

Direito e Diferença: considerações constitucionais sobre o direito e a identidade

Law and Difference: Considerations on constitutional law and identity

Bruno Meneses Lorenzetto¹

Universidade Federal do Paraná, Brasil
Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil
bruno_lorenzetto@yahoo.com.br

Katya Kozicki²

Universidade Federal do Paraná, Brasil
Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil
kkozicki@uol.com.br

Resumo

O presente artigo versa, inicialmente, sobre a forma de compreensão da consolidação da subjetividade e, por consequência, de uma identidade, através da filosofia que confere ênfase ao reconhecimento, em detrimento da teoria do contrato social. Em seguida, discute a dicotomia entre os direitos liberais e sociais e sua possível influência na configuração do direito à cultura, nos liames pertinentes a uma identidade própria. Expõe que a produção cultural deve ser democratizada, com o acolhimento das distintas manifestações culturais, sem a concentração exclusiva dos signos culturais e seus valores nas mãos do governo. Propõe, ainda, o direito a uma identidade própria, como critério para a avaliação do direito social à cultura, com o entendimento de que as diferenças devem ser protegidas na proporção em que são demandadas para constituir a defesa de direitos fundamentais.

Palavras-chave: direitos fundamentais, identidade, diferença.

Abstract

This article focuses initially on the way of comprehending the consolidation of subjectivity, and therefore of an identity, through the philosophy that gives emphasis to recognition, to the detriment of social contract theory. Then it discusses the dichotomy between liberal and social rights and their possible influence on the shaping of cultural rights, in the bonds related to people's own identity. It claims that cultural production should be democratized, including the host of distinct

¹ Universidade Federal do Paraná. Praça Santos Andrade, 50, Centro, 80020-300, Curitiba, PR, Brasil Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Rua Imaculada Conceição, 1155, Prado Velho, 80215-901, Curitiba, PR, Brasil.

² Universidade Federal do Paraná. Praça Santos Andrade, 50, Centro, 80020-300, Curitiba, PR, Brasil. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Rua Imaculada Conceição, 1155, Prado Velho, 80215-901, Curitiba, PR, Brasil.

cultural manifestations, without the sole concentration of cultural signs and their values in government hands. It also proposes people's right to an identity of their own as a criterion for assessing the social right to culture, with the understanding that the differences should be protected as long as they are required to constitute the defense of fundamental rights.

Key words: fundamental rights, identity, difference.

Introdução

A questão pertinente à diferença e ao direito que venha a reconhecê-la e garanti-la contemporaneamente são os principais temas desenvolvidos no presente artigo. Logo, procura-se delimitar os campos jurídicos em que a cultura se apresenta como direito fundamental, na perspectiva do direito a uma identidade própria, tanto em seu aspecto negativo, ou seja, a garantia da liberdade de possuir uma identidade própria, assim como em seu sentido positivo, ou seja, a necessidade e a demanda por políticas públicas que venham a reconhecer e afirmar possíveis identidades marginalizadas, minoritárias, que têm o acesso aos meios de participação democrática na sociedade obstaculizado pelo simples fato de uma ontologia da diferença não ser comportada, plenamente recebida, acolhida, no meio social contemporâneo.

Para tanto, procura-se averiguar a estrutura da inserção do indivíduo na sociedade, sua luta por reconhecimento, como mediação necessária para a constituição da subjetividade. E ainda a relevância do contexto ético em que o indivíduo se encontra, assim como a dicotomia entre direitos liberais e sociais, seus fundamentos, suas críticas e se ainda faz sentido falar nesta dicotomia, face ao reconhecimento que todos os direitos possuem um custo.

Trata-se, em suma, de reflexões sobre: (i) o direito a uma identidade própria, o qual deve ser identificado e tratado como direito fundamental; (ii) a necessidade de uma abertura democrática para a cultura na produção e significação pelo próprio povo, afastando um possível paternalismo estatal da semântica cultural nacional.

A luta por reconhecimento

A Teoria Crítica teve como um dos seus objetivos constitutivos, que em boa medida norteou as pesquisas posteriores das gerações subsequentes, a busca por explicar e entender o funcionamento dos processos

sociais numa vertente crítico-normativa. O desafio que se colocou no horizonte da Teoria Crítica foi o de promover uma leitura renovada da mediação existente entre a práxis e a teoria, com o fim de formular diagnósticos críticos de época, no sentido de explorar quais processos sociais se orientam para a emancipação e quais são aqueles que impossibilitam que esta ocorra, os obstáculos que impedem a formação de uma sociedade livre e justa.

Apesar de existirem diferentes modelos de Teoria Crítica – ainda que todos sejam, em menor ou maior medida, tributários à crítica originária de Adorno e Horkheimer (2006) –, a atenção será voltada para o debate do reconhecimento social e jurídico das identidades particulares e das formas de vida cultural, desenvolvido por Axel Honneth (2003). Reflete-se, por conseguinte, sobre o processo social de construção intersubjetiva da identidade, tanto pessoal como coletiva. Para Honneth, tal construção ocorre através de uma gramática moral conflituosa, uma “luta por reconhecimento”.

Entende o autor que, ainda que Habermas tenha contribuído significativamente com sua teoria social, esta não foi capaz de lidar com o campo sociológico de maneira adequada. Os dois problemas centrais da teoria habermasiana estariam na separação entre sistema e mundo da vida e sua intersubjetividade comunicativa voltada para o consenso. O segundo ponto, em especial, foi alvo de críticas a partir de diferentes perspectivas (Mouffe, 1999), mas Honneth observa que como a base da interação social é o conflito, e não o consenso, a gramática moral de tal conflito seria a luta por reconhecimento (Nobre, 2003, p. 17)³.

A luta dos sujeitos por reconhecimento recíproco de suas identidades em uma pressão que é realizada na parte interna da sociedade, que visa à estruturação prática e política de instituições que assegurem suas liberdades (comunicativamente compartilhadas).

Honneth afilia-se, neste ponto (através de Hegel), a uma tradição diversa da compreensão contratualista do fenômeno social. Assim, por um lado, para Hobbes,

³ “Se Honneth concorda com Habermas sobre a necessidade de construir a Teoria Crítica em bases intersubjetivas e com marcados componentes universalistas, defende também, contrariamente a este, a tese de que a base da interação é o conflito, e sua gramática, a luta por reconhecimento” (Nobre, 2003, p. 17).

o medo permanente e a desconfiança recíproca conduzem a uma submissão de todos a um soberano, por meio de um contrato. Ou seja, o contrato social procura apaziguar a guerra de todos contra todos:

Em vista dessa situação de desconfiança mútua, não há nenhuma forma de autoproteção antecipada razoável, isto é, dominar por meio da força ou da astúcia a tantos homens quanto possa, no tempo exato, para que nenhum outro poder o ameace. Isso se resume na própria sobrevivência e, geralmente, é permitido. [...] os homens não sentem nenhum prazer (ao contrário, um grande desgosto) reunindo-se quando não há um poder que se imponha a eles. Cada homem considera que seu semelhante deve valorizá-lo tanto quanto ele se valoriza e, em presença de sinais de desprezo ou de subestimação, procura, na medida do possível (os que não reconhecem nenhum poder que os sujeite, destroem-se mutuamente) arrancar maior estima de seus contendores infligindo-lhes algum dano e o de outros pelo exemplo (Hobbes, 2000, p. 95).

Por outro lado, Honneth compartilha com Hegel o entendimento de que o fundamento para qualquer teoria filosófica da sociedade são os vínculos éticos, em sentido oposto às teses atomísticas, e defende que, desde o *início*, teriam existido formas elementares de convívio intersubjetivo.

[...] se os sujeitos precisam abandonar e superar as relações éticas nas quais eles se encontram originariamente, visto que não veem plenamente reconhecida sua identidade particular, então a luta que procede daí não pode ser um confronto pela pura autoconservação de seu ser físico; antes, o conflito prático que acende entre os sujeitos é por origem um acontecimento ético, na medida em que objetiva o reconhecimento intersubjetivo das dimensões da individualidade humana (Honneth, 2003, p. 48).

O indivíduo apenas estaria em condições de se autoidentificar consigo próprio na medida em que pudesse encontrar aprovação e apoio daqueles com quem interage; logo, o conceito de “honra” serviria, portanto, para caracterizar uma relação afirmativa do próprio indivíduo perante a comunidade da qual demanda reconhecimento.

E há um prosseguimento da luta por reconhecimento que tangencia a esfera jurídica, pois os conflitos práticos que decorrem do não reconhecimento ou do desrespeito acabam por expor conflitos referentes à ampliação do conteúdo material e do alcance social do *status* de uma pessoa de direito (Honneth, 2003, p. 217)⁴.

A experiência da privação de direitos pode ser auferida pelo alcance material daqueles direitos que são garantidos institucionalmente, mas também pelo alcance da universalização dos mesmos. Para tanto, estrutura a relação entre formas de reconhecimento e de desrespeito. Ante um tipo de desrespeito, exige-se um meio de reconhecimento específico.

Nas relações primárias, constituídas pela amizade e pelo amor, o desrespeito consistiria nos maus-tratos e na violação; nas relações jurídicas, o desrespeito estaria na privação de direitos e exclusão; enquanto que, na comunidade de valores, caracterizada pela solidariedade, o desrespeito estaria na degradação e na ofensa.

Assim, para Honneth, o interesse se volta para os conflitos originados de experiências de desrespeito social, que suscitam lutas sociais direcionadas para a reestruturação ou desenvolvimento de relações de reconhecimento mútuo.

As formas mais importantes de reconhecimento decorreriam do direito e da estima social. Se for possível afirmar que o sujeito possui expectativas de reconhecimento, também se deve compreender que estas afetam sua identidade, a forma como ele se percebe no mundo, em sua sociabilidade (ou em sua negatividade).

No que tange à fundamentação normativa da teoria da justiça, Honneth procura aproximar as posições divergentes do liberalismo e do comunitarismo (Werle e Melo, 2009, p. 193)⁵, ao conferir uma nova solução para a problemática, que articula uma teoria que trata das práticas sociais e dos elementos históricos concretos sem apelar para um argumento relativista. Para tanto, opõe ao construtivismo kantiano de Rawls uma reconstrução normativa hegeliana, em que uma teoria da justiça deveria ser capaz de cumprir exigências normativas que se encontrem nas relações de reconhecimento recíproco.

Se, por um lado, afirma com os liberais a necessidade de uma estrutura de direitos para a tutela da autorrealização subjetiva, com liberdades e deveres,

⁴“A ‘honra’, a ‘dignidade’ ou, falando em termos modernos, o ‘status’ de uma pessoa, refere-se, como havíamos dito, à medida de estima social que é concedida à sua maneira de autorrealização no horizonte da tradição cultural [...]” (Honneth, 2003, p. 217).

⁵“Formulando tais posições de uma forma bem geral, para os ‘liberais’ trata-se de dar prioridade a uma concepção abstrata de ‘pessoa’ desvinculando suas capacidades de agir de forma autônoma e livre dos contextos e determinações históricas específicas que compõem sua identidade. Para que uma concepção de justiça possa fornecer princípios e normas com pretensões morais de justiça, é preciso limitar-se a uma concepção ‘impessoal’ e ‘imparcial’ de pessoa. Já segundo os ‘comunitaristas’, a justiça está atrelada aos contextos da comunidade, ou melhor, à sua história, tradição, práticas e valores, que formam o horizonte normativo para a constituição da identidade de seus membros e, por conseguinte, dos princípios de justiça” (Werle e Melo, 2009, p. 193; sobre o tema, conferir também Kymlicka, 2006).

por outro lado, critica a forma de produção abstrata e aponta para a necessidade de um contexto ético que é intersubjetivamente estabelecido. Por isso, uma teoria da justiça “teria de estar orientada para a proteção dos contextos de reconhecimento recíproco ameaçados, assegurando assim a realização da liberdade em toda sua extensão” (Werle e Melo, 2009, p. 196).

Para Rainer Forst (2010), o liberalismo entende a identidade da pessoa de direito tanto como uma questão de direito fundamental, quanto como uma “capa abstrata” que, exterior à pessoa ética, a protege, resguarda a identidade particular ao mesmo tempo em que a limita, nos moldes de princípios da justiça morais e universais.

Quanto ao tema do reconhecimento, defende Forst (2010) que se deve expor a potencialidade do conceito de reconhecimento, eis que este possibilita a interpretação de “contextos de justificação” como “contextos de reconhecimento”, fator que habilita uma perspectiva diferenciada das relações de reconhecimento, como as circunstâncias do reconhecimento dos outros e por outros. Podem-se distinguir, então, formas diferentes de individualidade e de vínculos comunitários.

Aduz Forst que,

[c]om isso, a controvérsia entre liberalismo e comunitarismo nos ensina que é insuficiente a simples oposição entre o bem e os direitos individuais ou o que é correto moralmente; a comunidade e a justiça; a eticidade e a moralidade; os contextos concretos e a razão abstrata. O esclarecimento aqui sugerido dos conceitos fundamentais mostrou que a pessoa, que está no centro das questões sobre a justiça, não deve ser entendida exclusivamente como pessoa ética, como pessoa do direito, como cidadão ou como pessoa moral, mas como pessoa em todas essas dimensões comunitárias. A tarefa de uma teoria da justiça consiste em definir e reunir adequadamente esses contextos da justiça (Forst, 2010, p. 435).

Estabelecidas as linhas gerais de uma forma de compreensão da consolidação da subjetividade e, por consequência, de uma identidade – via reconhecimento⁶ – passa-se a tratar, na sequência, da dicotomia entre os direitos liberais e sociais e sua possível influência na configuração do direito social à cultura, nos liames pertinentes a uma identidade própria.

Direitos liberais e sociais

Quanto aos direitos fundamentais clássicos, pode-se dizer que são direitos que permitem, desde logo, seu exercício. Trata-se de direitos que prescindem, portanto, em linhas gerais, da atuação do Estado para sua concretização. As liberdades de expressão, religião, reunião, consciência, entre outras, podem ser exercidas pela simples ação de seu titular.

Afirma Clèmerson Merlin Clève que a teoria constitucional brasileira não desconhece que tais direitos, *a priori*, demandam a abstenção estatal. Mesmo assim, o Estado não pode deixar de atuar para proteger esses direitos, os quais também podem demandar, inclusive, ação efetiva do Estado na implantação de políticas públicas voltadas à afirmação dos referidos direitos. Segundo o constitucionalista,

[a]dmite-se que é duplo o papel do poder público neste particular. Deve abster-se, por um lado, é verdade. Mas, por outro lado, deve agir, para promover as iniciativas dirigidas à promoção de referidos direitos (educação para a cidadania, repartições públicas adequadas, etc.), bem como dos pressupostos para seu exercício (a inviolabilidade do domicílio pressupõe a existência de uma moradia; a liberdade de locomoção, nos grandes centros, pressupõe a existência de uma rede de transporte coletivo com acesso democratizado etc.) (Clève, 2006, p. 29).

Em igual sentido, defende-se que os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional emancipatória, pautada pelo compromisso com a efetividade dos comandos constitucionais; assim, “uma nova configuração dos direitos fundamentais, especialmente dos apontados como sociais, exige uma renovada abordagem doutrinária para dar conta da sua eloquente significação” (Clève, 2006, p. 30).

Pois se, no caso do Brasil, a Constituição não separa os direitos negativos e positivos em regimes distintos, também é importante observar que os preceitos constitucionais em questão possuem especificidades. Isso não obsta, de qualquer maneira, o caráter positivo das normas referentes aos direitos sociais.

⁶ O debate entre redistribuição e reconhecimento pode ser sintetizado nas seguintes linhas de Nancy Fraser: “[...] o reconhecimento não pode ser reduzido à distribuição, pois o status de alguém na sociedade não é simplesmente uma decorrência da sua posição de classe. Considere-se o caso do banqueiro afro-americano de Wall Street que não consegue tomar um táxi para levá-lo. Nesse caso, a injustiça do não reconhecimento tem pouca relação com a má distribuição. [...] Reversamente, também a distribuição não pode ser reduzida ao reconhecimento, pois o acesso de alguém a recursos não é simplesmente uma decorrência de seu status. Considere-se o caso do trabalhador de indústria, bem qualificado, homem e branco, que fica desempregado devido ao fechamento de uma fábrica, resultante de uma especulativa fusão corporativa. Nesse caso, a injustiça da má distribuição tem pouca relação com o não reconhecimento. [...] Em geral, portanto, nem a distribuição, nem o reconhecimento podem ser reduzidos um ao outro. Ao invés de endossar qualquer um desses paradigmas com exclusão do outro, eu proponho desenvolver o que chamarei de uma concepção ‘bidimensional’ da justiça” (Fraser, 2008, p. 180-181). Para maiores detalhes sobre a concepção bidimensional da justiça, ver Fraser e Honneth (2003).

Como os direitos prestacionais demandam, em termos gerais, maior atuação positiva do poder público, acabam por ser alvo de preconceitos infundados sobre seu custo ou ineficácia. Se, por um lado, esses direitos não são realizados de maneira integral, pelo fato de serem dependentes do ambiente social no qual estão inseridos, dos meios econômicos sociais e de distribuição dos recursos. Por outro lado, não podem ser considerados como adornos ineficazes da normatividade constitucional.

Admite-se que, para a concretização dos direitos sociais, deva existir “uma bem elaborada peça orçamentária, mecanismo através do qual o Estado maneja os recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa uma vez observada a previsão da receita” (Clève, 2006, p. 32). Afastam-se, contudo, as teorias que sustentam que os direitos sociais não passam de programas de ação governamental, destituídos de aplicação ou eficácia, pois, como lembra Clève: “Quem somos nós para recusar a condição de direitos fundamentais para aqueles que o Constituinte definiu como tais?” (Clève, 2006, p. 32).

Deve ser lembrado que o Estado não dispõe de recursos ilimitados. Isso se aplica a qualquer Estado com proporções que vão da extrema pobreza, com carência quase absoluta de órgãos estatais que possam fornecer serviços públicos para a população, até Estados com vasto desenvolvimento infraestrutural e uma ampla gama de serviços disponíveis para seu povo. Mas, nesta clivagem, não há uma correlação necessária entre a presença do Estado e sua infraestrutura disponível para a população e o Produto Interno Bruto do país (Dubet, 2011)⁷. Alguns Estados ricos decidem por uma postura contida, negativa, não intervencionista, enquanto existem exemplos de Estados pobres ou subdesenvolvidos que procuram implementar serviços públicos na medida do possível.

O problema que se coloca volta-se não apenas para a questão da escassez de recursos públicos, mas para a decisão sobre as funções que serão desenvolvidas, privilegiadas em detrimento de outras. Holmes e Sunstein lembram que a discricionariedade do gasto reflete em uma discricionariedade no gozo dos direitos, mas que reconhecer o fato de que os direitos possuem um custo não implica que o único critério, o único filtro a ser utilizado na decisão sobre qual direito deve ser privilegiado deva ser o seu custo (Holmes e Sunstein, 2011).

Se não existisse uma autoridade política estruturada de maneira prévia, disposta e capaz de intervir, os direitos não passariam de uma promessa vazia. A ausência do Estado significaria a ausência de direitos:

É preciso reconhecer que a qualidade e a extensão da proteção dos direitos dependem não apenas de gastos privados, mas também de gastos públicos. Como os direitos impõem custos a entes privados assim como ao orçamento público, necessariamente valem mais para umas pessoas que para outras (Holmes e Sunstein, 2011, p. 39).

A premissa equivocadamente defendida por muitos de que os direitos mais fundamentais, negativos ou de não interferência, em sua essência não possuem custos decorre da incapacidade da detecção de custos ocultos que garantem tais direitos.

Nesse sentido, para além das aparências, o Judiciário – que muitas vezes reproduz sem refletir o discurso de que está distante da política, que assuntos fiscais deveriam se circunscrever às fronteiras do Legislativo e do Executivo –, na prática, não teria seu funcionamento estrutural garantido sem a existência de tributos. Os direitos que os juízes protegem possuem custos e não existe um critério que garanta, de forma absoluta, que uma decisão judicial destinada a garantir um direito liberal não estaria empregada de maneira mais adequada em uma política pública de cunho social.

A partir disso, Holmes e Sunstein propõem a superação da dicotomia entre direitos liberais e sociais, pois entendem que esta não é tão evidente quanto aparenta. Além disso, enquanto conservadores repudiam os direitos de bem-estar subsidiados por contribuintes, progressistas defendem estas garantias positivas. Contudo, de qualquer modo, deve-se observar que, “[m]esmo quando não tenha relação com partidos políticos, a dicotomia direitos negativos-direitos positivos está longe de ser politicamente inocente, posto que conforma alguns dos debates políticos nacionais mais importantes” (Holmes e Sunstein, 2011, p. 62-63).

Certos direitos constitucionais demandam ações positivas do Estado para que tenham existência, e, portanto, a Constituição orienta a ação do Estado em sentido positivo, como ocorre com a garantia ao voto; ao realizar eleições regularmente, não basta, como procura defender uma postura simplista, que o Estado apenas tolere as diferenças e não intervenha na vida dos cidadãos.

As autoridades públicas, por exemplo, fornecem um respaldo significativo para a garantia do cumprimento dos contratos, tanto no sentido da sua exigibilidade – através do Judiciário –, quanto no âmbito da interpretação da extensão dos termos contratados ou da delimitação da possibilidade de seu cumprimento – se o contrato é abusivo, se está prescrito, etc.

⁷ Para uma análise mais detalhada da relação entre o papel do Estado de bem-estar social e a desigualdade em estados desenvolvidos, ver Dubet (2011).

Se os direitos constitucionais estão formulados de tal maneira que tornam plausível sua defesa e proteção, mesmo enquanto direitos negativos, de abstenção, só poderão ser tutelados se tiverem um guardião, no caso, o ente estatal. Mesmo a proteção contra o governo passa pelo próprio governo, e, assim, se um funcionário público eventualmente viola o direito de uma pessoa, este abuso deverá ser reparado através de outros funcionários públicos⁸.

Vale lembrar, através dos ensinamentos de Jorge Reis Novais que

[s]er um direito fundamental significa, em Estado constitucional de Direito, ter uma importância, dignidade e força constitucionalmente reconhecidas que, no domínio das relações gerais entre o Estado e o indivíduo, elevam o bem, a posição ou a situação por ele tutelada à qualidade de limite jurídico-constitucional à actuação dos poderes públicos (Novais, 2010, p. 251).

Além disso, no campo das relações entre poderes públicos, os direitos fundamentais são indisponíveis no que tange à decisão do poder político democrático, de modo que sua garantia é atribuída ao Judiciário no plano constitucional.

Com a densificação do dever estatal de respeito aos direitos fundamentais, a dimensão do dever de abstenção se acentuou, o que levou à produção de direitos negativos, porém, também positivos, eis que ambos merecem respeito pelo simples fato de serem direitos fundamentais.

Por isso, entende-se que, se em determinado âmbito jurídico existe um obstáculo de ordem fática ou jurídica para o exercício do direito fundamental, cabe ao Estado não apenas abster-se, mas deve agir de maneira positiva, no sentido da remoção do obstáculo e efetivação do direito.

Jorge Reis Novais expõe:

Só a título de exemplo, refira-se que, entre nós, se reconhecêssemos na Constituição um direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, então isso

significaria que para respeitar tal direito o Estado teria, não apenas de se abster de perturbar o acesso ao casamento de quem tem já reconhecida essa capacidade, mas também de desenvolver uma actuação positiva de modificação do Código Civil. Estaríamos no âmbito de um direito de liberdade, mas o dever estatal de respeito traduzir-se-ia também, para o Estado, e relativamente a particulares titulares do direito, num dever de actuação positiva, a criação de nova norma jurídica (Novais, 2010, p. 258).

A partir do dever estatal de proteção, esta perspectiva não pode ser limitada ao espaço das liberdades negativas; ao contrário, deve ser estendida a todos os direitos fundamentais. Uma vez que o Estado assume o monopólio do uso da força legítima, passa a ocupar um poder que demanda a proteção geral de bens jurídicos.

Mesmo com a opção pela adoção de um Estado social, não se deve compactuar com o senso comum e observar que deste decorre a promoção de direitos restrita ao âmbito dos direitos sociais. Haveria, portanto, uma identificação apressada entre os direitos sociais e a prestação estatal, que é compreensível pelo fato de parte da população apenas ter acesso fático a bens sociais pelas mãos do Estado.

Porém, como observa o autor, “o dever de promoção é aplicável a todos os direitos fundamentais” (Novais, 2010, p. 262), pois o papel do Estado social envolve a concretização do acesso aos bens jusfundamentais, não bastando apenas sua garantia formal (Novais, 2010, p. 262)⁹.

Assim, como preceituado por Víctor Abramovich e Christian Courtis (2004), se a diferença entre direitos civis e direitos sociais não pode ser fundada em argumentos lógico-deontológicos, nem sobre o referencial da exigibilidade judicial, cabe questionar se a manutenção da distinção possui ainda algum sentido, ou se ainda haveria algum aspecto que habilitaria uma justificativa da decisão.

Concorda-se com o entendimento de que a distinção seria ainda útil no sentido de que reflete a operação

⁸ Uma crítica à posição de Holmes e Sunstein foi tecida por Virgílio Afonso da Silva: “Assim, ao contrário do que sustentam Abramovich e Courtis, direitos sociais e econômicos distinguem-se, sim, dos direitos civis e políticos pelos gastos que sua realização pressupõe. Embora seja correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa *mais* dinheiro. Isso porque gastos que tanto Abramovich e Courtis quanto Holmes e Sunstein apontam ser necessários para a garantia dos direitos civis e políticos são também necessários para a garantia dos direitos sociais e econômicos, especialmente aqueles gastos que Abramovich e Courtis chamam de gastos com a manutenção das instituições políticas, judiciais e de segurança. A manutenção de instituições políticas, por exemplo, não é um gasto a ser computado somente para a garantia de direitos políticos. Pensar de outra forma seria um equívoco, pois partiria do pressuposto de que as instituições e os direitos políticos são fins em si mesmos. Por isso, os gastos com a manutenção das instituições políticas são gastos que abrangem a realização tanto dos direitos políticos, quanto dos direitos civis, quanto dos direitos sociais e econômicos” (Silva, 2008, p. 593). A questão que permanece, contudo, é que se, por um lado, existe um consenso quanto ao custo dos direitos, por outro a pertinência da delimitação fica em disputa. Virgílio Afonso da Silva tem razão ao apontar, em sua leitura negativa, que alguns direitos são menos cumpridos que outros devido ao seu custo. Porém, com isso, não se está a superar o fator político da decisão sobre quais direitos serão privilegiados, muito menos isso serve para desanuviar a tensão entre direitos sociais e liberais, ou para justificar que as coisas devem permanecer como estão, com uma hierarquia superior dos direitos liberais sobre os sociais – se um consenso sobre a forma de classificação dos direitos for alcançado.

⁹ “Nesse sentido, a ajuda estatal a quem dela necessita para aceder aos bens jusfundamentais é igualmente aplicável aos direitos de liberdade, podendo desempenhar aí um papel bem relevante do ponto de vista da efectividade dos direitos. E, tal como acontece nos direitos sociais, essa ajuda estatal a quem dela precisa é eventualmente contabilizável financeiramente, pode igualmente apresentar custos directos ou indirectos” (Novais, 2010, p. 262).

de dois paradigmas ou matrizes político-ideológicas diferentes de regulação jurídica e possibilita a localização histórica de como foram construídos e positivados os diversos direitos.

O direito a uma identidade própria

Quando se procura defender o direito cultural a uma identidade própria, assim como acontece com a questão do direito à cultura, o primeiro tópico que se enfrenta é o do descrédito de tal direito. Os direitos culturais, levados a sério, propõem o direito à cultura, a uma identidade cultural, e isto é algo que uma postura pseudoliberal não quer aceitar. Há um fundo etnocêntrico que endossa tal postura. O não reconhecimento de outras culturas, diga-se, nem da própria cultura como um direito, bloqueia a presença dos direitos culturais compreendidos no plural.

Se a cultura dos outros não é cultura, mas “barbárie”, o que poderia levar a um reconhecimento deles, de sua cultura, da diferença? Ou mesmo, em uma leitura bastante estreita dos direitos humanos, a uma possível ameaça à universalidade dos referidos direitos?

O primeiro passo seria a compreensão de que não há um monismo cultural. Alta e baixa cultura são posições contingentes, intercambiáveis, moduláveis, e não justificam o silenciar, a opressão da cultura alheia com o fundamento puro e simples de que não pertencem a certa coletividade, na qual se reconhece como emancipado e iluminado um determinado grupo, em detrimento de outros ou outras manifestações.

Também é relevante a afirmação das diferenças culturais, as quais não devem ser tratadas como fatores patológicos, mas importantes valores que compõem a pluralidade de manifestações presentes em uma sociedade – que um próprio liberalismo político primário buscaria defender.

Ademais, é importante compreender que, dentro do conceito de direito à cultura, estão incluídos diferentes direitos. Além disso, as noções de cultura e de identidade cultural não são estanques, nem mesmo em sua formulação jurídica. Assim se, de acordo com uma perspectiva, a cultura não é identificada como bem primário, necessidade fundamental para que seja reconhe-

cida como direito fundamental, basta pensar no direito a ter uma língua própria¹⁰ ou uma identidade própria, que a fundamentalidade, ou a importância do direito à cultura já deixam de ser secundários, pois figuram como os fundamentos mínimos, indisponíveis, para que o jogo democrático possa ter seu início.

Não há mais fôlego para uma leitura reducionista da liberdade como uso individual absoluto, e a importância da linguagem ou de uma comunidade linguística para a constituição das subjetividades e, por consequência, da constituição de direitos não é tão assustadora ou secundária.

Como observa Javier de Lucas (2003), deve-se procurar uma consideração forte da cultura como bem primário, e, no mesmo sentido, Will Kymlicka (1991) critica a tese liberal de um Estado neutro quanto à cultura, de modo que se faz necessário o reconhecimento da identidade cultural dos grupos minoritários.

Aquilo que deve ser considerado é que o direito à cultura seria um dos possíveis conteúdos dos direitos culturais, mas não o único; ao lado do direito à cultura, como direito a um patrimônio e a uma herança cultural, e, por conseguinte, a uma identidade cultural, existem outros como o acesso à cultura, o direito à participação na vida cultural e ao seu gozo, os direitos de proteção das criações intelectuais, sejam artísticas ou científicas.

A partir disso, distingue-se entre um direito ao acesso e participação na cultura como bem primário, no sentido de acesso, participação e gozo da cultura, da vida cultural como formas que promovem o desenvolvimento e a emancipação das pessoas, e um direito à própria identidade cultural, construída a partir de uma comunidade na qual o indivíduo se encontra originariamente inserido. Logo, no primeiro caso, aquilo que é almejado é a igualdade formal, pois a todos deveria ser facultado o acesso aos bens culturais disponíveis, ao passo que, no segundo caso, o aspecto relevante é a possibilidade das pessoas assumirem a própria identidade, em oposição a pretensões normalizantes ou sujeitadoras de um ente governamental que vise domesticar ou extinguir a pluralidade de subjetividades.

De acordo com Javier de Lucas, deve-se:

[...] reconhecer que o pertencimento a grupos vulneráveis tem consequências que afetam a um e outro direito.

¹⁰ “Mas se permitimos que existam culturas minoritárias, que direitos elas têm no que diz respeito a sua língua? Tanto a população de língua francesa quanto os indígenas do Canadá possuem direitos especiais destinados a proteger suas culturas distintas – por exemplo, o direito à educação pública em sua própria língua e o direito de usar sua língua no trato com o governo e os tribunais. Além disso, eles têm o poder de impor restrições aos direitos de língua de indivíduos não francófonos e não indígenas que se desloquem em suas terras. [...] Em todos estes países, a questão de qual língua deve ser usada pelo Estado nas escolas, tribunais e burocracias é uma questão importante e que causa divisões. [...] Não obstante, é em vão que procuramos uma única discussão da questão entre liberais e comunitários contemporâneos. Eles debatem qual papel o Estado deve desempenhar na promoção de ‘sua cultura’ e no enriquecimento de ‘sua língua’ [...] mas nunca perguntam a cultura de quem e qual língua” (Kymlicka, 2006, p. 300-301). Para uma perspectiva mais aprofundada do tema, ver Kymlicka e Paten (2007).

Dito de outro modo, a vulnerabilidade se transmite ao reconhecimento e garantia efetiva destes direitos (acesso genérico à cultura; existência e desenvolvimento da identidade cultural) no caso da maioria dos grupos vulneráveis, em termos ao menos de discriminação, no primeiro caso, e de discriminação mas sobretudo de ausência de reconhecimento ou garantia da específica identidade no segundo. Quem pertence a estes grupos, de fato, costuma ter dificuldades no acesso, participação e disfrute da cultura, da vida cultural, em relação com os demais cidadãos (Lucas, 2003, p. 306).

Segundo Kymlicka (1996), a cultura deve ser pensada como contexto de escolha e, nesse sentido, como pré-requisito para o reconhecimento efetivo de direitos individuais. O reconhecimento jurídico de minorias não se cumpre quando são realizadas referências que se limitam a tratar dos direitos individuais, deixando de lado dimensões manifestamente coletivas assim como a identidade cultural.

Pode-se dizer, então, que a função da cultura enquanto vínculo que antecede à política não impede que seja realizada a distinção entre a comunidade cultural e a comunidade política. Direitos como os direitos à própria identidade cultural acabam por ser voltados para a consideração de formas de vida comunitária, o que possibilita que o reducionismo individualista seja evitado.

Outra distinção relevante, mas que não pode ser pensada de maneira estanque, trata da diferença entre os tipos de minoria, ou seja, as qualidades, por assim dizer, das minorias em suas relações com os direitos. Pode haver um grupo minoritário por força (das circunstâncias, ou *minority by force*), como seria o caso de classes pobres, que possuem uma limitação ao gozo pleno de seus direitos devido ao fato de sua condição econômica (a qual demandaria redistribuição econômica); não há qualquer escolha neste campo, pois são minoritários pelo simples fato de terem nascido privados das condições econômicas mínimas ou básicas (Dubet, 2011, p. 11-12)¹¹.

De outro lado, pode-se tratar dos grupos minoritários por vontade (própria, ou *minority by will*), situação na qual a minoria se constitui por algum aspecto externo, por uma escolha, por oposição a uma posição, a uma imagem ou a um estigma. No caso, os grupos que não são devidamente considerados no plano do *status*, como é o caso dos homossexuais, poderiam ser aloca-

dos nesta categoria (e demandariam o reconhecimento de sua diferença).

Contudo, é importante lembrar que a diferença entre grupos minoritários se limita a um mapeamento das causas que levam à marginalização, não é uma jaula de ferro conceitual, pois, na prática, há uma interconexão entre as duas categorias. Basta dizer que ambas, cada qual a seu modo, são obstáculos significativos para uma busca pela emancipação dos grupos minoritários. Basta lembrar que, nas décadas de 1950 e 1960, a luta nos Estados Unidos por direitos civis (*civil rights*) não ocorreu apenas por fatores econômicos.

Aliás, se, de fato, a economia é aspecto que não pode ser olvidado quando se trata de direitos, seu respeito e concretização (o custo dos direitos), também não se deve observar a constituição de minorias por escolha como conduzida por uma vontade idealizada pelo liberalismo ou como uma pura liberdade. Isso poderia conduzir a confusões como se os membros pertencentes às minorias tivessem feito uma escolha “racional” (masoquista) de se colocar em uma posição desvantajosa em uma tensão medida pelo *status* ou pela posição social.

A perspectiva que se coloca é no sentido de uma escolha por uma identidade, a escolha por um direito a ter uma identidade própria, autônoma, independente de determinações ou conduções que um governo ou uma comunidade procure impor. Tal escolha não é pura, feita sem problemas, sacrifícios ou contingências.

Se um determinado grupo étnico escolhe manter-se afastado de outras comunidades, e se o Estado reconhece a este grupo este direito, em um primeiro momento compreende-se que este grupo deveria conduzir sua vida sem que fosse descaracterizado. Contudo, a realidade não se apresenta de tal forma. O vetor que conduz as relações contemporâneas é o da pluralidade. Cabe então ao ente estatal a procura da garantia de liberdades e oportunidades iguais para o desenvolvimento cultural e do papel ativo na vida social das minorias – quando estas assim o demandam e se colocam em uma postura que vise sua emancipação –, ainda que mesmo esta ação possua vários tipos de tensões e dificuldades semânticas.

Considerado o multiculturalismo, têm-se como síntese os direitos de todos os indivíduos e povos a serem diferentes e a se considerarem e serem considerados como tais. Porém, como observa Javier de Lucas,

¹¹ Contemporaneamente duas concepções de justiça social procuram responder à tensão que existe nas sociedades democráticas entre a afirmação da igualdade de todos os indivíduos e as desigualdades sociais. Segundo François Dubet: “A igualdade das posições busca então fazer com que as distintas posições estejam, na estrutura social, mais próximas umas das outras, ao custo de que, então, a mobilidade social dos indivíduos já não seja uma prioridade. [...] A segunda concepção da justiça, majoritária hoje em dia, se centra na igualdade de oportunidades: consiste em oferecer a todos a possibilidade de ocupar as melhores posições em função de um princípio meritocrático. Não procura tanto reduzir a inequidade entre as diferentes posições sociais do que lutar contra as discriminações que perturbariam uma competição ao término da qual os indivíduos, iguais no ponto de partida, ocupariam posições hierarquizadas” (Dubet, 2011, p. 11-12, tradução nossa).

“[...] estamos longe de encontrar uma resposta satisfatória ao reconhecimento dos direitos das minorias e inclusive [...] o da identidade cultural diferenciada” (2003, p. 310).

Também é relevante afastar qualquer intenção que se coloque no sentido da formação de uma identidade nacional concentrada nas mãos do Estado, a qual poderia submeter outras manifestações distintas ou resistentes à adesão a um fundamentalismo cultural governamental. Em sentido oposto, faz-se necessário criticar as concepções essencialistas ou naturalizantes da identidade e expor que a construção da identidade de um processo é tanto um jogo de semelhanças e diferenças, assim como um *a venir* ou seja, um *porvir*, que se coloca no horizonte futuro sem um fechamento, sem um final (Derrida, 2007).

Ainda, deve ser lembrado que o reconhecimento do direito à identidade ou a uma identidade cultural, como direito de um grupo, de uma minoria, está relacionado com a postura positiva por parte do Estado, ou seja, não basta a garantia das liberdades em sentido negativo, possibilidade de adotar uma identidade própria; ao Estado também é atribuído o papel de adoção de medidas de ação positiva, que visem à emancipação dos sujeitos, promovam suas diferenças com políticas afirmativas, para que elas possam emergir. Por isso, então, fala-se em um direito social à cultura.

Apresentam-se, por isso, duas dimensões dos direitos culturais; de uma parte, o direito cultural enquanto *norma agendi*, como no caso em que ao Estado cabe a garantia do pleno exercício dos direitos culturais; de outra parte, o direito cultural cumpre o papel de *facultas agendi*, ou seja, a norma garante a todos a faculdade de agir a partir dela. Conforme detalha José Afonso da Silva:

Assim, se o Estado garante o pleno exercício dos direitos culturais, isso significa que o interessado em certa situação tem o *direito* (faculdade subjetiva) de reivindicar esse exercício, e o Estado o *dever* de possibilitar a realização do direito em causa. *Garantir o acesso à cultura nacional* (art. 215) – norma jurídica, *norma agendi* – significa conferir aos interessados a possibilidade efetiva desse acesso – *facultas agendi* (Silva, 2001, p. 48).

A partir disso, ao se tratar do direito social à cultura, está a se referir a uma possibilidade de ação

outorgada pela norma jurídica, o que conduz ao entendimento de que ao direito à cultura corresponde a obrigação estatal. Nos termos daquilo que está expressamente previsto na Constituição Federal:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Entende-se, então, que cabe ao Estado garantir o acesso às fontes da cultura nacional, reconhecendo a importância das culturas populares e abrindo espaço para outros grupos que participaram ou venham a participar da formação da identidade nacional, pois, se há tempos utilizava-se o conceito de “processo civilizatório” para excluir, limitar, afastar os incivilizados, “bárbaros” ou afins, é tempo de se considerar “processo civilizatório” como processo inacabado, intercruzado, elástico. Talvez, seria oportuno fazer a sua conjugação no plural, reconhecendo distintos processos civilizatórios.

Ainda, a ação do Estado deve ser afirmativa, democrática, promotora do acesso igualitário à cultura, para que todos possam usufruir de seus benefícios¹². Mas, se a demanda recai sobre o Estado para a efetivação deste direito, isto não significa atribuir o monopólio da produção cultural ao ente governamental. A produção deve ser democratizada, as significações das distintas manifestações culturais respeitadas e acolhidas, sem distinção de qualquer ordem e sem a temerária concentração dos signos culturais e seus valores nas mãos do governo.

Considerações finais

Feita a trajetória da constituição do direito social à cultura, na perspectiva de um direito a uma identidade própria, importante se faz expor mais alguns desdobramentos concernentes ao tema.

Em um segundo nível, a própria proteção dos direitos fundamentais, como anota Michel Rosenfeld (1994), implica uma tensão entre a identidade e a diferença, pois, sem a existência de uma diferença entre o cidadão considerado em sua individualidade e a coletividade, ou as maiorias que se encontram no poder,

¹² Assevera José Afonso da Silva: “Em suma: trata-se da democratização da cultura que represente a formulação política e sociológica de uma concepção estética que seja o seguimento lógico e natural de democracia social que inscreva o direito à cultura no rol dos bens auferíveis por todos igualmente; democratização, enfim, que seja o instrumento e o resultado da extensão dos meios de difusão artística e a promoção de lazer da massa da população, a fim de que possa efetivamente ter o acesso à cultura” (2001, p. 49).

o indivíduo não teria motivos para demandar qualquer proteção de seus interesses fundamentais.

Logo, a proteção dos direitos fundamentais implica pelo menos dois tipos de identidade. De um lado, o consenso pressupõe alguma identidade no tocante a quais direitos devem ser considerados fundamentais e ter sua proteção constitucional garantida. Por outro lado, para além da identidade anterior, há outro tipo de identidade que reúne cada membro da sociedade como um portador dos mesmos direitos constitucionais, mesmo que as pessoas se considerem, em outras dimensões sociais, mais diferentes do que parecidas.

Segundo Rosenfeld:

Além disso, a parte do processo sob consideração que consiste na valorização de certas identidades pode ser conduzida tanto por uma aproximação essencialmente inclusiva ou fundamentalmente excludente. Uma aproximação inclusiva procura por similaridades que podem servir para atar um grupo ou pessoas. Uma aproximação excludente, ao contrário, procura isolar e explorar certas diferenças para produzir uma associação negativa entre todos aqueles que podem delinear uma identidade comum pelo fato de serem diferentes dos outros que estão marcados pelas diferenças envolvidas (Rosenfeld, 1994, p. 6).

O constitucionalismo requer a formatação de uma ordem pautada na premissa de que todos são iguais perante a lei. A igualdade abstrata que é própria do constitucionalismo impõe que a todos sejam garantidos os mesmos direitos fundamentais.

Contudo, a igualdade se forja na tensão entre identidade e diferença, de modo que a tendência que naturaliza as diferenças associa a igualdade com a identidade e a desigualdade com inferioridades ou diferenças. Porém, pode-se observar que a desigualdade pode ser originária da promoção verticalizada de uma identidade, assim como da exploração de diferenças que são consideradas “insuficiências”.

Entende-se, então, como derradeiro critério para a avaliação do direito social à cultura, desde a perspectiva do direito a uma identidade própria, que as diferenças devem ser valorizadas na proporção em que são demandadas para evidenciar a proteção de direitos fundamentais. Contudo, as diferenças deixam de ser um mote importante quando sua ênfase resulta em uma dissolução das temáticas constitucionalmente significativas, relacionadas com a igualdade, com a emancipação, com a liberdade e são utilizadas para denegar o acesso a bens culturais, ao gozo da própria identidade, à participação no jogo democrático ou aos próprios direitos fundamentais.

Referências

- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. 2004. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 255 p.
- ADORNO, T.W.; HORKHEIMER, M. 2006. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 224 p.
- CLÈVE, C.M. 2006. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 54:28-39.
- DERRIDA, J. 2007. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo, Martins Fontes, 160 p.
- DUBET, F. 2011. *Repensar la justicia social: contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Buenos Aires, Siglo XXI, 128 p.
- FORST, R. 2010. *Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. São Paulo, Boitempo, 384 p.
- FRASER, N. 2008. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: D. SARMENTO; D. IKAWA; F. PIOVESAN (coords.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 167-189.
- FRASER, N.; HONNETH, A. 2003. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. London/New York, Verso, 276 p.
- HOBBS, T. 2000. *Leviatã*. São Paulo, Ícone, 487 p.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C.R. 2011. *El costo de los derechos*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 264 p.
- HONNETH, A. 2003. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo, Ed. 34., 291 p.
- KYMLICKA, W. 2006. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. São Paulo, Martins Fontes, 410 p.
- KYMLICKA, W. 1991. *Liberalism, community and culture*. Oxford, Oxford University Press, 292 p.
- KYMLICKA, W. 1996. *Multicultural citizenship*. Oxford, Oxford University Press, 296 p. <http://dx.doi.org/10.1093/0198290918.001.0001>
- KYMLICKA, W.; PATEN, A. 2007. *Language rights and political theory*. Oxford, Oxford University Press, 368 p.
- LUCAS, J. de. 2003. ¿Qué quiere decir tener derecho a la cultura? In: V. ABRAMOVICH; M.J. AÑÓN; C. COURTIS, *Derechos sociales: instrucciones de uso*. México D.F., Fontamara, p. 297-320.
- MOUFFE, C. 1999. *El retorno de lo político*. Barcelona, Paidós, 208 p.
- NOBRE, M. 2003. Luta por reconhecimento: Axel Honneth e a Teoria Crítica. In: A. HONNETH, *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo, Ed. 34., p. 7-19.
- NOVAIS, J.R. 2010. *Direitos Sociais*. Coimbra, Coimbra Editora, 416 p.
- ROSENFELD, M. 1994. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: M. ROSENFELD (ed.), *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives*. Durham, Duke University Press, p. 3-38.
- SILVA, J.A. da. 2001. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo, Malheiros, 250 p.
- SILVA, V.A. da. 2008. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: C.P. SOUZA NETO; D. SARMENTO, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 587-599.
- WERLE, D.L.; MELO, R.S. 2009. Reconhecimento e justiça na teoria crítica da sociedade em Axel Honneth. In: M. NOBRE (org.), *Curso livre de Teoria Crítica*. 2ª ed., Campinas, Papirus, p. 183-198.

Submetido: 03/07/2012

Aceito: 13/12/2012