

O DIREITO À CONSULTA COMO DIREITO À PARTICIPAÇÃO, OPOSIÇÃO E CONSENTIMENTO

Avanço de pesquisa em curso

GT 10 - Estudos políticos, sócio-jurídicos e institucionais.

Pedro Pulzatto Peruzzo

Resumo:

No presente texto pretendemos analisar os pressupostos para que o direito à consulta prévia às populações tradicionais sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-las diretamente possa ser compreendido como direito à participação, à oposição e ao consentimento. Não pretendemos apresentar nesta oportunidade as saídas para a operacionalização e regulamentação do direito à consulta prévia, mas sim analisar e refletir a respeito dos fatores imprescindíveis para falarmos em consulta prévia e informada como signo de participação, oposição e consentimento, bem como os fatores que atualmente têm obstaculizado a utilização desse direito como garantia de outros direitos, considerando a interdependência dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Consulta, consenso, indígenas.

Introdução

No presente texto pretendemos refletir a respeito do direito à consulta prévia às populações tradicionais sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-las diretamente. Recentemente inúmeros casos de medidas legislativas (no Brasil podemos citar as Propostas de Emendas Constitucionais que versam sobre terra indígena) e administrativas (as hidrelétricas em terra indígena no Brasil e casos levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão de megaprojetos desenvolvimentistas em terras indígenas, como o emblemático caso da Comunidade Saramanka *vs.* estado do Suriname) têm sido implementadas sem a consulta efetiva (prévia, informada e com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas – nos termos dos artigos 6º e 7º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho).

O que pretendemos neste trabalho é analisar os pressupostos para que o direito à consulta possa ser compreendido como direito à participação e à oposição, pois como afirmou Robert Alan Dahl: “Consideramos, então, a democratização como formada por pelo menos duas dimensões: contestação pública e direito de participação”. (DAHL, 1997, p.29)

Nesse sentido, não pretendemos apresentar nesta oportunidade as saídas para a operacionalização e regulamentação do direito à consulta prévia como meio para o consenso, mas sim analisar e refletir a respeito dos fatores imprescindíveis para falarmos em consulta prévia e informada como signo de participação e oposição, bem como os fatores que atualmente têm obstaculizado a utilização desse direito como garantia de outros direitos, considerando a interdependência dos direitos fundamentais.

Participação e oposição

A participação política é um direito consagrado em vários documentos de direitos humanos, podendo ser citado o artigo 25 do Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966 (internalizado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226/1991), o artigo 23, 1º, *a*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (internalizada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27/1992), os artigos 6º e 7º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (internalizada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 143/2002), bem como os artigos 5º, 18 e 23 da Declaração de Direitos dos Povos Indígenas da ONU (ratificada pelo governo brasileiro em setembro de 2007).

O direito a participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos, como consta literalmente no Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tradicionalmente é entendido como direito ao sufrágio (votar e ser eleito) ou ainda de participar do processo legislativo por meio de plebiscito ou referendo. No entanto, essa participação não pode se restringir apenas a essas formas “fechadas” de participação (onde se escolhe entre A ou B).

Muito nos interessa as formas de participação que chamamos “fechadas”, mas antes cumpre esclarecer questão importante sobre participação e oposição como controle do poder. Apenas para situar o debate, utilizaremos a distinção feita por Karl Loewenstein (1965) a respeito das formas de controle do poder, que pode ser tanto horizontal como vertical.

O controle horizontal do poder é dividido em intra-orgânico e interorgânico.ⁱⁱ Ou seja, o controle intra-orgânico é aquele realizado dentro de um mesmo órgão de controle. O controle interorgânico, por sua vez, é aquele controle exercido entre órgãos diferentes, podendo ocorrer pelo Legislativo sobre o Executivo (aprovação de contas), do Executivo sobre o Legislativo (sanção presidencial), do Judiciário sobre o Legislativo ou o Executivo (ações de inconstitucionalidade, mandados de injunção) e vice-versa, bem como do eleitorado sobre os outros poderes.

Essas formas de controle são formas institucionalizadas, com regras específicas e reflexos legais imediatos. No entanto, além dessas formas institucionalizadas, existe outra forma de controle, de natureza difusa. Considerando a natureza difusa e não institucionalizada dessa forma específica de controle social do poder, Loewenstein distingue o controle do poder em horizontal (analisado nos parágrafos anteriores) e vertical. Loewenstein (1965) esclarece:

Our systematical analysis of the process of political power proceeds from the discussion of the horizontal controls that operate either within one and the same power holder (intra-organ controls) or between the several power holders (interorgan controls) to a different type of control instrumentality, here called "vertical controls". By this term are understood those patterns of action and interaction that function between the totality of all instituted power holders - parliament, government, courts, and the electorate - and society as a whole. Seen structurally, horizontal controls pertain to the level of the state machinery; vertical controls, to the level on which the state machinery confronts the society. Expressed graphically or visually, horizontal controls move sideways, vertical controls upward and downward. (p. 285)

Interessa-nos particularmente a explicação de Loewenstein sobre o pluralismo, colocado como sendo os vários interesses em conflito, sendo que o papel do detentor do poder seria harmonizar esse conflito. Os grupos plurais, enquanto pontos de confluência de interesses distintos, mas que se organizam dialogicamente em oposição/direção aos detentores do poder, apresentam como característica central o fato do aumento da eficiência do controle se comparado com o controle exercido por um indivíduo isoladamente. Ainda que essa forma de controle em questão não seja institucionalizada e assuma natureza difusa, Loewenstein (1965) anota que: *The essence of constitutional democracy, on the other hand, is the unfettered participation of the most diversified plural groups in the political process.* (p. 346)

A respeito da participação política, Robert Alan Dahl sugere:

Parto do pressuposto também de que, para um governo continuar sendo responsivo durante certo tempo, às preferências de seus cidadãos, considerados politicamente iguais, todos os cidadãos plenos devem ter oportunidades plenas:

1. De formular suas preferências.
2. De expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva.
3. De ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência. (DAHL, 1997, p.26)

Já que estamos tratando de participação e adotamos a proposta de Robert Dahl que sugeriu como fundamental o direito a expressar as preferências aos concidadãos e ao governo, se justifica a preocupação com a garantia dos movimentos sociais quando estamos tratando de direito à consulta de populações tradicionais que, na história da América Latina, viveram sob circunstâncias de colonialidade do poder, ou seja, sob imposições em detrimento de diálogos. Muitas vezes são os movimentos sociais, em sua natureza difusa e não institucionalizada, os responsáveis pela organização das pautas políticas envolvendo populações indígenas.

Essa forma de circulação livre de ideias constitui tema de atenção da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas. Em *Três modelos normativos de democracia*, Habermas analisa a concepção liberal e a republicana de democracia e desenvolve uma concepção procedimental de política deliberativa apostando na comunicação como meio de criação de consensos. Apontando para o fato de que a diferença essencial entre a concepção liberal e a republicana reside no papel do processo democrático, Habermas diz:

Segundo a *concepção liberal* o processo democrático cumpre a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, entendendo-se o Estado como o aparato de administração pública e a sociedade como o sistema, estruturado em termos de uma economia de mercado, de relações entre pessoas privadas e do seu trabalho social. A política (no sentido da formação política da vontade dos cidadãos) tem a função de agregar e impor os interesses sociais privados perante um aparato estatal especializado no emprego administrativo do poder político para garantir fins coletivos. Segundo a *concepção republicana* a política não se esgota nessa função de mediação. Ela é um elemento constitutivo do processo de formação da sociedade como um todo. A política é entendida como uma forma de reflexão de um complexo de vida ético (no sentido de Hegel). Ela constitui o meio no qual os membros de comunidades solidárias, de caráter mais ou menos natural, se dão conta de sua dependência recíproca (...). Para a prática da autodeterminação cidadã supõe-se uma *base de sociedade civil* autônoma, independente tanto da administração pública como do intercâmbio privado, que protegeria a comunicação política da absorção pelo aparato estatal ou da assimilação à estrutura do mercado. Na concepção republicana o espaço público e político e a sociedade civil como sua infraestrutura assumem um significado estratégico. Eles têm a função de garantir a força integradora e a autonomia da prática de entendimento entre os cidadãos. (...) (HABERMAS, 1993)

Bastante importante é a análise do processo político liberal, especialmente no momento em que Habermas flagra a ação estratégica na disputa entre atores coletivos. O êxito dessa disputa é determinado, na concepção liberal, pelo número de votos obtidos em eleições nas quais os eleitores manifestam suas preferências. Habermas (1993) diz: “Suas decisões de voto têm a mesma estrutura que as escolhas orientadas para o êxito dos participantes de um mercado. Esses votos permitem a busca por posições de poder, que os partidos políticos disputam entre si adotando uma atitude semelhante de orientação para o êxito”. Essa

concepção que privilegia mais a barganha do que o argumento tem a ver com a ideia habermasiana de ação estratégicaⁱⁱⁱ.

Já na concepção republicana, a formação da opinião e da vontade política no obedece a uma estrutura de comunicação pública orientada para o entendimento. Com Habermas (1993): “O paradigma da política no sentido de uma autodeterminação cidadã não é o mercado e sim o diálogo”. Apesar de reconhecer vantagens no modelo republicano, Habermas (1993) também aponta para uma desvantagem desse modelo:

(...) Vejo sua desvantagem no idealismo excessivo que há em tornar o processo democrático dependente das virtudes de cidadãos orientados para o bem comum. Mas a política não se constitui somente, e nem mesmo primariamente, de questões relativas à autocompreensão ética dos grupos sociais. O erro consiste em um *estreitamento ético dos discursos políticos*.

Antônio Cavalcanti Maia (1997) ao comentar esses modelos de democracia também frisa a limitação da concepção republicana que pressupõe excessiva dependência dos *laços de pertença étnicos e culturais*^{iv}. Diante dessa constatação, Habermas propõe a ideia da política deliberativa que leva em conta a pluralidade de formas de comunicação nas quais uma vontade comum pode se formar, (...) *não somente pela via de uma autocompreensão ética, mas também mediante o equilíbrio de interesses e compromissos, mediante a escolha racional de meios com respeito a um fim, mediante justificações morais e exames de coerência jurídicos*. (Habermas, 1993)

Ainda com Habermas (1993):

O terceiro modelo de democracia, que eu gostaria de defender, apóia-se precisamente nas condições de comunicação sob as quais o processo político pode ter a seu favor a presunção de gerar resultados racionais, porque nele o modelo e o estilo da política deliberativa realizam-se em toda a sua plenitude.

Considerando essa perspectiva habermasiana, podemos passar à análise daquilo que chamamos formas “fechadas” de participação, ou seja, instrumentos de participação onde apenas se escolhe entre A ou B, como ocorre no voto, no plebiscito ou no referendo que, retomando a ideia habermasiana, podem ser participações passíveis de serem reduzidas a um processo de mera barganha (ao invés de um processo de diálogo).

Sem dúvida alguma, a oportunidade de uma comunidade indígena escolher uma entre duas ou três propostas é melhor do que simplesmente não ter a oportunidade de escolher; no entanto isso não representa participação e oposição.

Participar da vida pública do país significa formular e expressar preferências, daí a necessidade de ampla garantia do direito à liberdade de associação e de manifestação de pensamento (comunicação). Não estamos falando da oportunidade de escolher uma entre duas ou mais medidas legislativas ou administrativas, mas da oportunidade de escolher, se for o caso, nenhuma das medidas propostas. Quando trabalhamos o direito à consulta prévia, essa oportunidade deve ser considerada impreterivelmente, pois a Convenção 169 da OIT é clara ao dizer que o processo de consulta terá como objetivo chegar a um acordo e conseguir o consentimento.

Nessa linha, o consentimento não pode prescindir do direito à oposição nascida da comunicação livre que, antes de ser simplesmente um direito ao veto, pode significar o instrumento para ampliação das perspectivas em pauta. Eduardo Carlos Bianca Bittar (2013) diz a esse respeito:

(...) O diálogo é, por excelência, um instrumento de *transformação* (individual e social), pois implica na troca mútua e no compartilhamento de visões de mundo diferentes. Assim, o trânsito entre a diferença de *ego* e a diferença de *alter* carece de

ser posta na dimensão dos canais da comunicação, como forma de expressão dos meios pelos quais as controvérsias, os conflitos e as diferenças ganham a possibilidade de convívio.

Raquel Yrigoyen Fajardo (2008), analisando o julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo a Comunidade Saramanka e o estado do Suriname, comenta:

La exigencia adicional del consentimiento significa que el Estado no puede tomar una decisión sin la expresa aceptación de los pueblos a la medida propuesta. (...)

¿Esto significa un derecho a veto? La Corte no se pronuncia al respecto. Sin embargo, cabe anotar que para la Corte el nivel de consulta que se requiere depende de “la naturaleza y del contenido de los derechos en cuestión” (párr 138). Podríamos inferir que, el derecho de consulta podría ser visto como un mecanismo que, en sí mismo, no genera un derecho a veto. Lo que exige al Estado la obtención del consentimiento del pueblo antes de ejecutar un proyecto de desarrollo de alto impacto, es el derecho de dicho pueblo a su existencia e integridad física y cultural, de acuerdo a sus costumbres y modo de vida, en tanto dicha integridad es la que se puede poner en riesgo con un megaproyecto de alto impacto. (...) Nadie puede obligar a un pueblo a renunciar a su existencia y modo de vida, que es esencial a sus derechos humanos colectivos. Y, en cualquier caso, el Estado deberá abstenerse de adoptar medidas que puedan vulnerar la integridad de dichos pueblos, pues es su deber proteger dicha integridad (art. 2).

Para que pudéssemos falar em direito ao veto teríamos de pressupor um processo de negociação independente da busca do consenso através do diálogo. A partir do momento em que a Corte Interamericana desenvolve o direito à consulta como proposta voltada ao consentimento como resultado de um processo de permanente diálogo, não podemos pensar simplesmente em direito ao veto, sendo mais apropriado falarmos no “não consentimento” e no conseqüente “dever de abstenção do Estado”. Em outros termos, a busca pelo consentimento não significa direito das comunidades tradicionais a simplesmente dizerem não.

Ademais, não há motivo para concluir que poder de veto e dever de abstenção significam a mesma coisa. Isso porque estamos pensando e desenvolvendo esses temas relativos à consulta e ao consentimento dentro de uma proposta intercultural, ou seja, dentro de uma proposta que privilegia a convivência mais do que a tolerância. Nesse sentido, se for para impedir qualquer atuação estatal que viole frontalmente o direito ao consentimento das populações tradicionais, que esse impedimento não se faça pelo veto pura e simplesmente, sem diálogo prévio, sem exposição racional de argumentos. O dever de abstenção do Estado somente poderá ser exigido na hipótese de o Estado não se dispor a construir dialogicamente uma terceira alternativa para as que anteriormente foram recusadas.

Não significa que todas as políticas públicas ou medidas legislativas precisem, antes mesmo de serem formuladas, de aprovação pelas comunidades indígenas. Do mesmo modo, não significa que na hipótese de uma proposta ser formulada e recusada pela comunidade, tudo está perdido e nada mais pode ser feito. Significa, isso sim, que uma vez formuladas e não aceitas, outras propostas deverão ser gestadas, agora sim mediadas por um processo dialógico desde o início (e isso deixa claro que não estamos falando simplesmente de direito ao veto).

Nesse sentido, o direito à consulta entendido como direito a participação e oposição instaura a necessidade do processo dialógico enquanto processo de troca e apresentação racional de argumentos e, assim, redistribui o poder de decisão ao fixar na busca do consenso a finalidade do diálogo instaurado.

Yrigoyen Fajardo (2008) esclarece a ideia de que a consulta não deve se fazer a partir da possibilidade de se escolher entre A ou B ao comentar sobre o caso citado da CIDH:

Muchos pueblos se quejan que con la consulta se les pregunta por dónde pasará la carretera o cómo hacer una exploración o explotación minera o petrolera, pero no está en cuestión la realización misma de dichas actividades, porque no está en cuestión la política de desarrollo de comunicaciones, o la política minera o petrolera. En cambio, con el ejercicio del derecho de participación, los pueblos entran a intervenir desde esta etapa, desde la discusión de la política minera, petrolera, de comunicaciones. Y ahí los pueblos no sólo deben ser consultados para que el Estado decida, sino que el Estado debe garantizar que los pueblos participen – conjuntamente con otras autoridades del Estado en la toma de decisiones de dichas políticas y programas de desarrollo. Habiendo participado en la adopción de las políticas y programas de desarrollo, entonces sí cabe la consulta sobre medidas concretas que hacen parte de la ejecución de dichas políticas y programas de desarrollo.

O desenvolvimento da capacidade comunicativa através de mecanismos idôneos em termos lingüísticos, culturais e políticos é um ponto que merece atenção na proposta do diálogo intercultural. Há quem acredite que a diversidade lingüística constitui um facilitador para a colonização.

Parece-nos que o problema maior em contextos de pluralidade lingüística é não a pluralidade em si, mas sim a imposição de apenas uma língua como médium da comunicação intercultural e, simultaneamente, a elitização da educação para impedir ou dificultar o acesso à língua imposta e, conseqüentemente, obstaculizar o desenvolvimento da capacidade comunicativa dos grupos submissos. Eduardo Bittar (2013) comenta:

(...) a solidariedade abstrata criada entre membros de uma mesma sociedade se deve menos a aspectos aos quais normalmente se atribui o maior peso, como cultura, língua, práticas comuns, e mais de procedimentos que solidificam os elos de ligação entre um e outro, parceiros das regras, dada pelas leis e fomentada pela participação política.

Nesse sentido, pensar na possibilidade de um diálogo intercultural destinado à obtenção de consensos não necessariamente precisa pressupor um diálogo pautado em uma língua única e tampouco em tantas línguas quantos forem os grupos lingüísticos interlocutores. Mais importante do que traduzir uma frase é esclarecer a intenção do emissor da frase. Nesse sentido vale citar um comentário de Carlos Frederico Marés (2002): “Não raras vezes o multiculturalismo aplicado se traduz em conteúdo universal expresso em línguas diferentes, o que é também uma imposição ou colonialismo cultural, mais eficiente talvez”.

Levando em conta a relevância da imposição discursiva, consideramos importante uma reflexão acerca do colonialismo que ainda persiste na América Latina, considerando a premissa de que as relações ainda coloniais entre os povos indígenas e o estado representa um dos principais obstáculos para a realização da consulta às populações tradicionais e pelos resultados negativos que a baixa efetividade desse direito ocasiona no acesso a outros direitos fundamentais das populações indígenas.

Colonialismo

As relações desenvolvidas na América Latina entre indígenas e não-indígenas se subsumem na ideia de colonialismo. Uma análise superficial das estruturas estatais e institucionais dos países latino-americanos deixa evidente o fato de que essas estruturas procuraram mais colonizar do que dialogar e construir um espaço comum de convivência com os povos indígenas. Álvaro García Linera (2008), comentando sobre a Bolívia, diz a esse respeito:

Bolivia se inició como república heredando la estructura social colonial. La distribución de tierras, la estratificación social, el régimen de tributos, e incluso parte de la administración pública y el personal encargado de ejecutarlo, no sufrió variaciones sustanciales, dejando en pie el conjunto de enclavamientos, poderes, instituciones y personal jerárquico formado durante las distintas etapas del régimen colonial. Y con ello, quizás lo más duradero, el sistema de creencias, prejuicios y valores dominantes que había ordenado los comportamientos colectivos con anterioridad al proceso independentista: la racialización de las diferencias sociales a través de la invención estatal del “indio”, no sólo como categoría tributaria, sino, ante todo, como el “otro negativo”. (...)

Pablo Gonzales Casanova (2007) sugere um conceito de “colonialismo interno”:

A definição do colonialismo interno está originalmente ligada a fenômenos de conquista, em que as populações de nativos não são exterminadas e formam parte, primeiro do Estado colonizador e depois do Estado que adquire uma independência formal, ou que inicia um processo de libertação, de transição para o socialismo, ou de recolonização e regresso ao capitalismo neoliberal. Os povos, minorias ou nações colonizadas pelo Estado-nação sofrem condições semelhantes às que os caracterizam no colonialismo e no neocolonialismo em nível internacional: 1) habitam em um território sem governo próprio; 2) encontram-se em situação de desigualdade frente às elites das etnias dominantes e das classes que as integram; 3) sua administração e responsabilidade jurídico-política concernem às etnias dominantes, às burguesias e oligarquias do governo central ou aos aliados e subordinados do mesmo; 4) seus habitantes não participam dos mais altos cargos políticos e militares do governo central, salvo em condição de “assimilados”; 5) os direitos de seus habitantes, sua situação econômica, política social e cultural são regulados e impostos pelo governo central; 6) em geral os colonizados no interior de um Estado-nação pertencem a uma “raça” distinta da que domina o governo nacional e que é considerada “inferior”, ou ao cabo convertida em um símbolo “libertador” que forma parte da demagogia estatal; 7) a maioria dos colonizados pertence a uma cultura distinta e não fala a língua “nacional”.

A ideia de colonialismo tem sido bastante desenvolvida no pensamento latino-americano (Cf. Aníbal Quijano (2000), Silvia Rivera Cusicanqui (2010), Vivian Grace F. D. Urquidi (2011) etc.) especialmente voltado à questão dos povos indígenas. Essas reflexões acerca do colonialismo evidenciam uma situação em que os povos indígenas, por possuírem uma cultura distinta da cultura colonizadora, são alijados dos processos dialógicos de construção do direito e da atualização dos seus sentidos.

Exemplo desse colonialismo é a ausência de consulta aos povos indígenas para debater, por exemplo, o teor da Proposta de Emenda Constitucional 215 (Câmara dos Deputados) que pretende retirar do Executivo brasileiro e transferir ao Parlamento a competência para aprovar a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas e também para ratificar as demarcações já homologadas. Essa PEC foi proposta em 2000 e até hoje não existiu nenhuma audiência pública que consultasse com abrangência razoável os povos indígenas que serão afetados pela medida.

Por outro lado, temos alguns exemplos de aplicação desse direito na linha do que temos defendido até aqui, como fica claro pelos argumentos utilizados para a suspensão das obras do complexo hidrelétrico de Belo Monte, no estado brasileiro do Pará, pela 5ª turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no dia 13 de agosto de 2012.^v Esse complexo hidrelétrico será responsável pela inundação de extensa área ocupada por indígenas há séculos, destruindo não apenas a fauna e a flora, mas também cemitérios e uma tradição cultural de vínculo com a terra.

Conclusões

Trabalhar o direito à consulta no sentido de se garantir a busca pelo consentimento através do direito à participação e oposição instaura a necessidade do processo discursivo enquanto processo de troca e apresentação racional de argumentos. Com Habermas (2012): “A motivação racional para o acordo, que se apóia sobre o ‘poder dizer não’, tem certamente a vantagem de uma estabilização não-violenta de expectativas de comportamento”. Trata-se, portanto, de pensar o Direito enquanto um fato social consentido e entendido e, por isso, legítimo, que não se traduz em “vontade de uns”, mas em “vontade de todos”.

Como explicado no início deste trabalho, não teríamos condições de apresentar propostas em relação ao *modus operandi* da consulta. O que podemos apresentar são alguns obstáculos, apontando a relevância de pensarmos o consenso a partir do diálogo.

Apresentamos a premissa de que o direito à consulta deve ser compreendido em termos de participação e oposição, bem como apresentamos o problema da colonialidade do poder nas relações entre estado e povos indígenas. A partir da análise dessas relações coloniais que interferem no processo dialógico, pretendemos sugerir três propostas para a reflexão acerca da consulta enquanto diálogo pautado nos direitos humanos.

A primeira proposta é compreender que as diferenças devem ser entendidas não como um argumento para a prática do preconceito, mas como fundamento para entendermos que, como afirmou Boaventura de Sousa Santos (2000): “(...) as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”.

A segunda proposta é que o consenso não seja compreendido como ponto de partida, mas, como sugere Joaquim Herrera Flores (2002): “Ao universal há que se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes) de um processo conflitivo, discursivo de diálogo (...)”.

Por fim, quando falamos em direitos humanos, falamos em um fundamento, ou seja, um sentido de direito que exige o recurso a outros direitos diretamente dependentes e complementares do direito violado. Trata-se da situação em que um ser humano precisa ter mais do que perdeu para ter de volta exatamente o que perdeu. O direito à participação e oposição não significa simplesmente um direito à fala, à manifestação de opinião, mas um direito ao reconhecimento, um direito a ser considerado enquanto pessoa ou coletividade diferente, com outros objetivos e desejos. Essa compreensão é importante, pois a privação de um direito pode significar a privação de vários outros direitos, como nos casos das medidas legislativas e administrativas citados neste artigo.

ⁱ ARTIGO 6º -1. 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.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

ARTIGO 7º - 1. 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.

ⁱⁱ “The techniques of control are structurally of two kinds. If the control devices operate within the organization of an individual power holder, they are spoken of as *intra-organ* controls. If, however, they operate between the several interacting power holders, they are called *interorgan* controls”. (LOEWENSTEIN, 1965, p. 164).

ⁱⁱⁱ “Para atores orientados pelo sucesso todos os componentes da situação transformam-se em fatos, que eles valorizam à luz de suas próprias preferências, ao passo que os que agem orientados pelo entendimento dependem de uma compreensão da situação, negociada em comum, passando a interpretar fatos relevantes à luz de pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente”. (HABERMAS, 2012, p. 46.)

^{iv} “Um dos primeiros impasses enfrentados pela teoria do discurso no campo do direito é a oposição entre dois modelos de democracia postos pelo debate jurídico-político anglo-saxônico. De modo simplificado, o principal traço caracterizador da grande divisão em torno da qual o debate sobre modelos de democracia vem se desenrolando na cultura anglo-saxônica é o seguinte: as vertentes liberais sublinham a importância dos direitos individuais como prioritários em relação à autonomia coletiva; já as correntes comunitarianas e republicanas asseveram – inspirados em Rousseau – a primazia da vontade coletiva em face dos direitos individuais. Habermas, ao sustentar um terceiro modelo – procedimental – critica os liberais pela sua negligência à necessidade de solidariedade social, enquanto os comunitarianos são também criticados por se inspirarem em uma noção de comunidade limitada, excessivamente dependente dos laços de pertença étnicos e culturais”. (Cf. MAIA, Antonio Cavalcanti. *Espaço público e direitos humanos: considerações acerca da perspectiva habermasiana*. In. “Direito, Estado e Sociedade” – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 11, agosto-dezembro de 1997. fls. 15-40).

^v “(...) VI - Na hipótese dos autos, a localização da Usina Hidrelétrica Belo Monte, no Estado do Pará, encontra-se inserida na Amazônia Legal e sua instalação causará interferência direta no mínimo existencial-ecológico de comunidades indígenas, com reflexos negativos e irreversíveis para a sua sadia qualidade de vida e patrimônio cultural em suas terras imemoriais e tradicionalmente ocupadas, impondo-se, assim, a autorização do Congresso Nacional, com a audiência prévia dessas comunidades, nos termos dos referidos dispositivos normativos, sob pena de nulidade da autorização concedida nesse contexto de irregularidade procedimental (CF, art. 231, § 6º), como no caso. VII - No caso em exame, a autorização do Congresso Nacional, a que alude o referido dispositivo constitucional em tela (CF, art. 231, § 3º), afigura-se manifestamente viciada, em termos materiais, à mingua de audiência prévia das comunidades indígenas afetadas, que deveria ocorrer à luz dos elementos colhidos previamente pelo estudo de impacto ambiental, que não pode, em hipótese alguma, como determinou o Decreto Legislativo 788/2005, ser um estudo póstumo às consultas necessárias à participação das comunidades indígenas. (...) “ (BRASIL. TRF1. T.5. Embargos de Declaração nos autos do processo 0000709-88.2006.4.01.3903. Rel. Des. Selene Maria De Almeida. DJ 13/08/2012)

Referência bibliográfica

BITTAR, Eduardo C. B. (2013) Diálogo, consciência cosmopolita e direitos humanos: os rumos e limites das lutas identitárias no mundo contemporâneo. *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito PUCRS*, 22, 98-123.

DAHL, Robert A. (1997) *Poliarquia: participação e oposição*. (Celso Mauro Paciornik, Trad.) São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. (2008) *Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación*. Ponencia presentada en el Curso sobre “Consulta Previa”. V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Bogotá.

FLORES, Joaquin Herrera. (2002) Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. *Sequência (UFSC)*, vol. 23, n. 44, 10-29.

GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo. (2007) Colonialismo interno (uma redefinição). In: Boron, A. A.; Amadeo, J.; Gonzalez, S. *A teoria marxista hoje. Problemas e perspectivas*. HABERMAS, Jürgen. (1993) Três modelos normativos de democracia. Sobre el concepto de uma política deliberativa. (Gabriel Cohn e Álvaro Vita Trads.) En “El ojo de Huracan 4”. Texto original apresentado na Universidade de Valência em 15/10/1991 no seminário “Teoria da Democracia”.

HABERMAS, Jürgen. (2012) *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. (Flávio Beno Siebeneichler, Trad.) Vol. I. 2.ed. revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

LINERA, Álvaro García. (2008) *La potencia plebeya*. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires; PROMETEO libros, Buenos Aires.

LOEWENSTEIN, Karl. (1965) *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press.

MAIA, Antonio Cavalcanti. (1997) Espaço público e direitos humanos: considerações acerca da perspectiva habermasiana. “*Direito, Estado e Sociedade*” – *Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio*, 11, 15-40.

MARÉS, Carlos Frederico. (2002) As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios. Em LIMA, A. C. S.. HOFFMANN, M. B. (Eds) *Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Contracapa livraria.

QUIJANO, Aníbal. (2000) Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. Em Edgardo Lander (comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina. (p.246)

RIVERA CUSICANQUI, Silvia. (2010) *Ch'ixinakax utxiwa : una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*. Buenos Aires : Tinta Limón.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (2000) Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. Em LADSLAU-BIANCO, Bela & CAPINHA, Graça (Eds). *Identities: estudos de cultura e poder*. São Paulo: Hucitec.

URQUIDI, Vivian Grace F. D. (2011) Descolonização e Estados Plurinacionais. *35º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, Caxambu-MG*. GT 26 – Pensamento social latinoamericano. ANPOCS. (pp. 1-30)