

5

Os Direitos de Grupo sob a Ótica Liberal

5.1

Introdução

O Estado Democrático de Direito contemporâneo encontra toda a sua fundamentação nas idéias contratualistas de formação da sociedade. Indivíduos que se associam e resolvem criar uma comunidade de sujeitos de direitos livres e iguais. A partir dessa idéia, constrói-se um Estado de Direito que, por si, é inseparável das noções de direito subjetivo e do indivíduo como portador de direitos. As Constituições Modernas surgiram com o objetivo de garantir de forma efetiva um Estado Democrático baseado em uma teoria do Direito formulada em termos individualistas. Os bens sociais, os direitos fundamentais são possuídos ou exercidos de forma individual.

Nesse contexto, é necessário refletir sobre de que forma é possível compatibilizar a idéia dos direitos coletivos com a estrutura teórica do Estado Democrático de Direito. Faz-se mister pensar em uma conceituação de direitos coletivos que não exceda os limites de uma estrutura moldada de forma individualista para que, com isso, seja possível ainda garantir iguais liberdades subjetivas para todos em conexão com os direitos de cidadania decorrentes da autonomia política. Dito de outra forma, a noção de direitos coletivos não deve ser uma barreira para a efetivação da idéia de co-originalidade das autonomias públicas e privadas no interior de um processo verdadeiramente democrático que, como tal, garanta possibilidades de realização para todos e cada um.

O direito moderno é formal: tudo o que não é proibido, é permitido. É individualista: a pessoa em particular é o portador de direitos subjetivos. É coercivo. É direito positivo: retrograda às decisões de um legislador político. É escrito por via procedimental, já que legitimado mediante procedimento democrático. Uma ordem jurídica é legítima quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. Tal autonomia só existe quando os destinatários das normas são também seus autores. Tais autores só são livres quando o

procedimento legislativo for de tal maneira que as regras firmadas possam merecer concordância geral e motivada¹.

Sob o aspecto normativo, não há Estado de Direito sem democracia. Ao tratar de um problema como problema jurídico, vem à tona um conceito de direito moderno que tem em si a estrutura do Estado de direito, que é individualista. Isso ocorre também ao tratar do problema da igualação jurídica e do reconhecimento de grupos, ou seja, de coletividades cujos integrantes querem se distinguir das outras coletividades, como forma de realização da própria identidade.

Mesmo quando o direito moderno tutela, através do Estado, relações de reconhecimento intersubjetivo, trata-se da defesa das pessoas individuais. Ainda que se reconheça que a integridade do indivíduo depende das relações de reconhecimento mútuo, será que uma estrutura de Estado calcada em uma teoria do direito de orientação tão individualista pode dar conta de lutas por reconhecimento, onde estariam em jogo identidades coletivas? ²

Nas arenas políticas, discutem agentes coletivos sobre objetivos e distribuição dos bens coletivos. Apenas na mediação de interesses, diante de um tribunal ou em um discurso jurídico é que se trata imediatamente de direitos individuais, exigidos através de ação judicial. O direito vigente também precisa de novas interpretações diante das necessidades e situações atuais. Essa disputa pela interpretação que irá prevalecer também se dá entre agentes coletivos que tentam defender sua dignidade. Articulam-se experiências históricas coletivas de integridade ferida. É possível conciliar tais fenômenos com uma teoria do direito individualista?

Olhando para o movimento emancipatório burguês e para o movimento de trabalhadores europeus, parece que sim. Ambos ocorreram para acabar com a privação de direitos sofrida por grupos desprivilegiados. Contudo, a luta social contra a opressão desse grupo se deu sob a forma da luta pela universalização dos direitos do cidadão.

“As injustas condições sociais de vida da sociedade capitalista devem ser compensadas com a distribuição mais justa dos bens coletivos. Esse fim é plenamente conciliável com a teoria do direito, porque os ‘bens fundamentais’ (no sentido proposto por Rawls) ou são distribuídos individualmente (tal como

¹ HABERMAS. *A Inclusão do Outro*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. São Paulo, Edições Loyola, 2002. Pág. 250

² HABERMAS. *A Inclusão do Outro*. Pág. 237

acontece com dinheiro, tempo livre ou prestações de serviço, ou são utilizados individualmente (tal como se dá com as infra-estruturas do sistema viário, de saúde e educação), e portanto se pode preservá-los sob a forma de reivindicações individuais de benefícios”.³

Essa lógica parece diferente quando se trata de identidades coletivas ou igualdade de direitos para formas de vida culturais. Ora, o reconhecimento de formas de vida e tradições culturais marginalizadas não exige o reconhecimento de ao menos um tipo de direito coletivo que faz ruir a auto-compreensão de Estado Democrático de Direito subjetiva e liberal?

Para tentar responder todas essas indagações, utilizaremos as idéias apresentadas por Will Kymlycka, em sua obra *Multicultural Citizenship: a Liberal Theory of Minority Rights*⁴ e também a teoria habermasiana, cujos principais pontos concernentes ao tema tratado encontram-se nos seus trabalhos *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade* e *A Inclusão do Outro*⁵.

5.2

Os Direitos Diferenciados de Grupos

A partir de uma análise da situação dos Estados Modernos que são complexos e contam com realidades em que coexistem culturas plurais, Kymlycka discorre sobre os direitos diferenciados de grupos, reivindicados especialmente por minorias nacionais e étnicas⁶. Nessa exposição, ele mostra como a teoria de direitos liberal é interpretada erroneamente e como, a partir de uma compreensão diferente, seria possível conciliar os chamados direitos coletivos, que surgem nas realidades sociais contemporâneas, com a estrutura e a dinâmica do Estado Democrático de Direito.

³ HABERMAS. *A Inclusão do Outro*. Pág. 239

⁴ KYMLICKA, Will. *Multicultural Citizenship: a Liberal Theory of Minority Rights*. Clarendon Press. Oxford Political Theory. 1995.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vols. I e 2* Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003. *A Inclusão do outro*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. São Paulo, Edições Loyola, 2002.

⁶ Apesar de o Brasil não ter como problemas principais as questões de minorias nacionais e de minorias étnicas, (no sentido de imigração apontado pelo autor), várias análises encontram cabimento na realidade nacional, especialmente no que diz respeito aos negros e aos movimentos sociais, cujas reivindicações muito se assemelham com as relativas ao desejo de integração. O país também é diretamente citado pelo autor, no que concerne ao problema dos indígenas, exatamente pela negação do problema. KYMLYCKA. Op. Cit. Pág. 21

Inicialmente cabe trazer os esclarecimentos de Will Kymlycka sobre os possíveis significados atribuídos ao termo multiculturalismo e qual o conceito adotado por ele. De acordo com os ensinamentos do autor, a palavra “cultura” pode ter vários sentidos, do mais localizado ao mais amplo. Pode ser referente a costumes, perspectivas e valores fundamentais de um grupo ou associação, como a cultura gay ou a cultura burocrática. Já cultura no sentido mais extenso pode ser usada significando civilização, como, por exemplo, dizer que as democracias ocidentais compartilham a mesma cultura: a mesma civilização moderna, urbana, secular e industrializada.

Na abordagem de Kymlycka, o termo cultura aparece mais fortemente ligado à idéia de nação ou povo, no sentido de uma comunidade inter-geracional, mais ou menos completa institucionalmente, ocupando um dado território ou terra natal, compartilhando uma língua e uma história. Nesse sentido, um estado é multicultural se seus membros pertencem a diferentes nações (estado multinacional) ou se conta com emigrantes de diferentes nações (estado poliétnico) e, no caso de esse fato ser um importante aspecto da identidade pessoal e da vida política das pessoas.

A marginalização de mulheres, homoafetivos, e deficientes existe tanto nas culturas majoritárias e nos Estados Nações, quanto nas minorias nacionais e nos grupos étnicos. Todavia, é muito importante manter o sentido de cultura e multiculturalismo, tendo em vista que homoafetivos e mulheres não formam uma outra cultura da mesma forma que os *quebecoises* formam uma cultura diferente no Canadá.⁷ É importante distinguir minorias nacionais (sociedades distintas e potencialmente auto-governantes incorporadas a um estado maior), dos grupos étnicos (imigrantes que deixaram a sua comunidade nacional para entrar em outra sociedade), e esses dois dos “movimentos sociais” (mulheres, homoafetivos, deficientes, pobres) de pessoas que foram marginalizadas dentro da sua própria sociedade nacional ou do seu grupo étnico.

Portanto, no conceito utilizado não estão incluídos os enclaves de estilo de vida, os movimentos sociais e as associações voluntárias. O motivo não é a falta de importância, até porque o autor tem como certo que acomodar diferenças nacionais e étnicas é somente uma parte de uma luta maior por uma democracia

⁷ KYMLYCKA. Op. Cit. Pág. 19

mais inclusiva e tolerante. Além disso, muitas vezes as demandas dos grupos sociais em desvantagem são análogas à dos grupos étnicos, já que os dois são excluídos pela diferença. Trata-se apenas de uma questão de opção, de vez que a proposta dele é tratar dos estados multinacionais e poliétnicos.

O autor aponta para a importância de estar atento para as diferenças existentes entre as realidades igualmente abarcadas pelo termo multiculturalismo. Tanto os estados multinacionais, quanto os poliétnicos são chamados de multiculturais⁸; entretanto, a natureza das minorias e os seus desejos em relação à sociedade maior diferem de um tipo de estado para o outro. No primeiro caso, são minorias nacionais que normalmente querem se manter como sociedades distintas e exigem formas de autonomia e auto-governo para assegurar sua sobrevivência como tal. No segundo caso, trata-se de grupos étnicos que querem se integrar na sociedade maior e ser aceitos como membros completos dela. Procuram maior reconhecimento da sua identidade cultural não para se separar, mas para tornar a sociedade principal mais acolhedora das diferenças culturais.

A maioria dos autores negligencia a distinção entre os grupos. Walzer faz uma diferenciação, mas de uma forma ineficiente, segundo Kymlycka⁹. Ele relaciona o chamado novo mundo com a imigração e o velho mundo com a idéia de nações. Essa visão é muito simplista. Há minorias nacionais no novo mundo, bem como há imigração no velho mundo. Há um número considerável de pessoas cujos ancestrais foram incorporados no curso da expansão norte-americana pelo continente. Ainda há a situação dos afro-americanos que é diferente, já que não pode ser enquadrada em nenhum dos tipos.

5.2.1

Direitos de Grupo nos Estados Multiculturais

A questão das minorias muitas vezes é deixada de lado com base no argumento de que se devem tratar todos como indivíduos sem considerar a etnia ou a nacionalidade, com o foco no que compartilhamos como humanos e não no que nos diferencia. A simplificação reflete e perpetua uma longa história de

⁸ Existem também, por óbvio aqueles estados que são multinacionais e poliétnicos, como o Canadá. Todavia, essa diferenciação é importante para distinguir as diferentes aspirações das minorias.

⁹ KYMLYCKA. Op. Cit. Pág.20

negação de direitos¹⁰. Existe, sem dúvida, uma dimensão nacional na vida política com aspectos que inevitavelmente favorecem profundamente a maioria quantitativa ou dominante. A consciência disso deve fazer com que se previnam injustiças. Por esse motivo, deve-se falar em direitos poliétnicos e de representação, para acomodar minorias étnicas e outros grupos discriminados dentro da comunidade política e pensar em direitos de auto-governo para dar certa autonomia às minorias nacionais¹¹. Sem essas medidas tratar as pessoas simplesmente como indivíduos é encobrir um profundo mecanismo de injustiças.

É importante então a exposição de um panorama daquelas que, segundo Kymlycka, são as três principais espécies de direitos a ser atribuídos a grupos, em um contexto de estados multiculturais. São eles direitos de auto-governo, direitos poliétnicos e direitos especiais de representação¹².

5.2.1.1

Direitos de auto-governo.

De acordo com a Carta da ONU, todos os povos têm o direito à auto-determinação. Todavia, não se define o conceito de “povo” e tal direito é geralmente aplicado apenas às colônias longínquas e não às minorias nacionais. Há também um esquema de proteção das minorias implementado pela Liga das Nações Unidas para minorias nacionais européias que garantia tanto direitos universais individuais como direitos especiais de grupo relativos à educação, autonomia local e línguas.

A questão dos direitos de grupos nacionais foi suscitada, principalmente pelas colônias e também por movimentos no continente europeu, como conflitos

¹⁰ O Brasil, por exemplo, insiste na inexistência de minorias nacionais em seu território e, com isso, a dizimação das tribos indígenas está quase confirmando tal afirmação. As atitudes racistas estão diminuindo com relação às tribos, mas no sentido de considerar os indígenas uma minoria racial ou um grupo étnico que requer integração à sociedade principal. Nunca se reconheceu como um povo distinto com cultura diferente, mas não inferior. KYMLYCKA, Op. Cit. Pág. 22

¹¹ Para o autor, o Canadá, com a sua estrutura bilíngüe e o reconhecimento dos direitos de auto-governo dos aborígenes é um dos poucos países que reconheceram e endossaram oficialmente a multinacionalidade e o poli-eticismo.

¹² Alguns grupos podem pretender legitimamente mais de um desses tipos de direitos. Os indígenas podem pretender direitos especiais de representação, enquanto marginalizados e auto-governo, enquanto povo ou nação. Já os deficientes podem ter direitos de representação, mas não tem legitimidade para pretender auto-governo.

nacionalistas. Era uma ameaça constante antes da 2ª Guerra Mundial. Depois, tais conflitos foram substituídos pela Guerra Fria.

A idéia geral é a de que um Estado multinacional que concede direitos individuais universais sem considerar o pertencimento a grupos nacionais pode parecer neutro, mas no fundo privilegia sistematicamente a nação majoritária em assuntos como educação, língua, feriados, fronteiras internas. Inevitavelmente promove certas identidades culturais, deixando outras em desvantagem. Essas decisões reduzem o poder político e a viabilidade cultural das minorias.

A justiça requer que os mesmos benefícios e oportunidades sejam concedidos às minorias nacionais. Não há uma separação completa entre estado e etnia, a idéia da negligência benigna é um mito. Um Estado pode não ter uma Igreja oficial e pode trocar objetos religiosos por outros seculares na Corte, mas não pode se furtar de determinar uma língua oficial. Se existem políticas que dão suporte à língua, cultura e identidade das nações e grupos étnicos dominantes, há o argumento da igualdade pela garantia de tentativas no sentido de prover suporte similar aos grupos minoritários, como direitos poliétnicos e de auto-governo.

No entendimento de Habermas, inevitavelmente há questões na vida política, cujas regulamentações vão definindo a identidade coletiva da nação. Por esse motivo, as minorias culturais iniciam batalhas nas quais se defendem contra a opressão proveniente da cultura majoritária. O que desencadeia tais batalhas não é a neutralidade, mas a necessária “impregnação ética de cada comunidade jurídica e de cada processo democrático de efetivação de direitos fundamentais”.¹³

As pretensões de auto-governo tomam forma se existir uma unidade política substancialmente controlada pelos membros da minoria nacional e correspondente à sua terra natal ou a território históricos. Tais pretensões não são temporárias e nem funcionam como remédio a uma opressão a ser eliminada. Ao contrário, esses direitos são tidos como inerentes e permanentes. Por isso as minorias nacionais querem-nos assegurados na Constituição.

Muitos defensores dos direitos diferenciados para grupos, no caso de minorias étnicas e nacionais argumentam que a acomodação das diferenças é a essência da verdadeira igualdade e tais direitos são necessários para este fim. Os sacrifícios exigidos dos não membros de grupos minoritários para a existência

¹³ HABERMAS. *A Inclusão do Outro*. Pág. 254

desses direitos diferenciados são bem menores do que o enfrentado pelos membros na ausência desses direitos. Esse argumento baseado na igualdade só endossa direitos especiais para minorias nacionais se realmente existir uma desvantagem relativa ao pertencimento cultural e se os direitos realmente servirem para corrigir essa desvantagem.

Outro argumento em defesa de direitos especiais para minorias nacionais é que eles são frutos de acordos históricos, como o tratado de direitos para indígenas e acordos entre dois ou mais povos para a federação. A forma como a minoria foi incorporada muitas vezes gera direitos especiais para grupos. Para avaliar as reivindicações de direitos especiais, é necessário saber se os direitos pretendidos estão corrigindo desvantagens ou são reconhecimentos de acordos históricos, frutos dos termos da federação. Os argumentos baseados na história e os de igualdade devem andar juntos.

Se houve uma federação voluntária, alguns direitos podem ser consagrados nos termos da federação. O respeito aos acordos é importante não apenas para o respeito à auto-determinação das minorias, mas também para garantir a confiança dos cidadãos nas ações do governo. O federalismo é freqüentemente usado para acomodar diversidade nacional,, incluindo-se os poderes atribuídos às unidades federais entre os direitos coletivos das minorias nacionais. É claro que não há conexão inerente entre federalismo e diversidade cultural. Este pode ser resultado de acidentes históricos de colonização ou mera forma de descentralização administrativa. O federalismo só serve de mecanismo de auto-governo se a minoria nacional formar maioria em alguma das unidades federadas, como Quebec.

Se a incorporação foi involuntária (colonização), a minoria nacional pode ter uma pretensão de auto-determinação, sob a lei internacional que pode ser exercida pela renegociação dos termos da federação para fazê-la mais voluntária. As tribos e bandos indígenas, por exemplo, estão territorialmente localizados dentro de estados/ províncias existentes e devem coordenar seu auto-governo com as agências desses estados/províncias. Uma recente declaração internacional sobre o direito dos povos indígenas enfatiza a importância do auto-governo político. Entretanto, em muitas partes do mundo a esperança de poderes políticos é quase utópica e o objetivo mais imediato é simplesmente assegurar a existência das terras de origem de uma maior erosão por parte de colonizadores e fomentadores

de recursos. A maior causa de conflitos étnicos é a luta dos indígenas pelos direitos das suas terras.

A terceira defesa dos direitos especiais para minorias nacionais apela para o valor da diversidade cultural. Os liberais exaltam a virtude de haver diversos estilos de vida dentro de uma cultura, logo, eles também apóiam a diversidade adicional decorrente de duas ou mais culturas no mesmo país. A diversidade intercultural contribui para enriquecer a vida das pessoas, tanto quanto a diversidade intra-cultural. Esse argumento atrai muitas pessoas, pois deixa de se basear apenas nos benefícios para os membros de grupos minoritários e fala de benefícios para a sociedade como um todo¹⁴.

Há que se fazer uma ressalva, entretanto: a existência de duas ou mais culturas no mesmo estado expande as escolhas dos indivíduos, mas somente em um grau limitado, logo, não pode ser a justificativa primeira para os direitos de minorias. Os sacrifícios exigidos só são consistentes com a justiça se forem necessários, não para dar benefícios à maioria, mas para evitar um mal ainda maior para as minorias. Outro problema é que os liberais aceitam a proteção externa, mas nunca a restrição interna¹⁵ e o argumento da diversidade não faz essa distinção. Além disso, é improvável que a maioria aceite os direitos nacionais com base somente em interesse próprio, se não acreditarem que têm a obrigação de justiça de aceitá-los. Os argumentos de diversidade complementam, mas não podem substituir os históricos e de igualdade.

As demandas por auto-governo enfraquecem os laços com a comunidade política maior. São, em regra, reivindicações das minorias nacionais. Há mais de uma comunidade política e a legitimidade das decisões da comunidade maior é questionada dentro da menor. É tentador ignorar as demandas de minorias nacionais e continuar agindo como se a cidadania fosse uma identidade comum partilhada por todos os indivíduos, sem consideração de grupos.

O liberalismo deve estar preocupado fundamentalmente com a liberdade e o bem-estar dos indivíduos e não com o destino dos estados, logo a secessão não deve ser uma ameaça. A unidade nacional depende de valores compartilhados.

¹⁴ Este foi o argumento utilizado pela Suprema Corte americana em defesa das políticas de ação afirmativa adotadas pela Faculdade de Direito de Michigan, voltadas para a formação de um corpo discente diversificado. V. *Grutter vs. Bollinger* e *Gratz e Hamacher vs. Bollinger* in Westlaw Download Summary Report for ALVES,CLEBER F 4668592 Monday, November 10, 2003 14:05:52 Central

¹⁵ Tais conceitos serão mais explorados posteriormente neste capítulo.

Um estado multinacional somente sobreviverá se os vários grupos nacionais forem leais à comunidade política maior que coabitam. Trata-se de um patriotismo compartilhado e não de uma identidade nacional comum. Em estados patrióticos, mas culturalmente diversificados, a base da união muitas vezes está no orgulho comum por conquistas históricas, reforçado na literatura e nas escolas¹⁶.

O autor defende que se existe um modo de promover a solidariedade e os propósitos comuns em um estado multinacional, este envolveria acomodação e não subordinação das identidades nacionais. Uma sociedade fundada em uma profunda diversidade não tende a ficar unida, a menos que as pessoas respeitem e valorizem a profunda diversidade, por si.

5.2.1.2

Direitos poliétnicos.

O estado poliétnico surge da aceitação ampla da imigração, combinada com a permissão de manutenção de certas particularidades étnicas. Exemplos são a Austrália, o Canadá e os Estados Unidos, onde *guest-workers*, vistos como residentes temporários, tornaram-se imigrantes de fato, a exemplo dos turcos na Alemanha. O que distingue nações civis das nações étnicas não é a ausência de componente cultural na identidade nacional, mas o fato de qualquer um poder integrar a cultura comum, sem consideração de raça ou cor.

Em relação aos imigrantes, o que um Estado Democrático de Direito pode exigir é a socialização política. Ou seja, os imigrantes devem aderir à cultura política da nova pátria, assimilando a forma como se institucionaliza a autonomia dos cidadãos e como se dá o uso público da razão, sem precisarem abandonar as suas origens culturais. Dessa forma, fica garantida a identidade da república sem a exigência de exclusividade da forma de vida adotada pela maioria¹⁷. Na prática, porém, os imigrantes se vêem obrigados a aprender a língua e a história da nova sociedade, não bastando jurar lealdade aos princípios do novo estado.

Diferentemente do que ocorre com as minorias nacionais, uma minoria étnica não tem suas liberdades asseguradas por meio da secessão, a menos que esteja espacialmente concentrada, o que é muito raro. Assim, a forma de eliminar

¹⁶ KYMLYCKA traz os exemplos da Suíça e dos EUA. KYMLYCKA. Op. Cit. Pág. 189

¹⁷ HABERMAS, *A Inclusão do Outro*. Pág. 266

a discriminação, em regra, não é a independência, mas a inclusão sensível às diferenças individuais e culturais específicas. A independência com base na autodeterminação não resolve o problema das minorias, apenas muda a configuração do conjunto de cidadãos que participam dos processos democráticos de tomada das decisões, fazendo surgir novas minorias. A coexistência de diversas comunidades em igualdade não pode existir ao preço da fragmentação da sociedade.

O que as minorias étnicas buscam é o direito de expressar livremente suas particularidades na sociedade maior, sem medo de preconceito ou discriminação. As demandas dos grupos étnicos se expandiram e ficou claro que eram necessários passos positivos para desenraizar a discriminação, especialmente com relação às minorias visíveis. Por isso, políticas anti-racismo, como mudanças no currículo escolar para reconhecer a história e contribuição das minorias, são consideradas parte da política do multiculturalismo no Canadá e na Austrália. Todavia, essas políticas são diretamente direcionadas a assegurar o exercício efetivo dos direitos comuns de cidadania e, logo, não são realmente direitos de cidadania diferenciados para o grupo.

A demanda mais controversa de grupos étnicos é a de isenção de leis e regulamentações que são desvantajosas para eles, devido às suas práticas religiosas. Tais medidas específicas para grupos pretendem ajudar os grupos étnicos e as minorias religiosas a expressarem suas particularidades culturais e seu orgulho sem temer pelo seu sucesso nas instituições econômicas e políticas da sociedade dominante. São medidas que promovem a integração e não o auto-governo.

Os imigrantes não têm legitimidade para reivindicar direitos de auto-governo, já que chegaram voluntariamente ao novo estado¹⁸. Além disso, os grupos étnicos, normalmente, ficam dispersados, misturados e integrados demais para exercer autonomia coletiva. Nos Estados Unidos, por exemplo, não obstante a existência de discriminação e segregação, sempre existiu o ideal nacional de formação de uma identidade étnica nova e unitária: a de americano. Os imigrantes não querem criar instituições autônomas, eles querem reconhecimento e visibilidade dentro da sociedade.

¹⁸ Pensamento de Walzer trazido por Kymlycka. KYMLYCKA. Op. Cit. Pág. 63

Nesse ponto, Kymlycka coloca o problema controvertido dos refugiados que, apesar de não deixaram o país por opção, só podem contar com direitos poliétnicos de imigrantes. O fato é que a injustiça foi cometida pelo país deles e não parece possível pedir que o governo que os recebe compense essa injustiça.

O autor também observa que, atualmente, a linha entre refugiados e imigrantes pode se mostrar muito tênue. Há injustiça massiva na distribuição internacional de recursos e diferentes níveis de respeito aos direitos humanos. Se uma pessoa de um país pobre emigra para os Estados Unidos, a decisão é voluntária em um sentido muito estrito. Mesmo que ela não esteja sofrendo perseguição, é a única forma de garantir minimamente uma vida decente para ela e para a família. Surge o termo: refugiados econômicos. Sendo a distribuição internacional de recursos mais justa, os imigrantes não teriam reivindicações plausíveis para recriar a sua cultura no novo país. Enquanto essa injustiça não for superada, talvez os imigrantes de países pobres tenham reivindicações fortes.

O objetivo em relação aos imigrantes é a integração, que é o que a maioria dos novos grupos de imigrantes quer. É um erro descrever direitos poliétnicos como promotores de guetos. Os imigrantes querem a reforma das instituições da sociedade para reconhecer o valor da sua herança cultural. É uma reivindicação por inclusão consistente com a participação e o comprometimento nas instituições da sociedade.

Outra questão muito importante trazida pelo autor é a situação indefinida dos negros trazidos para as sociedades ocidentais. A situação dos afro-americanos é peculiar, pois difere profundamente daquela dos grupos étnicos, em geral. Ao invés de terem imigrado voluntariamente, os negros foram trazidos à força como escravos. Além disso, foram proibidos de integrar as instituições da cultura majoritária, ao invés de encorajados. Por outro lado, não podem ser definidos como minoria nacional, de vez que não têm terra Natal na América e nem uma linguagem histórica comum. Vieram de diferentes culturas e aqueles que tinham a mesma formação viram suas famílias separadas e foram proibidos de tentar recriar sua própria cultura. Não puderam se integrar, como imigrantes e nem manter sua cultura anterior ou criar novas associações culturais e instituições, como minorias nacionais.

Houve tempos em que afro-americanos céticos quanto à possibilidade de integração, tentaram um auto-governo territorial, o objetivo era formar um estado

negro. O projeto não foi adiante porque não há concentração de negros em um determinado território, ao contrário, há muita mistura com os brancos e, além disso, a maioria dos negros não quer uma identidade nacional distinta. Eles se vêem como titulares de completo pertencimento à nação maior na qual se encontram, ainda que os brancos tenham negado esses direito de nascimento. Assim, com o objetivo de proporcionar a participação completa e igual dos negros, alguns liberais americanos acham que é possível adotar o modelo de integração de imigrantes. Contudo, essa proposta se mostrou insuficiente em virtude das diferenças em relação às atitudes da sociedade diante de imigrantes voluntários e diante dos negros. Por tudo isso, há uma aceitação ampla da necessidade de um novo modelo de integração específico para esse problema¹⁹.

Com a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*²⁰ no sentido de que os negros deveriam ser incluídos nas instituições da sociedade dominante, houve quem quisesse aplicar o mesmo raciocínio com relação à questão das minorias nacionais. Como já foi salientado, o caso dos negros é atípico e a aplicação desse princípio de integração é incompatível com as pretensões das minorias nacionais. Fazendo uma comparação com os povos indígenas, pode-se dizer que o racismo contra negros vem da negação pelos brancos de que os primeiros sejam completos membros da sociedade, já o racismo contra índios vem da negação de que eles sejam povos distintos com cultura e comunidade próprias.

5.2.1.3

Direitos especiais de representação.

Não existe uma fórmula que defina que direitos devem ser concedidos a que grupos. É necessário pensar não apenas na justiça dos direitos especiais para grupos, mas também na justiça dos processos decisórios pelos quais tais direitos são definidos e interpretados. A sub-representação não é apenas um problema para minorias étnicas, nacionais e raciais, há também a questão de gênero entre outras.

¹⁹ V. as exposições de Tocqueville trazidas no primeiro capítulo, para um entendimento mais aprofundado sobre o caso dos negros, enquanto grupo marginalizado na sociedade americana.

²⁰ Caso em que a Suprema Corte americana determinou o fim da segregação racial.

Nos EUA 80% da população fazem parte de grupos oprimidos²¹. Todos, exceto os homens americanos, brancos, bem de vida, relativamente jovens, saudáveis fisicamente e heterossexuais.

A sub-representação dos grupos historicamente em desvantagem é um fenômeno geral. Um jeito de modificar essa situação é fazer os partidos políticos mais inclusivos, outra possibilidade é adotar alguma forma de representação proporcional. Também há idéia de reservar assentos no legislativo para membros desses grupos marginalizados. Esses direitos de representação de grupo são defendidos como uma resposta a uma desvantagem ou barreira sistêmica no processo político que impede que as visões ou interesses sejam efetivamente representados. Assim, são mais plausivelmente vistos como medidas temporárias em busca de uma sociedade onde não haja mais necessidade de representação especial – uma forma de ação afirmativa política.

A sociedade deve buscar eliminar a opressão e a desvantagem sistêmica, eliminando, assim, a necessidade desses direitos. Essa questão de direitos especiais de representação é complicada porque é por vezes defendida como corolário de auto-governo e não contra opressão. O poder de auto-governo seria muito enfraquecido se pudesse ser revisto unilateralmente por um corpo externo, no qual a minoria não tivesse representação, como o Supremo. Por esse motivo, deveria ser garantida a representação das minorias em todos esses órgãos. O auto-governo é inerente e permanente, a representação tem essa garantia além da de luta contra a opressão.

Há propostas de adotar alguma forma de representação proporcional que levaria a uma legislatura mais representativa. Não há critérios para saber se o representante do grupo que ocupará o assento especial, de fato vai agir em conformidade com o que o grupo quer. É difícil compatibilizar representação espelho e responsabilidade democrática. Os defensores da representação especial acreditam na necessidade da prestação de contas, mas ainda não se sabe a forma de fazê-la.

O fato de uma pessoa não se sentir representada no processo político leva à alienação e ao questionamento da legitimidade do processo. Assim, o desejo de ser representado no legislativo deve ser levado seriamente, pois, não sendo o

²¹ YOUNG, I. 1989 *Apud*. KYMLYCKA. Op. Cit. Pág. 145

único caminho para a representação, é de extrema importância. O sentimento é o de que um grupo de cidadãos está representado em uma legislatura se um ou mais membros da assembléia pertencem àquele mesmo grupo. Esta definição contrasta com a idéia mais básica da democracia, que define a representação pelo procedimento através do qual os mandatários são eleitos e não por suas qualidades pessoais. Nessa visão, um grupo de cidadãos está representado quando participa da eleição de um ou mais membros da assembléia.

Por esses motivos, alguns acreditam que a representação de grupo é uma separação radical em relação às concepções existentes de democracia representativa, o que poderia minar normas liberais democráticas relativas a direitos individuais e cidadania responsável. Outros acreditam que a representação de grupo é a extensão lógica dos princípios e mecanismos existentes de representação. É, portanto, consistente com a cultura política liberal democrática. Além disso, a regra da maioria só é legítima em estruturas governamentais capazes de assegurar sensibilidade adequada às preocupações das minorias.

5.2.2

O Liberalismo Bem Compreendido

A democracia liberal surgiu em parte como uma reação contra a forma com a qual o feudalismo definia os direitos políticos e as oportunidades econômicas pela condição de membro de grupos. Mais tarde, houve uma tendência no pós-guerra de subsumir o problema das minorias nacionais à garantia de direitos individuais básicos a todos os seres humanos. Os liberais repetidamente se opuseram à idéia de que a específicos grupos étnicos e nacionais devesse ser dada uma identidade política permanente ou status constitucional. Afinal, para eles, os direitos humanos tradicionais, como liberdade de expressão, de associação e de consciência, enquanto atribuídos a indivíduos, são tipicamente exercidos com outros, logo provêem proteção para a vida em grupo. Onde tais direitos individuais são firmemente protegidos, não seria necessário atribuir outros direitos a membros de etnias específicas ou de minorias nacionais.

Iniciou-se uma luta para separar o estado da etnia, a exemplo do que se deu em relação à religião. A idéia é que os membros de grupos nacionais e étnicos são protegidos contra discriminação e preconceito e são livres para manter a parte

da sua herança ou identidade que quiserem, mas os esforços devem ser puramente privados. Essa separação entre estado e etnia impede qualquer reconhecimento legal ou governamental de grupos étnicos e impede o uso de critérios étnicos na distribuição de direitos, recursos e deveres.

Entretanto, a realidade das comunidades políticas mostrou que os direitos das minorias não são atendidos pelos direitos humanos tradicionais. A liberdade de expressão não indica a política de línguas mais apropriada, o direito de voto não diz como as fronteiras políticas devem ser desenhadas ou como o poder deve ser distribuído entre os níveis de governo, a liberdade de locomoção não define a melhor política de imigração e naturalização²². Essas questões são deixadas ao usual procedimento de decisão majoritária dentro de cada estado. O resultado é entregar as minorias culturais nas mãos da maioria, gerando injustiças e exacerbando os conflitos étnico-culturais.

Por esse motivo, uma teoria da justiça completa em um estado multicultural teria que incluir direitos universais, assegurados aos indivíduos sem considerar o seu pertencimento a grupo, e direitos diferenciados de grupo²³ ou status especial para culturas minoritárias. A garantia dos direitos civis é de extrema importância para a proteção das diferenças, mas nem sempre é suficiente. Os direitos das minorias são, em certo sentido, condições para os direitos humanos e devem ser complementares a estes.

Para muitos, entretanto, a idéia de direitos diferenciados de grupos se baseia em uma filosofia oposta à do individualismo. Parece tratar indivíduos como meros portadores da identidade e dos objetivos do grupo e não como personalidades autônomas com identidades e objetivos próprios na vida. As várias formas de direitos diferenciados são, em regra, incluídas na denominação de direitos coletivos. A categoria se torna muito ampla e heterogênea²⁴ e sugere que os direitos de grupos, sendo atribuídos a uma coletividade, estão sempre em oposição aos direitos individuais. A nomenclatura “direitos coletivos” levou a assumir que o debate era entre individualistas e coletivistas, sobre a prioridade relativa do indivíduo e da comunidade. Em suma, os direitos diferenciados para

²² KYMLYCKA. Op. Cit. Pág. 5

²³ Tradução livre do termo usado pelo autor. No original *group-differentiated rights*. Mais uma vez o autor traz o exemplo do Canadá como estado que garante, ao lado dos direitos individuais, direitos de comunidade.

²⁴ Inclui todos aqueles direitos vistos no capítulo anterior, como direitos difusos, individuais homogêneos, de categorias, de associações etc.

grupos parecem refletir uma perspectiva coletivista e comunitariana ao invés da crença liberal na liberdade e igualdade individuais.

Essa retórica generalizada de rivalidade entre direitos coletivos e individuais é inútil. Os tipos de direitos englobados sob a terminologia “direitos coletivos” têm pouco em comum e há, sem dúvida, formas de direitos diferenciados de grupos que não conflitam com os direitos individuais. Há, inclusive, muitas formas de cidadania diferenciada de grupo exercida de fato pelos indivíduos. Kymlycka sustenta que existem direitos diferenciados de grupo conferidos a indivíduos do grupo, ao grupo como um todo, ou ao estado federado ou província no qual o grupo forma maioria²⁵. Todos são direitos especiais de grupo, já que são conferidos com base no pertencimento cultural.

O que se deve ter em mente é que os direitos de minoria só podem ser endossados pelos liberais se forem consistentes com a liberdade ou autonomia dos indivíduos. A idéia de que os direitos coletivos estão inerentemente em conflito com os direitos individuais é verdade ou não dependendo do conceito atribuído às duas categorias de direitos.

Não é verdade que a tradição liberal é contrária aos direitos das minorias. No séc. XIX e entre as Grandes Guerras, esses direitos faziam parte da teoria e da prática liberais. Era vista como injusta a negação das liberdades civis e políticas às minorias, bem como a negação de seus direitos nacionais de auto-governo que eram considerados complemento essencial dos direitos individuais²⁶.

Hoje muitos liberais afirmam que as liberdades individuais impedem a aceitação dos direitos coletivos e o compromisso com direitos universais impede a aceitação de direitos especiais de grupo. Esses argumentos não são parte da tradição liberal e, provavelmente, surgiram de alguns fatores do pós-guerra, tais como o medo político real com relação à paz internacional, o compromisso com a igualdade racial e a preocupação com o possível aumento das demandas dos imigrantes. Além disso, a opinião pública impressionada pelas minorias desleais estava mais apta a encurtar do que expandir os direitos das minorias. Via-se mais

²⁵ No mesmo sentido do entendimento já apresentado de Habermas, Kymlycka também demonstra que os direitos são atribuídos a indivíduos ou usufruídos por indivíduos. Traz exemplos de atribuição a diferentes sujeitos. (pág. 45). O direito dos francófonos usarem o francês nas Cortes do Canadá é um direito conferido a e exercido por indivíduos, o direito de educar as crianças em escolas francesas é atribuído aos indivíduos, mas apenas onde existe número significativo de interessados. Já o direito de caça atribuído à tribo não pode ser exigido pelo indivíduo isoladamente. E o direito dos *quebecoises* de promover sua cultura é exercido pela província.

²⁶ A base da liberdade estaria na autonomia de um grupo nacional. KYMLYCKA, Op. Cit. pág. 50

ameaça doméstica do que internacional. Assim, foi sendo consolidada uma mudança de postura dos liberais contemporâneos.

Nenhum desses argumentos, entretanto, derruba as idéias liberais que dão suporte aos direitos das minorias. Para os liberais, a liberdade individual, a promoção da individualidade e o desenvolvimento da personalidade humana estão ligados de forma fundamental ao pertencimento a um grupo nacional. Além disso, os direitos especiais para grupo podem promover a igualdade entre as minorias e a maioria. É possível pensar os direitos especiais para grupos sem sacrificar o compromisso com a liberdade individual e igualdade social.

Dessa forma, quando se pensa sobre a conexão entre liberdade e cultura, é possível ver que os direitos de minorias podem aumentar a liberdade individual²⁷. A liberdade individual envolve sempre escolhas e, por isso, está ligada ao pertencimento a grupos. A nossa cultura social provê as opções e dá significado a elas. Com base nela, identificamos as experiências como valiosas. Essa conexão entre a escolha individual e a cultura é o primeiro passo para uma defesa liberal de alguns direitos diferenciados de grupo.

Os princípios básicos do liberalismo são princípios de liberdade individual. O liberalismo confere a cada indivíduo certas liberdades fundamentais. Existem assim dois requisitos necessários para os liberais. Os indivíduos devem ter os recursos e liberdades necessárias para levar a vida de acordo com os seus valores e crenças, sem medo de discriminação ou punição; e os indivíduos devem ser livres para questionar essas crenças. Por isso existe a tradicional defesa liberal da educação, liberdade de expressão e associação.

Com base nesses fundamentos, uma análise liberal dos direitos diferenciados para grupos deve ser iniciada pela distinção entre, de um lado os direitos das minorias que objetivam prover proteções externas para os grupos em face da sociedade na qual estão inseridos e, de outro, os direitos de minorias que se tornam permissivos de restrições internas. Os primeiros refletem desejos de inclusão, enquanto os segundos significam a busca pelo isolamento. No primeiro grupo, está o perigo de opressão individual, de que são exemplos as culturas

²⁷ O autor usa o termo *societal cultures* para se referir às culturas das sociedades, ligada a grupos nacionais. Uma cultura que provê seus membros com significativos modos de vida por uma grande gama de atividades, incluindo vida social, educacional, religiosa, recreativa e econômica, englobando as esferas pública e privada. Essas culturas tendem a ser territorialmente concentradas e baseadas em uma língua compartilhada. Envolvem, além de memórias e valores, instituições e práticas comuns.

teocráticas e patriarcais com mulheres oprimidas e com uma religião obrigatória. Já o perigo do segundo é gerar injustiça entre os grupos, com a marginalização de um para preservar o outro. Os críticos citam o *apartheid* como exemplo trágico de proteção de um grupo minoritário diante do resto da sociedade.

O autor defende que os liberais podem e devem endossar certas proteções externas, quando produzirem justiça entre os grupos, mas apenas para promover a igualdade, e diminuir a vulnerabilidade das minorias, corrigindo desvantagens. As restrições internas devem ser rejeitadas, de vez que limitam o direito dos indivíduos de questionar e rever as autoridades e práticas tradicionais.

As medidas de proteção externa não apenas são consistentes com a liberdade individual, já que respeitam a autonomia dos membros do grupo, mas até mesmo promovem tal liberdade. Essa proteção pode ser conseguida por direitos especiais de representação, por direito de auto-governo e direitos poliétnicos. O perigo é que esses direitos de auto-governo e poliétnicos podem ser usados também para restrição interna, em alguns casos.

Kymlycka traz exemplos de tribos indígenas. Há líderes indígenas que, apesar de buscarem isenção da aplicação das declarações de direitos, afirmam seu compromisso com os direitos e buscam ainda ser submetidos ao Tribunal Internacional de Direitos Humanos, como qualquer outro estado soberano. O que eles não suportam é a idéia de ter suas decisões revistas por órgãos da sociedade dominante, que sempre foram coniventes com a colonização e desalojamento dos seus povos e terras. A grande maioria desses grupos busca realmente a proteção externa e não restrições individuais, mas há exceções. Existe o caso da tribo americana Pueblo que conseguiu uma proteção para não aplicar a Declaração de Direitos americana e com isso, manteve Estado e religião unidos e se recusou a conceder benefícios sociais àqueles que haviam se convertido ao protestantismo.

Os direitos poliétnicos também podem ser usados para opressão individual impondo práticas tradicionais, sob a alegação de proteção da cultura. Há receio de que o multiculturalismo levado ao extremo possa justificar a imposição por cada grupo aos seus membros de práticas legais tradicionais, mesmo quando colidentes com os direitos humanos básicos e os princípios constitucionais²⁸.

²⁸ KYMLYCKA. Op. Cit. Pág. 41

O importante é saber que, não obstante as exceções, a grande maioria das demandas por direitos específicos de grupo é para proteção externa. Nem sempre é fácil fazer distinção entre as medidas de proteção e as de restrição interna, pois as medidas de proteção externa freqüentemente têm implicações nas vidas dos membros da comunidade, minimamente aumentam os impostos já que custam dinheiro para o administrador.

A diferença entre restrições internas e proteção externa é normalmente ignorada pelos defensores e críticos dos direitos diferenciados. Os críticos liberais assumem que todas as formas desses direitos são afetadas pela deficiência inerente de colocar o grupo além do indivíduo. Isso é uma objeção relevante para as restrições internas, mas não se aplica às proteções externas. A Suprema Corte norte-americana mais de uma vez rejeitou a idéia de que direitos de restrição e de proteção têm que andar juntos. Ao contrário, as mesmas razões que levam a apoiar as proteções externas levam a rejeitar as restrições internas.

Um Estado Democrático de Direito pode conformar várias culturas e formas de vida, mas não todas. Direitos de minorias de restringir a liberdade de seus membros não serão endossados por uma ordem liberal. Existe o compromisso de garantir aos indivíduos a chance de escolher quais aspectos da sua cultura querem seguir. O liberalismo é comprometido com o objetivo de garantir aos indivíduos a liberdade e a capacidade de reflexão e crítica em todos os aspectos, inclusive, naquele relativo às tradições de sua comunidade.

De acordo com a lição de Habermas, qualquer doutrina que conduza à intolerância em relação à liberdade individual é incompatível com o Estado de Direito. O Direito deve deixar a cada um a possibilidade de se orientar de acordo com a sua concepção do bom, mas não pode privilegiar ou tutelar a reivindicação de exclusividade para uma determinada forma de vida. Visões fundamentalistas não permitem a autocrítica e nem o desacordo razoável.²⁹

Ou seja, a concepção liberal não vai acomodar uma minoria, cuja estrutura contrarie a lógica da liberdade individual. Surge então um paradoxo: a tolerância é um valor liberal fundamental. Entretanto, a promoção da liberdade individual e da

²⁹ A ironia está em que, para Habermas, os movimentos fundamentalistas tentam atribuir ultra-estabilidade a um mundo vital que se encontra ameaçado pelo impulso modernizador. Tentando manter e imitar uma tradição já decaída, torna-se um movimento de reação também moderno, por si. Observa também que o nacionalismo pode se transformar em fundamentalismo e que todas as religiões já geraram seu movimento fundamentalista e não apenas nos estados que sofriam mudanças radicais. HABERMAS. Op. Cit. Pág 260

autonomia pessoal traz a intolerância em relação a grupos não liberais. Ou seja, a teoria liberal de compromisso com a autonomia individual, pode ser vista como não-liberal pelo fato da intolerância. Há um grande debate sobre qual o principal valor liberal: a tolerância ou a liberdade individual.

Os liberais que enfatizam a tolerância tem uma posição diferente da apresentada pelo autor. A tolerância liberal requer que as minorias sejam deixadas sozinhas, logo, são contrários a qualquer direito de proteção externa. Os liberais podem apoiar os não liberais, desde que estes não tentem impor seus valores e não lutem por ajuda externa. Uma ética da não-interferência recíproca. Admite restrições internas, mas não proteção externa.

A concepção liberal tradicional de tolerância é dependente de um compromisso com a autonomia. A noção de tolerância envolve liberdade de consciência individual. Protege o direito dos indivíduos de dissentir do seu respectivo grupo e protege os grupos contra perseguições do Estado.

Kymlycka inicia assim uma reflexão sobre como um Estado Liberal deve tratar minorias não-liberais. Qualquer direito diferenciado para grupos que restrinja os direitos civis dos membros do grupo é incompatível com os princípios liberais. Se um governo particular desrespeita esses direitos individuais, cabe investigar se alguém terá autoridade para intervir.

Os liberais contemporâneos abandonaram a idéia de intervenção direta e buscam promover os valores liberais através da educação, persuasão e incentivos financeiros. Estão mais relutantes em impor o liberalismo a países estrangeiros, mas continuam propensos a impô-lo a minorias nacionais. As instituições liberais se mostraram instáveis e passageiras quando provenientes de imposição externa.

Sendo as reformas liberais mais eficazes quando feitas por movimentos internos, o que os liberais de fora do grupo devem fazer é dar suporte para as iniciativas nesse sentido. Existe uma diferença entre impor o liberalismo e oferecer incentivos às reformas. É possível, por exemplo, a inclusão pela economia, que condiciona certos benefícios à adoção dos valores liberais. Todas as nações liberais tiveram passados iliberais e a liberalização requereu um longo processo de reforma institucional. Assumir que uma cultura é inerentemente iliberal e incapaz de reforma é etnocêntrico e ahistórico. O liberalismo tem graus.

Considerar que o mundo está dividido entre culturas completamente iliberais e outras completamente liberais é impedir a construção de um diálogo

entre culturas. Se o objetivo é aumentar o número de opções valiosas, devemos abandonar a idéia de culturas separadas para promover um *mélange* de significados culturais de diferentes fontes. As opções são disponíveis se fazem parte do vocabulário da vida social, incorporado em práticas sociais, baseadas em uma linguagem compartilhada. Aprender caminhos e palavras com outras culturas não significa negar pertencimento a uma cultura social separada.

5.3

A Liberdade Individual no Pluralismo

A integração dos cidadãos assegura lealdade a uma cultura política comum. As disputas se dão dentro de um horizonte interpretativo comum, onde se discute a melhor interpretação para os mesmos direitos e princípios fundamentais. Dentro de uma comunidade jurídica, somente essa força motivacional pode tornar possível a associação entre pessoas livres e iguais. Não se pode, por motivo de disputas interpretativas entre grupos e identidades coletivas, “sacrificar as conquistas normativas de uma autocompreensão nacional fundamentada na noção de cidadania no âmbito de um Estado, e não mais em velhas noções étnicas”.³⁰

A coexistência eqüitativa dos diversos grupos étnicos não pode ser calcada em um tipo de direito coletivo que necessariamente estaria além dos limites de uma teoria do direito individualista orientada para atender pessoas individuais. Tais direitos, se incorporados pelo Estado seriam não apenas desnecessários, mas também questionáveis do ponto de vista normativo.

O problema desaparece quando se atribui aos portadores de direitos subjetivos uma identidade concebida de forma intersubjetiva. As pessoas somente são individualizadas, a partir da coletivização em sociedade. Assim, uma teoria dos direitos, bem compreendida exige a preservação da integridade do indivíduo, também nos contextos vitais formadores de sua identidade. Para isso não é preciso corrigir o viés individualista, mas apenas realizá-lo de forma coerente.

A constituição-jurídica-estatal só pode permitir formas de vida capazes de coexistir de modo eqüitativo, com base no reconhecimento recíproco das condições culturais concernentes aos grupos. Cada pessoa, como membro de uma

³⁰ HABERMAS. *A Inclusão do Outro* Pág. 275

comunidade em torno de uma concepção diversa de bem, deve ser reconhecida. Tal base deve servir para aumentar a sensibilidade para a pluralidade e integridade das diversas formas de vida que coexistem em um Estado multicultural. As comunidades eticamente integradas não podem ser vítimas de usurpação da cultura majoritária que, utilizando o mecanismo estatal, com base na equidade, nega o reconhecimento.

Para Habermas, “faz parte do caráter social das pessoas físicas o fato de elas se desenvolverem em meio a formas de vida compartilhadas intersubjetivamente, para se tornarem indivíduos e estabilizarem sua identidade em condições de reconhecimento recíproco”.³¹ A partir de um ponto de vista jurídico, a pessoa só pode ser protegida juntamente com seu contexto social de processos de formação e com acesso às redes sociais e formas da vida cultural.

O teor intersubjetivo dos direitos exige proporções simétricas de reconhecimento entre direitos e deveres. É necessário que se parta de um conceito de direito que atribua igual peso à integridade do indivíduo e à integridade da comunidade em que os indivíduos possam se reconhecer tanto como indivíduos quanto como membros do grupo³². O que se busca é uma política de respeito por todas as diferenças que, ao mesmo tempo, universalize os direitos subjetivos. Portanto, são necessárias políticas de reconhecimento. O objetivo das políticas de reconhecimento não é a equalização das condições sociais, mas a proteção da integridade de formas de vida e tradições com as quais os membros dos grupos discriminados possam se identificar³³.

A proteção de formas de vida e de tradições geradoras de identidades deve servir ao reconhecimento dos membros do grupo. As tradições reproduzem-se ao convencer os indivíduos que as assumem e internalizam do valor que têm. Elas persistem ao estimular os indivíduos. A garantia da sobrevivência da reprodução cultural iria privar os membros da possibilidade de dizer sim ou não. Não se podem colocar as culturas sob um regime de preservação das espécies. Tal regime seria inconciliável com as condições hermenêuticas para uma reprodução promissora. As formas de vida se mantêm graças a uma força de

³¹ HABERMAS *A Inclusão do Outro*. Pág. 164

³² Projeto republicano. HABERMAS. *A Inclusão do Outro*. Pág. 281.

³³ A questão é que normalmente o não reconhecimento cultural coincide com condições sociais de demérito. Há uma retro-alimentação.

autotransformação. Mesmo culturas majoritárias necessitam de uma revisão irrestrita.

Em sociedades multiculturais, a coexistência eqüitativa das formas de vida dá a cada cidadão a possibilidade de pautar a sua vida de forma segura em seu universo de origem e de proporcionar também aos seus filhos a chance de poder escolher orientar sua vida dentro daquela tradição ou em outras, a partir de um processo de autocrítica e ruptura. As culturas só sobrevivem quando são capazes de autotransformação, a partir da crítica e da cisão. As garantias jurídicas só podem existir com base na possibilidade que cada indivíduo tem, dentro da sua cultura de regenerá-la. Esse ímpeto de regeneração e de autotransformação vem do isolamento e também do intercambio.

Um grupo de pessoas constitui um povo com direito ao auto-governo democrático de acordo com o acaso histórico, com o resultado de guerras e disputas. Assim, uma nação de cidadãos é composta por pessoas que, devido aos processos sociais de formação da identidade, encarnam simultaneamente diferentes formas de vida. A idéia de nação vem trazer a ilusão de que as diferenças e a contingência podem ser superadas a partir de um direito à autodeterminação.

O povo se torna detentor do direito à soberania nacional pelo fato de ele próprio se definir como povo homogêneo. Porém, a hipótese de um povo homogêneo traz conseqüências indesejáveis. Qualquer heterogeneidade seria uma anormalidade e uma ameaça à paz. Pressupor uma identidade coletiva indisponível dá ensejo a políticas repressivas de imposição da identidade e eliminação das diferenças. Em regra os estados não surgem a partir de uma etnia isolada, ao contrário, muitas vezes surgem oprimindo, assimilando e marginalizando povos inferiores. Sendo assim, luta pela homogeneidade ou etnonacionalismo, normalmente se deu à base de sangrentos conflitos de limpeza étnica.

A busca pela equiparação de situações de vida e posições factuais de poder não podem ocorrer por meio de intervenções padronizadoras que privem os pretensos beneficiários da liberdade de escolher suas formas de vida. Por esse motivo, a neutralidade do direito em face das diferenciações éticas se explica pelo fato de que nas sociedades complexas, não é possível manter a coesão entre os cidadãos, por meio de um consenso substancial de valores, mas apenas por um

consenso quanto ao procedimento quanto ao exercício do poder e à legitimidade das ações. Há um consenso procedimental que se fia no procedimento democrático como melhor modo de favorecer o interesse equitativo de todos³⁴.

É necessária uma transformação da compreensão paradigmática do direito. Deve-se apresentar uma concepção procedimental do direito. Um processo democrático capaz de assegurar a um só tempo as autonomias privada e pública. Os direitos subjetivos que objetivam garantir autonomia privada não serão formulados de forma adequada sem que os próprios atingidos possam antes articular e fundamentar em discussões públicas, os aspectos relevantes para o tratamento igual ou desigual de casos típicos. Apenas com a ativação do exercício da cidadania no espaço público, é que se pode garantir autonomia privada.

“Os sujeitos privados do direito não poderão sequer desfrutar das mesmas liberdades subjetivas enquanto não chegarem ao exercício conjunto de sua autonomia como cidadãos do Estado (...) e enquanto não chegarem a um acordo acerca das visões relevantes segundo as quais se deve tratar como igual o que for igual e como desigual o que for desigual”.³⁵

Nesse ponto, cumpre salientar a importância da noção hebermasiana de todos, utilizada no sentido de que todas as pessoas são sujeitos de direitos, pessoas capazes de reflexão e crítica. O procedimento democrático visa a efetivar a participação de todos no discurso. Ainda que o conteúdo substantivo das decisões democráticas seja sempre o resultado de lutas ideológicas entre grupos, o importante é que sempre se garanta um espaço aberto em que todos, ainda que membros de grupos minoritários possam ser ouvidos. Daí a necessidade de se falar em identidade coletiva sem que a visão da perspectiva de grupo com base nas diferenças modifique o sujeito de direitos que deve ter voz não enquanto raça, gênero ou grupo, mas enquanto cidadão.

Nesse sentido, é importante frisar que em todo caso o que se busca proteger é a efetivação de direitos do indivíduo e a realização da sua autonomia. Através dos direitos coletivos, busca-se assegurar o exercício igual da autonomia política para todos. A base da cidadania continua sendo a identidade política e não o grupo ou a raça. Não se pode pensar em uma sociedade permanentemente dividida. Uma vez que se consiga propiciar a compreensão democrática da

³⁴ HABERMAS. *A Inclusão do Outro*. Pág. 263

³⁵ HABERMAS. *A Inclusão do Outro*. Pág. 242

efetivação de direitos fundamentais, nem será preciso um modelo que introduza direitos coletivos, estranhos ao próprio sistema.

5.4

Conclusões

Sem dúvida, o grande medo dos liberais é que as noções de identidade coletiva e de direitos diferenciados de grupo atribuídos com base no pertencimento aos grupos, façam ruir a noção de cidadania que é o pilar da estrutura do Estado Democrático de Direito.

Nesse ponto, Kymlycka traz uma questão que pode parecer contraditória. Ele observa que, para muitos liberais, o único modo de desenvolver uma identidade cívica compartilhada é ter um status comum e não-diferenciado de cidadania. Em uma sociedade que reconhece direitos diferenciados para minorias, os membros de um grupo são incorporados à comunidade política através do grupo e seus direitos passam a depender, de certa forma, do pertencimento ao grupo. Diante disso, torna-se necessário verificar se tais direitos são compatíveis com os requisitos a longo-prazo de uma democracia liberal estável. Cabe indagar se é possível falar em cidadania em uma sociedade em que os direitos são distribuídos com base no pertencimento ao grupo.

Para alguns liberais, isso é contraditório. Afinal, os direitos de cidadania gerariam um senso de pertencimento à comunidade, com base na lealdade à civilização como posse comum³⁶. Cidadania é tratar igualmente as pessoas como indivíduos, com direitos iguais diante da lei. Isso é, para os liberais, exatamente o que distingue a cidadania democrática de outros regimes pré-modernos, nos quais o status político das pessoas era determinado com base no pertencimento a uma classe, uma religião ou uma etnia³⁷.

Kymlycka, entretanto, diz que cidadania é inerentemente uma noção diferenciadora de grupos. A maioria dos liberais começa falando da igualdade entre as pessoas e termina falando da igualdade entre cidadãos sem nem explicar ou notar a mudança. A existência de estados e do direito dos governos de controlar a entrada nas fronteiras do Estado gera, na visão do autor, um paradoxo

³⁶ Teoria da função integradora da cidadania de Marshall. V. cap. 3

³⁷ RAWLS John e PORTER John. *Apud*. KYMLYCKA. Op. Cit. Pág. 174.

para os liberais. A maioria deles defende suas teorias com base no “igual respeito pelas pessoas” e “iguais direitos para os indivíduos”. Isso sugere que todas as pessoas têm igual direito de entrar em um estado, participar da sua vida política e compartilhar seus recursos naturais.

Mas na prática, esses direitos são reservados aos cidadãos e nem todos podem se tornar cidadãos, ainda que queiram jurar lealdade aos princípios liberais. Ao contrário, há milhões de pessoas querendo ter a cidadania em democracias liberais e são recusadas. Mesmo o país mais aberto do Ocidente aceita somente uma fração do número de pessoas que iria para lá se realmente existissem fronteiras abertas. Os imigrantes são pessoas que têm recusados os direitos de entrar e participar em um determinado estado porque não nasceram no grupo certo.

Se o liberalismo trata as pessoas apenas como indivíduos, sem considerar o pertencimento ao grupo, fronteiras abertas são preferíveis, de vez que aumentariam a mobilidade e as oportunidades para os indivíduos. A menos que haja um único governo para o mundo ou fronteiras abertas entre os estados, a distribuição de direitos e de benefícios com base na cidadania continuará sendo feita com base no pertencimento a grupos.

Considerando esse ponto de vista, toda a estrutura do Estado Democrático de Direito que seria incompatível com direitos diferenciados de grupo teria sido montada com base em uma espécie de direitos diferenciados atribuídos a uma coletividade. Reconhecendo a existência de direitos de autodeterminação e de auto-governo atribuídos a um povo, com exclusão de todos os outros indivíduos, a estrutura do Estado Democrático de Direito ficaria comprometida?

Por óbvio, a teoria dos direitos construída a partir da auto-compreensão do Estado Democrático de Direito tem lugar dentro do Estado. A igualdade entre os indivíduos de fato estaria mais próxima se houvesse um único governo mundial. Ocorre que essa ainda é uma hipótese distante, de vez que nem há a consolidação de estruturas eficientes, capazes de coerção na ordem internacional. Dessa forma, os direitos de autodeterminação concedidos aos povos, são direitos que geram uma identidade coletiva do Estado na ordem externa, em face dos outros Estados soberanos, mas internamente existem identidades individuais formadas intersubjetivamente.

Nesse sentido, Habermas salienta que compreendendo bem Kant e Rousseau, é possível dizer que a autodeterminação democrática não tem um sentido coletivista excludente da independência e da singularidade nacionais, mas tem o sentido de uma auto-legislação que inclui de modo uniforme todos os cidadãos. O objetivo é incluir e equiparar os marginalizados, sem confiná-los à homogeneidade.

Segundo a teoria racional do direito, as condições jurídicas decorrem das relações individuais do reconhecimento intersubjetivo. Quando a autodeterminação democrática vem no sentido de auto-afirmação e auto-realização coletivas, pressupõem um povo constituído como Estado Nação³⁸. Nessa perspectiva, “o direito coletivo de todos os povos a uma existência própria na forma de estado é condição necessária para a garantia eficiente de direitos individuais iguais para todos”.³⁹ Nos casos de disputas por dominação e colonialismo, a resistência se dá não em função de um suposto direito coletivo à autodeterminação, mas em função das violações aos direitos fundamentais individuais. A reivindicação da autodeterminação se dá para a concretização dos direitos de cidadania iguais para todos.

Assim é possível compatibilizar a noção de direitos coletivos com a estrutura do Estado Democrático de Direito. Para isso, basta que se entenda a identidade individual, como fruto de contínuas relações intersubjetivas e que se perceba que os chamados direitos coletivos nada mais são do que um instrumento ou uma estratégia de luta para ampliar o acesso aos direitos individuais, permitindo que mais pessoas alcancem a realização pessoal.

Como se tornou claro, a partir do pensamento de Habermas, a consideração de fins coletivos não dissolve a estrutura do direito, não destrói a forma jurídica como tal e nem acaba com a diferenciação entre direito e política. Toda ordem jurídica reflete uma forma de vida particular e não somente a universalização dos direitos fundamentais. “Ordens jurídicas são eticamente impregnadas na mesma medida em que nelas se refletem a vontade política e a forma de vida de uma comunidade jurídica concreta”.⁴⁰

³⁸ Habermas traz o pensamento de Carl Smith que veio fundar um direito coletivo. HABERMAS. Op. Cit. Pág. 167

³⁹ HABERMAS *A Inclusão do Outro*. Pág. 167

⁴⁰ HABERMAS. *A Inclusão do Outro*. Pág. 264

Uma teoria do direito, entendida de forma correta jamais ignora as diferenças culturais. Os direitos comuns de cidadania pensados para o homem branco cristão não podem acomodar as necessidades especiais desses grupos. É necessário considerar as diferenças para uma cidadania completamente integradora. Os direitos diferenciados em função do pertencimento se justificam quando são necessários para criar a cidadania no ponto de partida.

“In a society where some groups are privileged while others are oppressed, insisting that as citizens, persons should leave behind their particular affiliations and experiences to adopt a general point of view serves only to reinforce the privilege; for the perspective and interests of the privileged will tend to dominate this unified public, marginalizing or silencing those of other groups”⁴¹

A solução está num reconhecimento explícito e na representação dos grupos oprimidos. A dominação histórica de alguns grupos por outros, deixou um rastro de barreiras e preconceito que torna muito difícil a participação efetiva dos grupos oprimidos no processo político. Os direitos diferenciados são como uma resposta temporária a essa opressão até uma sociedade na qual o respeito pelas diferentes tradições torna-los-á desnecessários.

Os medos em relação à quebra da estabilidade do Estado liberal em virtude das demandas de grupos discriminados e de imigrantes não têm razão de ser. As demandas por direitos são reivindicações por inclusão, por uma participação completa na comunidade maior⁴². Dessa forma, se o liberalismo pretende ver seus ideais prosperarem, deve atender explicitamente as aspirações das minorias. Os limites são: a igualdade entre os grupos; e liberdade e igualdade dentro dos grupos.

⁴¹ YOUNG, Iris. *Apud* KYMLYCKA. Op. Cit. Pág. 141.

⁴² KYMLYCKA Op. Cit. Pág. 192