorúm de três quintos para equivaler-se ao *status* de emenda constitucional?

Em 2008, para dirimir uma contradição entre a norma nacional e o Pacto da Costa Rica, o STF acentou entendimento, por cinco votos a quatro, decidindo que os Tratados de Direitos Humanos teriam que ser considerados submetidos à Constituição, mas estariam acima das normas legais, em um *status* supralegal, ou, no dizer do Ministro Gilmar Mendes que elaborou o acórdão: os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico (SOUZA FILHO, 2018, p. 167).

Assim, do ponto de vista jurídico e legal, a Convenção 169/OIT é norma supralegal brasileira. E em tese, sua aplicação não pode ser afastada por nenhum ato legal, seja Lei Complementar, Lei Ordinária, Medida Provisória, Decreto, Portaria etc. (SOUZA FILHO, 2018, p. 169).

É exatamente, nesse ponto, que observa-se a fragilidade dos protocolos consultivos. Ainda que hierarquicamente a Convenção 169 da OIT tenha caráter de supralegalidade, o que se mostra no horizonte do direito consultivo dos povos originários é o profundo arbítrio

consagrado no plano da infralegalidade.

Como corrobora-se as arbitrariedades no plano da infralegalidade? Oscar Vilhena Vieira, demonstra como essa atuação se caracteriza e como o Supremo Tribunal Federal teve participação decisiva para defender os valores democráticos da Constituição e evitar uma verdadeira erosão institucional. Assim é caracterizada a infralegalidade autoritária:

O método de Bolsonaro nunca se encaixou perfeitamente naquele classificado como legalismo autocrático (Scheppelle, 2018) nem naquele dito constitucionalismo abusivo (Landau, 2013). **O foco da atuação de Bolsonaro não se deu pela reforma constitucional nem pela promulgação de leis fundamentais contrárias aos valores e regras liberais e democráticas.** Bolsonaro valeu-se de algo que chamamos de **infralegalismo autoritário**. Esse método privilegiou a implementação de uma agenda populista e autoritária **por meio da edição de decretos, nomeações e ações no âmbito administrativo, orçamentário e burocrático, amparadas por pressões parainstitucionais sobre agentes públicos e voltadas para a erosão ou neutralização de diversos direitos e valores estabelecidos pela Constituição de 1988.** (Grifos nossos).

Esse meio de autocracia, trata-se de implodir as bases democráticas e consequentemente os valores dos direitos humanos, endogenamente, ou seja, pela estrutura interna do Estado. É como descreve Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 81):

A erosão da democracia acontece de maneira gradativa, muitas vezes em pequeníssimos passos. Tomando individualmente, cada passo parece insignificante - nenhum deles aparenta de fato ameaçar a democracia. Com efeito, as iniciativas governamentais para subverter a democracia costumam a ter um verniz de legalidade. Elas são aprovadas pelo Parlamento ou julgadas constitucionais por supremas cortes. Elas são adotadas sob o pretexto de diligenciar algum objetivo público legítimo - e mesmo elogiável - , como combater a corrupção, “limpar” as eleições, aperfeiçoar a qualidade da democracia ou aumentar a segurança nacional.

As evidências da prática arbitrária, tem como objetivo, diversos motivos e ambivalências, na maioria das vezes, tais preceitos infralegais, buscam afastar o elemento de cidadania participativa, que como já foi explorado, significa um dos primados dos direitos humanos. Um, dentre vários exemplos, que o STF enfrentou, tem como pano de fundo a tentativa de, por meio de subterfúgios infralegais, realizar a destruição de instituições sociais já solidificadas no ordenamento interno brasileiro.

Em 2022, o tribunal impediu modificações no Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente, do Conselho Nacional da Amazônia Legal e do Comitê Orientador do Fundo Amazônia, declarando inconstitucionais, respectivamente, dispositivos dos decretos n. 10.224/20, n. 10.239/20 e n. 10.223/20 (ADPF 651). Assim como no caso anterior, a maioria dos ministros reconheceu que, **a pretexto de reorganizar a administração, esses decretos frustravam a participação da sociedade civil e dos governadores nesses conselhos.** A fundamentação, porém, foi ainda além do que havia sido estabelecido no julgamento da ADPF 622. **Isso porque o voto da relatora derivou da noção de cidadania e pluralismo político (art. 1-º, incisos ii e v, cf) um princípio da participação popular em instâncias de poder, o que impediria a exclusão da sociedade civil dessas arenas.** Dessa forma, ao longo dos anos, o STF passou de uma proteção apenas dos valores procedimentais da separação de poderes para uma proteção substantiva e material de valores constitucionais (VIEIRA, GLEZER, BARBOSA, 2022, p. 597). (Grifos nossos)

No que corresponde aos princípios de participação e consulta, ratificados pela Convenção 169 da OIT, é possível constatar indícios que o infralegalismo autoritário também atua nas questões envolvendo os direitos humanos dos povos originários.

Em 2021 o Deputado Federal Alceu Moreira, apresentou Projeto de Decreto Legislativo nº 177/2021, que tem como escopo, autorizar o Presidente da República a denunciar<sup>73</sup> a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada pelo Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002, e internalizada pelo Decreto 5.051, de 19 de Abril de 2004.

Segundo o deputado tal projeto tem duas razões: A Convenção nº 169 da OIT seria supérflua, pois, o STF, ao julgar a PET nº 3.388/RR, mais conhecida como Caso Raposa Serra do Sol, teria concluído que a legislação brasileira não precisaria de qualquer complementação, já que a Constituição Federal já disporia de medidas protetivas suficientes aos indígenas e o segundo motivo seria o fato de a Convenção estabelecer rígidos mecanismos de consulta aos povos indígenas sobre o interesse na intervenção em suas terras, as quais representariam, segundo o documento, 12,90% do território nacional, constitui um empecilho ao desenvolvimento do País, que deixaria de atrair investimentos, haja vista a dificuldade de integração de certas unidades da Federação, a exemplo de Roraima –onde se localiza a Terra Indígena Yanomami –, ao sistema elétrico nacional “em razão da quantidade de terras indígenas na região norte, que impedem a chegada de agentes públicos e agentes particulares com competência e capacidade de instalar a infraestrutura necessária” (BRASIL, 2021).

Com essa vulnerabilidade institucional, para auxiliar a aplicação dos protocolos consultivos e consequentemente enquadrar a Convenção 169 da OIT na moldura dos princípios de justiça de John Rawls, faz-se necessário um paradigma decisório, sob manto vinculante de uma sentença jurídica. Para isso, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos<sup>74</sup>, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos se sobressai na construção de um modelo robusto para o direito consultivo dos povos originários.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judicial autônoma

---

<sup>73</sup> O Estado é originalmente livre de compromissos tópicos: tal o princípio da tabula rasa, segundo o qual toda soberania nascente encontrará diante de si um espaço vazio de obrigações convencionais, preenchendo-o à medida que livremente se ponha, desse momento em diante, a celebrar tratados. Parece bastante lógico que, onde a comunhão de vontades entre governo e parlamento seja necessária para obrigar o Estado, lançando-o numa relação contratual internacional, seja suficiente a vontade de um daqueles dois poderes para desobrigá-lo por meio da denúncia (REZEK, 2011, p. 142).

<sup>74</sup> O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) tem como objetivo promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas que habitam ou que se encontram sujeitas à jurisdição dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Tais Estados adotaram uma série de instrumentos que consagram e protegem os direitos humanos e criam dois órgãos destinados a salvaguardá-los: a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). O marco normativo do SIDH constitui-se da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Declaração Americana), ambos de 1948, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Convenção Americana), de 1969, e de uma série de protocolos e convenções adicionais<sup>1</sup>. O alcance de tais instrumentos se complementa com as sentenças da Corte IDH (CERQUEIRA, GARZÓN, 2023, p. 215).

responsável pela aplicação e interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. É composta por sete membros que exercem suas funções a título pessoal e são eleitos pelos Estados parte da Convenção Americana, por um período de seis anos, com a possibilidade de reeleição por um período adicional. Os candidatos a serem membros da Corte devem ser juristas da mais alta autoridade moral e de reconhecida competência no campo dos direitos humanos. De acordo com a Convenção Americana, a Corte tem dois tipos de competência, a competência consultiva<sup>75</sup> e a competência contenciosa<sup>76</sup> (PATIÑO, 2018, p. 65).

Portanto, com a finalidade de concretizar um paradigma decisório, que dê suporte ao enquadramento desse elemento a ideia de justiça como equidade, a Corte-IDH, sentenciou no ano de 2020, o caso *Lhaka Honrat (Nuestra Tierra) vs Argentina*, servindo de experimento teórico para justificar e fundamentar a aplicação de uma teoria da justiça a erradicar as desigualdades históricas voltadas às comunidades indígenas.

### 3.3 O CASO *LHAKA HONRAT (NUESTRA TIERRA)* vs ARGENTINA COMO PARADIGMA DECISÓRIO DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS

Ao fazer uma síntese, das várias decisões da Corte-IDH sobre o direito consultivo de participação dos povos originários, tem-se, uma das mais emblemáticas decisões, o caso *Lhaka Honrat (Nuestra Tierra) vs Argentina*, além de ratificar os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, (DESCs), também solidificou a consulta, livre, prévia e informada da Convenção 169 da OIT como princípio geral dos Direitos Humanos.

O caso *Lhaka Honrat (Nuestra Tierra) vs Argentina*, trata-se de reivindicações e alegações de comunidades indígenas pertencentes as cidades *Wichí* (Mataco), *Iyjawaja* (Chorote), *Komlek* (Toba), *Niwackle* (Chulupí) e *Tapy'y* (Tapiete), com suas propriedades dos lotes fiscais 14 e 55, localizadas no semiárido Chaco da província de Salta na Argentina, ao sul do rio Pilcomayo.

---

<sup>75</sup> A Corte, em parecer consultivo, se pronuncia sobre as solicitações formuladas pelos Estados ou pelos órgãos principais da OEA. Os pareceres consultivos são a interpretação autorizada pelo mais alto tribunal do continente sobre o conteúdo dos direitos consagrados na Convenção Americana ou outros instrumentos internacionais de que o Estado é signatário. Os pareceres consultivos devem ser respeitados pelos Estados para que efetivamente cumpram suas obrigações internacionais (PATIÑO, 2018, p. 65).

<sup>76</sup> Corte emite uma sentença na qual determina se o Estado cumpriu ou não suas obrigações internacionais de respeito e garantia dos direitos protegidos pela Convenção Americana. Se o Estado é considerado responsável por uma violação, são determinadas as medidas de reparação para as vítimas. As sentenças proferidas pela Corte Interamericana são vinculantes e de obrigatório cumprimento para os Estados. Além das medidas de reparação que a Corte determina ao Estado, as sentenças contêm normas ou regras que devem ser levadas em conta por outros Estados, já que fixam o alcance e o conteúdo dos direitos protegidos pela Convenção Americana (PATIÑO, 2018, p. 66).

Essas comunidades foram gravemente afetadas pela construção da Ponte Internacional sobre o Rio Pilcomayo, além de uma rede de estradas e edifícios instalados em seu território, bem como sofreram interferências no seu território e modo de vida por conta dessas obras e, principalmente, pela atuação dos agricultores “crioulos” com os quais disputam os espaços necessários à sua sobrevivência (PEÑAFIEL, CALDERA, SÁNCHEZ, 2020, p. 645)

Na linha cronológica das reivindicações da associação *Lkaha Honrat*, que incorpora todas as comunidades mencionadas, tem sua gênese no ano de 1991, quando é apresentada ao governo da Província de Salta um mapa histórico da ocupação tradicional de seu território, incluindo um censo populacional, áreas de uso econômico e uma fundamentação jurídica sobre a sua reivindicação. Em 15 de dezembro de 1991, o Decreto nº 2.609/91 que estabeleceu a obrigatoriedade de Salta sobre o caso, unificou os lotes 14 e 55, contemplando uma superfície sem subdivisões para um título de propriedade única, destinada às comunidades indígenas (CORTE-IDH, 2020).

Um ano depois, em dezembro de 1992, foi instituída formalmente a “Associação de Comunidades Aborígenes de *Lhaka Honhat*” (doravante “*Lhaka Honhat*”), formada por pessoas de diferentes comunidades indígenas, com o objetivo, entre outros, de obter o título da terra.

Em 1993 a Província de Salta criou uma “Comissão Advisor”, que em 1995 recomendou a atribuição de dois terços da superfície dos lotes 14 e 55 para comunidades indígenas, o que foi aceito pelos originários. Em 1995 começou a construção de uma ponte internacional, e em setembro daquele ano a ponte foi ocupada pacificamente por comunidades nativas. Com a referida reivindicação, o então governador de Salta comprometeu-se a emitir um decreto que garantisse a atribuição definitiva do terreno. A ponte foi concluída em 1996, sem desenvolver um processo de consulta com o comunidades indígenas (CORTE-IDH, 2020).

Já em 1998, a associação *Lhaka Honrat*, juntamente com o CELS, *Centro de Estudios Legales y Sociales*<sup>77</sup>, apresentaram uma denúncia diante da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, em face da República da Argentina, sendo declarada sua admissibilidade somente no ano de 2006.

---

<sup>77</sup> O Centro de Estudos Jurídicos e Sociais é uma organização argentina de direitos humanos criada em 1979, durante a última ditadura militar, que promove a proteção dos direitos e o seu exercício efetivo, a justiça e a inclusão social, a nível nacional e internacional. Nos seus primeiros anos, o CELS levou a cabo a luta pela verdade e pela justiça dos crimes cometidos pelo terrorismo de Estado. No final da década de 1980, ampliou sua agenda para as violações de direitos humanos ocorridas na democracia, suas causas estruturais e sua relação com a desigualdade social. As ações do CELS visam consolidar o Estado democrático, influenciar as políticas públicas, ampliar o exercício efetivo de direitos, apoiar as vítimas e buscar justiça. (CELS. Apresentação. Disponível em <https://www.cels.org.ar/web/presentacion/> Acesso em: 15 de abr. de 2024.

Em reunião no dia 14 de março de 2006, os membros da associação *Lhaka Honhat* e representantes de Salta, firmaram um acordado para o reconhecimento aos povos indígenas, de 400 mil ha nos lotes 14 e 55, em um único título. Neste sentido, às comunidades indígenas reduziram sua reivindicação, que antes era 530.000 ha. O mesmo acordo foi firmado em outubro de 2007 entre *Lahka Honhat* e a Organização de Famílias Crioulas. No último mês do corrente ano de 2007, Salta adotou o Decreto 2.786/07, endossando o acordo realizado (CORTE-IDH, 2020).

Em 2012 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos- CIDH emite um informativo em 02/12, concluindo que o Estado Argentino é responsável pelas violações dos direitos de propriedade comunitária dos indígenas, a liberdade de pensamento e expressão, bem como os direitos políticos, recomendando ao Estado que conclua os acordos iniciados em 2007.

Passados mais de 25 anos de lutas e reivindicações a CIDH, decide elevar o caso *Lhaka Honrat* a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH, em virtude das postergações do Estado Argentino em relação as medidas já imputadas.

Desta maneira, em 6 de fevereiro de 2020, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu uma Sentença, através da qual, declarou a responsabilidade internacional da República Argentina, pela violação de direitos humanos de 132 comunidades indígenas que vivem em dois lotes, anteriormente conhecidos como “lotes fiscais 14 e 55”, localizados no Departamento de Rivadavia, nordeste da província de Salta, nos limites com Paraguai e Bolívia. A terra era formalmente propriedade do Estado e, ao todo, possui uma área de cerca de 643 mil hectares (PEÑAFIEL, CALDERA, SÁCHEZ, 2020, p. 645).

O que de fato, torna a sentença do caso *Lhaka Honrat*, um importante paradigma para a ratificação da participação dos povos originários, fixando balizas para uma cidadania integral das comunidades indígenas?

O fato inovador, em especial sobre o prisma da cidadania indígena, é que os direitos sociais conclamados na referida sentença estão umbilicalmente ligados a efetiva participação do direito a consulta livre, prévia e informada, estabelecida na Convenção 169 da OIT.

A grosso modo, a decisão: 1) reafirma seus precedentes sobre a propriedade indígena e especifica quais são as obrigações do Estado necessárias para garantir o direito à propriedade comunitária; 2) reconhece expressamente que a CADH inclui a proteção do direito a um ambiente saudável; 3) reconhecimento igual do “direito à alimentação adequada” e do “direito humano à água”; 3) reafirma e desenvolve o direito fundamental à identidade cultural dos povos indígenas (como parte do direito comum “a participar na vida cultural”); 4) **desenvolve o direito dos povos indígenas à participação (consulta) em relação ao direito à propriedade indígena em projetos**; 5) detalha o alcance do direito às garantias e proteção judiciais; e 6) quanto ao tratamento das fontes por o próprio Tribunal: (i) aborda a obrigação de

desenvolvimento progressivo, à luz do artigo 26 da CADH, o princípio da interdependência de direitos, afirma o seu carácter vinculativo e estabelece diversas normas; (ii) reafirma a sua hermenêutica, o que implica vantagens e riscos, como veremos. (Grifos nossos).

Em que pese, as críticas indicarem que a sentença do caso *Lhaka Honrat*, tem um conteúdo de ativismo judiciário, ao promover e ampliar o rol protetivo do artigo 26<sup>78</sup> da Convenção Americana dos Direitos Humanos – CADH, tomando por base, a proteção de um meio ambiente saudável, sublinhada pelos contornos da Opinião Consultiva<sup>79</sup>, ou, OC-23/17<sup>80</sup>, solicitada pela República de Colombia, tal observação não se sustenta no plano prático, tendo em vista, a premissa do princípio consultivo dos povos originários respaldar integralmente todos os direitos sociais patenteados na paradigmática sentença.

A manifestação do direito à consulta, no dispositivo da sentença do caso *Lhaka Honrat (Nuestra Tierra) vs Argentina*, demonstra que a Corte-IDH, referendou um princípio geral dos Direitos Humanos dos povos originários, consignado pela primeira vez no caso *Kichwa de Sarayaku vs. Equador*.

Para Daniel Cerqueira (2023, p. 218), a Corte-IDH, em relação a consulta livre, prévia e informada, permeia a aplicação integral do conjunto de direitos reconhecidos aos povos indígenas, autóctones e tribais, nos diferentes instrumentos de direitos humanos ratificados e aprovados pelos Estados membros da Organização dos Estados Americanos - OEA. Dita afirmação foi desenvolvida pelo tribunal interamericano no caso do povo indígena *Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, onde a Corte explicita os elementos que caracterizam a consulta livre, prévia e informada como princípio geral de direito internacional:

161. Em outras oportunidades, este Tribunal salientou que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem de acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida do momento. Essa interpretação evolutiva é compatível com as regras gerais de interpretação estabelecidas no art. 29 da Convenção Americana, bem como na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Nesse sentido, esta Corte tem afirmado que, **ao interpretar um tratado, não só se levam em conta os acordos e instrumentos com ele formalmente relacionados (art. 31.2 da Convenção de Viena)**, mas também o sistema no qual se inscreve (art. 31.3 do mesmo instrumento). Este Tribunal tem considerado também que poderia “abordar a interpretação de um tratado sempre que esteja diretamente implicada a proteção dos direitos humanos num Estado membro do Sistema

<sup>78</sup> Artigo 26. Desenvolvimento progressivo - Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

<sup>79</sup> Os Pareceres Consultivos são um parâmetro obrigatório para o controle de convencionalidade e cumprem uma importante função preventiva, como guia a ser utilizada pelos Estados, para o respeito e a garantia dos direitos humanos nas matérias objeto de pronunciamento por parte da Corte -IDH.

<sup>80</sup> *Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la convención americana sobre derechos humanos.*

Interamericano”, mesmo que esse instrumento não tenha origem no mesmo sistema regional de proteção. (...)

**166. A obrigação de consultar as comunidades e povos indígenas e tribais sobre toda medida administrativa, ou legislativa**, que afete seus direitos reconhecidos na legislação interna e internacional, bem como a obrigação de assegurar os direitos dos povos indígenas de participar das decisões dos assuntos que digam respeito a seus interesses, **está em relação direta com a obrigação geral de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção (art 1.1)**. Isso implica o dever de organizar, adequadamente, todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos. O acima exposto implica a obrigação de estruturar as normas e instituições de modo que a consulta às comunidades indígenas, autóctones, nativas, ou tribais, possa ser realizada, efetivamente, em conformidade com as normas internacionais na matéria. Desse modo, os Estados devem incorporar essas normas aos processos de consulta prévia, de maneira a gerar canais de diálogos sustentados, efetivos e confiáveis com os povos indígenas nos procedimentos de consulta e participação por meio de suas instituições representativas. (Povo Kichwa de Sarayaku vs. Equador, 2012, §§ 161 e 166 – grifos nossos.) (CERQUEIRA, GARZÓN, 2023, p. 218-219).

Assim, o caso *Lhaka Honrat (Nuestra Tierra) vs Argentina* de 2020, repercute o contexto de toda jurisprudência da Corte-IDH, especialmente, no que tange ao direito de consulta dos povos originários. Dentre os julgados que tem como afirmação da consulta livre, prévia e informada, Daniel Cerqueira, (2023, p.216), indica cinco sentenças publicadas pelo tribunal interamericano: 1) caso do povo *Saramaka vs. Suriname* (2007); 2) caso do povo indígena *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012); 3) caso da comunidade *Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras* (2015); 4) caso da comunidade *Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras* (2015); e 5) caso dos povos *Kaliña e Lokono vs. Suriname* (2015).

Consubstanciando a construção jurisprudencial do referido tribunal, ficou assim a interpretação da sentença do o caso *Lhaka Honrat (Nuestra Tierra) vs Argentina*:

*B.2 Conclusión 30. Por lo dicho, la Corte, evacuando la solicitud de interpretación presentada por los representantes de las víctimas, precisa lo que sigue: las medidas que debe adoptar el Estado, en los términos ordenados por el punto resolutivo 15 y el párrafo 354 de la Sentencia, deben ser aptas para posibilitar medios adecuados de reclamación y reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena, en una forma que dote de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria, considerando los diversos aspectos que integran ese derecho, y de los que la Sentencia da cuenta, de acuerdo a sus párrafos 93 a 98, 115 y 116; entre ellos, la “garantía de la participación efectiva” de comunidades indígenas, mediante la consulta previa, libre e informada, de conformidad con las consideraciones efectuadas en la presente Sentencia de Interpretación<sup>81</sup> (CORTE-IDH, 2020). (Grifos nossos)*

<sup>81</sup> Pelo exposto, a Corte, dispensando o pedido de interpretação apresentado pelos representantes das vítimas, especifica o seguinte: as medidas que o Estado deve adotar, nos termos ordenados pelo parágrafo dispositivo 15 e pelo parágrafo 354 da Sentença, deve ser adequada para permitir meios adequados de reivindicação e reconhecimento da propriedade comunitária indígena, de forma que dê segurança jurídica ao direito à propriedade comunitária, considerando os diversos aspectos que compõem esse direito, e dos quais a Sentença dá conta, de acordo aos seus parágrafos 93 a 98, 115 e 116; entre eles, a “garantia[da] participação efetiva” das comunidades indígenas, por meio de consulta prévia, livre e informada, de acordo com as considerações feitas nesta Norma Interpretativa. (Tradução Livre).

Irradiar os efeitos do caso *Lhaka Honrat (Nuestra Tierra)*, para o campo do direito interno e assim aplicar integralmente o elemento da cidadania participativa no interior da teoria da justiça de John Rawls, é o último passo para concretização desse modelo alternativo de efetividade igualitária a que se propõe a presente pesquisa.

Para dar causa a jurisprudência da Corte-IDH, quanto ao direito de participação dos povos originários, sobreleva destacar, que o cenário dos direitos humanos no Século XX, tem buscado diferentes modelos e formas para consagrar os valores universais de proteção aos seres humanos. Existe em curso, uma ressignificação dos preceitos de direitos humanos e direitos fundamentais, corporificados respectivamente na seara do direito internacional e do direito constitucional.

Na relação entre essas camadas ressignificam-se as estruturas internas e internacionais de proteção. Avulta, assim, o pluralismo como moldura desse novo espaço. Pluralismo que no plano interno não reconhece apenas a autoridade estatal na delimitação dos sentidos da constituição. E, no, plano internacional, superando-se as velhas discussões entre monismo e dualismo, que hoje parecem fazer pouco ou nenhum sentido, pretende conceber diversas ordens sem hierarquia, integradas numa coexistência de reforço mútuo formando um ordenamento plural e múltiplo. Neste novo espaço não há mais que se definir hierarquias – ao revés, é imprescindível a superação do discurso de prevalência de uma ordem sobre a outra. Forma-se, assim, uma rede, de vários planos, localizados em diversos níveis, que se alimentam e limitam reciprocamente. Daí a expressão multinível (FACHIN, 2020, p. 56-57).

Aqui, tem-se a promoção de um novo modelo constitucional, baseado no pluralismo e especialmente no diálogo, formando o constitucionalismo multinível, lastreado por uma dimensão dialógica, compreendida como exercício de alteridade e cooperação em que os sujeitos refletem entre si (FACHIN, 2020, p. 57).

Nessa linha, especificamente sobre o diálogo de Cortes, André de Carvalho Ramos (2013, p. 22), insiste que as demandas sobre direitos humanos precisam ter uma internacionalização de sua interpretação: “Por isso, sempre sustentei em meus livros e artigos que não é suficiente ratificar e incorporar tratados de direitos humanos ou ainda defender seu estatuto normativo especial (supralegal ou mesmo constitucional). É necessário aceitar - em sua integralidade – a consequência da internacionalização dos direitos humanos, que vem a ser o acatamento da interpretação internacional sobre esses direitos”.

Assim, o autor adere a uma proposta de diálogo entre as Cortes, uma vez que ambas – STF e Corte Interamericana de Direitos Humanos – cumprem a mesma missão de assegurar o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais (RAMOS, 2013, p. 25)

E vai além, formula como essa integralização das Cortes, (STF e Corte-IDH) deve se efetivar na prática:

Sugiro os seguintes parâmetros, que devem constar da fundamentação da

interpretação de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema: **1) a menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema; 2) a menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo Tribunal; 3) a menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais de direitos humanos aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil; 4) o peso dado aos dispositivos de direitos humanos e a jurisprudência internacional** (RAMOS, 2013, p. 38). (Grifos nossos).

Dando deferência as postulações de um constitucionalismo multinível e a afirmação do diálogo entre Cortes, o próprio sistema de justiça brasileiro, através do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, aprovou Recomendação Nº 123 de 07/01/2022, que tem como objetivo:

Art. 1ª Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário: **I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.** II – a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral (CNJ, 2022). (Grifos nossos).

Por fim, para além de uma discussão teórica, vislumbra-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5905, sobre relatoria do Ministro Luiz Fux, que discute a exigência de consulta prévia às populações indígenas sobre planos e projetos que as afetem diretamente, como instalação de equipamentos de transmissão e distribuição de energia elétrica, redes de comunicação e estradas.

Amparado pela pertinência temática, apontada pelo art. 103, V, da CF de 1988<sup>82</sup>, a governadora do Estado de Roraima, Maria Suely Campos, propôs a referida ação constitucional com a finalidade de suspender a eficácia do art. 6º, 1 a), art. 15, 2, art. 13,1 e 2, art. 14, 1 e 2, bem como todos procedimentos administrativos e judiciais que tenham por finalidade, causa de pedir e pedido ampliar e demarcar terras indígenas (ADI - 5905, 2018).

Busca-se no mérito, entre outros motivos, basear seu pedido na insegurança jurídica, por ser, segundo as alegações do Estado na ADI 5905, o direito a consulta livre, prévia e informada um conceito jurídico indeterminado. Ainda, sobre mesmo pensamento, coloca em dúvida a efetividade na consulta, tendo em vista às centenas de comunidades indígenas espalhadas em locais de difícil acesso, ou seja, credita-se sua fundamentação em um conteúdo genuinamente econômico.

A citada ADI 5905, ainda não tem julgamento pautado no momento em que estas linhas são escritas, contudo, diante de toda fundamentação pautada em uma teoria de justiça de

---

<sup>82</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

John Rawls, que estrutura um robusto arcabouço cognitivo, para eliminar as históricas desigualdades sociais dos povos originários e a implementação da cidadania integral, por meio da Convenção 169 da OIT, a presente pesquisa, apresenta-se não como solução, mas como alternativa a influenciar os debates da cidadania ou mesmo, futuras demandas que possuam como eixo central, a participação efetiva dos povos originários, em processos decisórios fundamentais para a manutenção e afirmação de seus direitos humanos.

## CONCLUSÃO

Construir uma fundamentação para aplicação dos Direitos Humanos, certamente não é uma novidade em termos teóricos. Diversas obras, sinapses, resenhas, ensaios e compêndios trazem em seu conteúdo doutrinário, substanciais embasamentos sobre a temática de proteção aos seres humanos. No entanto, embutir a fundamentação do direito em termos gerais a uma cronologia histórica, sob o manto de uma teoria da justiça, merece mais atenção.

A pesquisa aqui desenvolvida teve por finalidade e objetivo, introduzir uma teoria da justiça como prática cognitiva a transformar a realidade social, profundamente marcada pelas desigualdades e assimetrias da conjuntura atual.

A temática envolvendo concepções de justiça, ainda na atualidade, tem repercussões mais acentuadas em outras áreas das ciências humanas, apartadas do mundo jurídico. É muito comum o tema da justiça ter uma cadeira, mesmo que em proporção menor, em cursos como história, ciências sociais, economia, ciência política dentre outras. Mas, em que pese, o enfoque da justiça apareça no direito como um mero coadjuvante, na prática, sopesando as ponderações históricas, vilumbra-se um cenário de riquíssima formulação cognitiva, especialmente na seara fundacional do direito.

Partindo de uma divisão entre períodos históricos, observa-se que, em cada Era, existiu em seu contexto, uma determinada “teoria da justiça”. Para estabelecer uma forma de observação da fundamentação do valor do justo, tem-se a ideia de *logos* e *mythos*, sendo o primeiro representante da razão e o segundo de uma ordem transcendental. Assim, logo na Antiguidade, ao sopesar as concepções de justiça, observa-se a razão incorporada na *polis* grega e no *ius* romano, em contraponto a mitologia transcendental integrada na noção de *ecclesia*, ou igreja advinda do mundo hebraico.

Essa dualidade repercutiu em maior ou menor grau em toda a jornada histórica. Na Era Medieval a fundamentação de justiça alicerçou-se em concepções do *mythos*, o que fica bem delimitado em “Cidade de Deus” de Santo Agostinho, onde o reflexo da cidade terrena deve se basear na cidade de Deus transcendental.

Na Modernidade existe uma retomada do *logos* com o advento das noções de Estado, indivíduo e capitalismo. Na Era Contemporânea, já sob influência do iluminismo do Século XVIII, o *logos* é a força motriz que impulsiona significativas mudanças na realidade social. A Independência Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789, tem impacto significativo nos moldes de uma teoria da justiça, lançando as bases de toda estrutura normativa do ocidente.

No Século XIX, a razão mantém seu protagonismo, entretanto a teoria da justiça, começa a perder seu realce devido ao cientificismo histórico que influenciou demasiadamente a codificação do direito. Portanto, vislumbra-se um afastamento das noções de direito e justiça, sendo faces diferentes da mesma moeda.

Esse modelo colocou a temática da justiça voltada a uma esfera metafísica, e o direito com sua positivação, firmou essa característica até os eventos decisivos na primeira quadra do Século XX. O totalitarismo e as duas Guerras Mundiais, implodiram toda estrutura normativa arquitetada até então. As barbáries desse período tiveram relevo substancial na refundação de uma nova estrutura normativa global.

É exatamente nesse contexto, que na segunda metade do Século XX, John Rawls lança sua obra seminal “Uma Teoria da Justiça” e reintroduz a temática da justiça no palco das discussões sobre direito, especialmente, em uma fundamentação que ampare as instituições sociais a buscar e reparar as disfuncionalidades causadas pelas desigualdades sociais e assimetrias históricas.

Portanto, no pós guerra, sob o estofado de uma nova estrutura social, jurídica e econômica, as ideias de direitos humanos e uma teoria da justiça aparecem como a vanguarda teórica em uma sociedade altamente plural e difusa, repercutindo seus efeitos nos mais diferentes contextos, quais, sejam, guerras, migrações, discriminação de todos os gêneros e especialmente nas desigualdades sociais e econômicas.

No contexto da presente pesquisa, buscou-se aglutinar a teoria da justiça de John Rawls aplicado aos direitos humanos dos povos originários para corrigir as desigualdades históricas das populações indígenas no interior da sociedade brasileira.

As desigualdades refletidas nos povos originários, perpassa integralmente toda a história do Brasil, como Colônia, Império e República. Na prática da realidade social e na abstração do pensamento coletivo, firmou-se a ideia de um assimilacionismo potente, que influenciou a maneira como os demais membros da sociedade, pensam e agem em detrimento das questões indígenas.

Toda Nação, parte de um ideário nacional, e na gênese dessa formulação, ainda sob um manto literário, pode-se observar, qual é a representação feita de uma personagem indígena como feito por José de Alencar em “O Guarani”, sendo o índio Peri, absolutamente integrado ao modo de vida do colonizador. Retrato fiel, da ordem social que prefigura a ideia da superioridade do conquistador, passando uma clara noção de assimilação.

Sob o enfoque da construção de um ideal de nação e para a nação, os principais interpretes do Brasil, ratificam em seus ensaios e obras, fielmente o que a realidade ressoava,

quanto a temática indígena. Sergio Buarque de Holanda e Gilberto Freyre retratam os índios como “crianças grandes” e inapropriados para o trabalho, que tem por base o modo de produção capitalista já proliferado nas décadas de 20 e 30 do Século XX, de onde refletem a análise sobre o tema indígena. Florestan Fernandes e Darcy Ribeiro, revelam a violência que os povos originários foram submetidos, tendo Darcy estabelecido a ideia de transfiguração étnica, ou seja, a absorção total da sociedade mais avançada sobre a sociedade com menos força.

Sobre o ponto de vista legal e normativo o princípio assimilatório e integracionista sai da análise sociológica e converte-se na concretude das leis. Sopesando o conteúdo jurídico interno, percebe-se que a vulnerabilidade dos povos originários sempre foram mantidas, mesmo com o corpo legislativo oferecendo alguma proteção unicamente territorial às populações indígenas em todo contexto histórico. Do Brasil Colônia ao Brasil República, retratados normativamente pelo Alvará Régio de 1680, do Brasil Colônia, A Lei Pombalina, de 1755, a Lei de Terras, de 1850, nas Constituições de 1934, 1937 (art. 129); 1946 (art. 154); 1967 (art. 186); Emenda nº1/1969 (art. 198), todos eles não foram eficientes em ratificar a emancipação social dos povos originários.

Assim, por meio de uma investigação histórica, evidenciou-se, qual a motivação da não emancipação integral dos povos originários e qual a origem dessa desigualdade mantida por séculos. Através das concepções de cidadania de T. H. Marshall e José Murilo de Carvalho, denota-se na construção integral do conceito de cidadania, após detida análise, um *déficit* de participação das populações indígenas na construção de seus próprios interesses, o que repercute no não aperfeiçoamento dos direitos humanos dos povos originários.

A cidadania tem fundamental importância na construção dos direitos humanos, tendo Hannah Arendt ressignificado a noção de cidadania para um alcance muito mais abrangente, ou seja, “cidadania é o direito a ter direito”. Nesse sentido, esses direitos na visão de T. H. Marshall representam, em uma ordem escalonada e lógica, a junção dos direitos civis, políticos e sociais.

Ao fazer sua crítica ao modelo de Marshall, José Murilo de Carvalho, faz aclarar a consistente ideia de assimetrias dos povos indígenas quanto a sua falta de participação nos processos decisórios envolvendo temas de seu essencial interesse. O Autor não revela propriamente essa disfuncionalidade em relação aos povos originários, no que tange ao exercício de sua cidadania. O que é revelado na robusta escrita do historiador é a clareza da inversão da ordem manifestada por Marshall, cristalizando o protagonismo dos direitos sociais frente aos direitos civis e políticos.

Nesse sentido, percebe-se-se que a desigualdade histórica dos povos originários,

passa pela falta de participação nos temas essenciais a sua própria causa. Feito o diagnóstico, ao passar para o antídoto, resgata-se uma teoria da justiça, até então esquecida, porém redescoberta após a segunda Guerra Mundial. Busca-se portanto, enquadrar o *status* de uma cidadania desigual dos povos originários dentro da moldura de uma justiça como equidade de John Rawls.

John Rawls formulou sua teoria da justiça baseada na ideia central do contrato social. Diferentemente de seus antecessores, Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, o pensador contemporâneo não tem a pretensão de fundar um modelo de sociedade. Ele utiliza as premissas do contrato social para construir a justificativa de princípios de justiça a agir dentro da estrutura básica, com fins de rebater o utilitarismo, colocando a prioridade o justo sobre o bem.

Munido de elementos inovadores, Rawls sintetiza: Indivíduos livres e racionais, em uma posição original, sob o véu da ignorância, escolheriam dois princípios de justiça, quais sejam, liberdades iguais para todos e as desigualdades seriam aceitas somente para beneficiar os menos favoráveis, sendo este princípio delimitado como princípio da diferença.

Nessa equação jurídico-principiológica, é necessário enquadrar elementos normativos que sublinhem o ideal de igualdade dentro da estrutura jurídica. Sob outros grupos sociais, evidencia-se que mecanismos de ajustes igualitários são oferecidos dentro do arcabouço constitucional brasileiro, como exemplo, tem-se o plebiscito, referendo, conselhos deliberativos, orçamento participativo, sindicatos entre outros.

Para inserção de um mecanismo de igualdade social, especialmente na temática indígena, recorreu-se ao Sistema Internacional dos Direitos Humanos. Com o advento da Organização das Nações Unidas – ONU, em 1948, diplomas internacionais de proteção aos seres humanos passaram a ter ressonância no sistema domésticos de direitos. Sob a plataforma dos direitos indígenas, partir da Convenção 107 da OIT, que veio a ser substituída pela Convenção 169 da OIT em 1989, avançando para a Declaração Internacional de Direitos Humanos das Populações Indígenas em 2007 e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas em 2016, o que se compatibiliza em todos esses documentos é a perspectiva de uma participação efetiva dos povos originários dentro de sua realidade social. O que foi negligenciado no plano interno das instituições brasileiras foi construído no arcabouço do direito internacional.

Não obstante, todos os diplomas têm sua importância na construção de uma cidadania participativa, a Convenção 169 da OIT, tem seu protagonismo em virtude de ter sido incorporada ao direito pátrio. O referido diploma internacional de direitos humanos tem

como diretriz o princípio da não-discriminação descritos nos artigos 3, 4, 20 e 24, a afirmação do direito dos povos indígenas à propriedade e à posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam, arts. 14 e 18, o direito ao respeito a sua integridade, suas culturas e instituições, arts. 2, 5 e 7 e o direito a determinar sua própria forma de desenvolvimento (art. 7).

Assim, a Convenção 169 da OIT, encaixa-se como predicado da teoria da justiça de Rawls, como mecanismo de correção das assimetrias sociais, especialmente na cidadania participativa, que historicamente foi elemento distante no horizonte dos direitos humanos dos povos originários.

Por fim, para dar uma robustez vinculante as diretrizes participativas da Convenção 169 da OIT, o caminho oferecido pela presente pesquisa foi o fortalecimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não obstante, aos excepcionais instrumentos dos protocolos comunitários de consulta, observou-se que para sua configuração, existem algumas vulnerabilidades sistêmicas, como o infralegalismo autoritário.

Para auxiliar e não rechaçar a ideia dos protocolos de consulta, vislumbra-se a criação ou mesmo aplicação de uma força vinculante advinda das sentenças sobre casos que solidiquem os princípios consultivos da Convenção 169 da OIT. Para isso a decisão paradigmática do caso *Lhaka Honrat (Nuestra Tierra) vs Argentina* funciona nessa construção teórica e argumentativa como modelo a ser utilizado para reverberar o direito a consulta livre, prévia e informada na estrutura jurídica do ordenamento brasileiro.

Além de inovar, ampliando a força normativa do art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, por meio de uma interpretação da OC-23/17, o caso *Lhaka Honrat (Nuestra Tierra) vs Argentina*, delimita o direito à propriedade comunitária, reconhece expressamente que a CADH inclui a proteção do direito a um ambiente saudável, indica o reconhecimento igual do “direito à alimentação adequada” e do “direito humano à água”, reafirma e desenvolve o direito fundamental à identidade cultural dos povos indígenas como parte do direito comum “a participar na vida cultural” e repercute o direito dos povos indígenas à participação (consulta) em relação ao direito à propriedade indígena como um princípio geral dos direitos humanos.

Na vanguarda do pensamento constitucional, reverbera-se uma ressignificação das fontes dos direitos humanos, a velha ideia de monismo e dualismo, tem cada vez mais deixado o horizonte prático de aplicação das normas, em especial no que refere-se aos direitos fundamentais e direitos humanos. Desta forma, para dar convergência a força vinculante das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a ideia de um constitucionalismo multinível, mostra-se inteiramente compatível na concretização universalizante da aplicação

dos direitos humanos.

A ideia de diálogo, especialmente o diálogo institucional proporcionado entre as jurisprudências da Cortes, denota-se uma tendência para ratificar o conteúdo multinível de uma inovadora ordem constitucional no novo Século. Isso fica evidente, no próprio sistema brasileiro, quando o CNJ, amparado pelo espírito de seu tempo, votou a Recomendação nº 123 de 07/01/2022, que institui ao Poder Judiciário pátrio a observância dos Tratados e Convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para resolução de demandas no plano do direito doméstico.

Como forma de aplicação concreta das argumentações e construções teóricas da presente pesquisa, buscou-se utilizá-la em contraposição a ADI 5905, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que tem como discussão a exigência de consulta prévia às populações indígenas sobre planos e projetos que as afetem diretamente, como instalação de equipamentos de transmissão e distribuição de energia elétrica, redes de comunicação e estradas.

A referida ADI 5905 foi apresentada pelo Estado de Roraima, e em breve síntese busca não dar efetividade ao direito de consulta livre, prévia e informada dos povos originários, sob a justificativa da falta de segurança jurídica e ineficácia dos protocolos comunitários de consulta.

O conteúdo da referida ADI manifesta um resumo da jornada dos direitos indígenas no Brasil. Prefigura-se, em outras palavras, na pressão advinda do opressor, corporificada na história pelo colonizador e contemporaneamente pelo capital. Na busca por um consenso, invariavelmente deflagra-se uma suavização embalada pela ideia assimilacionista de integração.

Não é demais repetir, o Estado Democrático de Direito do Brasil tem como fundamento a cidadania, e esse valor precisa ser elevado a uma patamar radical de equidade, sem ele, as velhas estruturas ainda terão espaço na ordem pública. Ressignificar uma teoria da justiça que promova a cidadania e os direitos humanos dos povos originários e conseqüentemente fomente a redução das desigualdades históricas é, acima de tudo, a singular contribuição desta pesquisa.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, J. de. **O guarani**. 20. ed. São Paulo: Ática, 1996. (Bom Livro). Disponível em: [https://bds.unb.br/bitstream/123456789/955/1/O%20Guarani\\_%C3%ADntegra.pdf](https://bds.unb.br/bitstream/123456789/955/1/O%20Guarani_%C3%ADntegra.pdf). Acesso em 22 de abril de 2024.

ALMEIDA, R. H. de. **O diretório dos índios: um projeto de “civilização” no Brasil do século XVIII**. Brasília, DF: Editora UnB, 1997.

ALVARÁ RÉGIO. 01-04-1680. In: **Anais da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro: Livro Grosso do Maranhão**, vol.66, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948.

ARENDT, H. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

ARCHER, Richard. **Jim Crow North: the struggle for equality in antebellum new England**. Nova York: Oxford University Press, 2017.

ARMSTRONG, K. **Uma história de Deus: quatro milênios de busca do judaísmo, cristianismo e islamismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ARMSTRONG, K. **Em nome de Deus: o fundamentalismo no judaísmo, no cristianismo e no islamismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

AUSTIN, J. The uses of the study of jurisprudence. In: **The province of jurisprudence determined and the uses of jurisprudence**. Indianapolis, IN: Hackett Publishing Company, 1998.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTIAN, L. et al. **A questão indígena e a flexibilização de direitos no Brasil: ameaças legislativas em um contexto de fragilização política**. Bolsa. Brasília: Ipea, 2023.

BECKER, R. *et al.* **Suprema Corte dos Estados Unidos: casos históricos**. São Paulo: Almeida, 2022.

BERNARDO, L. F. A Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas e os direitos humanos, direitos humanos e socioambientalismo. In: SOUZA FILHO, C.F. M. de e BERGOLD, Raul Cezar (Orgs.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

BÍBLIA, N. T. Evangelho segundo São Mateus. In: **Bíblia Sagrada**. São Paulo - SP: Editora NVI, 2021.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, N. **Dicionário de política I**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BOLONHA, C., ZETTEL, B., RANGEL, H. O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v.18, n.2, p.171-187, dez.2014.

BRASIL. **Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850**. Coleção das Leis do Brasil. 1850. V. 1., P. 307. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim601.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim601.htm). Acesso em 22 de abril de 2024.

BRASIL. **Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928**. Brasília, DF: Diário Oficial da União - Seção 1 - 14/7/1928.

BRASIL. **Constituição (1934)**. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 22 de abril de 2024.

BRASIL. **Constituição (1937)**. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 22 de abril de 2024.

BRASIL. **Constituição (1946)**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 22 de abril de 2024.

BRASIL. **Constituição (1967)**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 22 de abril de 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 1969**. Brasília, 20 de outubro de 1969. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/19601969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 22 de abril de 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21/12/1973. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm) Acesso em: 22 de abril de 2024.

BRASIL. **Assembleia Nacional Constituinte (atas de comissões)**. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/125-anos-da-lei-aurea/florestan-fernandes\\_25051987](https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/125-anos-da-lei-aurea/florestan-fernandes_25051987). Acesso em: 22 de abril de 2024.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 de abril de 2024.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Recomendação Nº 123, de 7 de janeiro 2022**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1519352022011161dda007f35ef.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2024.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 143, de 2002**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-143-20-junho-2002-458771-convencao-1-pl.html>. Acesso em: 24 de abril de 2024.

BRASIL. **Decreto nº 5.051 de 19/04/2004**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/407238/publicacao/15686732>. Acesso em: 24 de abril de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>. Acesso em: 23 de abril de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5905**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=536524>. Acesso em: 23 de abril de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 1.017.365-RG**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 23 de abril de 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Decreto Legislativo n. 177, 2021** apresentado em 27 de abril de 2021. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1999797](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1999797). Acesso em 22 de abril de 2024.

CAMPELLO, L. G. B.; SILVEIRA, V. O da. Cidadania e direitos humanos. **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**/Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito - ano 1, n. 1. (maio de 1998). Juiz de Fora: Editora Associada Ltda, 2011. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/320/248>. Acesso em: 22 de abril de 2024.

CANDIDO, A. **Formação da literatura brasileira: momentos decisivos (1750-1880)**. São Paulo: Livraria Martins, 1959.

CARVALHO, J. M. de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2023.

CARVALHO NETO, P. L. de. **A diferenciação do direito e a teoria imperativista da norma jurídica**. São Paulo: Dissertação de Mestrado (USP), 2007.

CELS - **Centro de Estudios Legales y Sociales**. Presentación, Argentina 2024. Disponível em: <https://www.cels.org.ar/web/presentacion/> Acesso em: 22 de abril de 2024.

CERQUEIRA, D. L. GARZÓN, B. R. Corte IDH. Coletânea e sistematização analítica de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito à consulta e o consentimento livre, prévio e informado de povos indígenas e tribais. In: SILVA, L. A. L. da. et al. (Coord.). **Tribunais brasileiros e o direito à consulta prévia, livre e informada**. São Paulo: ISA - Instituto Socioambiental: Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS), 2023.

CHAUI, M. **O totalitarismo neoliberal**. Anacronismo e Irrupción, Vol. 10, n. 18 (Mayo - Octubre 2020): pp.307-328.

COMPARATO, F. K., 1936- **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname**. Sentença de 28 de novembro de 2007 (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Série C n.º 172. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_por.pdf). Acesso em: 22 de abril de 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Povo Kichwa de Sarayaku vs. Equador**. Sentença de 27 de junho de 2012 (Mérito e reparações). San José (Costa Rica), 2012. Série C n.º 245. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_por.pdf). Acesso em: 22 de abril de 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras**. Sentença de 08 de outubro de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Série C n.º 304. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_304\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf). Acesso em: 22 de abril de 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras**. Sentença de 08 de outubro de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas). Série C n.º 305. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_305\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf). Acesso em: 22 de abril de 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam**. Sentença de 25 de novembro de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas). Série C n.º 309. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_309\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf). Acesso em: 22 de abril de 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-23/17. 2017.Meio Ambiente e Direitos Humanos**. Obrigações Estatais em relação ao meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf). Acesso em: 22 de abril de 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Comunidades Indígenas Miembros De La Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina** Sentencia De 24 De Noviembre De 2020 (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas). Série C n.º 420. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_420\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_420_esp.pdf). Acesso em: 22 de abril de 2024.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo, Saraiva, 2003.

DAVIDSON, J.W. **Uma breve história dos Estados Unidos**. Porto Alegre, RS: L&PM, 2016.

DREMISKI, J. L. LINI, P. A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho. In: SOUZA FILHO, C.F. M. de e BERGOLD, Raul Cezar (Orgs.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. – Curitiba: Letra da Lei, 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Supreme Court of the United States. **Dred Scott v. Sandford**, 320 U.S. (19 How) 393 (1857), Washington D. C, 6 de março de 1857.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Supreme Court of the United States. **Plessy v. Ferguson**, 163 U.S. 537, (1896), Washington D. C, 18 de maio de 1896.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Supreme Court of the United States. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483, (1954), Washington D. C, 17 de maio de 1954.

FACHIN, M. G. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. **Revista Ibérica do Direito**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 53–68, 2021. Disponível em: <https://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26>. Acesso em: 26 abr. 2024.

FERNANDES, F. **A organização social dos Tupinambá**. Brasília: Unb, 1989.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre poder, a liberdade, a justiça e o direito**. São Paulo: Atlas, 2009.

FIORI, J. L. Estado de bem-estar social: padrões e crises. **Revista Physis**. Rio de Janeiro, 7(2): 129-147, 1997.

FORTES, R. O. Os bens primários de John Rawls e as ações afirmativas: reparar as injustiças em direção à igualdade. **Pensando**. Revista de Filosofia Vol. 9, Nº 18, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/pensando/article/download/8210/5030>. Acesso em: 24 de abril de 2024.

FREYRE, G. 1900-1987. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. São Paulo: Global, 2003.

GROFMAN, Bernard. **Legacies of the 1964 Civil Rights Act**. Charlottesville, VA: University Press of Virginia, 2000.

HABERMAS, J. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HARARI, Y. N. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HEEMANN, T. A. Por uma releitura do direito dos Povos Indígenas: do Integracionismo Ao Interculturalismo. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**. 53. Brasília. 109 (1). p. 1-14 / JUL - DEZ 2017.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HEIDEGGER, Martin. **Ciência e pensamento do sentido**: Ensaio e conferências. Petrópolis: Vozes, 2002.

HOBBS, T. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOBBS, E. J., 1917 – **A era dos Extremos**: o breve século XX: 1914 – 1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLANDA, S. B. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HONNETH, A. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2009.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Brasileiro de 2022**. Rio de Janeiro: IBGE, 2022.

IBGE. **Populações indígenas**: unidades da federação. Cartograma 1 – Pessoas Indígenas – 2022. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: [https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\\_Demografico\\_2022/Indigenas\\_Primeiros\\_resultados\\_do\\_universo/Cartogramas\\_2a\\_apuracao\\_20231222/Cartograma\\_01\\_TIs\\_20231222.pdf](https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2022/Indigenas_Primeiros_resultados_do_universo/Cartogramas_2a_apuracao_20231222/Cartograma_01_TIs_20231222.pdf). Acesso em 22 de abril de 2024.

IBGE. **Populações indígenas**: unidades da federação. Cartograma 2 – Pessoas Indígenas – 2022. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: [https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\\_Demografico\\_2022/Indigenas\\_Primeiros\\_resultados\\_do\\_universo/Cartogramas\\_2a\\_apuracao\\_20231222/Cartograma\\_02\\_Pessoas\\_Indigenas\\_2022\\_20231222.pdf](https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2022/Indigenas_Primeiros_resultados_do_universo/Cartogramas_2a_apuracao_20231222/Cartograma_02_Pessoas_Indigenas_2022_20231222.pdf). Acesso em 22 de abril de 2024.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Baccarolla, 2009.

KANTOROWICZ, Ernst H. **Os dois corpos do rei**: um estudo sobre teologia política medieval. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KAUFMANN, R. F. M. **Ações afirmativas à brasileira**: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KENNETH, C. A. STEPHEN, L. J. RANDY, Petersen. Trad. Emerson Justino. **Os 100 acontecimentos mais importantes da história do cristianismo**: do incêndio de Roma ao crescimento da igreja na China. São Paulo: Vida, 2003.

KEROUAC, J. **On the road**: pé na estrada. São Paulo: Brasiliense, 2015.

KISSINGER, Henry. **Ordem mundial** Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

KRENAK, A. **Ideias para adiar o fim do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LE GOFF, J. **A civilização do ocidente medieval!** Bauru, SP: Edusc, 2005.

LEVISTSKY, S. ZIBLATT, D. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, J. G. A ideia de uma sociedade de povos bem-ordenados segundo John Rawls. **Periódicos UFES**. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/sofia/article/download/6445/4705> . Acesso em: 14 de janeiro de 2024.

LOPES, A. M. D. MATTOS, K. R. **O Direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito**. Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006.

LOPES, J. R. de LIMA. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Atlas, 2011.

LOPES, J. R. de L. Aula inaugural. **Revista Faculdade de Direito, USP**, v. 110 p. 907 - 917 jan./dez. 2015. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4532149/mod\\_resource/content/1/LOPES%2C%20J.R.L.%20Aula%20inaugural.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4532149/mod_resource/content/1/LOPES%2C%20J.R.L.%20Aula%20inaugural.pdf). Acesso em: 24 de abril de 2024.

MALLMANN, L.J. A justiça na obra *Ética a Nicômaco* de Aristóteles. **Revista Razão e Fé**, Pelotas, 10(1): 5-16, Jan.-Jun./2008.

MARÉS, Carlos. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá. 1998.

MARQUES, P. M. O Direito Internacional dos Povos Indígenas: ação e memória nativas reconstruindo a agenda internacional. **Revista jurídica da Presidência**, Brasília, Vol. 12, nº98 | Out 2010/Jan 2011.

MARSHALL, T. H. **Cidadania e classe social**. São Paulo: Editora Unesp, 2021.

MARX, K. **O Capital**. v. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

MASCARO, A. L. **Filosofia do direito**. Barueri: Atlas, 2022.

MILESTONE DOCUMENTS. **National Archives**, 2022, Declaration of Independence. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/declaration-of-independence>. Acesso em 22 abr. 2024.

OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional dos direitos civis e políticos**. Assembleia Geral das Nações Unidas, 16 dez. 1966. Disponível em:

<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 23 de abril de 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Assembleia Geral das Nações Unidas, 16 dez. 1966. Disponível em:

<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 23 de abril de 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: ONU, 2008. Disponível em:

[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_dos\\_Povos\\_Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf). Acesso em: 23 de abril de 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, em 22 de novembro de 1969. Disponível em:

[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em 22 de abril de 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração americana sobre os direitos dos povos indígenas**. Santo Domingo, Dominican Republic: OEA, 2016.

Disponível em: [https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND\\_POR.pdf](https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf). Acesso em: 23 de abril de 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 107 da OIT**.

Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações.

Disponível em:

[https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107).pdf). Acesso em: 23 de abril de 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização**

Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011. Disponível em:

[https://webapps.ilo.org/wcmstp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms\\_648863.pdf](https://webapps.ilo.org/wcmstp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_648863.pdf). Acesso em: 23 de abril de 2024.

PATIÑO, M. G. **Manual para defesa dos direitos dos povos indígenas e tribais**.

Washington, D.C: Fundação para o Devido Processo DPLF, 2023. Disponível em:

<https://www.dplf.org/es/resources/manual-para-defender-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-y-tribales-0>. Acesso em: 24 de abril de 2024.

PEÑAFIEL, J. J. F. CALDERA, C. C. SÁNCHEZ, P. P. S. La corte interamericana de derechos humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020). **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 2 p.643-

674, 2020. Disponível em:

<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6764>. Acesso em: 22 de abril de 2024.

PINKER, S. **O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PODCAST INSTITUTO CPFL. John Rawls e o renascimento do liberalismo. Café Filosófico, 18 de março de 2017. **Podcast**. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/6cL9Gnsffsn5Y2J0UEwHnu>. Acesso em: 22 de abril de 2024.

POGGE, T. W. A Brief Sketch of Rawls's Life. In: RICHARDSON, Henry & WEITHMAN, Paul. **Development and Main Outlines of Rawls's Theory of Justice**. (Philosophy of Rawls, Volume 1). New York: Garland Publishing, 1999.

PRODI, P. **Uma história da justiça: do pluralismo dos foros ao dualismo moderno entre consciência e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PUNTONI, Pedro. **A guerra dos bárbaros: povos indígenas e a colonização do sertão nordeste do Brasil, 1650-1720**. São Paulo: HUCITEC/FAPESP/EDUSP, 2002.

RAMOS, A. de, C. O Diálogo das Cortes: o caso da obrigatoriedade do diploma de jornalismo. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **STF e os direitos fundamentais**. Salvador Juspodivm, 2013

RAMOS, A. de C. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAWLS, J. **O Direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, J. **Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, M. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Santa Cruz do Sul, RS: Essere nel Mondo, 2020.

REZEK, J. F. **Direito internacional público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, D. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

ROCASOLANO, M. M.; SILVEIRA, V. O. da. **Direitos Humanos, conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROMITA, A. S. **Direito e Justiça: lucubrações etimológicas (algo fúteis) sobre o princípio da proteção**. Rio de Janeiro, 2013.

- ROUSSEAU, J. J. **O contrato social: princípios do direito político.** São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- SAFATLE, V. **O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.
- SANDEL, M. J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 2014.
- SANDEL, M. J. **A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.
- SANTO AGOSTINHO. **A cidade de Deus.** Parte II. Petrópolis: Vozes, 2001.
- SANTOS, B. S. MARTINS, B. S. Introdução: o pluriverso dos Direitos Humanos. In: SANTOS, B. S. MARTINS, B. S. (organizadores). **O pluriverso dos Direitos Humanos: a diversidade das lutas pela dignidade.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.
- SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SARMENTO, D. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SARMENTO, D. Terras Indígenas, “marco temporal”, indenização e “compensação de terras”: análise crítica do voto do Ministro Alexandre de Moraes no RE nº 1.017.365. **Parecer jurídico.** Rio de Janeiro, 30 de julho de 2023. Disponível em: [https://comissaoarns.org/documents/100/Parecer\\_-\\_marco\\_temporal\\_-\\_voto\\_Alexandre.pdf](https://comissaoarns.org/documents/100/Parecer_-_marco_temporal_-_voto_Alexandre.pdf). Acesso em: 23 de abril de 2024.
- SCHWARCZ, L. M. **Sobre o autoritarismo brasileiro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- SCHÜLER, L. F. Rawls: tempo e estratégia. **Revista Sociedade e Estado**, volume XII, nº 1, Jan./Jun. 1997.
- SEN, A. **The Idea of Justice.** Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SENDRETTI, L. **As críticas à teoria política de Rawls: uma teoria não política da política?** Trabalho preparado para apresentação no VI Seminário discente da Pós-graduação em Ciência Política da USP, de 2 a 6 de maio de 2016. Disponível em: <https://sdpscp.fflch.usp.br/sites/sdpscp.fflch.usp.br/files/inline-files/1652-2209-1-PB.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2024.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituição burguesa.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.
- SILVA, L. A. L. da. GARZÓN, B. R. Introdução. In: SILVA, L. A. L. da. et al.

(Coord.). **Tribunais brasileiros e o direito à consulta prévia, livre e informada**. São Paulo: ISA - Instituto Socioambiental: Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS), 2023.

SILVA, L. A. L. da. MARÉS, C. Los protocolos autónomos de consulta previa desde la experiencia de Brasil: retos para la jusdiversidad. Aporte. **Revista de la Fundación para el Debido Proceso**, nº 22, Septiembre de 2020. Disponível em: <https://www.dplf.org/es/resources/22-el-derecho-la-consulta-previa-libre-e-informada-30-anos-de-la-adopcion-del-convenio-169>. Acesso em: 24 de abril de 2024.

SILVA. S.C., REIS. G.F. Representações de Genserico, rei dos vândalos, nos Panegíricos do aristocrata galo-romano Sidônio Apolinário (século V d. C.). Mundo Antigo. **Revista científica eletrônica**, ano 5, v. 5, nº 10 (Junho, 2016). Disponível em: : <http://www.nehmaat.uff.br/mundoantigo>.

SILVA. W.V.O., Uma breve biografia de John Rawls. **Grupo de pesquisa Ética e Justiça**, 2011. Disponível em: <https://grupoeticaejustica.wordpress.com/textos/uma-breve-biografia-de-john-rawls/>. Acesso em: 15 de novembro de 2023.

SKINNER, Q. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SINGER, A. **Estado e democracia: uma introdução ao estudo da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

SOUZA FILHO, C. F. M. Capítulo VIII Dos Índios. In: CANOTILHO, J. J. G. STRECK, L. L. MENDES, G. F. SARLET, I. W. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

SOUZA FILHO, M. de S. F. Os povos tribais da convenção 169 da OIT. **Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia**, v. 42, n. 3, p. 155–179, 2019. DOI: 10.5216/rfd.v42i3.55075. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075> Acesso em: 26 abr. 2024.

TAVARES, E. Darcy Ribeiro e os povos indígenas: acertos e equívocos. **Revista Rebelo**, v.8, n.1. jan./abr. 2018.

TOCQUEVILLE, A. **A democracia na América**. São Paulo: USP, 1987.

TOMAS DE AQUINO, S. **Suma Teológica** (Vol. 6 – Questões 57 – 122). São Paulo: Loyola. 2005.

TRINDADE, A. A. C. **Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos No Início Do Século XXI**, 2007. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/407490%20cancado%20trindade%20oea%20cji%20%20.d ef.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2024.

URQUIZA, A. H. A. MUSSI, V. P. L. Direito a aprendizagem e o ambiente educacional. In: URQUIZA, A. H. A. GUTIERREZ, J. P. (Orgs.). **Direitos Humanos e Cidadania: desenvolvimento pela educação em Direitos Humanos**. Campo Grande:

MS: UFMS, 2013.

VAINFAS, R. Capitánias Hereditárias. In: VAINFAS, Ronaldo (dir.). **Dicionário do Brasil colonial (1500-1808)**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000.

VIEIRA, O. V.. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo 4(2) | p. 441-464 | jul-dez 2008. Disponível em:  
<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9674/Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Acesso em 15 de novembro de 2023.

VIEIRA, O.V. GLEZER, R. BARBOSA, A. L.P. Supremocracia e infralegalismo autoritário: o comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro. **Novos estudos**, Cebrap, São Paulo, V41n03, 591-605. Set.–Dez. 2022. Disponível em:  
<https://www.scielo.br/j/nec/a/MhZGQpCF7MTNfVF5BFsvrnv/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 24 de abril de 2024.

VIAL, S. R. M. Direito Fraternal na sociedade cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32739-40362-1-PB.pdf#page=119>. Acesso em: 24 de abril de 2024.

VITA, A.de. **O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VITORELLI, E. **Estatuto do Índio**. Bahia: Juspodivm, 2016.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WILENSKI H. L. **The welfare state and equality**. University of California, Press Berkeley, 1975.

XAVIER, Érico Tadeu. Catolicismo: missão e influência no Brasil e no continente latino-americano. **Monumenta**, Revista Científica Multidisciplinar, [S. l.], v. 5, n. 5, p. 56–66, 2023. DOI: 10.57077/monumenta.v5i1.138. Disponível em:  
<https://revistaunibf.emnuvens.com.br/monumenta/article/view/138>. Acesso em: 19 abr. 2024.