

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

RODRIGO FRANCISCO DE PAULA

**LIBERDADE E DISCRIMINAÇÃO NO DOMÍNIO PRIVADO:
REFLEXÕES SOBRE AS ESCOLHAS DE TRATAMENTO
DISCRIMINATÓRIAS NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

Vitória
2010

RODRIGO FRANCISCO DE PAULA

**LIBERDADE E DISCRIMINAÇÃO NO DOMÍNIO PRIVADO:
REFLEXÕES SOBRE AS ESCOLHAS DE TRATAMENTO
DISCRIMINATÓRIAS NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura

Vitória

2010

RODRIGO FRANCISCO DE PAULA

**LIBERDADE E DISCRIMINAÇÃO NO DOMÍNIO PRIVADO:
REFLEXÕES SOBRE AS ESCOLHAS DE TRATAMENTO
DISCRIMINATÓRIAS NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de _____.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Daury Cesar Fabríz
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto
Universidade de Brasília

Para Fátima, no seu primeiro ano de vida.

AGRADECIMENTOS

Tendo chegado até aqui, é hora de agradecer, e muito, pela conclusão deste trabalho. Embora escrita na privacidade da solidão de muitas madrugadas, esta dissertação foi elaborada em co-autoria com diversas pessoas, que aqui quero agradecer publicamente.

A Deus, em primeiro lugar, por me ter feito um homem de fé e de razão, que “constituem como que as duas asas pelas quais o espírito humano se eleva para a contemplação da verdade”, como bem disse o magnífico Papa João Paulo II na Carta Encíclica *Fides et ratio*.

À minha “pequena família”, Fernanda e Fátima, que acompanharam de perto e com um amor verdadeiro a elaboração deste trabalho, ainda que com alguns justos protestos pelas minhas ausências (Fernanda) e sem nem mesmo saber do que se tratava (Fátima).

À minha “grande família”, meus pais, Rubens e Elza, e meus irmãos, Ana Cláudia, Suziane, Ana Cristina (*in memoriam*), Junior, Juliana e Paula, todos eles, cada qual a sua maneira, um verdadeiro exemplo para toda a minha vida.

Aos Júdice, Macário, Luciana e Rodrigo, irmãos do meu coração, que a vida me deu a oportunidade de adotar, presentes no início, no meio e no fim desta caminhada.

Ao Prof. Alexandre de Castro Coura, a quem muito devo, pelo convite para o ingresso no mestrado da FDV, pela direção dos meus passos na vida acadêmica, pela verdadeira orientação na realização deste trabalho e, sobretudo, pela amizade revigorada nesse reencontro.

À Prof. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, por acreditar no meu potencial e por sempre me incentivar a ir mais longe.

Aos colegas do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional”, ambiente onde foi possível florescer o interesse pela pesquisa do tema desta dissertação, bem como amadurecer minhas ideias através de um diálogo acadêmico franco e aberto.

Aos colegas do Abreu Júdice & De Paula Advogados, que souberam lidar com a minha ausência e tornaram possível a conclusão deste trabalho, de um modo especial a Diego Dummer, que aceitou assumir várias de minhas responsabilidades nesse período, desempenhando-as com dedicação.

Aos colegas da Procuradoria de Consultoria Administrativa da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, instituição da qual tenho honra de fazer parte, responsáveis pela dignificação do serviço de consultoria jurídica no âmbito da Administração Pública Estadual, de um modo especial à minha “chefe”, Juliana Paiva Faria Faleiro, que souber entender minhas ausências no período de realização deste trabalho e sempre me apoiou.

Por fim, aos meus bons e velhos amigos, por nunca terem me colocado em nenhuma roubada, Carlos Augusto Jeniêr, Felipe Martins, Leonardo Chagas e Rodrigo Auer.

*Faces privadas em espaços públicos
São mais sábias e mais agradáveis
Do que faces públicas em espaços privados.**

W. H. Auden

* No original: "Private faces in public places/ Are wiser and nicer/ Than public faces in private places". Esse poema de W. H. Auden foi citado por Hannah Arendt por ocasião do discurso de recebimento do Prêmio Sonning, que lhe foi outorgado em 1975 na Dinamarca, em reconhecimento pela sua contribuição à civilização européia. O discurso foi publicado como o prólogo do livro *Responsabilidade e julgamento* (ARENDR, Hannah. *Responsibility and judgment*. Ed. Jerome Kohn. New York: Schocken Books, 2003. p. 03-14).

RESUMO

Esta dissertação analisa a maneira como se manifesta a igualdade e a diferença nas relações estabelecidas entre as pessoas, destacando-se as discriminações arbitrárias que envolvem o exercício da liberdade no domínio privado. Nesse sentido, são analisados os conceitos de *igualdade*, *diferença*, *isonomia*, *discriminação* e *preconceito*, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, e discutidas as escolhas de tratamento, entre a isonomia e a discriminação, na criação e na aplicação do direito. Enfoca-se, numa perspectiva discursiva, a distinção entre público e privado e a própria mobilidade dos assuntos humanos por entre tais domínios, propondo-se uma caracterização da equiprimordialidade entre eles, para se evitar tanto a privatização absoluta do domínio público quanto a publicização absoluta do domínio privado. Com isso, aponta-se a necessidade de se preservar tal distinção para a afirmação de um projeto consistente de democracia constitucional e de efetivação dos direitos fundamentais, centrado na condição humana da pluralidade. Sustenta-se a pluralidade como condição humana da ação e como fundamento da legitimidade discursiva do Estado Democrático de Direito, ressaltando-se os seus reflexos na compreensão do sentido de democracia, Constituição e direitos fundamentais. Assim, discutindo-se os pressupostos jurídicos e pragmáticos subjacentes a casos que evidenciam os dilemas relacionados à discriminação no acesso de pessoas a locais privados, na liberdade de associação e na liberdade de religião, torna-se possível analisar a (i)legitimidade das escolhas de tratamento discriminatórias feitas arbitrariamente pelas pessoas em suas relações privadas.

Palavras-chave: Liberdade. Preconceito. Discriminação. Igualdade. Domínio privado.

ABSTRACT

This dissertation analysis how equality and difference are manifested on human relations established in private realm, considering arbitrary discriminations on exercising freedom. Then, the concepts of *equality*, *difference*, *isonomy*, *discrimination* and *prejudice* in paradigm of democratic rule of law are analyzed as well as the treatment choices between isonomy and discrimination on creation and application of law are discussed. It focuses the difference between public and private in democratic rule of law in a discursive perspective and the mobility of human affairs in such realms, proposing a characterization of equiprimordiality between them both to avoid the absolute privatization of the public realm and the absolute publicization of the private realm. Thus, it pointed to the need of preserving such difference in order to have a project statement of constitutional democracy and achieving fundamental rights focused on plurality of human condition. It sustained plurality as human condition of action and as basis of discursive legitimacy in democratic rule of law, pointing out its consequences in understanding the meaning of democracy, Constitution and fundamental rights. Therefore, it becomes possible to analyze (i) legitimacy of discriminatory treatment choices made arbitrarily by people in their private relations, discussing the legal and pragmatic assumptions underlying to the cases which highlight dilemmas related to discrimination in access to private places of people, freedom of association and freedom of religion.

Key-words: Freedom. Prejudice. Discrimination. Equality. Private realm.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. IGUAIS E DIFERENTES: A ISONOMIA E A DISCRIMINAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	20
1.1. ENTRE A ISONOMIA E A DISCRIMINAÇÃO: SOBRE O DIREITO À IGUALDADE E SOBRE O DIREITO À DIFERENÇA	20
1.1.1. Igualdade, diferença, isonomia, discriminação e preconceito	21
1.1.2. Uma questão de tratamento: o direito à igualdade, o direito à diferença, a isonomia e a discriminação nos discursos de justificação e de aplicação das normas jurídicas e o problema das escolhas de tratamento feitas arbitrariamente no domínio privado	38
2. ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: UMA CARACTERIZAÇÃO DA EQUIPRIMORDIALIDADE ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	51
2.1. ENTRE OS DOMÍNIOS PÚBLICO E PRIVADO: AS ESFERAS POLÍTICA, SOCIAL E DA PRIVACIDADE	51
2.1.1. Os domínios (público e privado) e as esferas (política, social e da privacidade): uma proposta de sistematização a partir de Hannah Arendt	52
2.1.2. A mobilidade dos assuntos humanos por entre os domínios público e privado e a reconstrução permanente do conteúdo das esferas política, social e da privacidade: um diálogo entre Hannah Arendt e Jürgen Habermas	66
2.2. A EQUIPRIMORDIALIDADE ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	78
2.2.1. O significado da equiprimordialidade entre o público e o privado no paradigma do Estado Democrático de Direito, segundo Jürgen Habermas: a disputa política que envolve os paradigmas do direito	78
2.2.2. A reciprocidade constitutiva entre o público e o privado: para a proscricção tanto da privatização absoluta do domínio público quanto da	

publicização absoluta do domínio privado	86
3. A PLURALIDADE COMO CONDIÇÃO HUMANA DA AÇÃO E COMO FUNDAMENTO DA LEGITIMIDADE DISCURSIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: SEUS REFLEXOS NA COMPREENSÃO DO SENTIDO DE DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	90
3.1. A PLURALIDADE COMO CONDIÇÃO HUMANA DA AÇÃO, SEGUNDO HANNAH ARENDT, E UMA POSSÍVEL APROPRIAÇÃO DESSA CATEGORIA PARA SE PENSAR, COM JÜRGEN HABERMAS, A LEGITIMIDADE DISCURSIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	90
3.1.1. A pluralidade como condição humana da ação na obra de Hannah Arendt	92
3.1.2. Uma vez mais, um diálogo entre Hannah Arendt e Jürgen Habermas, agora na afirmação da legitimidade discursiva do Estado Democrático de Direito: a propósito de uma adequada compreensão sobre o sentido de democracia, Constituição e direitos fundamentais	109
4. LIBERDADE E DISCRIMINAÇÃO NO DOMÍNIO PRIVADO	125
4.1. A (I)LEGITIMIDADE DAS ESCOLHAS DE TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIAS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	125
4.1.1. Discriminação no acesso de pessoas a locais privados	128
4.1.2. Discriminação na liberdade de associação	135
4.1.3. Discriminação na liberdade de religião	139
CONCLUSÃO	143
REFERÊNCIAS	146

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa aborda a questão da isonomia e da discriminação no Estado Democrático de Direito. Mais especificamente, trata da maneira como se manifesta a igualdade e a diferença nas relações estabelecidas entre as pessoas, destacando-se as discriminações arbitrárias que envolvem o exercício da liberdade no domínio privado.

Nessa esteira, não se pode descuidar da tensão, constitutiva de sentido, entre público e privado no atual paradigma constitucional: se, por um lado, no domínio público a convivência entre as pessoas é disciplinada mediante o reconhecimento recíproco da liberdade e da igualdade, no contexto da autonomia pública, por outro lado, no domínio privado surge o problema concreto das escolhas de tratamento discriminatórias feitas arbitrariamente pelas pessoas em suas relações privadas, naquele espaço de livre conformação que possuem em virtude da liberdade, exercida segundo os mais diversos preconceitos que orientam o seu modo de ser e de compreender o mundo.

Nesse sentido, sem embargo de já se constituir, em si, uma dificuldade a delimitação clara das fronteiras entre os domínios público e privado no Estado Democrático de Direito, há, ainda, a questão relacionada à efetivação dos direitos fundamentais no domínio privado, em ordem a conformar as práticas aí realizadas. Assim, surge aí um aparente paradoxo, diante da necessidade de o Poder Judiciário assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, sem que isso signifique a imposição de um modo de vida boa ou a supressão de possibilidades legítimas de conformação da vida das pessoas, no exercício de sua autonomia privada, ainda que sob o pretexto de assegurar a efetivação de direitos fundamentais.

Com efeito, a se permitir uma ingerência ilimitada do Poder Judiciário no domínio privado, corre-se o risco de se abrir espaço para uma intervenção jurisdicional de timbre totalitário, incompatível com o Estado Democrático de Direito, o que se revela algo de enorme gravidade, porque realizado de maneira dissimulada, a

pretexto de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Inúmeras situações concretas podem se apresentar como dilemáticas sob esse ponto de vista, possibilitando a formulação de alguns problemas a serem investigados na pesquisa: (i) os proprietários podem escolher arbitrariamente as pessoas que terão permissão de acesso aos locais privados? (ii) na hipótese anterior, tratando-se de locais privados abertos ao público, onde é realizada a prestação de serviços e/ou o fornecimento de bens, seria possível a prática da referida discriminação?; (iii) uma associação pode discriminar as pessoas, restringindo arbitrariamente o ingresso de novos associados?; (iv) as organizações religiosas podem, arbitrariamente, conferir um tratamento discriminatório às pessoas, segundo os preconceitos que conformam a doutrina sob a qual se afirmam como ordens religiosas?

A hipótese delimitada para o desenvolvimento da pesquisa, então, baseia-se na ideia de que (i) é possível, nas relações privadas, admitir-se uma dimensão arbitrária no exercício da liberdade, evitando-se a publicização absoluta do domínio privado e a supressão estatal de espaços legítimos de livre conformação, nos quais as discriminações podem se operar de maneira constitucionalmente adequada, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito; (ii) entretanto, é necessário estabelecer critérios que possam legitimar a intervenção jurisdicional nas relações privadas, sem que isso signifique a imposição de um modo de vida boa ou a supressão de possibilidades legítimas de livre conformação da vida privada, ainda que sob o pretexto de assegurar a efetivação de direitos fundamentais.

À luz desse contexto, o objetivo geral deste trabalho é investigar a (i) legitimidade das escolhas de tratamento discriminatórias feitas arbitrariamente pelas pessoas em suas relações privadas. Já os objetivos específicos são: (i) analisar os conceitos de *igualdade*, *diferença*, *isonomia*, *discriminação* e *preconceito* no Estado Democrático de Direito e a maneira como são feitas as escolhas de tratamento, entre a isonomia e a discriminação, na criação e na aplicação do

direito; (ii) analisar a distinção entre público e privado no Estado Democrático de Direito e a própria mobilidade dos assuntos humanos por entre tais domínios, propondo-se uma caracterização da equiprimordialidade entre eles, para se evitar tanto a privatização absoluta do domínio público quanto a publicização absoluta do domínio privado, no propósito de afirmação de um projeto consistente de democracia constitucional e de efetivação dos direitos fundamentais, centrado na condição humana da pluralidade; (iii) considerar a pluralidade como condição humana da ação e como fundamento da legitimidade discursiva do Estado Democrático de Direito, ressaltando-se os seus reflexos na compreensão do sentido de democracia, Constituição e direitos fundamentais; (iv) propor a necessidade de haver o reconhecimento de uma certa dimensão arbitrária no exercício da liberdade nas relações estabelecidas entre as pessoas no domínio privado, a fim de que seja possível investigar a (i)legitimidade das escolhas de tratamento discriminatórias feitas arbitrariamente pelas pessoas em suas relações privadas, tomando-se como exemplo a privacidade dos locais privados, a liberdade de associação e a liberdade de religião.

Quanto à abordagem metodológica, um trabalho dessa natureza exige um esforço de compreensão dos conceitos imbricados no tema da pesquisa. Por essa razão, no desenvolvimento do trabalho haverá sempre uma preocupação quanto ao esclarecimento sobre o sentido de cada uma das categorias, na filosofia, na política e no direito, que serão trabalhadas aqui, no interesse dos objetivos traçados para a pesquisa. É a partir dos sentidos que forem estabelecidos para tais categorias que será apreciado o problema de pesquisa formulado, no intuito de se oferecer uma compreensão, constitucionalmente adequada no Estado Democrático de Direito, que possa orientar a análise da (i)legitimidade das escolhas de tratamento discriminatórias feitas arbitrariamente pelas pessoas em suas relações privadas.

No que diz respeito ao marco teórico, o trabalho de pesquisa será realizado a partir de um diálogo entre Hannah Arendt¹ e Jürgen Habermas, cujas obras, no campo da filosofia, da política e do direito, iluminaram o século XX e revelam, ainda hoje, inúmeras possibilidades, tanto de compreensão dos problemas atuais quanto de proposição de novos horizontes de sentido para se lidar com os desafios daí decorrentes.

Arendt viveu, intensamente, os “tempos sombrios”² do século passado, mas não se limitou a ser uma mera expectadora dos acontecimentos históricos. A sua obra é marcada pelo seu esforço de *compreender*, acima de tudo, como ela mesma declarou na entrevista que concedeu a Günter Gauss em 28 de outubro de 1964: “para mim, o importante é compreender. [...] Eu quero é compreender. E se os outros compreendem – no mesmo sentido em que compreendi –, isso me dá uma sensação de satisfação, é como se sentir em casa”³ (ARENDR, 2005b, p. 03).⁴

Desde a sua tese de doutoramento, *O conceito de amor em Santo Agostinho* (1929), com a qual iniciou sua vida acadêmica, até a sua última obra, *A vida do*

¹ Há duas biografias extraordinárias sobre a vida e a obra de Hannah Arendt: YOUNG-BRUEHL, Elisabeth. *Hannah Arendt: for love of the world*. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 2004; ADLER, Laure. *Nos passos de Hannah Arendt*. Trad. Tatiana Salem Levy e Marcelo Jacques. Rio de Janeiro: Record, 2007 (trata-se da edição brasileira de *Dans les pas de Hannah Arendt*).

² No original: “dark times”. Essa expressão, que ela foi buscar em “Para a posteridade” (no original: “To Posterity”), um famoso poema de Bertolt Brecht, foi empregada para designar a chegada das trevas no domínio público, ocorrida com a degradação da política, e serviu de mote para uma rica análise sobre como várias personalidades se comportaram diante de tal realidade histórica. São escritos sobre Rosa Luxemburgo, Angelo Giuseppe Roncalli (Papa João XXIII), Karl Jaspers, Isak Dinsén, Hermann Broch, Walter Benjamin, Bertolt Brecht, Waldemar Gurian e Randall Jarell, com uma análise sobre como essas pessoas “viveram as suas vidas, como andaram pelo mundo e de que modo foram afetadas pelo tempo histórico” (no original: “how they lived their lives, how they moved in the world, and how they were affected by historical time”) (ARENDR, Hannah. *Men in dark times*. New York: Harvest Book, 1983. p. VII).

³ No original: “What is important to me is understand. [...] I want to understand. And if others understand – in the same sense that I have understood – that gives me a sense of satisfaction, like feeling at home”.

⁴ No Brasil, foi publicada recentemente a seleção de ensaios de Hannah Arendt escritos entre 1930 e 1954, organizados por Jerome Kohn sob o título *Essays in understanding* (ARENDR, Hannah. *Essays in understanding: formation, exile and totalitarianism. 1930-1954*. Ed. Jerome Kohn. New York: Schocken Books, 2005). Aqui, a obra ganhou o título *Compreender* (ARENDR, Hannah. *Compreender: formação, exílio e totalitarismo (ensaios) 1930-54*. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008). Uma outra edição em língua portuguesa, mais conhecida, embora não contenha todos os ensaios da edição original, é a edição portuguesa intitulada *Compreensão e política e outros ensaios*, que dá destaque a um dos artigos da coletânea no seu título (ARENDR, Hannah. *Compreensão e política e outros ensaios*. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D’Água, 2001).

espírito (1978), cuja conclusão foi interrompida em dezembro de 1975, pela sua morte repentina, tendo sido editada e publicada postumamente por sua amiga Mary McCarthy (YOUNG-BRUEHL, 2004, p. 469-470), percebe-se o interesse de Arendt em *compreender* os mais diversos temas inquietantes da humanidade, que assombram o homem desde quando tomou consciência de sua própria razão.

Entretanto, mesmo estabelecendo novas distinções, apresentando novos conceitos, alterando antigas categorias do pensamento político tradicional, seu interesse não era destinado, simplesmente, à solução de problemas, mas, antes de tudo, era orientado a permitir uma “certa reconciliação com o mundo em que vivia”⁵ (KOHN, 2005, p. X), como assevera Jerome Kohn, seu último assistente na *New School for Social Research* (YOUNG-BRUEHL, 2004, p. 468). Afinal, para Arendt, a compreensão, verdadeiramente, “é uma atividade interminável por meio da qual, em constante mudança e variação, chegamos a um acordo e a uma conciliação com a realidade, isto é, tentamos sentir o mundo como nossa casa”⁶ (ARENDT, 2005c, p. 307-308). Os homens são compelidos, portanto, a compreender, para que possam se sentir em casa no mundo, sendo que essa

é a maneira especificamente humana de viver, pois todo indivíduo precisa se sentir conciliado com um mundo onde nasceu como estranho e onde sempre permanece como estranho, na medida de sua singularidade única⁷ (ARENDT, 2005c, p. 308).

Na resposta à crítica que Eric Voegelin dirigiu à obra *As origens do totalitarismo*, ao explicar a sua metodologia de análise dos elementos que se cristalizaram no totalitarismo (antissemitismo, racismo e imperialismo), Arendt deixou assentada a sua principal crítica às ciências políticas e históricas, qual seja, a “sua crescente incapacidade de fazer distinções”,⁸ pelo fato de que os termos com os quais trabalham “são usados de modo indiscriminado para todos os tipos de fenômenos

⁵ No original: “a measure of reconciliation to the world in which she lived”.

⁶ No original: “It is an unending activity, in constant change and variation, we come to terms with and reconcile ourselves to reality, that is, try to be at home in the world”.

⁷ No original: “It is the specifically human way of being alive; for every single person needs to be reconciled to a world into which he was born a stranger and in which, to the extent of his distinct uniqueness, he always remains a stranger”.

⁸ No original: “their growing incapacity for making distinctions”.

políticos (geralmente como termos ‘cultos’ para designar a agressão), e nenhum é compreendido em seu contexto histórico”⁹ (ARENDR, 2005e, p. 407).

No seu esforço de compreender, como esclarece Elisabeth Young-Bruehl, “ela denominava seu método filosófico como ‘análise conceitual’ e sua tarefa consistia em encontrar ‘de onde provêm os conceitos’”¹⁰ (YOUNG-BRUEHL, 2004, p. 318), praticando uma espécie de fenomenologia:

Com a ajuda da filologia ou da análise linguística, seguiu a pegada dos conceitos políticos, até as experiências históricas concretas e geralmente políticas, que deram vida aos mesmos. O segundo passo era calibrar até que ponto um conceito determinado havia se distanciado de suas origens e desenhar também a imbricação dos conceitos durante o transcurso do tempo, assinalando pontos de confusão linguística e conceitual. Dito de outra maneira: Hannah Arendt praticou uma espécie de fenomenologia¹¹ (YOUNG-BRUEHL, 2004, p. 318).

Entender essa metodologia de análise de Arendt é importante porque, como acentua João Maurício Adeodato, “ela é elucidativa do próprio pensamento estudado”, no sentido de que “é tão centrada em métodos determinados que sua observação se torna indispensável à compreensão da doutrina em questão” (ADEODATO, 1989, p. 93). Mesmo levando-se em conta que “a metodologia de Arendt diverge em muitos pontos básicos da linha acadêmico-científica a que estamos acostumados” (ADEODATO, 1989, p. 94), a preocupação em se entendê-la é necessária para se evitar erros de suposições sobre a sua obra, de modo que não sejam levantadas, em relação aos seus pensamentos, “contradições inaceitáveis para quem os observa abstraindo o caminho até ali” (ADEODATO, 1989, p. 95).¹²

⁹ No original: “are used indiscriminately for all kinds of political phenomena (usually just as ‘highbrow’ words for aggression), and none of them is any longer understood with its particular historical background”.

¹⁰ No original: “she called her philosophical method ‘conceptual analysis’; her task was to find ‘where concepts come from’”.

¹¹ No original: “With the aid of philology or linguistic analysis, she traced political concepts back to the concrete historical and generally political experiences which gave rise to those concepts. She was then able to gauge how far a concept had moved from its origins and to chart the intermingling of concepts over the course of time, marking points of linguistic and conceptual confusion. To put the matter another way: she practiced a sort of phenomenology”.

¹² João Maurício Adeoato propõe uma análise sobre a metodologia de Arendt a partir de três enfoques básicos: (i) a importância de serem estabelecidas distinções na pesquisa filosófica, o que é essencial para a compreensão do assunto pensado; (ii) a investigação através da análise

Mais do que isso, *compreender a maneira de compreender* de Arendt permite, também, que sejam extraídas da sua obra, com grande proveito, algumas categorias trabalhadas por ela a partir de uma rica reconstrução crítica, sendo possível pensá-las para outros contextos, mesmo que tais contextos, a princípio, não tenham sido objeto de sua atenção explícita. Vale retomar, nesse aspecto, o significado atribuído por Arendt à compreensão, a qual, “diferentemente da informação correta e do conhecimento científico, é um processo complexo que nunca gera resultados inequívocos”¹³ (ARENDR, 2005c, p. 307), pois “compreender é infundável e, portanto, não pode gerar resultados definitivos”¹⁴ (ARENDR, 2005c, p. 308).

Quer dizer, a possibilidade de se pensar reflexivamente o pensamento de Arendt, para se alcançar outros resultados, diante de novos horizontes de sentido desvelados, encontra, por assim dizer, fundamento no seu próprio pensamento. Evidentemente, deve-se levar em conta a própria complexidade de sua obra, pois “o pensamento político de Arendt é independente e original; dificilmente pode ser classificado nos esquemas tradicionais da teoria política”, como aponta Kurt Sontheimer no prefácio da coletânea de textos de Arendt sobre a Política (SONTHEIMER, 2007, p. 10), organizada por Ursula Ludz e publicada originalmente na Alemanha (ARENDR, 2007b).

Nesse sentido, Celso Lafer, por exemplo, estabeleceu um fecundo diálogo com o pensamento de Arendt para cuidar da reconstrução dos direitos humanos, a partir dos novos paradigmas surgidos em virtude da ruptura totalitária (LAFER, 1988). Para levar a cabo tal empreitada, deixou claro que, “sendo fragmentária a reflexão arendtiana sobre os direitos humanos, o diálogo que conduzi e conduzo com o seu pensamento se baseia em uma ampla liberdade” (LAFER, 2003, p. 111). Ele

etimológica e semântica de certos termos, o que ele designa de “fenomenologia conceitual” (e é o que Arendt chamava de “análise conceitual”); (iii) a observação dos fenômenos históricos como exemplos a serem seguidos ou evitados (*O problema da legitimidade*: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 101).

¹³ No original: “Understanding, as distinguished from having correct information and scientific knowledge, is a complicated process which never produces unequivocal results”.

¹⁴ No original: “Understanding is unending and therefore cannot produce final results”.

igualmente justificou essa sua postura metodológica a partir da própria maneira como Arendt também se conduzia em sua atividade de pensar, ao se apropriar da reflexão desenvolvida na tradição do pensamento político e filosófico para criar, a partir daí, um pensamento novo, mas não incompatível com aquele que foi objeto da apropriação, como ela fez com a crítica do juízo de Kant (LAFER, 2003, p. 111).

É também nessa perspectiva que se revela o interesse, aqui, em Hannah Arendt: na apropriação de algumas categorias centrais do seu pensamento político – a distinção entre os domínios público e privado e a pluralidade como condição humana da ação – para o desenvolvimento deste trabalho, cabendo advertir, desde logo, que não se tentará o uso da mesma metodologia de análise de Arendt para se compreender o tema aqui abordado, mas, sim, será realizada uma análise crítica a partir de tal apropriação teórica proposta.

Em verdade, essa apropriação será feita reflexivamente com Jürgen Habermas, mais especificamente, através de sua obra da maturidade, *Faticidade e validade*,¹⁵ publicada em 1992, na qual procurou, sobretudo nos Capítulos III e IV, efetuar “a reconstrução de partes do direito racional clássico no quadro de uma teoria do direito apoiada numa teoria do discurso”¹⁶ (HABERMAS, 1998, p. 58), como ele mesmo esclarece no prefácio da obra.

Já em 1962, Habermas havia partido da distinção entre os domínios público e privado, especialmente do advento da esfera social, tal como caracterizado por Arendt, para examinar o surgimento da esfera pública da sociedade burguesa (HABERMAS, 2003c, p. 33), empreendendo, a partir daí, uma análise acerca da mudança estrutural da esfera pública. Em 1976, Habermas se debruçou sobre “o

¹⁵ Será utilizada, aqui, a edição espanhola de *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998), cabendo ressaltar a existência de edição brasileira (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. Vols. I e II).

¹⁶ No original: “una reconstrucción de partes del derecho natural racional clásico en el marco de una teoría discursiva del derecho”.

conceito de poder em Hannah Arendt” (HABERMAS, 1993) e indicou Arendt, ao lado de Karl Jaspers, como “corajosos radical-democratas”, embora tenha apontado neles uma “inequívoca mentalidade elitista” (HABERMAS, 1993, p. 108, nota 7) e asseverado as dificuldades de se “fundar um espaço político ativo e uma democracia radical” (HABERMAS, 1993, p. 110).

Em *Facticidade e validade*, Habermas assume explicitamente, no prefácio da obra, a posição de que “não se pode ter nem se manter um Estado de Direito sem democracia radical”¹⁷ (HABERMAS, 1998, p. 61), e parte, justamente, do conceito comunicativo de poder de Arendt para propor uma reconstrução interna do Direito, examinando, no Capítulo III, o sistema dos direitos fundamentais, e, no Capítulo IV, os princípios do Estado de Direito, retomando, no Capítulo VIII, o tema da mudança estrutural da esfera pública, ao apontar o papel da sociedade civil e da opinião pública na manutenção de um espaço público-político independente do Estado, no contexto da teoria da ação comunicativa da sociedade.

Como se verá mais adiante, dessa interlocução entre Hannah Arendt e Jürgen Habermas é possível extrair interessantes pontos de vistas, que se revelam bem adequados para a compreensão tanto da distinção entre o público e o privado no Estado Democrático de Direito, quanto da relação entre democracia, Constituição e direitos fundamentais nos dias atuais. Daí a justificativa para se empreender um diálogo entre eles que possa orientar a análise aqui pretendida acerca da (i)legitimidade das escolhas de tratamento discriminatórias feitas arbitrariamente pelas pessoas em suas relações privadas, já que o objetivo primordial é oferecer uma resposta para os problemas formulados que seja adequada a um projeto consistente de democracia constitucional e de efetivação dos direitos fundamentais.

¹⁷ No original: “el Estado de derecho no puede tenerse ni mantenerse sin democracia radical”.

1. IGUAIS E DIFERENTES: A ISONOMIA E A DISCRIMINAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1. ENTRE A ISONOMIA E A DISCRIMINAÇÃO: SOBRE O DIREITO À IGUALDADE E SOBRE O DIREITO À DIFERENÇA

Tratar da questão da igualdade e da diferença no Estado Democrático de Direito comporta duas dificuldades iniciais. A primeira é de natureza terminológica, pois não há consenso sobre o sentido dos termos aí imbricados (*igualdade, diferença, isonomia, discriminação e preconceito*), colocados, muitas vezes, em uma relação simplória de sinonímia ou de antonímia, sem maiores preocupações, o que dificulta um trato sistematizado do assunto. Já a segunda está nas armadilhas teóricas que são criadas para lidar com a questão da igualdade, pois são propostas fórmulas que, no mais das vezes, são vazias de conteúdo porque podem abrigar *qualquer* solução para *qualquer* problema concreto que se coloque a respeito do assunto.

Exemplo marcante, a esse respeito, é a noção aristotélica de igualdade, no Livro V de *Ética a Nicômacos* (ARISTÓTELES, 2001, p. 91-111), amplificada no Brasil por Rui Barbosa em sua célebre *Oração aos moços*, segundo a qual “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam” (BARBOSA, 1997, p. 26), que é repetida, acriticamente, ainda nos dias atuais.

Aqui, serão tomadas posições claras acerca dessas duas dificuldades, partindo-se de um sentido para a igualdade, a diferença, a isonomia, a discriminação, o preconceito, que seja condizente com um tratamento constitucionalmente adequado no paradigma do Estado Democrático de Direito, no intuito de se problematizar, desde logo, o tema central que envolve o desenvolvimento desta pesquisa: a (i)legitimidade das escolhas de tratamento discriminatórias feitas arbitrariamente no domínio privado.

1.1.1. Igualdade, diferença, isonomia, discriminação e preconceito

Por detrás da questão da igualdade e da diferença no Estado Democrático de Direito está a própria compreensão que se deve ter dos termos aí inter-relacionados, a exigir um esclarecimento prévio para se evitar mal entendidos.

A *igualdade* tem o sentido primordial de considerar as pessoas, enquanto tais, todas iguais, por serem todas elas seres humanos que reclamam, uns em relação aos outros, uma mesma dignidade de reconhecimento, dada a sua igualdade intrínseca sob o ponto de vista de sua condição humana. Mas que as pessoas, em sua singularidade, são diferentes entre si não há dúvidas, em decorrência da própria condição humana da pluralidade. Como ressalta Hannah Arendt, a condição humana da pluralidade reside no fato de que “somos todos iguais, isto é, humanos, de um modo tal que ninguém jamais é igual a qualquer outro que viveu, vive ou viverá”¹⁸ (ARENDR, 1998, p. 08). E o catálogo das diferenças que podem ser apontadas entre as pessoas, para além de sua própria identidade pessoal, é inesgotável, podendo se originar tanto de atributos naturais que permitem distingui-las entre si (sexo, cor da pele, idade, gênero etc.), como de características criadas e tornadas visíveis por exclusiva iniciativa humana, que separam as pessoas sob diversos rótulos, de natureza política, sociológica, econômica, ideológica, cultural, religiosa etc. (raça,¹⁹ riqueza, classe social, origem, etnia, nacionalidade, cultura, educação, religião etc.).

A *diferença*, então, significa a singularidade de cada pessoa tal como aparece no mundo para as demais, levando-se em conta aqueles traços que a distinguem das outras, os quais podem, também, servir de critério para o agrupamento das pessoas em classes segundo as características que possuem comum – os

¹⁸ No original: “we are all the same, that is, human, in such a way that nobody is ever the same as anyone else who ever lived, lives, or will live”.

¹⁹ A raça, propositalmente, está catalogada aqui dentre as diferenças criadas por exclusiva iniciativa humana, porque não se sustenta, do ponto de vista científico, a existência natural de raças humanas, mas, tão-somente, uma existência de cunho político, sociológico e ideológico, utilizada para justificar o racismo (e suas diversas manifestações), como anotam Celso Lafer (*A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005b, p. 54-59) e Norberto Bobbio (*Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2002. p. 119-133).

rótulos –, diferentemente das demais. Em suma, as pessoas são, ao mesmo tempo, iguais e diferentes.

O problema surgiu quando se tomou consciência de que as diferenças das pessoas eram tradicionalmente *levadas em consideração* para se estabelecer uma *desigualdade de tratamento* entre elas. E daí a igualdade passou a ser proclamada como um direito fundamental de primeiríssima grandeza, sob o enfoque da *isonomia*, palavra que, etimologicamente, tem origem na junção do prefixo grego *isos* (igual ou igualdade) com o radical *nomos* (lei, norma). Ou seja, isonomia deve ser entendida como a *igualdade de tratamento* entre as pessoas, sem que sejam *levadas em consideração* as suas diferenças. Convém esclarecer que a isonomia, nesse sentido, não desconsidera *todas* as diferenças entre as pessoas, mas, sim, desenvolve-se sob aquela ideia de “igualdade relacional”, que, como alerta J. J. Gomes Canotilho, pressupõe uma “relação tripolar”, em que “o indivíduo *a* é igual ao indivíduo *b*, tendo em conta determinadas características” (CANOTILHO, 2003, p. 428).

Aliás, a afirmação da igualdade como um direito fundamental, em sua origem histórica, na modernidade, surgiu para lidar apenas com as diferenças de cunho social que determinavam a desigualdade de tratamento entre as pessoas, pois, como observa Menelick de Carvalho Netto, o paradigma da pré-modernidade é caracterizado por um “amalgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados e que não se discerniam”, em que “o Direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social tida como absoluta e divinzada nas sociedades de castas” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 30).

Por isso, o direito à igualdade, em sua primeira expressão na modernidade, resumia-se a uma “igualdade na aplicação do direito” (igualdade *perante* a lei ou *diant*e da lei) e a uma “igualdade na criação do direito” (igualdade *na lei*) (CANOTILHO, 2003, p. 426-427; SILVA, 2004, p. 214-216). Em uma palavra, *isonomia*. Quer dizer, o significado que se atribuía ao direito à igualdade, na interpretação e aplicação das primeiras declarações de direitos, resultantes da

modernidade, era o de que estavam extintos os privilégios de nascimento e as demais regalias dos quais gozavam aqueles que ocupavam determinada posição social, que já não mais poderiam ser contemplados com distinções na elaboração ou na aplicação de leis, porque, como se escreveu no artigo primeiro da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais somente podem ser baseadas na utilidade comum”²⁰ (FRANCE, 1789).

Essa maneira de se compreender o direito à igualdade, como isonomia, com um nível surpreendente de abstração, procura desconsiderar as diferenças entre as pessoas, de caráter social, para oferecer uma igualdade de tratamento sob o ponto de vista da lei, tanto na sua criação quanto na sua aplicação, o que caracteriza, então, o paradigma do Estado Liberal (CARVALHO NETTO, 2004, p. 31-32), ou, na linguagem de Jürgen Habermas, o paradigma do direito formal burguês (HABERMAS, 1998, p. 477-483).

Como se sabe, essa abstração quanto à compreensão do direito à igualdade terminou por “fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 34). Com efeito, a isonomia praticada no paradigma do Estado Liberal permitiu que se agravassem as diferenças econômicas e sociais, o que se passou na livre disputa pelo acúmulo de riqueza em um cenário de opressão, marginalização e desprezo, onde quem já era proprietário de sua riqueza usava e abusava de sua liberdade de contratar em uma injusta situação de igualdade com aqueles que não possuíam nada, a não ser a propriedade de si mesmo (CARVALHO NETTO, 2004, p. 32).²¹ Assim surgiu, como uma crítica ao direito

²⁰ No original: “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune”.

²¹ A esse respeito, Enzo Roppo registra que o conceito de justiça era fundado na liberdade de contratar: “Nesse sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo desta corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, o determinavam num plano de recíproca igualdade jurídica. [...] Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os

formal burguês, o modelo de direito ligado ao Estado Social (HABERMAS, 1998, p. 483), caracterizando o paradigma do direito materializado do bem-estar social (HABERMAS, 1998, p. 483-489), ou, simplesmente, o paradigma do Estado Social (CARVALHO NETTO, 2004, p. 34).

Aqui, a abstração dá lugar à concretização, ou materialização, com uma conotação diversa para o direito à igualdade, que passa a ser compreendido sob a ótica de uma necessidade de redução das diferenças econômicas e sociais, admitindo-se uma desigualdade de tratamento “em compensação das ‘faltas, deficiência e fracassos do mercado’ em favor dos que ocupam as posições de poder mais débeis (trabalhadores, inquilinos, consumidores etc.)”²² (HABERMAS, 1998, p. 486). Ou seja, no paradigma do Estado Social, procura-se promover a igualdade através da lei, que passou a conferir uma desigualdade de tratamento em favor de quem dela necessitava (CARVALHO NETTO, 2003b, p. 20; CANOTILHO, 2003, p. 427-428). Em outras palavras, o direito à igualdade passou a significar, também, o direito a uma desigualdade de tratamento em razão de diferenças econômicas e sociais.

Desse modo, a contraposição entre o paradigma do Estado Liberal e o paradigma do Estado Social, no que diz respeito à compreensão do direito à igualdade, é evidente: no primeiro, o direito à igualdade significa uma *igualdade de tratamento* entre as pessoas, sem que sejam *levadas em consideração* as suas diferenças; no segundo, o direito à igualdade significa *também* uma *desigualdade de tratamento* entre as pessoas, *levando-se em consideração* as suas diferenças. E para lidar com essa duplicidade de sentidos, a doutrina passou a conceituar o direito à igualdade com apoio em uma franca relação de oposição conceitual interna, valendo-se de dois rótulos: “igualdade formal”, do Estado Liberal, e “igualdade material”, do Estado Social (CANOTILHO, 2003, p. 427-428; CASTRO, 2003, p. 388-395). Além disso, subverteu a etimologia da palavra isonomia para

pilares – que se completavam reciprocamente – sobre os quais se formava a asserção peremptória segundo a qual ‘contratual’ equivale a dizer ‘justo’ (*‘qui dit contractuel dit juste’*)” (*O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1989. p. 35).

²² No original: “compensación de los ‘fallos, deficiencias y fracasos del mercado’ en favor de quienes ocupan las posiciones de poder más débiles (trabajadores, inquilinos, consumidores, etc.)”.

caracterizá-la simplesmente como um sinônimo de igualdade, como o faz, a todo momento, Celso Antônio Bandeira de Mello em sua clássica exposição sobre o *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade* (MELLO, 1999), resultando daí as expressões “isonomia formal” e “isonomia material” (SILVA, 2004, p. 213-214).

Todavia, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é importante ressaltar que “forma e matéria não podem ser enfocados em uma relação de contradição” (CARVALHO NETTO, 2003a, p. 151), mas, sim, em uma relação de complementaridade, o que torna evidente, já nesse aspecto, a inadequação de se vislumbrar uma “igualdade formal” em oposição a uma “igualdade material”. Para se preservar a integridade dos conceitos, o mais adequado é se reservar para o direito à igualdade aquele sentido de isonomia, ou seja, como *igualdade de tratamento* entre as pessoas, sem que sejam *levadas em consideração* as suas diferenças. E para o novo significado do direito à igualdade, surgido pela crítica do Estado Social ao Estado Liberal, convém concebê-lo como um verdadeiro *direito à diferença*, porque as diferenças entre as pessoas é que passam a ser *levadas em consideração* para se estabelecer uma *desigualdade de tratamento* entre elas.

Assim, a reformulação do direito à igualdade, que precisa ser compreendido, no paradigma do Estado Democrático de Direito, também como direito à diferença, não deve propiciar um desvirtuamento do significado do termo isonomia, para o qual deve se reservar o sentido de igualdade de tratamento entre as pessoas sem que sejam levadas em consideração as suas diferenças, uma vez que essa confusão terminológica, além de não contribuir em nada para o entendimento do assunto, prejudica o seu tratamento, pois esconde o que, de fato, realiza-se.

Nessa mesma linha, Marcelo Campos Galuppo, ao propor um sentido adequado para o princípio da igualdade no contexto do Estado Democrático de Direito, esclarece que não se deve confundir “igualdade” com “identidade”, o “que leva a pensar, erroneamente, que a igualdade seja incompatível com o tratamento diferenciado” (GALUPPO, 2002, p. 214). E assim ele esclarece que

enquanto etimologicamente o termo identidade se refere mais propriamente à substância dos entes, o termo igualdade se refere mais propriamente à relação que estabelecem entre si. Dois seres idênticos são necessariamente iguais, mas nem todos os seres iguais são idênticos. Daí ser possível que dois seres iguais possam ter diferenças entre si (GALUPPO, 2002, p. 215).

Logo, ao invés de se adotar para o direito à igualdade os rótulos “igualdade formal” e “igualdade material”, que trazem consigo um caráter excessivamente concretista dos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social (HABERMAS, 1998, p. 523-524), ele passa a ser compreendido sob o duplo enfoque do direito à igualdade e do direito à diferença, a serem reconstruídos no paradigma do Estado Democrático de Direito, como resultado de uma disputa política que envolve os paradigmas do direito.²³

Outra questão importantíssima diz respeito ao sentido que deve ser atribuído à *discriminação* e ao *preconceito* diante de todo esse quadro que já se traçou até aqui. A bem da verdade, não se pode afirmar que no paradigma do Estado Liberal todas as diferenças entre as pessoas passaram a ser desconsideradas para se oferecer uma igualdade de tratamento, tampouco o paradigma do Estado Social pôde dar conta de implementar, com sucesso, o projeto de redução das diferenças econômicas e sociais entre as pessoas.

Realmente, continuou havendo uma desigualdade de tratamento para as classes de pessoas cujas diferenças em comum eram relegadas a uma invisibilidade, como era o caso, por exemplo, nos Estados Unidos da América e no Brasil, das mulheres e dos negros, excluídos da igualdade de tratamento porque *os homens* referidos nas declarações de direitos eram, implicitamente, à luz do paradigma que orientava a tarefa de realização dos direitos fundamentais, como acentua Michel Rosenfeld, apenas “um grupo de homens brancos e proprietários” (ROSENFELD, 2003, p. 24). Isso explica porque mesmo havendo o reconhecimento solene nas Constituições do direito à igualdade, as mulheres e os negros tiveram de se mobilizar anos a fio a fim de obterem, na *praxis*, essa igualdade de tratamento.

²³ Esse assunto será abordado mais abaixo no item 2.2.1.

Nesse diapasão, Rosenfeld assevera que, no caso dos Estados Unidos da América, “o sentido de ‘Nós, o Povo’ no Preâmbulo da Constituição de 1787 não pode ser apreendido sem a afirmação segundo a qual ‘todos os homens nascem iguais’ [...], sancionada na Declaração da Independência Americana de 1776” (ROSENFELD, 2003, p. 25). Daí a “infame decisão” (ROSENFELD, 2003, p. 26, nota 24) tomada pela Suprema Corte no julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford*, em 1856,²⁴ quando não se reconheceu a Dred Scott, um negro, descendente de escravos, a condição de cidadão norte-americano, mesmo vivendo em um Estado da federação onde havia uma lei local assegurando a emancipação dos negros, pela proibição da escravidão. Somente com a 13.^a Emenda, ratificada em 1865, é que houve a abolição da escravidão²⁵ (UNITED STATES OF AMERICA, 1787). O direito à igualdade, logo em seguida, incorporou-se ao texto constitucional pela 14.^a Emenda, ratificada em 1868, que, em sua primeira seção, assegurou a todas as pessoas “a igual proteção das leis”,²⁶ bem como pela 15.^a Emenda, ratificada em 1870, que, também em sua primeira seção, estabeleceu a igualdade quanto ao direito de voto, que não poderia ser negado por motivo de raça, cor ou de prévio estado de servidão²⁷ (UNITED STATES OF AMERICA, 1787).

Mesmo assim, como registra Lêda Boechat Rodrigues, “a cidadania dos negros ficou sendo, porém, em vários Estados, apenas cidadania de segunda classe” (RODRIGUES, 1992, p. 93), tanto que no julgamento do caso *Civil Rights Cases*, em 1883,²⁸ a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da lei dos direitos

²⁴ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856).

²⁵ “Nem a escravidão nem a servidão involuntária, exceto como punição por um crime do qual o partido deve ter sido devidamente condenado, deve existir dentro dos Estados Unidos, ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição” (no original: “Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction”).

²⁶ No original: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

²⁷ No original: “The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude”.

²⁸ *Civil Right Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

civis de 01 de março de 1875, que estabelecia a igualdade de tratamento de todas as pessoas nos lugares públicos, sem distinção de raça ou cor, o que reverberou fortemente no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, em 1896,²⁹ quando a Suprema Corte estabeleceu a doutrina do “separado, mas igual” (*separate but equal*), admitindo a segregação racial que divida o país em dois lados, o que era visível nos teatros, nos cinemas, nos bairros, nos banheiros públicos, e em tantos outros espaços públicos. Mais do que isso, “em todo o Sul, foi essa decisão interpretada como o ‘sinal verde’ para a legislação discriminatória”, sendo que “entre 1881 e 1907, todos os Estados sulinos adotaram leis de segregação e em 1954 tais leis ainda estavam em vigor em 17 Estados e no Distrito de Colúmbia” (RODRIGUES, 1992, p. 94), o que somente foi superado no julgamento do caso *Brown v. Board of education*, em 1954,³⁰ quando se enfrentou especificamente o tema da segregação racial nas escolas públicas.

As mulheres tiveram um percurso ainda mais longo em busca da igualdade de tratamento, só obtendo-a quanto ao direito de voto com a 19.^a Emenda,³¹ ratificada em 1920 (UNITED STATES OF AMERICA, 1787), necessitando, ainda, de uma intensa mobilização política para obterem seu reconhecimento quanto a diversas outras questões (na política, no trabalho, na sociedade etc.).

No caso do Brasil, a Constituição do Império, em 1824, já previa, em seu artigo 179, inciso XIII, a fórmula clássica do direito à igualdade³² (BRASIL, 1824). Mas a abolição da escravidão só ocorreu em 1888 com a Lei Áurea (Lei n.º 3.353, de 13 de maio de 1888) (BRASIL, 1888), muito embora os negros não tenham logrado acesso ao direito ao voto porque na Constituição de 1891 não eram titulares dos

²⁹ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

³⁰ *Brown v. Board of education*, 347 U.S. 483 (1954).

³¹ “O direito dos cidadãos dos Estados Unidos de voto não será negado ou cerceado pelos Estados Unidos ou por qualquer outro Estado em razão do sexo” (no original: “The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex”).

³² “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

direitos políticos nem os mendigos nem os analfabetos (artigo 70, § 1.º, 1.º e 2.º)³³ (BRASIL, 1891), condição na qual estavam, em sua esmagadora maioria, os negros recém libertos, como é fato público e notório. Essa desigualdade de tratamento permaneceu na Constituição de 1934 (artigo 108, parágrafo único, alíneas “a” e “c”)³⁴ (BRASIL, 1934), na Constituição de 1937 (artigo 117, parágrafo único, alíneas “a” e “c”)³⁵ (BRASIL, 1937), só vindo a ser reconhecido o sufrágio universal com a Constituição de 1946 (artigo 134)³⁶ (BRASIL, 1946), mantido na Constituição de 1967 (artigo 143)³⁷ (BRASIL, 1967a) e em sua “Emenda Constitucional n.º 01” de 1969 (artigo 148)³⁸ (BRASIL, 1967b), o que, todavia, não representa muita coisa, em virtude da ordem autoritária instaurada pela ditadura militar com o golpe de 1964.

As mulheres, igualmente, estiveram durante todo esse tempo relegadas à invisibilidade, só tendo alcançado o direito ao voto com a Constituição de 1934, cabendo ressaltar que o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), que entrou em vigor em plena era republicana, estipulava uma severa desigualdade de tratamento entre homens e mulheres, especialmente nas disposições que tratavam dos direitos e deveres do marido (artigos 233 a 239), em comparação com os direitos e deveres da mulher (artigos 240 a 255), e no estabelecimento do pátrio poder sobre os filhos em favor do marido, numa clara relação de hierarquia sobre a mulher (artigo 380). Daí a insistência da Constituição de 1988 (BRASIL,

³³ “Art. 70. São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei. § 1.º Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados: 1.º) os mendigos; 2.º) os analfabetos”.

³⁴ “Art. 108. São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei. Parágrafo único - Não se podem alistar eleitores: a) os que não saibam ler e escrever; b) as praças-de-pré, salvo os sargentos, do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como os alunos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a oficial; c) os mendigos”.

³⁵ “Art. 117. São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de dezoito anos, que se alistarem na forma da lei. Parágrafo único – Não podem alistar-se eleitores: a) os analfabetos; [...] c) os mendigos”.

³⁶ “Art. 134. O sufrágio é universal e, direto; o voto é secreto; e fica assegurada a representação proporcional dos Partidos Políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer”.

³⁷ “Art. 143. O sufrágio é universal e o voto é direito e secreto, salvo nos casos previstos nesta Constituição; fica assegurada a representação proporcional dos Partidos Políticos, na forma que a lei estabelecer”.

³⁸ “Art. 148. O sufrágio é universal e o voto é direto e secreto, salvo nos casos previstos nesta Constituição; os partidos políticos terão representação proporcional, total ou parcial, na forma que a lei estabelecer”.

1988) em, logo após estabelecer que um dos objetivos fundamentais da república é a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3.º, inciso IV), proclamar a igualdade como um direito fundamental (artigo 5.º, *caput*), esclarecendo que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (artigo 5.º, inciso I).

Foi no contexto da “luta por reconhecimento”,³⁹ principalmente dos negros e das mulheres, em busca de uma igualdade de tratamento, é que surgiu o uso mais frequente das expressões discriminação e preconceito, cujos significados serão trabalhados aqui, reflexivamente, a partir das considerações de Norberto Bobbio, na obra *Elogio da serenidade e outros escritos morais*, sobretudo nos ensaios intitulados *A natureza do preconceito e Racismo hoje*, os quais integram a Parte II do livro. Bobbio inicia por conceituar o que é preconceito:

Entende-se por ‘preconceito’ uma opinião ou um conjunto de opiniões, às vezes até mesmo uma doutrina completa, que é acolhida acriticamente e passivamente pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade de quem aceitamos as ordens sem discussão (BOBBIO, 2002, p. 103).

Bobbio distingue o preconceito das “opiniões errôneas”, que decorrem da ignorância, mas podem ser reformuladas uma vez reconsideradas à luz da razão (BOBBIO, 2002, p. 103-104), chamando atenção para os perigos do “preconceito coletivo”, que são “aqueles que são compartilhados por um grupo social inteiro e estão dirigidos a outro grupo social” (BOBBIO, 2002, p. 105), sendo a causa de muitos conflitos que podem, inclusive, resultar em violência. Nesse compasso, ele identifica, na formação dos preconceitos coletivos, os “estereótipos”, que caracterizam, mediante idéias fixas apoiadas em generalizações superficiais, todo um grupo de pessoas (BOBBIO, 2002, p. 106).

³⁹ No sentido empregado por Habermas, como “movimentos de emancipação cujos objetivos políticos coletivos se definem culturalmente, em primeira linha, ainda que as dependências políticas e desigualdades sociais e econômicas também estejam sempre em jogo” (A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. Paulo Astor Soethe e George Sperber. São Paulo: Loyola, 2004b. p. 246).

Ao tratar da discriminação, Bobbio concebe para essa expressão sempre “uma conotação pejorativa” (BOBBIO, 2002, p. 107), que necessita de três fases para se afirmar: (i) primeiro, a discriminação se apóia em um juízo de fato, pela constatação das diferenças existentes entre as pessoas; (ii) depois, confunde-se com o preconceito coletivo, fundando-se em juízo de valor para, a partir das diferenças constatadas no juízo de fato, propor uma relação de superioridade-inferioridade entre os grupos de pessoas, estabelecida a partir das diferenças que são ressaltadas preconceituosamente; (iii) por fim, somente quando vier a ser assumida “a concepção de que o superior tem o direito de suprimir o inferior [...] é que se pode falar corretamente de uma verdadeira discriminação, com todas as aberrações dela decorrentes” (BOBBIO, 2002, p. 109-110). Esses conceitos são utilizados, em um sentido bem próximo, também por Roger Raupp Rios:

Por preconceito, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo *discriminação* designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos (RIOS, 2008, p. 15).

Esse quadro conceitual serve para iluminar a situação dos negros e das mulheres, estereotipados segundo preconceitos que lhes forjavam uma identidade coletiva para lá de incômoda, que ofendia sua dignidade. Eles argumentavam, em sua luta por reconhecimento, serem vítimas de um preconceito que animava a discriminação que sofriam. O preconceito de que eram vítimas os negros se baseava na ideologia do racismo, segundo a qual os negros seriam uma raça humana inferior e, por isso, sujeita ao jugo dos brancos, que constituíam a raça humana superior.⁴⁰ Já o preconceito em relação às mulheres era alimentado pela

⁴⁰ Hannah Arendt, em *As origens do totalitarismo*, fez uma longa investigação a respeito do racismo, transformado em ideologia da política imperialista e assim cristalizado como um dos elementos do totalitarismo, na vertente do antissemitismo (*The origins of totalitarianism* (new edition with added prefaces). New York: Harvest Book, 1985. p. 158-221). Em *Eichmann em Jerusalém*, ela deixou clara a caracterização do antissemitismo como um crime contra a humanidade, por materializar a pretensão de se aniquilar uma parcela da pluralidade da humanidade, resultando daí a sua emblemática sentença de condenação de Eichmann, feita no epílogo do livro: “assim como você apoiou e executou uma política de não partilhar a Terra com o povo judeu e com o povo de diversas outras nações – como se você e seus superiores tivessem o direito de determinar quem devia e quem não devia habitar o mundo –, consideramos que ninguém, isto é, nenhum membro da raça humana, haverá de querer partilhar a Terra com você.

forte tradição que estabelecia somente para os homens, desde a Grécia antiga, a condução dos negócios domésticos no domínio privado da família e do lar (*oikia*) e a admissão no domínio público da *pólis* (ARENDR, 1998, p. 30-33). Com base nesses preconceitos, negros e mulheres eram discriminados, porque eram sujeitos a uma desigualdade de tratamento que levava em consideração essas diferenças, à luz dos paradigmas tanto do Estado Liberal quanto do Estado Social.

Aí se torna evidente a maneira como se realiza uma compreensão paradigmática do direito.⁴¹ Ora, o paradigma que orientava a interpretação e a aplicação do direito, em tais épocas, limitava o horizonte de sentido dos legisladores e dos juízes, os quais, impregnados de uma visão de mundo preconceituosa a respeito da posição dos negros e das mulheres na sociedade, não conseguiam (e talvez nem pretendiam) reconhecê-los como verdadeiros autores e destinatários do direito, naquela compreensão que se constitui no “núcleo dogmático” do Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 1998, p. 532). A longa trajetória dos negros e das mulheres em sua luta por reconhecimento demonstra que nenhuma Constituição, por si só, é capaz de oferecer uma garantia consistente para a

Esta é a razão, e a única razão, pela qual você deve morrer na forca” (*Eichmann em Jerusalém*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 302).

⁴¹ Menelick de Carvalho Netto, analisando o emprego da noção de paradigma na Teoria Geral do Direito e no Direito Constitucional, faz referência à filosofia da ciência de Thomas Kuhn, apresentando um duplo aspecto para a noção de paradigma: “Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação, e limita ou condiciona o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro, padece também de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contexto determinados” (A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 29). Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, por sua vez, observa que “as compreensões jurídicas paradigmáticas de uma época, refletidas na dinâmica das ordens jurídicas concretas, referem-se a imagens implícitas que se tem da própria sociedade; um conhecimento de fundo, um *background*, que confere às práticas de fazer e de aplicar o Direito uma perspectiva, orientando o projeto de realização de uma comunidade jurídica” (Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 54).

democracia e para os direitos fundamentais, se não for compreendida segundo um paradigma adequado ao constitucionalismo democrático, que permita uma reconstrução discursiva permanente do próprio sentido da Constituição, da democracia e dos direitos fundamentais.

Com efeito, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, tornou-se possível até mesmo inverter a finalidade da discriminação, que passou a ser concebida, também, como um instrumento para se realizar políticas de ação afirmativa, compreendidas como um “conjunto de medidas, conscientes do ponto de vista racial, visando a beneficiar minorias raciais em situação de desvantagem social, decorrente de discriminação disseminada nas esferas social e estatal” (RIOS, 2008, p. 158). Segundo Raupp Rios, a ação afirmativa passou por dois momentos principais: “como reforço da proibição de discriminação contida no princípio da igualdade e como instituição de medidas positivas de combate à discriminação” (RIOS, 2008, p. 158). Nesse segundo momento, foram instituídas desigualdades de tratamentos com o escopo de melhorar a situação econômica e social dos negros, mediante o estabelecimento de vantagens para eles no âmbito trabalhista, no âmbito administrativo e no setor educacional (RIOS, 2008, p. 161-167). Em síntese, tais políticas de ação afirmativa consistem em uma verdadeira discriminação realizada também com base na diferença entre negros e brancos, que se aproveita do preconceito para lhe dar um uso criativo, isto é, inverte-se a finalidade da discriminação, agora utilizada para promover a emancipação daqueles que, historicamente, eram – e continuam sendo – as vítimas do preconceito antes nela materializado.

Mas pela conotação pejorativa que se atribui ao termo discriminação, como já apontado por Bobbio (BOBBIO, 2002, p. 107), ele é evitado também por Raupp Rios, que sugere, para a desigualdade de tratamento assim realizada, o termo “ação afirmativa”, ao invés dos termos “discriminação inversa”, “discriminação benigna” e “tratamentos preferenciais” (RIOS, 2008, p. 157). Para ele, a constelação dos documentos internacionais de direitos humanos, bem assim a Constituição de 1988, confere para o termo discriminação o sentido de estabelecimento de um prejuízo a “indivíduos ou grupos por meio de distinções

ilegítimas no gozo e exercício de direitos” (RIOS, 2008, p. 21), embora deixe claro que

uma pesquisa mais detalhada sobre o conceito jurídico de discriminação demandaria a análise de outras complexas e intrincadas questões [...] (tais como, por exemplo, além das citadas, o exame, em detalhes, da extensão da proteção jurídica diante da discriminação sofrida em relações estabelecidas entre agentes privados) (RIOS, 2008, p. 21).

Wilson Steinmetz se posiciona no mesmo sentido, também a partir dos documentos internacionais de direitos humanos e das disposições pertinentes da Constituição de 1988, apontando que “o uso da palavra ‘discriminação’ não é neutro. *Sempre* tem conotação negativa. A discriminação é *sempre* contrária aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa” (STEINMETZ, 2004, p. 242). Daí ele conclui que “‘discriminação’ denota sempre distinção, exclusão, restrição ou preferência apoiada em um preconceito sobre características ou traços definidores – e por isso essenciais – de pessoas ou de categoria de pessoas” (STEINMETZ, 2004, p. 244-245).

Entretanto, uma leitura atenta dos documentos internacionais de direitos humanos e das próprias disposições da Constituição de 1988 que cuidam do assunto não parece sustentar tais conclusões. Retomando-se os documentos citados por Raupp Rios e Steinmetz (RIOS, 2008, p. 20; STEINMETZ, 2004, p. 243-244), tem-se que: (i) no artigo VII da Declaração Universal dos Direitos Humanos,⁴² a proibição é erigida a qualquer discriminação *que viole* a declaração de direitos e não a toda e qualquer discriminação; (ii) no artigo 2.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis⁴³ e no item 2 do artigo 2.º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,⁴⁴ a discriminação proibida é somente aquela *por*

⁴² “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação” (MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves. *Direitos humanos: coletânea de legislação*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003. p. 66).

⁴³ “Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação” (Ibidem. p. 79).

⁴⁴ “Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião,

aqueles motivos preconceituosos declinados (raça, cor, sexo etc.) e não a discriminação por outros motivos e para outras finalidades; (iii) no artigo 1.º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres⁴⁵ e no artigo 1.º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial,⁴⁶ as formas de discriminação objurgadas são aquelas praticadas *contra* a mulher e *contra* as minorias raciais, que têm por objeto prejudicar ou anular o reconhecimento de seus direitos, e não as formas de discriminação praticadas *em favor* da mulher e das minorias raciais, que têm por objetivo a sua emancipação; (iv) por fim, na Constituição de 1988, o inciso IV do artigo 3.º, ao proclamar que um dos objetivos da república é a promoção do bem de todos, refere-se somente às formas de discriminação baseadas em preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade, tanto que o inciso XLI do artigo 5.º preceitua que a lei punirá qualquer discriminação *atentatória* dos direitos e liberdades fundamentais, e não toda e qualquer discriminação.

A bem da verdade, ocorre aqui o mesmo problema terminológico já apontado para o direito à igualdade, que precisa ser compreendido, no paradigma do Estado Democrático de Direito, *também* como o direito à diferença. De igual modo, *discriminação* e *preconceito* devem ser compreendidos sob um outro prisma no paradigma do Estado Democrático de Direito. Quanto à discriminação, Galuppo, retomando a distinção entre “identidade” e “igualdade”, sustenta que “discriminação não é necessariamente atentatória da igualdade” (GALUPPO, 2002, p. 216), para concluir que

opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação” (Ibidem. p. 70).

⁴⁵ “Para fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação contra a mulher’ significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural, civil ou em qualquer outro campo” (Ibidem. p. 531).

⁴⁶ “Para fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação racial’ significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública” (Ibidem. p. 318).

discriminar significa diferenciar, e diferença é termo que se liga, como antônimo, à identidade (e não à igualdade). A discriminação é compatível com a igualdade *se não for, ela também*, fator de desigualdade injustificável racionalmente (GALUPPO, 2002, p. 216).

Realmente, não se deve desvirtuar o significado do termo discriminação, que tem o sentido de desigualdade de tratamento entre as pessoas, levando-se em consideração as suas diferenças. O que é preciso distinguir é se a discriminação é *legítima* ou *não*. As políticas de ação afirmativa, portanto, revelam, sim, *discriminações*, no sentido de direito à diferença, e não é a simples troca de nome que pode conferir legitimidade à discriminação assim realizada, mas, sim, uma fundamentação consistente que apresente uma dimensão constitucionalmente adequada do direito à igualdade em tais situações, no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Indo mais adiante, é importante conferir também para o preconceito um tratamento constitucionalmente adequado no paradigma do Estado Democrático de Direito. O exemplo da luta por reconhecimento das mulheres e dos negros é emblemático, mas não esclarece que o preconceito sempre está presente em toda e qualquer compreensão que se faz – e não somente na base das discriminações –, sendo necessário lidar com essa contingência.

Não há como se eliminar o preconceito da compreensão, o que ficou claro desde Hans-Georg Gadamer, em *Verdade e método*, ao situar o preconceito no ponto de partida do problema hermenêutico, deixando claro que existem preconceitos legítimos (GADAMER, 2005, p. 368). No que interessa mais de perto aqui, Gadamer, partindo da estrutura prévia da compreensão, tal e qual descoberta por Martin Heidegger, pôde construir a noção de círculo hermenêutico, que se concretiza naquele ir-e-vir do processo de compreensão, desenvolvendo-se *na* e *desde* a linguagem, determinando o sentido do ser segundo pré-compreensões circunscritas a um determinado contexto histórico, que limitam e, ao mesmo tempo, possibilitam a compreensão, linguisticamente estruturada (GADAMER,

2005, p. 354-384). Daí a afirmação de que “o ser que pode ser compreendido é linguagem” (GADAMER, 2005, p. 612).⁴⁷

Bobbio alerta, com inteira razão, que “não existe preconceito pior do que acreditar não ter preconceitos” (BOBBIO, 2002, p. 122). A questão, portanto, não é como *eliminar* os preconceitos, mas, sim, como *lidar* com eles. Bobbio está certo em identificar no preconceito uma irracionalidade de opinião (ou de um conjunto delas ou mesmo de uma doutrina completa) e é por isso que, vislumbrando o preconceito na base da afirmação do racismo, ele entende que só é possível lidar com os preconceitos mediante uma “educação orientada por valores universais” (BOBBIO, 2002, p. 130), que evidencie o caráter inclusivo da democracia, como “um processo gradual de inclusão de indivíduos que antes estavam excluídos” (BOBBIO, 2002, p. 131).

Todavia, o conceito de preconceito merece uma releitura, para ser entendido como uma opinião, individual ou coletiva (no sentido de ser compartilhada coletivamente), manifestada explícita ou implicitamente, com base na qual são estabelecidas diferenças arbitrárias entre as pessoas, segundo preferências irracionais e imotivadas. Os preconceitos, portanto, englobam todas as preferências irracionais e imotivadas que estão na raiz do próprio processo de compreensão, que conforma a visão de mundo de cada pessoa. E talvez até deva ser reconhecida alguma dimensão arbitrária que envolve o exercício da liberdade, em favor daqueles que, em sua singularidade ou mesmo coletivamente, pretendam se afirmar como diferentes, exclusivamente por preferências que, ainda que sejam arbitrárias (irracionais e imotivadas, nesse sentido), constituem o seu modo específico de ser e de compreender o mundo.

Por ora, pode-se concluir que igualdade e diferença devem ser compreendidas como a dupla face de um mesmo direito fundamental, significando tanto o direito à igualdade como o direito à diferença, justapostos na fórmula histórica do direito à

⁴⁷ Embora não seja recomendável aprofundar aqui essas considerações, dados os limites e os objetivos deste trabalho, elas, certamente, delimitam em grande medida o horizonte em que é realizada a compreensão das questões aqui desenvolvidas.

igualdade, que assim se incorporou ao *corpus* das declarações de direitos na história do constitucionalismo. Isonomia e discriminação se referem ao tratamento que é dado a determinada situação: uma igualdade de tratamento entre as pessoas sem que sejam levadas em consideração as suas diferenças (isonomia) ou uma desigualdade de tratamento entre as pessoas, levando-se em consideração as suas diferenças (discriminação). Isonomia e discriminação podem ser legítimas ou não, conforme estabeleçam ou não uma escolha de tratamento constitucionalmente adequada sob o ponto de vista do direito à igualdade e do direito à diferença, no paradigma do Estado Democrático de Direito.

1.1.2. Uma questão de tratamento: o direito à igualdade, o direito à diferença, a isonomia e a discriminação nos discursos de justificação e de aplicação das normas jurídicas e o problema das escolhas de tratamento feitas arbitrariamente no domínio privado

A rigor, como acabou de ser demonstrado, no paradigma do Estado Democrático de Direito a questão da igualdade e da diferença (isto é, a dupla face do direito fundamental à igualdade) envolve uma *escolha de tratamento* entre a isonomia e a discriminação, ou seja, entre estabelecer (i) uma igualdade de tratamento entre as pessoas sem que sejam levadas em consideração as suas diferenças ou (ii) uma desigualdade de tratamento entre as pessoas, levando-se em consideração as suas diferenças.

Qualquer que seja a escolha, para ser legítima, precisa se basear em uma *fundamentação consistente*, isto é, que possa ser sustentada racionalmente e inserida coerentemente no sistema jurídico em sentido estrito,⁴⁸ contextualizado no paradigma do Estado Democrático de Direito. Essa fundamentação se dá em

⁴⁸ “Sistema jurídico em sentido estrito” corresponde a uma ordem jurídica concreta, “seus dados são tomados do direito vigente, das leis e precedentes, das respectivas dogmáticas jurídicas, dos contextos políticos da atividade legislativa, das fontes históricas do direito” (no original: “sus datos los toma del derecho vigente, de las leyes e precedentes, de las respectivas dogmáticas jurídicas, de los contextos políticos de la actividad legislativa, de las fuentes históricas del derecho, etc.”) (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. p. 265).

dois planos distintos: (i) nos *discursos de justificação* das normas jurídicas e (ii) nos *discursos de aplicação* das normas jurídicas. É necessário fazer aqui uma incursão no Capítulo IV da obra *Facticidade e validade*, de Jürgen Habermas, onde, após tratar do “*entrelaçamento da produção discursiva do direito com a formação comunicativa do poder*”⁴⁹ (HABERMAS, 1998, p. 218), ele afirma que

as comunidades concretas que querem regular sua convivência com os meios que o direito lhe fornece, não podem separar as questões de regulação de expectativas de comportamento das questões de persecução de fins coletivos, no mesmo grau em que isso seria possível na comunidade idealizada de pessoas moralmente responsáveis⁵⁰ (HABERMAS, 1998, p. 219).

Na produção discursiva do direito (das normas jurídicas, nesse sentido) concorrem não apenas razões morais, mas, também, razões ético-políticas e pragmáticas, que expressam uma autocompreensão de uma forma de vida historicamente situada e compartilhada intersubjetivamente, que procura articular um equilíbrio entre os diversos interesses de grupo que competem entre si naquela luta de posições para fazer uso do poder administrativo (a competição estratégica em torno do poder político), no interesse de serem escolhidos os fins a serem coletivamente perseguidos pela comunidade concreta, sem que o direito, contudo, simplesmente se esgote na política, sob pena de sua legitimidade ser assimilada a uma eticidade concreta, previamente dada, e não construída discursivamente (HABERMAS, 1998, p. 219-220).

O princípio do discurso, cuja institucionalização jurídica se traduz no princípio democrático (HABERMAS, 1998, p. 187), é que permite explicar esse modo de “*formação de uma vontade política racional*”⁵¹ (HABERMAS, 1998, p. 229), em que são ponderadas, na produção discursiva das normas jurídicas, as *questões pragmáticas* (a construção e a seleção das estratégias de ação), as *questões ético-políticas* (a autocompreensão da própria identidade político-cultural da

⁴⁹ No original: “*entrelazamiento de producción discursiva del derecho y formación comunicativa del poder*”.

⁵⁰ No original: “*las comunidades concretas que quieren regular su convivencia con los medios que les suministra el derecho, no pueden separar las cuestiones de normación de expectativas de comportamiento de las cuestiones de persecución de fines colectivos, en el mismo grado en que ello sería posible en la comunidad idealizada de personas moralmente responsables*”.

⁵¹ No original: “*formación de una voluntad política racional*”.

comunidade concreta, em vista da qual serão perseguidos certos fins coletivos) e as *questões morais*, pautadas no princípio da universalização, que “obriga aos participantes no discurso a averiguar, recorrendo a casos particulares *previsivelmente típicos*, se as normas em questão poderiam encontrar o consentimento meditado de todos os afetados”⁵² (HABERMAS, 1998, p. 230). Ao lado desse princípio da universalização, que orienta as discussões sobre as questões morais, comparecem as negociações reguladas por procedimentos, que são o único modo, nas sociedades complexas, de serem decididas, racionalmente, as questões pragmáticas e as questões ético-políticas para o estabelecimento de compromissos, compondo, assim, um modelo procedimental de formação racional da vontade política (HABERMAS, 1998, p. 233-236).

Para se compreender de maneira adequada essa proposta de Habermas, vale ressaltar, com Marcelo Campos Galuppo, que no plano geral da fundamentação das normas jurídicas (englobando os discursos tanto de sua justificação quanto de sua aplicação), Habermas vale-se de “uma tensão entre a comunidade ideal e a comunidade real de comunicação” (GALUPPO, 2002, p. 140). Segundo Galuppo esclarece, “se houvesse tempo, liberdade e igualdade ilimitados para participarmos de discursos reais, poderíamos chegar a fundamentações que coincidiriam com aquelas produzidas na comunidade ideal de comunicação” (GALUPPO, 2002, p. 141), alcançando uma opinião final (*final opinion*) baseada em um “argumento que fosse o melhor em si mesmo” (GALUPPO, 2002, p. 140).⁵³ Daí porque

os discursos de aplicação, que juntamente com os discursos de justificação compõem o plano geral da fundamentação, são exigidos no caso do direito pela limitação inerente à institucionalização dos discursos jurídicos de justificação das normas, que não podem regular, em última instância e de forma cabal, suas próprias condições de aplicação (GALUPPO, 2002, p. 144).

⁵² No original: “obliga a los participantes en el discurso a averiguar, recurriendo a casos particulares *previsiblemente típicos*, si las normas en cuestión podrían encontrar el asentimiento meditado de todos los afectados”.

⁵³ Galuppo esclarece que essa noção de uma comunidade ideal de comunicação “possui, além de uma função descritiva, uma função *prescritiva* para a comunidade real de comunicação, servindo para a avaliação das condições para se considerar uma pretensão válida e, no caso do direito, uma norma fundamentada” (*Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 140).

De fato, o discurso de justificação das normas jurídicas não pode contemplar previamente todas as possíveis dimensões concretas da situação abstratamente considerada na elaboração das normas jurídicas, as quais exigem, no momento de sua aplicação, uma obediência ao princípio da adequação, ou adequabilidade (HABERMAS, 1998, p. 230). O princípio da adequabilidade, nesse contexto da fundamentação, orienta o discurso de aplicação das normas jurídicas, segundo o qual “deve ser tomada uma decisão acerca de qual das normas pressupostas como válidas é a que se ajusta a uma situação descrita da forma mais completa possível em todos os seus traços relevantes”⁵⁴ (HABERMAS, 1998, p. 240).

Quer dizer, uma vez introduzida no sistema jurídico em sentido estrito, a norma jurídica será mais uma a concorrer com as demais para reger as situações reais que revelarem uma dimensão concreta daquela situação abstratamente considerada quando da sua elaboração. Habermas vislumbra aí a indeterminação estrutural do direito, que recobra uma racionalidade da administração da justiça (isto é, do exercício da jurisdição), tema esse que é abordado no Capítulo V de *Facticidade e validade* a partir da proposta de Ronald Dworkin, no que diz respeito ao conceito de integridade do direito e à sua distinção entre regras e princípios, e de Klaus Günther, quanto à apresentação dos discursos de justificação e dos discursos de aplicação das normas jurídicas no âmbito de uma teoria da argumentação jurídica. Indo diretamente ao ponto que interessa aqui, Habermas sustenta que

salvo aquelas normas que em seu componente condicional especificam a tal ponto as condições de aplicação, que só podem ser aplicadas a umas tantas situações padrões altamente tipificadas e muito bem circunscritas (e que, de fato, podem ser aplicadas sem dificuldades hermenêuticas), *todas* as demais normas vigentes são, por assim dizer, por si só indeterminadas. Uma exceção são as normas que Dworkin denomina de ‘regras’, que nos casos de colisão exigem uma decisão em termos de tudo-ou-nada [...]. Todas as demais normas – e isso não vale só para os direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito, sob cuja luz pode se justificar o sistema jurídico em conjunto – permanecem indeterminadas no tocante a suas referências à situação e ao mister de

⁵⁴ No original: “ha de tomarse una decisión acerca de cuál de las normas presupuestas como válidas es la que se ajusta a una situación descrita de la forma más completa posible en todos sus rasgos relevantes”.

um desenvolvimento e especificação adicionais dessas referências e relações no caso particular. Todas as normas só são aplicáveis *prima facie*, de maneira que em um discurso de aplicação haverá que se examinar, e é precisamente em tal tipo de discurso, se podem ter aplicação a uma situação que ainda não pôde ser prevista no processo de justificação, ou se, sem prejuízo de sua validade, há de se passar a um segundo plano frente à outra norma, a saber, frente à norma que para o caso de que se trata resulte adequada⁵⁵ (HABERMAS, 1998, p. 287-288).⁵⁶

Então, diante de todas as normas jurídicas que compõem o sistema jurídico em sentido estrito, caberá, no discurso de aplicação, uma decisão fundamentada de qual(is) a(s) única(s) norma(s) jurídica(s) que deverá(ão) ser aplicada(s) naquela situação concreta, levando-se em consideração todas as questões de fato e de direito relevantes, assim consideradas aquelas que são discursivamente apresentadas pelos afetados no bojo de um procedimento *fair*, garantido pelos direitos procedimentais (o devido processo legal),⁵⁷ o que cumpre as expectativas de segurança jurídica, ao se oferecer uma única resposta correta para o caso,

⁵⁵ No original: “Salvo aquellas normas que en su componente condicional especifican hasta tal punto las condiciones de aplicación, que sólo pueden aplicarse a unas cuantas situaciones estándar altamente tipificadas y muy bien circunscritas (y que en efecto se pueden aplicar sin dificultades hemenéuticas), *todas* las demás normas vigentes son, por así decir, *de por sí* indeterminadas. Una excepción son las normas que Dworkin denomina ‘reglas’ y que en los casos de colisión exigen una decisión en términos de todo-o-nada [...]. Todas las demás normas – y esto no vale sólo para los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho, a cuya luz puede justificarse el sistema jurídico en conjunto – permanecen indeterminadas en lo tocante a sus referencias a la situación y han menester de un desarrollo y especificación adicionales de esas referencias y relaciones en el caso particular. Todas las normas sólo son aplicables *prima facie*, de manera que en un discurso donde hay que proceder a examinar, si pueden tener aplicación a una situación que aún no pudo preverse en el proceso de fundamentación, o si, sin perjuicio de su validez, han de pasar a un segundo plano frente a otra norma, a saber, frente a la norma que para el caso de que se trata resulte la adecuada”.

⁵⁶ Nas palavras de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, “os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático [...]. Já discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do Princípio da Adequabilidade, sempre pressupondo um ‘pano de fundo de visões paradigmáticas seletivas’, a serem argumentativamente problematizadas: ... ‘o critério formal de adequabilidade só pode ser a coerência da norma com todas as outras e com as variantes semânticas aplicáveis na situação’” (Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 62-63).

⁵⁷ Vale lembrar que Habermas inscreve, em seu sistema de direitos fundamentais, uma categoria de direitos fundamentais que asseguram a proteção dos direitos, mediante a reclamação judicial do seu cumprimento (*Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. p. 188).

que preserve a integridade do sistema jurídico em sentido estrito, idealmente coerente (HABERMAS, 1998, p. 290-291).

Essas considerações, no que interessam à análise da legitimidade da escolha de tratamento entre a isonomia e a discriminação, têm por fito deixar claro o principal aspecto que envolve a questão da igualdade e da diferença no paradigma do Estado Democrático de Direito: *a escolha de tratamento entre a isonomia e a discriminação é tomada nos discursos tanto de justificação quanto de aplicação das normas jurídicas.*

No amplo espectro de razões que podem ser levantadas nos discursos de justificação (envolvendo questões pragmáticas, ético-políticas e morais), que devem, evidentemente, ser discursivamente construídas à luz do princípio democrático, inclusive com apoio nas negociações reguladas por procedimentos, a comunidade concreta tem de decidir quais são as situações que devam ser tratadas sob a ótica da isonomia (em que haverá uma *igualdade de tratamento* entre as pessoas, sem que sejam levadas em consideração as suas diferenças), e quais são as situações que devam ser tratadas sob a ótica da discriminação (em que haverá uma *desigualdade de tratamento* entre as pessoas, levando-se em consideração as suas diferenças).

Uma escolha inadequada de tratamento entre a isonomia e a discriminação, pela violação seja do direito à igualdade, seja do direito à diferença, já materializada na norma jurídica que é produto de um discurso de justificação, poderá ser impugnada no âmbito da jurisdição constitucional, sendo certo que o juiz não poderá competir no mesmo plano de fundamentação em que operou o legislador democrático, ou seja, não poderá se valer também de um discurso de justificação (que admite, em sua gênese, argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais), devendo mesmo decidir segundo um discurso de aplicação (que somente deve ser desenvolvido a partir de argumentos normativos, isto é, que se sustentem no próprio sistema jurídico em sentido estrito). Como acentua Habermas,

ao Tribunal Constitucional as razões legitimadoras que tem que tomar da Constituição lhes vêm dadas da perspectiva da aplicação do direito, e não da perspectiva de um legislador que deve interpretar, *desenvolver* e dar forma ao sistema dos direitos ao perseguir suas próprias políticas. O Tribunal desata e volta a atar o feixe de razões com o qual o legislador legitima suas resoluções, para o fim de mobilizar-las em favor de uma decisão coerente do caso particular, que esteja de acordo com os princípios jurídicos vigentes; mas não pode dispor dessas razões de sorte que sirvam a uma interpretação, desenvolvimento e configuração do sistema dos direitos dependente diretamente do Tribunal e, portanto, a uma atividade legislativa implícita⁵⁸ (HABERMAS, 1998, p. 335).⁵⁹⁻⁶⁰

Assim, a isonomia ou a discriminação escolhida pelo legislador para reger uma dada situação abstratamente considerada poderá ser questionada no controle abstrato de constitucionalidade sob as luzes do direito fundamental à igualdade: se o tratamento escolhido pelo legislador para reger uma dada situação for a *discriminação*, poderá ser arguida a sua inconstitucionalidade por violação do *direito à igualdade*; se o tratamento escolhido pelo legislador para reger uma dada situação for a *isonomia*, poderá ser arguida a sua inconstitucionalidade por violação do *direito à diferença*.

⁵⁸ No original: “Al Tribunal Constitucional las razones legitimadoras que tiene que tomar de la Constitución le vienen dadas desde la perspectiva de la aplicación del derecho, y no desde la perspectiva de un legislador que ha de interpretar, *desarrollar* y dar forma al sistema de los derechos al perseguir sus propias políticas. El Tribunal desata y vuelve a atar la gavilla de razones con la que el legislador legitima sus resoluciones, con el fin movilizarlas en favor de una decisión coherente del caso particular, que concuerde con los principios jurídicos vigentes; pero no puede disponer de esas razones de suerte que sirvan a una interpretación, desarrollo y configuración del sistema de los derechos dependiente directamente del Tribunal y, por tanto, a una actividad legislativa implícita”.

⁵⁹ Em todo o Capítulo VI de *Facticidade e validade* Habermas enfrentará a questão do papel e da legitimidade da jurisdição constitucional, criticando, sobretudo, a “jurisprudência dos valores” adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão como fruto de uma autocompreensão metodológica equivocada de suas funções no Estado Democrático de Direito. Alexandre de Castro Coura reproduz a mesma crítica à postura que, nesse mesmo sentido, vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil no exercício da jurisdição constitucional (*Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009).

⁶⁰ No Capítulo IV de *Facticidade e validade*, ao tratar dos princípios do Estado de Direito, Habermas, enxergando a divisão dos poderes sob as luzes da teoria do discurso, propõe que a separação entre Legislativo, Executivo e Judiciário se dê no nível da argumentação de que as autoridades podem se servir, lançando mão de classes de razões diferentes entre si para exercer as suas respectivas funções. Enquanto o Legislativo tem ao seu dispor um acesso ilimitado a argumentos normativos e pragmáticos na elaboração das leis, desde que o faça no bojo de um procedimento democrático, o Judiciário tem de se contentar em tomar decisões valendo-se apenas de argumentos que possam ser extraídos das próprias normas jurídicas, em um discurso de aplicação que ofereça uma resposta consistente que preserve a coerência do sistema jurídico em que se insere (*Facticidad y validez*: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. p. 261-262).

Não se deve perder de vista que talvez a tarefa primordial, na elaboração de normas jurídicas, no âmbito da legislação, seja o exercício dessa escolha de tratamento. Naquele concurso de razões apresentadas no discurso de justificação, o que se espera é que sejam discursivamente consideradas todas as circunstâncias que envolvem a decisão política de se estabelecer a isonomia ou a discriminação entre as pessoas, no contexto específico que é objeto da regulação normativa.

Para além disso, mesmo sendo legítima, em abstrato, no discurso de justificação, a escolha do legislador entre a isonomia e a discriminação, uma nova escolha de tratamento poderá ser realizada pelo juiz, se for o caso, à vista de uma situação concreta que vier a ser problematizada no âmbito da jurisdição. Essa possibilidade decorre daquela justaposição do direito à igualdade e do direito à diferença no direito fundamental à igualdade. Isso significa que *sempre* permanecerá no sistema jurídico em sentido estrito as duas dimensões do direito fundamental à igualdade: (i) diante de uma discriminação abstratamente legítima, materializada na Lei L₁, pode reclamar proteção judicial aquele que, concretamente, apresentar razões suficientes para ser contemplado com uma isonomia no caso concreto, invocando o direito à igualdade; (ii) diante de uma isonomia abstratamente legítima, materializada na Lei L₂, pode reclamar proteção judicial aquele que, concretamente, apresentar razões suficientes para ser contemplado com uma discriminação no caso concreto, invocando o direito à diferença.

Evidentemente, no discurso de aplicação, o juiz deverá levar em consideração todas essas normas *prima facie* aplicáveis – no primeiro caso, a Lei L₁ e o direito fundamental à igualdade (direito à igualdade, isonomia); no segundo caso, a Lei L₂ e o direito fundamental à igualdade (direito à diferença, discriminação) –, e a partir das questões de fato e de direito relevantes para o caso concreto, discursivamente construídas no bojo de um procedimento *fair*, oferecer uma única resposta correta. A escolha do juiz, portanto, entre a isonomia e a discriminação, à luz de um caso concreto, longe de ser arbitrária, precisa ser devidamente fundamentada em um discurso de aplicação.

Por isso, todo aquele catálogo de situações trazido por Celso Antônio Bandeira de Mello no seu clássico *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, apontando quando há violação ao princípio da igualdade,⁶¹ perde de vista, exatamente, o caráter estruturalmente indeterminado do direito, a reclamar uma possibilidade de reconsideração permanente do tratamento dado aos assuntos humanos, que pode admitir, abstratamente, ser legítima a escolha feita pelo legislador, embora, concretamente, outra possa ser a resposta a ser dada pelo juiz.⁶² Afinal, uma norma jurídica que seja a mais perfeita expressão abstrata da isonomia legítima (ou da discriminação legítima) pode revelar, diante de uma situação concreta, a face mais perversa dessa mesma isonomia (ou discriminação).⁶³

⁶¹ As situações são as seguintes: “Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada. II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator ‘tempo’ – que não descansa no objeto – como critério diferencial. III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrímens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. 7. tir. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 47-48).

⁶² José Emílio Medauar Ommati faz crítica nesse mesmo sentido, asseverando que a doutrina brasileira, especialmente Celso Antônio Bandeira de Mello, pretende aprisionar o princípio da igualdade a um conteúdo previamente estabelecido, “como se fosse possível prever todas as situações de aplicação” (*A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 83). Mais adiante, ele conclui, a partir de Ronald Dworkin, que “o conteúdo jurídico do princípio da igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito é só um: tratar a todos com a mesma consideração e respeito” (Ibidem. p. 128).

⁶³ Galuppo também analisa o princípio da igualdade nos discursos de justificação e de aplicação do direito, embora numa perspectiva bem distinta da feita aqui. Para ele “a ‘igualdade’ e o ‘Princípio (jurídico) da Igualdade’ devem ser tratados em dois níveis: no nível dos discursos de justificação, ou mais propriamente das condições de participação nesse discurso (nível este ligado principalmente ao aspecto da validade do direito e à sua pretensão de legitimidade), e no nível da aplicação, ligado também ao aspecto da faticidade do direito. No primeiro nível e por causa da forma do Estado de Direito, ele é constitutivo (ou seja, enquanto condição de justificação de direitos) do próprio Estado e de seu direito. No nível da aplicação, e por causa da relação complementar entre direito e política, em casos excepcionais, que só podem ser fundamentados com boas razões, esse princípio só pode ser afastado para realizar, no caso concreto, determinado projeto coletivo de vida, presente no pluralismo constitutivo da sociedade” (*Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 212).

Mas qual critério poderia ser utilizado para se aferir a legitimidade dessas escolhas de tratamento entre a isonomia e a discriminação, nos discursos tanto de justificação quanto de aplicação das normas jurídicas?

Galuppo entende que o critério é o da “maior inclusão”, defendendo uma “igualdade aritmeticamente inclusiva”, ao asseverar que “cada vez que um número maior de cidadãos for incluído em discursos jurídicos, estamos criando igualdade e não desigualdade” (GALUPPO, 2002, p. 213-214). É por isso que ele afirma que

a discriminação é fator que pode contribuir para a produção da igualdade. [...] a discriminação pode ser legitimamente entendida como um critério de produção de igualdade toda vez que ela implicar maior inclusão dos cidadãos nos procedimentos públicos de justificação e aplicação das normas jurídicas e de gozo dos bens e políticas públicas (GALUPPO, 2002, p. 216).⁶⁴

Apropriando-se dessa conclusão, é possível afirmar, também, que qualquer escolha de tratamento que for arbitrária não é admissível, justamente porque não se sustenta racionalmente no plano de uma fundamentação consistente. A discriminação irracionalmente vinculada a um preconceito, nos discursos tanto de justificação quanto de aplicação das normas jurídicas, é sempre arbitrária e, por isso, atentatória ao direito à igualdade, uma vez que gera exclusão, ao colocar, para fora da igualdade de tratamento (isonomia), aqueles que são discriminados, sem que seja possível a apresentação de razões, discursivamente construídas, que possam legitimar essa tomada de decisão. É esse o sentido adequado do inciso IV do artigo 3.º da Constituição de 1988, que deve orientar a postura do Estado na criação e na aplicação do direito legítimo, interditando qualquer escolha

⁶⁴ Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, ao apresentar uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, adota essa mesma linha, asseverando o seguinte: “se compreendermos, portanto, a Constituição como a configuração de um sistema de direitos fundamentais que assegura a inter-relação e a co-originalidade das autonomias pública e privada e que, assim, apresenta as condições para a institucionalização jurídica das formas comunicativas necessárias para uma legislação autônoma, a Jurisdição Constitucional deve referir-se tão-somente às condições procedimentais para a realização do processo democrático e das formas deliberativas da formação política da opinião e da vontade” (*Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 170).

de tratamento arbitrária, já que todas as decisões tomadas nas instâncias do poder (legislação, administração e jurisdição), no paradigma do Estado Democrático de Direito, devem ser suficientemente fundamentadas.

Chegado até aqui, cabe indagar agora quanto à legitimidade das escolhas de tratamento, entre a isonomia e a discriminação, feitas não pelo Estado, mas, sim, pelas pessoas, em suas relações privadas. Em outras palavras, qual o tratamento que deve ser dado para a questão da igualdade e da diferença *fora* dos discursos de justificação e de aplicação das normas jurídicas?

Vale retomar aqui a problematização do tema desta pesquisa feita já na introdução: (i) os proprietários de locais privados podem discriminar as pessoas, de maneira arbitrária, para se restringir o seu acesso a esses locais?; (ii) na hipótese da situação anterior, tratando-se de locais privados abertos ao público, onde é realizada a prestação de serviços e/ou o fornecimento de bens, seria possível a prática da referida discriminação?; (iii) uma associação pode discriminar as pessoas, restringindo arbitrariamente o ingresso de novos associados?; (iv) as organizações religiosas podem, arbitrariamente, conferir um tratamento discriminatório às pessoas, segundo os preconceitos que conformam a doutrina sob a qual se afirmam como ordens religiosas?

Tem-se por evidente que, uma vez problematizada qualquer dessas situações no âmbito da jurisdição, a resposta a ser dada pelo juiz jamais poderá ser, ela mesmo, arbitrária, quanto à escolha de tratamento que será feita no discurso de aplicação. Mas o problema que se pretende enfrentar aqui é outro: a (i) legitimidade das escolhas de tratamento discriminatórias feitas arbitrariamente pelas pessoas em suas relações privadas. Afinal, na jurisdição, será inevitável o exame desse problema para se decidir, consistentemente, qual o tratamento que será dado para a situação no discurso de aplicação.

Ao que parece, na raiz desse problema estão as dificuldades quanto à distinção entre público e privado e o modo como as questões que envolvem o problema da igualdade e da diferença hoje se tornam visíveis no paradigma do Estado

Democrático de Direito. Na experiência histórica do direito, os assuntos humanos transitam entre os domínios público e privado, reclamando um tratamento sujeito a permanente reconstruções, sob o ponto de vista da isonomia e da discriminação. Basta ver, mais uma vez, o exemplo da luta por reconhecimento dos negros e das mulheres, vítimas do preconceito, que levava à discriminação, tanto no paradigma do Estado Liberal quanto no paradigma do Estado Social, até a *causa* deles vir a se tornar um assunto discutido politicamente, no Estado Democrático de Direito, entrando nos discursos de justificação e de aplicação das normas jurídicas.

Outros exemplos mais recentes também servem para ilustrar essa questão, como é o caso da violência doméstica. Antes um assunto estritamente privado (“em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”, diz o ditado popular), a violência doméstica contra a mulher se transformou no Brasil em assunto de domínio público, sendo objeto de regulação normativa específica, com o advento da Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/06), que “cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher” (artigo 1.º) e prevê uma série de medidas específicas e discriminatórias, nesse sentido, se comparadas com outros casos de violência⁶⁵ (BRASIL, 2006). É a mesma situação que envolve a discussão a respeito do Projeto de Lei n.º 7.672/2010, em tramitação no Congresso Nacional, que ficou conhecido como a “Lei da Palmada”, ao propor o estabelecimento do “direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos corporais ou de tratamento cruel ou degradante” (BRASIL, 2010).

Contudo, a hipótese formulada para o desenvolvimento desta pesquisa não se aplica às situações em que se reconhece uma dimensão pública das relações privadas que venham a se transformam em questões discutidas na esfera política,

⁶⁵ Além de ter sido estabelecida uma política pública para a assistência da mulher em situação de violência doméstica e familiar, englobando uma série de ações articuladas entre os poderes públicos (artigos 8.º e 9.º), a lei previu um procedimento especial para lidar com os casos, desde o atendimento da ocorrência pela autoridade policial (artigos 10 a 12), até o próprio processamento e julgamento da causa (artigos 13 a 17), prevendo inclusive medidas protetivas de urgência (artigos 18 a 24), com participação obrigatória do Ministério Público em todo o procedimento (artigo 25).

como ocorreu nos exemplos acima. Isso porque, nesses casos, exige-se também justificação racional como critério de legitimação do tratamento dado a essas questões, em um processo de formação discursiva da opinião e da vontade, naquele modelo procedimental de formação racional da vontade política.

O interesse, repita-se, é investigar a (i)legitimidade das escolhas de tratamento discriminatórias feitas arbitrariamente pelas pessoas em suas relações privadas. Por essa razão, é imprescindível que se faça uma reconstrução da própria caracterização do público e do privado no paradigma do Estado Democrático de Direito, até para se aferir se tal distinção ainda tem alguma relevância para um projeto consistente de democracia constitucional e de efetivação dos direitos fundamentais. Esse é o tema, então, do próximo capítulo.

2. ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: UMA CARACTERIZAÇÃO DA EQUIPRIMORDIALIDADE ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1. ENTRE OS DOMÍNIOS PÚBLICO E PRIVADO: AS ESFERAS POLÍTICA, SOCIAL E DA PRIVACIDADE

A distinção entre público e privado remonta à organização política da Grécia antiga, e foi sendo apropriada no curso da História de diversas maneiras para a constituição de espaços de relacionamento entre os homens, espaços esses marcados por características próprias e diametralmente opostas. Assim é que o estabelecimento dessa distinção tem servido para delimitar campos em que há, por assim dizer, uma separação dicotômica quanto aos tipos de assuntos humanos que neles se manifestam e o modo como eles devem ser tratados. A vida pública e a vida privada passaram a ser, então, duas expressões da vida humana e serviram para estabelecer dois modos diferentes, complementares entre si, de se compreender a existência dos homens no mundo.

Se, por um lado, pode ser sustentado que a distinção entre público e privado é tão antiquada que já não tem mais qualquer utilidade nos dias de hoje, por outro lado, é possível compreendê-la não como uma simples categorização estática no âmbito da política e do direito, mas, sim, sob um enfoque que possa dar conta dos desafios de hoje, que se renovam permanentemente, em uma velocidade espantosa, antes mesmo de ser possível acomodar as soluções recém apresentadas. Partindo-se dessa pretensão de se fazer um uso adequado da distinção entre público e privado, o objetivo aqui é reconstruir criticamente essa categorização no contexto do Estado Democrático de Direito, o que será indispensável para uma compreensão constitucionalmente adequada da (i) legitimidade das escolhas de tratamento discriminatórias feitas arbitrariamente pelas pessoas em suas relações privadas.

2.1.1. Os domínios (público e privado) e as esferas (política, social e da privacidade): uma proposta de sistematização a partir de Hannah Arendt

Hannah Arendt dedicou todo o segundo capítulo de *A condição humana* para tratar da distinção entre o público e o privado. Cabe fazer, desde logo, um esclarecimento quanto aos termos aqui utilizados, quais sejam, *domínio* e *esfera*. Em *A condição humana*, Arendt não se preocupou em fazer uma distinção muito clara entre esses termos, que são utilizados algumas vezes como sinônimos, muito embora o segundo capítulo tenha sido intitulado “os domínios público e privado”⁶⁶ (ARENDR, 1998, p. 22), com uma abordagem sobre a esfera da política, do social e da privacidade. Mas no ensaio *Reflexões sobre Little Rock*, publicado originalmente em 1959, com nova publicação no ano de 2003, quase trinta anos após a sua morte, em *Responsabilidade e julgamento*, uma coletânea de ensaios organizada por Jerome Kohn (ARENDR, 2003), é possível observar que ela compreende o público e o privado como dois domínios mais amplos, dentro dos quais se localizam as esferas política, social e da privacidade, como se verá mais adiante. Aqui será firmado esse acordo semântico, já se advertindo que só é possível compreender adequadamente a proposta de Arendt, quanto à distinção entre o público e o privado, se se levar em consideração não apenas o segundo capítulo de *A condição humana*, mas, sobretudo, as suas opiniões contidas no ensaio *Reflexões sobre Little Rock*.

De imediato, cumpre examinar o segundo capítulo de *A condição humana*, que se inicia com o resgate da experiência grega na distinção entre a *pólis* e a família, ou seja, entre o reino público da política e o reino privado do lar (*oikia*). Segundo Arendt, a fundação da *pólis* foi precedida da destruição das organizações baseadas nas relações de parentesco, tais como a *phratría* e a *phylê*, típicas das relações familiares, o que possibilitou aos gregos o vislumbre de uma segunda vida, para além da vida privada, a *bios politikos*, onde se manifestava a ação

⁶⁶ No original: “The public and the private realm”. Adota-se, aqui, a tradução proposta na décima primeira edição brasileira (ARENDR, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Trad. Roberto Raposo. Rev. Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 26), diferente daquela que vinha sendo empregada nas edições anteriores, em que se traduzia *realm* por “esferas” (ARENDR, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005a, p. 31).

(*praxis*) e o discurso (*lexis*) e da qual surgia o domínio dos assuntos humanos (ARENDR, 1998, p. 24-25).

A radical distinção entre a vida na *pólis* e a vida na família estava no fato de que a relação entre as pessoas, na *pólis*, baseava-se no *poder*, ao passo que, na família, baseava-se na *autoridade*, exercida, muitas vezes, com apoio no *vigor*, na *força* e na *violência*.⁶⁷ Os homens viviam juntos, no lar, “por serem a isso compelidos por suas necessidades e carências”,⁶⁸ enquanto a *pólis* era a “esfera da liberdade, e se havia uma relação entre essas duas esferas era que a vitória sobre as necessidades da vida do lar constituía a condição óbvia para a liberdade da *pólis*”⁶⁹ (ARENDR, 1998, p. 30-31). Como acentua Arendt,

o que todos os filósofos gregos tinham como certo, por mais que se opusessem à vida na *pólis*, é que a liberdade situa-se exclusivamente na esfera política; que a necessidade é primordialmente um fenômeno pré-político, característico da organização do lar privado; e que a força e a violência são justificadas nesta última esfera por serem os únicos meios de vencer a necessidade – governando escravos, por exemplo – e tornar-se livre. Uma vez que todos os seres humanos são sujeitos à necessidade, têm o direito de empregar a violência contra os outros; a violência é o ato pré-político de liberar-se da necessidade da vida para conquistar a liberdade do mundo⁷⁰ (ARENDR, 1998, p. 31).

O domínio público representava, portanto, um ambiente criado pelos homens que conseguiam se libertar de suas necessidades domésticas e que tinham o propósito de estabelecer um governo entre iguais, guiado pela persuasão do discurso que constituía a ação, e não pela violência. Daí porque “a *pólis* diferenciava-se do lar pelo fato de somente conhecer ‘iguais’, ao passo que o lar

⁶⁷ As distinções entre *poder*, *autoridade*, *vigor*, *força* e *violência* serão melhor trabalhadas um pouco mais à frente, no item 3.1.1.

⁶⁸ No original: “because they are driven by their wants and needs”.

⁶⁹ No original: “sphere of freedom, and if there was a relationship between these two spheres, it was a matter of course that the mastering of the necessities of life in the household was the condition for freedom of the *polis*”.

⁷⁰ No original: “What all Greek philosophers, no matter how opposed to *polis* life, took for granted is that freedom is exclusively located in the political realm, that necessity is primarily a prepolitical phenomenon, characteristic of the private household organization, and that force and violence are justified in this sphere because they are the only means to master necessity – for instance, by ruling over slaves – and to become free. Because all human beings are subject to necessity, they are entitled to violence toward others; violence is the prepolitical act of liberating oneself from the necessity of life for the freedom world”.

era o centro da mais severa desigualdade”⁷¹ (ARENDR, 1998, p. 32), cabendo ressaltar que a igualdade tinha uma conotação bem distinta daquela que lhe foi atribuída posteriormente na modernidade, como uma noção de justiça, pois “ser livre significava ser isento da desigualdade presente no ato de governar e mover-se em uma esfera na qual não existiam governar nem ser governado”⁷² (ARENDR, 1998, p. 33).

A *pólis*, então, era um espaço para muito poucos, reservada apenas para a elite formada pelos cidadãos, cuja admissão na esfera política exigia a coragem do abandono do lar, onde mandavam, como déspotas, na condução de seus negócios domésticos, para uma aventura entre outros que também se apresentavam com a mesma estatura, na condução dos assuntos políticos. Por isso, aponta Arendt,

a coragem, portanto, tornou-se a virtude política por excelência, e só aqueles que a possuíam podiam ser admitidos em uma associação que era política em conteúdo e propósito e que por isso mesmo transcendia o mero estar junto imposto igualmente a todos – escravos, bárbaros e gregos – pelas premências da vida⁷³ (ARENDR, 1998, p. 36).

Esse quadro, no entanto, alterou-se profundamente com “o advento do social”, isto é, com o aparecimento, no domínio público, das questões antes reservadas ao lar, referentes aos problemas domésticos (os assuntos relacionados ao trabalho, à riqueza, à propriedade etc.), o que tornou quase irreconhecível a fronteira entre o público e o privado (ARENDR, 1998, p. 38). Essas questões sociais, que formaram a esfera social, e que antes eram reservadas ao domínio privado, acabaram por conferir uma nova significação ao próprio domínio privado, com o surgimento da esfera da privacidade, a qual, como descoberto por Jean-Jacques Rousseau, passou a ser estabelecida como uma oposição à esfera

⁷¹ No original: “The *polis* was distinguished from the household in that it knew only ‘equals,’ whereas the household was the center of the strictest inequality”.

⁷² No original: “to be free meant to be free from the inequality present in rulership and to move in a sphere where neither rule nor being ruled existed”.

⁷³ No original: “Courage therefore became the political virtue par excellence, and only those men who possessed it could be admitted to a fellowship that was political in content and purpose and thereby transcended the mere togetherness imposed on all – slaves, barbarians, and Greek alike – through the urgencies of life”.

social – para inibir a intrusão da sociedade na intimidade – e não à esfera política (ARENDR, 1998, p. 38).

Ademais, assim como a formação da esfera social se tornou uma ameaça ao domínio privado, trouxe, também, um problema para o domínio público, mais especificamente para a esfera política, em virtude da substituição da ação pelo conformismo, ou seja, a individualidade exaltada pelos gregos, radicada no espírito agonístico, traço característico da esfera política da *pólis*, perdeu lugar para uma mera conformação ditada pela sociedade, que cuidava de estabelecer para cada um a sua posição dentro da estrutura social, cujo maior exemplo pode ser percebido pela imposição das regras de etiqueta nos salões da alta sociedade (ARENDR, 1998, p. 40-41).

Essa noção de conformismo informou a ciência da economia, tendo por seu principal instrumento teórico a estatística, que se tornou a ciência social por excelência, sob a premissa de que “os homens agem em relação às suas atividades econômicas como agem em relação a tudo mais”⁷⁴ (ARENDR, 1998, p. 42), resultando daí o grave risco de a esfera social tomar e constituir, por inteiro, o domínio público, sobretudo em virtude do aumento da população, que torna ainda mais válido o uso das leis da estatística (ARENDR, 1998, p. 43).

Se os homens, na esfera política, deixam de *agir* e passam a se *comportar*, aniquila-se a potencialidade humana de iniciar, de maneira livre e espontânea, algo de novo e inesperado, o que se constitui na essência da ação que (re)fundam e preserva a vida política. A gravidade desse estado de coisas é evidente e ao mesmo tempo pernicioso, porque “os feitos terão cada vez menos possibilidades de opor-se à maré do comportamento, e os eventos perderão cada vez mais a sua importância, isto é, a sua capacidade de iluminar o tempo histórico”⁷⁵ (ARENDR, 1998, p. 43), revelando, assim, um ideal político, com a substituição do

⁷⁴ No original: “men act with respect to their economies activities as they act in every other respect”.

⁷⁵ No original: “deeds will have less and less chance to stem the tide of behavior, and events will more and more lose their significance, that is, their capacity to illuminate historical time”.

governo pessoal pelo governo da burocracia, isto é, o governo de ninguém (ARENDR, 1998, p. 44-45).

O diagnóstico de Arendt, quanto à compressão tanto do domínio público quanto do domínio privado pela esfera social, consistiu no fato de ter havido a emancipação do trabalho, com a sua promoção à estatura de coisa pública, propiciando o estabelecimento de uma sociedade de trabalhadores que trouxe para o domínio público o próprio processo vital e ciclicamente interminável da luta por sobrevivência dos homens, antes confinado ao domínio privado onde se situava o lar e a família (ARENDR, 1998, p. 45-47). Trata-se, enfim, da vitória do *animal laborans*, que será retomada conclusivamente no último tópico de *A condição humana* (ARENDR, 1998, p. 320-325). Sob as luzes do domínio público, a atividade do trabalho adquiriu um significado bem diferente da que lhe era própria no domínio privado, liberando-se daquela noção de dor e de esforço (também associada ao parto, outro acontecimento relacionado à sobrevivência humana e restrito ao domínio privado) e alcançando um grau de excelência em sua realização pública, pela divisão do trabalho instituída com a revolução industrial, chegando ao ponto de desnaturar a esfera política, único espaço onde poderia ser alcançada a excelência (*aretē*), naquele sentido de que “toda atividade realizada em público pode atingir uma excelência jamais igualada na privacidade”⁷⁶ (ARENDR, 1998, p. 49).

Feito esse diagnóstico, Arendt caracteriza, então, o domínio público como aquilo que é comum a todos (o *koinon*), adotando para o termo público um duplo significado: (i) *aparência*, porque “tudo o que aparece em público pode ser visto e ouvido por todos e tem a maior divulgação possível”⁷⁷ (ARENDR, 1998, p. 50), reservando para o domínio público, nesse sentido, apenas “o que é considerado relevante, digno de ser visto e ouvido, de sorte que o irrelevante se torna

⁷⁶ No original: “Every activity performed in public can attain an excellence never matched in privacy”.

⁷⁷ No original: “everything that appears in public can be seen and heard by everybody and has the widest possible publicity”.

automaticamente um assunto privado”⁷⁸ (ARENDT, 1998, p. 51). Trata-se do contraste entre aquilo que merece receber as luzes do domínio público e o que somente pode sobreviver à meia-luz ou mesmo na escuridão do domínio privado, na esfera da privacidade, onde se localiza a intimidade; (ii) *mundo*, “na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que privadamente possuímos nele”,⁷⁹ sendo uma obra das mãos humanas que se distingue da Terra ou da natureza, o ambiente natural onde vivem os homens, de tal maneira que, revelando-se como um “espaço-entre, o mundo ao mesmo tempo separa e relaciona os homens entre si”⁸⁰ (ARENDT, 1998, p. 52).

Essa concepção do domínio público, marcada pelo que é comum, exige, para a sua permanência, a responsabilidade dos homens em criarem e manterem um espaço público que “não pode ser construído apenas para uma geração e planejado somente para os que estão vivos, mas tem de transcender a duração da vida de homens mortais”⁸¹ (ARENDT, 1998, p. 55), sem o que nenhuma vida política é possível. Assevera Arendt que “é isso o que temos em comum não só com aqueles que vivem conosco, mas também com aqueles que estiveram aqui antes, e com aqueles que virão depois de nós”⁸² (ARENDT, 1998, p. 55).

Como se vê, a esfera política, como espaço onde os homens exercem sua capacidade de agir em conjunto (*poder*), é essencial para a própria manutenção do domínio público, muito embora o domínio público não se restrinja à esfera política, pois tudo o que *aparece* no *mundo*, por ser relevante e digno de ser exposto, adentra nesse domínio.⁸³ A afirmação e a preservação da condição

⁷⁸ No original: “what is considered to be relevant, worthy of being seen and heard, can be tolerated, so that the irrelevant becomes automatically a private matter”.

⁷⁹ No original: “in so far as it is common to all of us and distinguished from our privately owned place in it”.

⁸⁰ No original: “the world, like every in-between, relates and separates men at the same time”.

⁸¹ No original: “it cannot be erected for one generation and planned for the living only; it must transcend the life-span of mortal men”.

⁸² No original: “It is what we have in common not only with those who live with us, but also with those who were here before and with those who will come after us”.

⁸³ É o que ocorre, por exemplo, com as obras de arte, que são um produto da fabricação do *homo faber* e se expõem às luzes do domínio público sem ostentarem, contudo, qualquer relação com a ação na vida política. Arendt traça um paralelo entre as obras de arte e o mundo, ambos como produtos da obra humana que procuram conferir certa permanência a algo que, por si só, estaria

humana da pluralidade é uma *conditio sine qua non* da preservação do mundo comum, porque leva os homens a se interessarem pelo mesmo objeto, articulando suas diferentes opiniões a respeito dele, o que se torna impossível nas situações de isolamento radical, que emerge tanto nas tiranias quanto nas sociedades de massa, deixando os homens privados em um duplo sentido, “privados de ver e ouvir os outros e privados de ser vistos e ouvidos por eles”,⁸⁴ resultando daí a conclusão de Arendt de que “o mundo comum acaba quando é visto somente sob um aspecto e só se lhe permite apresentar-se em uma única perspectiva”⁸⁵ (ARENDR, 1998, p. 58).

Em contraste ao domínio público está o domínio privado, sendo que a concepção originária do termo privado tem a ver com a ideia de privação, isto é, consiste em viver com a privação da companhia dos demais, pela ausência daquele espaço onde os homens aparecem no mundo, em que são vistos e ouvidos uns pelos outros e, assim, revelam a sua identidade singular (ARENDR, 1998, p. 58). O domínio privado cumpre o papel de proteger, por assim dizer, os homens do mundo, escondendo das luzes do domínio público aquela dimensão da vida humana que só pode se desenvolver plenamente no lar e na família, o que se deve “ao extraordinário senso político do povo romano, que, ao contrário dos gregos, jamais sacrificou o privado ao público, mas, ao contrário, compreendeu que esses dois domínios somente podiam subsistir sob a forma de coexistência”⁸⁶ (ARENDR, 1998, p. 59). É por essa razão que o desaparecimento do domínio público resultaria na igual ameaça de extinção do domínio privado (ARENDR, 1998, p. 60-61).

Ademais, o caráter privado da propriedade está na raiz da conexão entre o público e o privado, seja por significar, em sua acepção original, o fato de que a

fadado ao desaparecimento (ARENDR, Hannah. *The human condition*. 2nd. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1998. p. 167-174).

⁸⁴ No original: “been deprived of seeing and hearing others, of being seen and being heard by them”.

⁸⁵ No original: “The end of the common world has come when it is seen only under one aspect and is permitted to present itself in only one perspective”.

⁸⁶ No original: “the extraordinary political sense of the Roman people who, unlike the Greeks, never sacrificed the private to the public, but on the contrary understood that these two realms could exist only in the form of coexistence”.

propriedade representava *um* lugar no mundo determinado que pertencia ao indivíduo, seja por representar a riqueza privada, que possibilitava a subsistência do indivíduo e se tornava, assim, uma condição para admissão na *pólis*, onde só podiam estar aqueles que houvessem se liberado de suas necessidades domésticas (ARENDR, 1998, p. 61-65). Quer dizer, “a posse de propriedade significava dominar as próprias necessidades vitais e, portanto, ser potencialmente uma pessoa livre, livre para transcender a sua vida e ingressar no mundo que todos têm em comum”⁸⁷ (ARENDR, 1998, p. 65).

Como já mencionado, esse quadro se alterou com o advento do social, que, segundo Arendt, caracterizou-se historicamente “com a transformação do interesse privado pela propriedade em uma preocupação pública”⁸⁸ (ARENDR, 1998, p. 68). Essa nova organização da sociedade propiciou uma autêntica inversão quanto à própria função da esfera política, pois as pessoas, “ao invés de requererem o acesso ao domínio público em virtude de sua riqueza, exigiram dele a proteção para o acúmulo de mais riqueza”⁸⁹ (ARENDR, 1998, p. 68). Desse modo, o comum, que caracteriza o domínio público, deixou de ser o mundo e passou a ser a riqueza, como se fosse possível descaracterizar o seu caráter privado, o que resultou em um conceito de governo que tinha a função de apenas “proteger uns dos outros os proprietários privados na luta competitiva por mais riqueza”⁹⁰ (ARENDR, 1998, p. 69). Todavia, esse moderno conceito de governo guardava uma “contradição óbvia”, porque

a contradição entre o privado e o público, típica dos estágios iniciais da era moderna, foi um fenômeno temporário que trouxe a completa extinção da diferença entre os domínios privado e público, a submersão de ambos na esfera do social⁹¹ (ARENDR, 1998, p. 69).

⁸⁷ No original: “To own property meant here to be master over one’s own necessities of life and therefore potentially to be a free person, free to transcend his own life and enter the world all have in common”.

⁸⁸ No original: “whit the transformation of the private care for private property into a public concern”.

⁸⁹ No original: “instead of claiming access to public realm because of their wealth, demanded protection from it for the accumulation of more wealth”.

⁹⁰ No original: “to shield the private owners from each other in the competitive struggle for more wealth”.

⁹¹ No original: “the contradiction between private and public, typical of the initial stages of the modern age, has been a temporary phenomenon which introduced the utter extinction of the very difference between the private and public realms, the submersion of both in the sphere of social”.

Nesse contexto, para lidar com o advento do social, descobriu-se, como já mencionado, a intimidade, que “parece constituir uma fuga do mundo exterior como um todo para a subjetividade interior do indivíduo, subjetividade esta que antes fora abrigada e protegida pelo domínio privado”⁹² (ARENDR, 1998, p. 69). Mas essa substituição do domínio privado pela intimidade, assim concebida, encerra um perigo para a existência humana, seja porque, sem a propriedade privada, no âmbito em que se situam as necessidades humanas mais urgentes, nada mais interessa no mundo comum, para o qual resta apenas a apatia e a extinção da iniciativa, seja porque a pessoa já não pode mais contar com um lugar privado, possuído como seu, no mundo, para se refugiar do mundo comum (ARENDR, 1998, p. 70-71). Arendt ressalta, então, a importância de se preservar o público e o privado, cujo “significado mais elementar dos dois domínios indica que há coisas que devem ser ocultadas e outras que devem ser expostas em público para que possam adquirir alguma forma de existência”⁹³ (ARENDR, 1998, p. 73), deixando claro, após tomar o exemplo cristão da realização de boas obras,

que os juízos históricos das comunidades políticas, mediante os quais cada uma delas que determinava quais atividades da *vita activa* deveriam ser admitidas em público e quais deveriam ser ocultadas na privacidade, podem corresponder à natureza dessas mesmas atividades⁹⁴ (ARENDR, 1998, p. 78).

Toda essa análise de Arendt a respeito da distinção entre o público e o privado permeará, na sequência de *A condição humana*, nos três capítulos seguintes, o seu exame a respeito das três atividades humanas que constituem a *vita activa* (trabalho, obra e ação), sempre tendo em vista as considerações traçadas sobre os domínios público e privado, que serão retomadas, ainda, no último capítulo da obra, no qual ela aborda a caracterização da *vita activa* na era moderna.

⁹² No original: “seems a flight from the whole outer world into the inner subjectivity of the individual, which formerly had been sheltered and protected by the private realm”.

⁹³ No original: “The most elementary meaning of the two realms indicates there there are things that need to be hidden and others that need to be displayed publicly if they are to exist at all”.

⁹⁴ No original: “that the historical judgments of political communities, by which each determined which of the activities of the *vita activa* should be shown in public and which be hidden in privacy, may have their correspondence in the nature or these activities themselves”.

Mas é em um polêmico ensaio, intitulado *Reflexões sobre Little Rock*, publicado originalmente em 1959, um ano após *A condição humana*, que Arendt se utilizará dessa distinção entre os domínios público e privado e deixará um pouco mais clara a sua posição sobre a sua aplicabilidade em uma situação concreta, no âmbito de um julgamento político por ela realizado. É nesse ensaio que será possível extrair, de maneira bastante proveitosa, a opinião de Arendt acerca da relevância política de se estabelecer a distinção entre os domínios público e privado e, principalmente, o tratamento específico a ser dado aos assuntos humanos em cada uma das esferas com as quais ela trabalha (política, social e da privacidade).

Em tal ensaio, Arendt analisou a questão relativa ao cumprimento de uma decisão judicial da Suprema Corte que houvera assegurado o direito de nove jovens negros de serem admitidos em uma escola para brancos em Little Rock, no Arkansas, no contexto das medidas que vinham sendo tomadas para se promover a integração racial nos Estados Unidos da América. Ao se deparar com as fotos nos jornais retratando uma menina negra, escoltada por tropas federais, sendo perseguida em um protesto feito por alunos brancos e por suas mães na entrada de uma escola pública em Little Rock, Arendt semeou a crítica quanto à pretensão de se “mudar o mundo educando crianças no espírito do futuro”⁹⁵ (ARENDR, 2003, p. 197), valendo-se desse ponto de vista para criticar a integração racial nas escolas norte-americanas, insistindo que as crianças não devem ser envolvidas em questões políticas, afinal, “chegamos ao ponto em que se solicita às crianças que mudem e melhorem o mundo? E pretendemos ter as nossas batalhas políticas travadas nos pátios das escolas?”⁹⁶ (ARENDR, 2003, p. 204).

Arendt partiu da premissa de que “os negros se salientam por causa de sua ‘visibilidade’”⁹⁷ (ARENDR, 2003, p. 199) e que, portanto, deveriam enfrentar a questão da discriminação racial não a partir da integração nas escolas, mas, sim,

⁹⁵ No original: “change the world by educating the children in the spirit of the future”.

⁹⁶ No original: “Have we now come to the point where it is the children who are being asked to change or improve the world? And do we intend to have our political battles fought out in the school yards?”.

⁹⁷ No original: “the Negroes stand out because of their ‘visibility’”.

em um levante contra a imposição legal da segregação (p. ex., na proibição dos casamentos mistos, na proibição de votar) (ARENDT, 2003, p. 202-203), sendo surpreendente “a decisão federal de iniciar o processo de integração, dentre todos os lugares, nas escolas públicas”⁹⁸, convocando-se as crianças a serem heroínas enquanto seus pais e os representantes do *National Association for the Advancement of Colored People* estiveram ausentes (ARENDT, 2003, p. 203).

No que interessa à distinção entre os domínios público e privado, que embasou o julgamento político de Arendt, ela foi incisiva ao relacionar os princípios que regem as esferas política, social e da privacidade, para daí tirar as suas conclusões a respeito da situação com que se defrontou. Para ela, “o que a igualdade é para o corpo político – seu princípio intrínseco –, a discriminação é para a sociedade”,⁹⁹ caracterizando a sociedade (a esfera social) como uma “esfera curiosa, um tanto híbrida, entre o político e o privado, em que, desde o início da era moderna, a maioria dos homens tem passado a maior parte de sua vida”,¹⁰⁰ que se apresenta como a porta de entrada das pessoas no mundo público, antes de adentrarem na esfera política, onde reina a igualdade. E na esfera social, as pessoas se aproximam daquelas por quem nutrem alguma atração recíproca, formando grupos e associações, “cuja própria possibilidade de identificação exige que elas discriminem outros grupos no mesmo âmbito”¹⁰¹ (ARENDT, 2003, p. 205).

Assim, as pessoas se encontram umas com as outras, em um ambiente de pluralidade, tanto na esfera política quanto na esfera social, mas com propósitos bem diferentes que acabam conferindo conteúdos também diferentes para tais esferas de relacionamento humano. Enquanto na esfera política elas comparecem e se reúnem como iguais, na constituição de um corpo político responsável pelo

⁹⁸ No original: “the Federal decision to start integration in, of all places, the public schools”.

⁹⁹ No original: “What equality is to the body politic – its innermost principle – discrimination is to society”.

¹⁰⁰ No original: “Society is that curious, somewhat hybrid realm between the political and the private in which since the beginning of the modern age, most men have spent the greater part of their lives”.

¹⁰¹ No original: “whose very identifiability demands that they discriminate against other groups in the same domain”.

exercício do poder, na esfera social se apresentam e se identificam como diferentes, na formação de grupos distintos que se afirmam em razão de sua própria diferença, à base da discriminação. Por isso, “a discriminação é um direito social tão indispensável quanto a igualdade é um direito político”¹⁰² (ARENDT, 2003, p. 206). Dito em outras palavras, mantendo-se coerência com os conceitos que foram reconstruídos anteriormente,¹⁰³ a esfera social reclama o reconhecimento da discriminação, enquanto a esfera política, da isonomia.

Arendt procura trabalhar dois exemplos de discriminação para explicitar melhor a sua opinião. De um lado, ela considera que a discriminação praticada nos locais de férias, com acesso restrito segundo a origem étnica, mediante a proibição da entrada das pessoas que não seriam desejadas, é plenamente aceitável, por decorrer da liberdade de associação, “porque muitos desses lugares estão na esfera do puramente social, quando o direito à livre associação e, portanto, à discriminação tem maior validade do que o princípio da igualdade”,¹⁰⁴ o que, contudo, “não se aplica a teatros e museus, onde as pessoas obviamente não se reúnem para se associarem umas com as outras”¹⁰⁵ (ARENDT, 2003, p. 206-207). De outro lado, a discriminação praticada na prestação de serviços, de propriedade privada ou pública (tais como no transporte de passageiros, em hotéis e em restaurantes), não é aceitável, porque “embora não pertençam estritamente à esfera política, esses serviços estão claramente no domínio público em que todos os homens são iguais”¹⁰⁶ (ARENDT, 2003, p. 207). Quer dizer, Arendt reconhece expressamente que há questões que se inserem na esfera social, mas que, por se situarem no domínio público, merecem o tratamento da igualdade, mesmo não se inserindo na esfera política.

¹⁰² No original: “discrimination is as indispensable a social right as equality is a political right”.

¹⁰³ No item 1.1.1.

¹⁰⁴ No original: “because many of these are in the realm of the purely social where the right to free association, and therefore to discrimination, has greater validity than the principle of equality”.

¹⁰⁵ No original: “does not apply to theaters and museums, where people obviously do not congregate for the purpose of association with each other”.

¹⁰⁶ No original: “Though not strictly in the political realm, such services are clearly in the public domain where all men are equal”.

Além disso, Arendt cuida também da esfera da privacidade, aduzindo que ela “não é regida nem pela igualdade, nem pela discriminação, mas pela exclusividade”,¹⁰⁷ o que, segundo ela esclarece, consiste em uma escolha que “não é guiada pela semelhança ou por qualidades partilhadas por um grupo de pessoas – na verdade, não é guiada por nenhum padrão ou regra objetivo -, mas recai, inexplicável e infalivelmente, numa pessoa pela sua singularidade”¹⁰⁸ (ARENDR, 2003, p. 207-208). Por essa razão a esfera da privacidade, caracterizada pelas regras da exclusividade e da singularidade, sempre se coloca em conflito com a esfera social, o que, aliás, ela já havia sustentado em *A condição humana* ao analisar a descoberta da privacidade como uma oposição à esfera social (ARENDR, 1998, p. 38). Isso a levou a criticar tanto a criminalização dos casamentos mistos, por tolherem das pessoas o seu direito de se guiarem com exclusividade na esfera da privacidade, enfrentando uma possível discriminação social, quanto a imposição ou a abolição, pelo governo, através de lei, da discriminação social, “porque o governo só pode agir em nome da igualdade – um princípio que não existe na esfera social”¹⁰⁹ (ARENDR, 2003, p. 209).

A conclusão de Arendt, após examinar os princípios constitutivos das esferas política, social e da privacidade, entre os domínios público e privado, é a de que “assim como o governo tem de assegurar que a discriminação social nunca cerceie a igualdade política, deve também salvaguardar os direitos de toda pessoa de agir como quiser dentro das quatro paredes de sua casa”¹¹⁰ (ARENDR, 2003, p. 208-209). Para Arendt, “a única força pública que pode combater o preconceito social são as igrejas”,¹¹¹ uma vez que “é no princípio da singularidade

¹⁰⁷ No original: “is ruled neither by equality nor by discrimination, but by exclusiveness”.

¹⁰⁸ No original: “it is not guided, indeed, by any objective standards or rules – but strikes, inexplicably and unerringly, at one person in his uniqueness”.

¹⁰⁹ No original: “government can act only in the name of equality – a principle which does not obtain in the social sphere”.

¹¹⁰ No original: “Just as the government has to ensure that social discrimination never curtails political equality, it must also safeguard the rights of every person to do as he pleases within the four walls of his own home”.

¹¹¹ No original: “The only public force that can fight social prejudice is the churches”.

das almas que a religião (e especialmente a fé cristã) está baseada”¹¹² (ARENDT, 2003, p. 209). As igrejas se situam em um espaço público e comum, razão pela qual as aparências das pessoas não contam aí, sob pena de, uma vez guiadas pela discriminação, as igrejas resultarem em um fracasso religioso, porque “tornaram-se instituições sociais que já não são religiosas”¹¹³ (ARENDT, 2003, p. 209).

Assim, a segregação racial praticada nas escolas seria o reflexo tanto de uma discriminação na esfera social, como de uma escolha realizada na exclusividade da esfera da privacidade, sendo, portanto, essas as razões com base nas quais “forçar os pais a mandar os filhos para uma escola integrada contra a sua vontade significa privá-los de direitos que claramente lhes pertencem em sociedades livres – o direito privado sobre seus filhos e o direito social à livre associação”¹¹⁴ (ARENDT, 2003, p. 212), além de colocar as crianças em conflito entre sua vida privada e social, cujo resultado, pela incapacidade das crianças de ainda se orientarem pelo seu próprio julgamento, “só pode ser o surgimento do domínio da turba e do bando, como a fotografia do jornal mencionada acima demonstra com tanta eloquência”¹¹⁵ (ARENDT, 2003, p. 212).

Conclusivamente, a partir das considerações de Arendt em *A condição humana* e, sobretudo, em *Reflexões sobre Little Rock*, é possível propor, então, uma sistematização entre o público e o privado, na qual a esfera política pertence ao domínio público e é regida pela isonomia, a esfera da privacidade se localiza no domínio privado e se orienta pela exclusividade, enquanto a esfera social se situa entre os domínios público e privado, sendo guiada pela isonomia, quando situada no domínio público, e pela discriminação, quando situada no domínio privado. A representação gráfica poderia ser a seguinte:

¹¹² No original: “it is on the principle of the uniqueness of the soul that religion (and especially the Christian faith) is based”.

¹¹³ No original: “They than have become social and are no longer religious institutions”.

¹¹⁴ No original: “To force parents to send their children to an integrated school against their will means to deprive them of right which clearly belong to them in al free societies – the private right over their children and the social right to free association”.

¹¹⁵ No original: “only be a rise of mob and gang rule, as the news photograph we mentioned above so eloquently demonstrates”.

<i>Domínios</i>	Público		Privado	
<i>Esferas</i>	Política	Social		Privacidade
<i>Princípios</i>	Isonomia	Isonomia	Discriminação	Exclusividade

Vale ressaltar que o estabelecimento, no gráfico acima, de campos do mesmo tamanho para a identificação dos domínios e das esferas não significa que exista, ou deva existir, uma simetria quanto aos espaços ocupados por eles nos dias de hoje. Tais limites são verdadeiramente imaginários e o que interessa é que tais distinções são fundamentais para se estabelecer o tratamento que deve ser dado aos assuntos humanos em cada um desses domínios e em cada uma dessas esferas.

2.1.2. A mobilidade dos assuntos humanos por entre os domínios público e privado e a reconstrução permanente do conteúdo das esferas política, social e da privacidade: um diálogo entre Hannah Arendt e Jürgen Habermas

São várias as críticas feitas à Hannah Arendt por causa de suas opiniões a respeito da distinção entre os domínios público e privado e à delimitação das esferas política, social e da privacidade. Por exemplo, Jürgen Habermas critica a rigidez no uso da dicotomia conceitual por Arendt (entre o público e o privado, o Estado e a economia, a liberdade e o bem-estar, a atividade político-prática e a produção), que seriam inaplicáveis às sociedades modernas (HABERMAS, 1993, p. 109-110).¹¹⁶ Na mesma linha, Maurizio Passerin D'Entrèves, apoiando-se em Richard Bernstein, ressalta que as questões não vêm rotuladas como “sociais”, “políticas” ou “privadas”, sendo, na verdade, *a questão política central*, no debate público, saber se uma questão é propriamente social (devendo ser excluída da

¹¹⁶ Eis as considerações de Habermas: “um Estado, exonerado da elaboração administrativa de matérias sociais; uma política, depurada das questões relativas à política social; uma institucionalização da liberdade pública, que independe da organização do bem-estar; um processo radical de formação democrática da vontade, que se abstém em face da repressão social – este não é um caminho viável para *nenhuma* sociedade moderna” (O conceito de poder em Hannah Arendt. In: HABERMAS, Jürgen. *Habermas: sociologia*. Trad. Barbara Freitag e Sergio Paulo Rouanet. São Paulo: Ática, 1993. p. 110).

esfera política) ou não (D'ENTRÈVES, p. 61), de tal sorte que a rígida distinção proposta por Arendt entre o público e o privado não lhe permitiu considerar uma das conquistas mais importantes da modernidade: “as lutas para a ampliação da cidadania e da redefinição das fronteiras entre o público e o privado”¹¹⁷ (D'ENTRÈVES, p. 62).

Mas, de um modo geral, nas críticas à Arendt é levada em consideração apenas a sua proposta de distinção entre o público e o privado feita em *A condição humana*, havendo, por vezes, menção à análise que ela fez da questão social no segundo capítulo de *Da revolução* (ARENDR, 2001b, p. 71-139), em que insistiu, com veemência, quanto à decadência da esfera política, se dominada pelas necessidades da esfera social, cujo maior exemplo foi o malogro da Revolução Francesa na constituição da liberdade (*constitutio libertatis*), ao contrário do que se sucedeu na Revolução Americana.¹¹⁸ Não há qualquer referência ao ensaio *Reflexões sobre Little Rock*, que, como visto anteriormente, constitui-se talvez na contribuição mais consistente que Arendt ofereceu sobre a importância de tais distinções. E é a partir de *Reflexões sobre Little Rock* que se pretende analisar aqui, para além de Arendt, a sua proposta sobre a distinção entre os domínios público e privado e a delimitação das esferas política, social e da privacidade.

Como ponto de partida, a sistematização entre o público e o privado, tal como delineada anteriormente, não merece ser desprezada. Pelo contrário, Arendt tem razão em sua análise sobre a distinção entre os domínios público e privado, que remonta à vida pública na *pólis* e a vida privada na *oikia* dos gregos, surgindo, com o advento do social, as esferas política, social e da privacidade. A esfera política, necessariamente, está no domínio público e se confunde com a própria *pólis*, onde reina a igualdade, em que, em um ambiente de pluralidade, as pessoas agem através do discurso, fundando e preservando os corpos políticos mediante um governo orientado pela persuasão, originado do poder comunicativamente produzido. A esfera da privacidade, necessariamente, está no

¹¹⁷ No original: “the struggles for the extension of citizenship and the redrawing of the boundaries between the public and the private”.

¹¹⁸ Esse assunto será retomado um pouco mais à frente.

domínio privado, e representa um lugar de exclusividade no mundo onde as pessoas podem evitar a presença uma das outras, para que possam se proteger, em sua singularidade, do próprio mundo comum. A esfera social, ao reunir as pessoas no convívio coletivo, em suas relações em torno do trabalho, da educação, da religião, do consumo, do lazer, das artes, da amizade etc., situa-se entre os domínios público e privado, pressionando a fronteira existente entre eles. Mais do que isso, tanto a esfera política quanto a esfera da privacidade precisam ser resguardadas da esfera social, para se evitar a dupla invasão do *comportamento* imposto pela sociedade: que não deve substituir a *ação*, na política, tampouco aniquilar a *singularidade*, na privacidade.

O que merece ser revisto, no pensamento de Arendt, não é essa sistematização, mas, sim, (i) a localização dos assuntos humanos em cada um desses domínios e em cada uma dessas esferas e (ii) a própria mudança estrutural do domínio público, das esferas política e social, no que diz respeito ao espaço ocupado pela opinião pública. A partir desses pontos é que será feita uma análise crítica do resultado do julgamento político que Arendt fez sobre a questão que envolvia a integração racial naquela escola em Little Rock.

Arendt foi duramente criticada por causa de suas opiniões em *Reflexões sobre Little Rock*, o que lhe rendeu a fama de ser uma arqui-conservadora (YOUNG-BRUEHL, 2004, p. 311). Das críticas que foram feitas à Arendt, merece especial atenção aqui a de Ralph Ellison, retratada na biografia de Arendt escrita por Elisabeth Young-Bruehl, na qual recebeu o título “uma controvérsia na América”¹¹⁹ (YOUNG-BRUEHL, 2004, p. 308). Ellison justificou a postura dos pais das crianças negras ao colocar os seus filhos no foco do conflito racial, em uma entrevista concedida a Robert Penn Warren na ocasião do lançamento do livro intitulado *Quem fala pelos negros?*, esclarecendo que os negros eram

um povo que deve viver em uma sociedade, sem reconhecimento, sem status real, mas que está envolvido nos ideais dessa mesma sociedade, tentando abrir caminho, tentando determinar sua verdadeira posição, sua

¹¹⁹ No original: “A Controversy in America”.

posição de direito no seio de tal sociedade¹²⁰ (apud YOUNG-BRUEHL, 2004, p. 316).

Quer dizer, o que para Arendt era visível, para Ellison era o sinônimo da invisibilidade, radicada na falta de reconhecimento dos negros na sociedade norte-americana, não restando aos pais das crianças negras outra alternativa a não ser encaminhá-las, como mais um sacrifício pelo simples fato de serem negras, para o “rito de iniciação, que é o que tais acontecimentos constituem realmente para a criança, um enfrentamento dos terrores da vida social, despojada de todos os mistérios”¹²¹ (apud YOUNG-BRUEHL, 2004, p. 316).

Não se pode perder de vista a realidade norte-americana na década de cinquenta, no auge do movimento político que reuniu os negros em torno de sua luta por reconhecimento, da abolição da doutrina do “separado, mas igual” (*separate but equal*), que se matinha desde o julgamento do caso *Plessy v. Ferguson* pela Suprema Corte, em 1896.¹²² As escolas públicas norte-americanas reproduziam e retroalimentavam a discriminação racial no país, visível nos teatros, nos cinemas, nos bairros, nos banheiros públicos, e em tantos outros espaços onde havia a segregação entre negros e brancos, razão pela qual, mais cedo ou mais tarde, as crianças negras se veriam diante da realidade nua e crua que lhes era imposta *pela e na* sociedade norte-americana. Por isso, longe de ser inconveniente, a promoção da integração racial nas escolas públicas, a partir do julgamento do caso *Brown v. Board of education* pela Suprema Corte, em 1954,¹²³ representou uma notável vitória do *movimento político* dos negros,¹²⁴ o que não foi compreendido dessa maneira por Arendt, quando escreveu *Reflexões sobre Little Rock*.

¹²⁰ No original: “people who must live within a society without recognition, real status, but who are involved in the ideals of that society and who are trying to make their way, trying to determine their true position and their rightful position within it”.

¹²¹ No original: “a rite of initiation which such events actually constitute for child, a confrontation of the terrors of social life with all the mysteries stripped away”.

¹²² *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

¹²³ *Brown v. Board of education*, 347 U.S. 483 (1954).

¹²⁴ Lêda Boechat Rodrigues faz um interessante histórico dessas decisões da Suprema Corte, segundo as condições políticas, econômicas e psico-sociais da época (*A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 144-147 e 299-304).

Entretanto, Arendt cedeu à crítica de Ellison, reconhecendo, em uma carta escrita para ele, que “é precisamente esse ideal de sacrifício que eu não compreendi”¹²⁵ (apud YOUNG-BRUEHL, 2004, p. 316), muito embora tenha insistido quanto à necessidade de se deixar a política fora da educação (YOUNG-BRUEHL, 2004, p. 317), o que foi retomado, posteriormente, no ensaio *A crise na educação*, publicado em *Entre o passado e o futuro* (ARENDR, 1961, p. 173-196).

O equívoco de Arendt foi o de localizar a escola e o direito à educação no âmbito do domínio privado, nas esferas social e da privacidade, para daí concluir que a decisão judicial tomada pela Suprema Corte resultou na violação do direito dos pais de decidirem, com exclusividade, com quem seus filhos deveriam estudar. Se Arendt houvesse percebido que a questão envolvia, sim, uma questão política de primeira grandeza (a abolição da segregação racial, que já havia mobilizado politicamente os negros em torno dessa causa), teria certamente dado um outro tratamento para a questão.¹²⁶

No fundo, uma vez mantida a sistematização de Arendt entre o público e o privado, o que deve ser objeto de reconstrução permanente é o conteúdo das esferas política, social e da privacidade, em sua localização nos domínios público e privado. Com efeito, há, por assim dizer, uma mobilidade dos assuntos humanos por entre o público e o privado. Arendt mesmo chegou a reconhecer, no fecho do segundo capítulo de *A condição humana*, como já se assinalou anteriormente, que eram os juízos históricos das comunidades políticas que determinavam “quais atividades da *vita activa* deveriam ser admitidas em público e quais deveriam ser ocultadas na privacidade”¹²⁷ (ARENDR, 1998, p. 78).

¹²⁵ No original: “It is precisely this ideal of sacrifice which I didn’t understand”.

¹²⁶ Meili Steele vai mais longe e sustenta que a controvérsia entre Arendt e Ellison tem, como pano de fundo, a própria concepção da linguagem no julgamento político (Arendt versus Ellison on Little Rock: the role of language in political judgment. *Constellations*, Oxford, vol. 9, n. 2, p. 184-206. 2002). Infelizmente, dados os limites e os objetivos deste trabalho, não será possível abordar aqui esse ponto de vista sobre a controvérsia.

¹²⁷ No original: “which of the activities of the *vita activa* should be shown in public and which be hidden in privacy”.

A questão, portanto, não é simplesmente quanto ao tratamento a ser dado aos assuntos humanos, uma vez localizados no domínio público ou no domínio privado e em uma de suas esferas (política, social e da privacidade). A discussão sobre a localização mais adequada da questão envolvida é que se mostra primordial, o que pode acabar se transformando em um assunto que deverá ser tratado, evidentemente, em uma esfera política ampliada, envolvendo, por certo, uma questão de direitos fundamentais. Essa discussão, de inegável caráter político e, também, jurídico, precisa ser pautada naqueles processos de formação discursiva da opinião e da vontade, como propõe Habermas, a fim de que possa ser justificada racionalmente a tomada da decisão, o que é uma exigência da própria legitimidade discursiva *do e no* Estado Democrático de Direito.¹²⁸

Para tanto, deve ser colocado em relevo o papel hoje da opinião pública, manifestado na esfera social situada no domínio público, que assumiu um inegável caráter político, como aponta Habermas no Capítulo VIII de *Facticidade e validade*, retomando o tema que havia analisado trinta anos antes, em sua tese de livre-docência que apresentou à Faculdade de Filosofia de Malburg, publicada em 1962, e intitulada *Mudança estrutural da esfera pública*.

Nessa obra, Habermas, partindo daquela caracterização de Arendt a respeito do surgimento da esfera social, quando o interesse privado pela propriedade se tornou uma preocupação pública (ARENDR, 1998, p. 68), identificou aí o surgimento da sociedade civil burguesa, que, por sua vez, reclamou a institucionalização de uma “esfera pública” (HABERMAS, 2003c, p. 33), que será denominada, em coerência com a linha sustentada até aqui, como a *esfera social situada no domínio público*.

Essa esfera social situada no domínio público se originou, primeiramente, de uma “esfera pública literária”, que reunia pessoas interessadas em discutir as obras de literatura e de arte, no século XVIII, nos salões e cafés na Inglaterra, na Alemanha e na França, de cujos encontros surgiu uma opinião pública com pretensão de

¹²⁸ Esse assunto será abordado mais abaixo, no item 3.1.2.

racionalidade, pois, “de acordo com a sua própria concepção, uma opinião pública nascida da força do melhor argumento, demanda aquela racionalidade moralmente pretensiosa que busca conjumar o certo com o correto” (HABERMAS, 2003c, p. 72).

O seu conteúdo político surgiu quando as discussões passaram a alcançar assuntos de interesse geral, o que ocorreu primeiramente na Inglaterra na virada do século XVIII, quando “as forças que querem então passar a ter influência sobre as decisões do poder estatal apelam para o público pensante a fim de legitimar reivindicações ante esse novo fórum” (HABERMAS, 2003c, p. 75). Quer dizer, houve um aproveitamento de uma já existente esfera social situada *no* domínio público – mas não *na* esfera política propriamente dita –, que era visível no mundo comum onde aparecia a opinião pública, para fins políticos, mediante a publicização dos debates, o que se tornou possível pela organização da imprensa e dos primeiros partidos políticos (HABERMAS, 2003c, p. 83-84).

Todavia, na segunda metade do século XIX entrará em curso uma mudança na estrutura da esfera social situada no domínio público, pelo surgimento do público consumidor de cultura – em substituição ao público pensador de cultura – nas sociedades de massa, que resultou na decadência da “esfera pública literária” (HABERMAS, 2003c, p. 207). Isso acarretará, também, uma mudança na própria função política da esfera social situada no domínio público, com o advento da propaganda e a subversão da publicidade, que passou a assumir uma função coordenada eminentemente por interesses privados, resultando, por vezes, em uma manipulação da opinião pública (HABERMAS, 2003c, p. 224-227). Para lidar com essas dificuldades, Habermas sugere, na conclusão da obra, que a formação da opinião pública seja proveniente da articulação dos setores formais e informais da comunicação, mediada por aquele setor da “publicidade crítica”, formada pelo jornalismo crítico e por “aquelas pessoas isoladas que ainda procuram formar literariamente a sua opinião” (HABERMAS, 2003c, p. 287).

Voltando a *Facticidade e validade*, aqui Habermas sustentará, novamente, a importância de ser mantido um “espaço público-político”, que muito se assemelha

à caracterização da esfera social situada no domínio público em *Mudança estrutural da esfera pública*,¹²⁹ embora sob uma perspectiva mais clara da teoria da ação comunicativa da sociedade, que anima a política deliberativa, de se desenvolver a integração social mediante diversos canais de comunicação, articulados fora da esfera política em sentido estrito, em redes de comunicação públicas não institucionalizadas, mas com capacidade de sensibilizá-la, com uma interpretação diferenciada, e espontânea, dos problemas da sociedade, colocados de maneira inovadora no cenário público-político (HABERMAS, 1998, p. 432-439).

Esse espaço público-político é descrito como uma “caixa de ressonância para problemas que não de ser elaborados pelo sistema político porque não podem ser resolvidos em outra parte”¹³⁰ (HABERMAS, 1998, p. 439). Esse espaço, situado no domínio público da esfera social, é preenchido pela opinião pública, entendida como “uma rede para a comunicação de conteúdos e tomada de posturas, é dizer, de *opiniones*”,¹³¹ sendo que em tal espaço “os fluxos de comunicação ficam filtrados e sintetizados de tal sorte que se condensam em opiniões públicas catalogadas em torno de temas específicos”¹³² (HABERMAS, 1998, p. 440). O que fica evidenciado é o resguardo, para o espaço da opinião pública, da formação e da luta pela “influência”, porque “as opiniões públicas representam um potencial político de influência sobre o comportamento eleitoral dos cidadãos ou sobre a formação da vontade nos organismos parlamentares, nos governos e nos tribunais”¹³³ (HABERMAS, 1998, p. 443). Assim, embora manifestada no âmbito da esfera social situada no domínio público, a opinião pública procura reverberar na esfera política, assumindo, desse modo, uma dimensão também política nesse

¹²⁹ Filipe Carreira da Silva faz uma interessante análise sobre a evolução desse conceito no pensamento de Habermas (Habermas e a esfera pública: reconstruindo a história de uma ideia. *Sociologia, problemas e práticas*, Lisboa, vol. 35, p. 117-138. 2001. Disponível em: <<http://sociologiapp.iscte.pt/pdfs/5/56.pdf>>. Acesso em 04 set. 2010).

¹³⁰ No original: “caja de resonancia para problemas que han de ser elaborados por el sistema político porque no pueden ser resueltos en otra parte”.

¹³¹ No original: “una red para la comunicación de contenidos y tomas de postura, es dicer, de *opiniones*”.

¹³² No original: “en él los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos”.

¹³³ No original: “las opiniones públicas representan un potencial político de influencia que puede utilizarse para ejercer influencia sobre el comportamiento electoral de los ciudadanos o sobre la formación de la voluntad en los organismos parlamentarios, en los gobiernos y en los tribunales”.

sentido, emergindo daí o entrelaçamento entre a teoria discursiva do direito e a teoria comunicativa da sociedade, assim sintetizado por Habermas:

A *teoria discursiva do direito* entende, por uma parte, o Estado democrático de direito como a institucionalização que decorre através de direito legítimo (e que, portanto, garante a autonomia privada), de procedimentos e pressupostos comunicativos para uma formação discursiva da opinião e da vontade, que torna possível por sua vez (o exercício de uma autonomia política e) uma produção legítima de normas. A *teoria comunicativa da sociedade*, isto é, a teoria da sociedade, articulada em conceitos de comunicação, entende, por outro lado, o sistema político articulado em termos de Estado de direito como mais um sistema entre vários sistemas de ação. Este pode 'atuar como garante' no que concerne a resolver os problemas de integração da sociedade global mediante uma interação entre a formação institucionalizada da opinião e da vontade e as comunicações públicas informais, porque essa integração, através do espaço de opinião pública que se passa na sociedade civil, insere-se nos contextos de um mundo da vida que lhe resulta favorável (isto é, de um mundo da vida caracterizado por uma cultura política habituada à liberdade e pelos correspondentes padrões de socialização)¹³⁴ (HABERMAS, 1998, p. 523).

É preciso, então, ter bem claro que a mobilidade dos assuntos humanos, no curso da História, entre os domínios público e privado e a própria possibilidade de mudanças estruturais nas esferas política, social e da privacidade, é inesgotável e, por isso, pode sempre estar no palco das discussões em uma esfera política ampliada, composta não apenas pela esfera política em sentido estrito, mas, também, por aquela dimensão política da esfera social situada no domínio público, representada pela opinião publicamente formada e articulada pela sociedade civil. Na verdade, justamente por estarem nesse palco, onde brotam as sementes revolucionárias que se renovam na possibilidade de sempre haver um novo início, por iniciativa daqueles que, a todo momento, aparecem no mundo

¹³⁴ No original: "La *teoría discursiva del derecho* entiende, por un parte, el Estado democrático de derecho como la institucionalización que discurre a través de derecho legítimo (y que, por tanto, garantiza la autonomía privada) de procedimientos y presupuestos comunicativos para una formación discursiva de la opinión y la voluntad, la cual hace posible a su vez (el ejercicio de la autonomía política y) una producción legítima de normas. La *teoría comunicativa de la sociedad*, es decir, la teoría de la sociedad, articulada en conceptos de comunicación entiende, por otro lado, el sistema político articulado en términos de Estado de derecho como un sistema más entre varios sistemas de acción. Éste puede 'actuar de garante' en lo concerniente a resolver los problemas de integración de la sociedad global mediante una interacción entre la formación institucionalizada de la opinión y de la voluntad y las comunicaciones públicas informales, porque esa integración, a través del espacio de la opinión pública basado en la sociedad civil, queda inserta en los contextos de un mundo de la vida que le resulta favorable (es decir, de un mundo de la vida caracterizado por una cultura política habituada a la libertad y por los correspondientes patrones de socialización".

com sua singularidade única,¹³⁵ é que são inesgotáveis os arranjos estabelecidos para os assuntos humanos.

Questões surgidas no domínio privado (tanto no ambiente da esfera da privacidade quanto no da esfera social) podem se tornar visíveis no domínio público e até mesmo aglutinar as pessoas em torno de uma causa, manifestada livremente nos canais de formação de opinião pública, transformando-se em questão política que reclama a sua admissão, então, na esfera política. É o que ocorre na luta por reconhecimento no Estado Democrático de Direito, surgida da opressão, da marginalização e do desprezo,¹³⁶ praticados na esfera social ou na esfera da privacidade, e que se tornam a causa de um movimento político de emancipação, a partir do momento em que os oprimidos, os marginalizados e os desprezados, tomando consciência de sua situação no mundo, articulam-se e agem para transformar a sua luta em uma questão política. Isso permite compreender o longo percurso do feminismo como movimento político que buscou a emancipação das mulheres em sua luta pela igualdade, porque antes discriminadas pelos homens na esfera social, governadas por eles na esfera da privacidade – inclusive pelo uso da força e da violência – e sequer admitidas na esfera política.

Embora essas considerações pareçam mesmo contradizer, em sua essência, o pensamento de Arendt, para quem a questão social deve ser mantida rigorosamente fora da esfera política, é possível, no entanto, compatibilizá-las com o propósito de Arendt de resgatar a dignidade da política. Em *Da revolução*, Arendt exaltou a Revolução Americana, em contraste com a Revolução Francesa, justamente porque, na fundação da república nos Estados Unidos da América, a libertação resultou na própria constituição da liberdade na vida política (*constitutio libertatis*), não tendo por finalidade libertar a humanidade da miséria em que se

¹³⁵ Esse assunto será abordado mais abaixo, no item 3.1.1.

¹³⁶ Segundo Habermas, em seu plano de análise das lutas por reconhecimento no Estado Democrático de Direito, “opressão”, “marginalização” e “desprezo” são os ingredientes em comum dos fenômenos do feminismo, do multiculturalismo, do nacionalismo e da luta contra a herança eurocêntrica do colonialismo (A luta por reconhecimento no Estado Democrático de Direito. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. Paulo Astor Soethe e George Sperber. São Paulo: Loyola, 2004. p. 246).

encontrava, tendo sido orientada pelo compromisso assumido pelos revolucionários no estabelecimento de uma nova ordem (*novus ordo saeculorum*). O êxito dos norte-americanos e o fracasso dos franceses se deveram às direções opostas nas quais se guiaram cada uma das revoluções:

A direcção da Revolução Americana permaneceu empenhada na fundação da liberdade e no estabelecimento de instituições duradouras e para aqueles que agiam neste sentido nada que estivesse fora da esfera civil era permitido. A direcção da Revolução Francesa quase desde o princípio se desviou desta direcção da fundação pela urgência do sofrimento; foi levada pelas exigências da libertação, não da tirania mas da necessidade, e impulsionada, ao mesmo tempo, pela ilimitada imensidade da miséria do povo e da piedade que tal miséria inspirava (ARENDR, 2001b, p. 112).

Arendt é incisiva ao sustentar que “nenhuma revolução solucionou jamais a ‘questão social’ e libertou os homens da necessidade” (ARENDR, 2001b, p. 136), insistindo que “nada, podemos dizê-lo hoje, poderia ser mais obsoleto do que tentar libertar a humanidade da pobreza por processos políticos” (ARENDR, 2001b, p. 139).

Ao que tudo indica, a sua insistência em separar a esfera social da esfera política pode ser explicada, como aponta Odílio Alves Aguiar, pelo fato de que “o problema de Arendt não é com a questão social, mas com o fato de sua absolutização e de sua resolução como objetivo político acarretar a própria eliminação da política” (AGUIAR, 2009, p. 253), muito embora ele mesmo reconheça que “a solução que é possível vislumbrar em Arendt para a questão social é lacônica” (AGUIAR, 2009, p. 257).

Em verdade, a preocupação de Arendt, que permeia toda a sua análise em *A condição humana* e até mesmo em sua obra como um todo, é o fato de ela ter constatado a vitória do *animal laborans* na era moderna, o que, nas palavras de André Duarte, significa que

o homem deixou de ser interpretado como um ator político ou como um fabricante de objetos duráveis, para ser definido como um trabalhador constantemente empenhado na manutenção do ciclo vital que garante a sua sobrevivência e da espécie, através da produção de bens destinados ao consumo imediato (DUARTE, 2002, p. 63).

Nesse sentido, por mais que Arendt tenha denunciado o risco de se resumir a esfera política às exigências da esfera social – o que leva à ruína da política, retratada na vitória do *animal laborans* –, ela mantém a esperança de que sejam redescobertas as potencialidades da ação na vida política, como ocorreu no exemplo da Revolução Húngara de 1956, com o ressurgimento do sistema de conselhos (DUARTE, 2002, p. 78).

Assim, Arendt semeou, antes de tudo, a esperança de sempre haver um novo começo, por exclusiva iniciativa humana, cujos resultados, por sua vez, são imprevisíveis justamente pela novidade e pela singularidade que se faz presente em cada nascimento e pela infinita capacidade humana de agir.¹³⁷ Eis a essência da liberdade de ação na vida política, que requer, evidentemente, que as pessoas tenham, de fato, condições para esse agir livremente.

Porque onde existe a dominação pela violência que se expressa no abandono de alguns ao sofrimento de ter de conviver com a opressão, a marginalização e o desprezo, dificilmente – para não se dizer jamais – será possível florescer plenamente a liberdade algum dia. É por isso que os oprimidos, os marginalizados e os desprezados podem se valer daquele espaço ocupado publicamente – a esfera social situada no domínio público – para se engajarem politicamente, mobilizando a sociedade civil através da opinião pública em seu favor, a fim de obter a transformação do mundo com a sensibilização da esfera política, onde poderá ser reconsiderada a sua situação no mundo.

¹³⁷ Como ela esclarece em *A condição humana*: “O fato de o homem ser capaz de agir significa que se pode esperar dele o inesperado, que ele é capaz de realizar o infinitamente improvável. E isso, mais uma vez, só é possível porque cada homem é único, de sorte que, a cada nascimento, vem ao mundo algo singularmente novo” (no original: “The fact that man is capable of action means that the unexpected can be expected from him, that he is able to perform what is infinitely improbable. And this again is possible only because each man is unique, so that with each birth something uniquely new comes into the world”) (ARENDR, Hannah. *The human condition*. 2nd. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1998. p. 178). Esse assunto será abordado com mais profundidade abaixo, no item 3.1.1.

2.2. A EQUIPRIMORDIALIDADE ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Mais do que se reconhecer a mobilidade dos assuntos humanos por entre os domínios público e privado, o que leva à necessidade de reconstrução permanente do conteúdo das esferas política, social e da privacidade, é importante ressaltar, como fez mesmo Hannah Arendt, que os domínios público e privado só podem subsistir se coexistirem (ARENDR, 1998, p. 59), porque o desaparecimento de um leva ao desaparecimento do outro (ARENDR, 1998, p. 60-61). Arendt, no entanto, não explora essa questão, até porque isso parece não se enquadrar nos objetivos de sua obra. Todavia, os reflexos dessa tomada de posição, realizada aqui com Jürgen Habermas, evidenciam a própria tensão constitutiva entre o público e o privado, capaz de oferecer um sentido constitucionalmente adequado para a co-originariedade entre a autonomia pública e a autonomia privada, no sentido de equiprimordialidade, porque ambas se revelam como corolários da soberania popular e dos direitos humanos, na base da legitimidade discursiva do Estado Democrático de Direito.

2.2.1. O significado da equiprimordialidade entre o público e o privado no Estado Democrático de Direito, segundo Jürgen Habermas: a disputa política que envolve os paradigmas do direito

Jürgen Habermas, ao efetuar a reconstrução interna do Direito, examina, no Capítulo III de *Facticidade e validade*, o sistema dos direitos fundamentais sob os quais deve se assentar o Estado Democrático de Direito. O interesse de Habermas é investigar quais “os direitos que os cidadãos hão de se reconhecer mutuamente se quiserem regular legitimamente sua convivência através do direito positivo”¹³⁸ (HABERMAS, 1998, p. 147).

No que interessa mais de perto, Habermas reconhece que a soberania popular e os direitos humanos determinam a autocompreensão normativa do Estado

¹³⁸ No original: “los derechos que los ciudadanos han de reconocerse mutuamente si quieren regular legitimamente su convivencia con los medios del derecho positivo”.

Democrático de Direito, mas revelam uma das facetas da tensão entre a facticidade e a validade inerente ao direito, isto é, “da tensão entre a positividade do direito e a legitimidade que esse direito reclama para si”¹³⁹ (HABERMAS, 1998, p. 160). Ele parte, então, de uma análise das tradições liberal e republicana, típicas e bem caracterizadas nos Estados Unidos da América, para propor uma conexão entre a soberania popular e os direitos humanos, capaz de permitir a institucionalização jurídica de condições para o exercício da autodeterminação política, segundo um sistema de direitos fundamentais que não seja derivado de uma leitura moral dos direitos humanos (liberalismo), tampouco de uma leitura ética da soberania popular (republicanismo), mas, sim, respaldado na co-originariedade entre autonomia pública e autonomia privada, que possibilita aos sujeitos do direito se reconhecerem, reciprocamente, como os seus autores e destinatários (HABERMAS, 1998, p. 164-169).

Isso só se torna possível no quadro da teoria do discurso, cujo princípio fundamental é o de que “válidas são as normas (e só aquelas normas) a que todos que vierem a ser afetados por elas puderem prestar seu consentimento como participantes em discursos racionais”¹⁴⁰ (HABERMAS, 1998, p. 172), que informa o próprio princípio democrático, isto é, de uma maneira próxima daquele “sentido de realização da prática de autodeterminação dos membros de uma comunidade jurídica que se reconhecem uns aos outros como membros livres e iguais de uma associação na qual entraram voluntariamente”¹⁴¹ (HABERMAS, 1998, p. 175) e na qual assumem o compromisso de reger suas próprias vidas segundo uma coordenação de seus planos de ação adotando uma postura de mútuo reconhecimento sobre as pretensões de validade de seus argumentos,

¹³⁹ No original: “la tensión entre la positividad del derecho y la legitimidad que ese derecho reclama para sí”.

¹⁴⁰ No original: “Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su consentimiento como participantes en discursos racionales”.

¹⁴¹ No original: “sentido relizativo de la práctica de la autodeterminación de los miembros de una asociación de los miembros de una comunidad jurídica que se reconocen unos a otros como miembros libre e iguales de una asociación en que la han entrado voluntariamente”.

onde “só podem contar as razões que podem ser aceitas *em comum* pelas partes implicadas”¹⁴² (HABERMAS, 1998, p. 185).

É a partir dessas considerações que Habermas vai propor um sistema de direitos fundamentais que tem, em seu núcleo, o princípio democrático, concebido pela institucionalização jurídica do princípio do discurso (HABERMAS, 1998, p. 187). Esse sistema de direitos é pautado, inicialmente, em três categorias: (i) direitos fundamentais que asseguram o maior grau possível de iguais liberdades subjetivas de ação; (ii) direitos fundamentais que conferem o *status* de membro da comunidade jurídica, como uma associação voluntária de parceiros livres e iguais; (iii) direitos fundamentais que asseguram a proteção dos direitos, mediante a reclamação judicial do seu cumprimento. Essas categorias ressaltam a condição dos sujeitos como participantes da comunidade jurídica no papel de *destinatários* do direito. Para se ressaltar a condição dos sujeitos como *autores* do direito, uma outra categoria se faz necessária: (iv) direitos fundamentais que asseguram a participação, com igualdade de oportunidades, nos processos de formação da opinião e da vontade, para o exercício da autonomia política, que propiciará a formação legítima do direito. Por fim, todas essas categorias de direitos fundamentais implicam, finalmente, no reconhecimento de (v) direitos fundamentais que asseguram condições de vida necessárias ao desfrute dos direitos fundamentais mencionados em todas as categorias anteriores (HABERMAS, 1998, p. 188-189).

Habermas retoma essas questões para explicitar a conformação do Estado Democrático de Direito, a partir do nexos interno entre a democracia e o Estado de Direito, nos ensaios *O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?* (HABERMAS, 2003b, p. 153-173), *Acerca da legitimação com base nos direitos humanos* (HABERMAS, 2001, p. 143-163) e *Sobre a coesão interna entre o Estado de direito e democracia* (HABERMAS, 2004c, p. 293-305). Nessa perspectiva, o que constitui o nexos interno da democracia com o Estado de Direito, estabelecendo o Estado Democrático de

¹⁴² No original: “sólo pueden contar las razones que puedan ser aceptadas *en común* por las partes implicadas”.

Direito, é a pressuposição recíproca entre autonomia pública e autonomia privada, no sentido de co-originariadade, caracterizada pela tensão entre soberania popular e direitos humanos (HABERMAS, 2003b, p. 155; HABERMAS, 2004c, p. 298-300), uma vez que

o nexo interno da democracia com o Estado de direito consiste no fato de que, por um lado, os cidadãos só poderão utilizar condizentemente a sua autonomia pública se forem suficientemente independentes graças a uma autonomia privada assegurada de modo igualitário. Por outro lado, só poderão usufruir de modo igualitário da autonomia privada se eles, como cidadãos, fizerem uso adequado de sua autonomia política (HABERMAS, 2001, p. 149).

Desse modo, Habermas se afasta tanto da interpretação liberal quanto da interpretação republicana dos direitos fundamentais, propondo a co-originariadade entre as autonomias pública e privada, às quais se refere cada uma das categorias dos direitos fundamentais estabelecidas por ele no sistema de direitos que conforma o Estado Democrático de Direito. Mas para que seja possível se realizar, de fato, a co-originariadade entre as autonomias pública e privada, é indispensável que se reconheça a indivisibilidade dos direitos fundamentais, tanto políticos (autonomia pública) quanto liberais (autonomia privada), proscrevendo-se qualquer relação de precedência entre eles, “como se existisse um âmbito nuclear de direitos elementares à liberdade que devesse reivindicar precedência com relação aos direitos à comunicação e à participação” (HABERMAS, 2001, p. 149).

A rigor, o alcance de alguma simetria na relação entre os homens é exigido em “qualquer discurso voltado para o entendimento”, como Habermas explicita ao tratar do diálogo intercultural acerca dos direitos humanos (HABERMAS, 2001, p. 162). Por aí já se vê que *qualquer* questão pode ser trazida para o centro dos processos de formação discursiva da opinião e da vontade, mediante o uso público da razão, desde que se apresente como relevante para que a autonomia, seja a pública, seja a privada, possa ser promovida a um status adequado à realização do projeto de autodeterminação que anima o Estado Democrático de Direito, no sentido de efetivação dos direitos fundamentais. Ou seja, não devem existir questões que sejam aprioristicamente colocadas para fora da discussão,

política ou jurídica, no Estado Democrático de Direito, como se revelassem, ontologicamente, algo inapropriado e indigno de receber tal tratamento.¹⁴³

Todavia, deve se chamar atenção para a advertência de Habermas feita no ensaio *Sobre a coesão interna entre o Estado de direito e democracia*, logo após considerar a equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada, de que “essa coesão interna entre Estado de direito e democracia foi suficientemente encoberta pela concorrência dos paradigmas jurídicos dominantes até hoje” (HABERMAS, 2004c, p. 302). Habermas se refere aí ao paradigma do Estado Liberal e ao paradigma do Estado Social. Enquanto o primeiro se assenta na suposição de que a garantia da autonomia privada dos sujeitos de direito seria suficiente para que cada um pudesse “realizar de forma mais ou menos racional os próprios projetos de vida”, o segundo parte de uma crítica consistente a esse modelo, diante do crescimento da desigualdade econômica e social por ele propiciada, pois “desestabilizaram-se sempre mais os pressupostos factuais capazes de proporcionar que o uso das competências jurídicas distribuídas por igual ocorresse sob uma efetiva igualdade de chances” (HABERMAS, 2004c, p. 302). Mas essa “materialização” do direito, proporcionada no Estado Social, trouxe consigo a indesejável consequência de um “paternalismo socioestatal”, porque

a almejada equiparação de situações de vida e posições de poder não pode levar a um tipo de intervenções ‘normalizadoras’ que acabem por limitar o espaço de atuação de seus prováveis beneficiários, no que se refere à concepção autônoma dos projetos de vida de cada um deles (HABERMAS, 2004c, p. 302-303).

Segundo Habermas, ambos os paradigmas estão comprometidos com uma “imagem produtivista de uma sociedade econômica capitalista e industrial” e concordam quanto ao fato de que “a expectativa de justiça social possa ser satisfeita pelo esforço particular, assegurado e autônomo por concretizar as concepções de bem-viver próprias a cada um”. A discordância entre eles está “quanto a se poder garantir a autonomia privada diretamente mediante direitos de

¹⁴³ Conferir, a esse respeito, o que já se sustentou anteriormente, no item 2.1.2, sobre a mobilidade dos assuntos humanos por entre os domínios público e privado.

liberdade, ou a se dever assegurar o surgimento da autonomia privada mediante outorga de reivindicações de benefícios sociais” (HABERMAS, 2004c, p. 303). Após valer-se do exemplo das políticas femininas de equiparação, que malogrou tanto sob a ótica da equiparação formal conduzida pela política liberal, que tornou ainda mais evidente a desigualdade de fato a que se sujeitavam as mulheres, quanto a partir da concessão de benefícios proporcionada pela política socioestatal, que resultou no aumento do risco do desemprego, nos salários mais reduzidos pagos às mulheres e na feminização da pobreza, Habermas propõe um novo paradigma, procedimental, segundo um processo democrático que assegure, conjuntamente, as autonomias pública e privada, em que

os direitos subjetivos, cuja tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo e privado para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado sem que os próprios envolvidos articulem e fundamentem os aspectos considerados relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos (HABERMAS, 2004c, p. 305).

Essas considerações constituem a essência do que Habermas sustenta no Capítulo IX, e último, de *Facticidade e validade*, onde ele já havia trabalhado, com mais profundidade, esses paradigmas do direito, contrastando o paradigma do direito formal burguês com o paradigma do direito materializado do bem-estar social, estimulando a busca de um novo paradigma para além dessas alternativas conhecidas (HABERMAS, 1998, p. 472). Quanto ao que é mais relevante aqui, vale a pena deixar claro o que Habermas entende por paradigma e a maneira como, a partir dessa compreensão, é influenciada a interpretação e aplicação do direito.

Já no início do capítulo, Habermas, após considerar que a partir das grandes codificações do século XVIII o acesso ao direito passou a se dar pela interpretação de textos, aponta que tanto a teoria do direito quanto a história do direito tem, por objetivo comum, a compreensão dos textos legais e dos sistemas de regras, embora em direções opostas: a teoria do direito se ocupa de um trabalho de interpretação voltado a um caso particular, consistindo na prática das decisões judiciais, mas sem abandonar a perspectiva em que se insere quem interpreta, ao passo que a história do direito se dirige aos contextos sociais no

quais está inserido o direito e dos quais se extraem também “os supostos básicos que implicitamente acompanham a administração da justiça e a dogmática contemporânea do direito”¹⁴⁴ (HABERMAS, 1998, p. 469).

Assim, além do nexo de sentido que, objetivamente, estabelece uma conexão entre o sistema jurídico e o seu entorno social, há aquele que, subjetivamente, resulta da imagem que os juristas fazem dos contextos sociais, uma vez que a interpretação do direito não é feita apenas a partir do contexto do “*corpus* do direito considerado em conjunto, mas também desde o horizonte de uma pré-compreensão de uma sociedade contemporânea, que rege todo o trabalho de interpretação”,¹⁴⁵ de modo que, “nesse aspecto, a interpretação do direito é sempre também uma resposta aos desafios de uma situação social percebida de determinada maneira”¹⁴⁶ (HABERMAS, 1998, p. 469).

Eis a noção de paradigma, que tem a ver com essa pré-compreensão, situada historicamente, representativa de uma imagem que implicitamente se tem da sociedade e que se esconde nas razões das decisões de aplicação do direito, possibilitando e limitando, ao mesmo tempo, a tarefa de realização dos direitos, à luz dessa própria imagem que se faz da sociedade e do próprio papel que, a partir daí, é incumbido à produção legislativa e à administração da justiça (HABERMAS, 1998, p. 470). Logo no início do Capítulo V de *Facticidade e validade*, Habermas já havia adiantado que

um *paradigma jurídico* explica, com ajuda de um modelo da sociedade contemporânea, de que modo hão de ser entendidos e manejados os princípios do Estado de direito e os direitos fundamentais, para que possam cumprir no contexto dado as funções que lhes são atribuídas normativamente¹⁴⁷ (HABERMAS, 1998, p. 263-264).

¹⁴⁴ No original: “los supuestos básicos que implícitamente acompañan a la administración de justicia y a la dogmática contemporánea del derecho”.

¹⁴⁵ No original: “*corpus* del derecho considerado en conjunto, sino también desde el horizonte de una pré-compreensión de la sociedad contemporánea, la cual resulta rectora en todo su trabajo de interpretación”.

¹⁴⁶ No original: “En este aspecto la interpretación del derecho es siempre también una respuesta a los desafíos de una situación social percibida de determinada manera”.

¹⁴⁷ No original: “Un *paradigma jurídico* explica, con ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales, para que puedan cumplir en el contexto dado las funciones que normativamente tienen asignadas”.

Assim, com a identificação do paradigma do Estado Liberal (paradigma do direito formal burguês) e, depois, do paradigma do Estado Social (paradigma do direito materializado do bem-estar social), bem como da disputa entre eles, tornou-se clara a necessidade de haver uma discussão acerca da correta compreensão paradigmática do direito (HABERMAS, 1998, p. 471). E se hoje se reconhece que não há como se escapar de uma compreensão paradigmática do direito, o desafio é oferecer uma justificação autocrítica adequada que sustente o paradigma (HABERMAS, 1998, p. 474). A novidade do paradigma procedimental está em reconhecer que “a disputa em torno da correta compreensão paradigmática de um sistema jurídico [...] é em seu núcleo uma disputa política”,¹⁴⁸ que deve envolver, então, no Estado Democrático de Direito, todos os implicados, não sendo tarefa exclusiva dos juízes e dos juristas, os quais não podem simplesmente invocar sua posição de autoridade para impor uma compreensão da Constituição, de que os cidadãos tivessem que começar por se convencer a respeito dela (HABERMAS, 1998, p. 477).

A compreensão da Constituição, do sistema jurídico como um todo e da própria tarefa de realização dos direitos deve passar, então, pelo crivo da formação discursiva da opinião e da vontade, no paradigma procedimental, porque só assim pode se considerar legítimo o direito (HABERMAS, 1998, p. 491). Daí a conclusão de Habermas:

O paradigma procedimental do direito é [...] resultado de uma disputa de paradigmas, segundo a premissa de que o modelo liberal do direito e o modelo ligado ao Estado social interpretam a evolução jurídica em termos *excessivamente concretistas* e ocultam a conexão que se dá entre autonomia privada e autonomia pública, a qual necessita ser *interpretada caso a caso*¹⁴⁹ (HABERMAS, 1998, p. 523-524).

¹⁴⁸ No original: “La disputa en torno a la correcta comprensión paradigmática de un sistema jurídico [...] es en su núcleo una disputa política”.

¹⁴⁹ No original: “El paradigma procedimental del derecho es [...] resultado de una disputa de paradigmas, y está todo él bajo a premisa de que el modelo liberal del derecho y el modelo de derecho ligado al Estado social interpretan la evolución jurídica en términos *excesivamente concretistas* y ocultan lá conexión que se da entre autonomía privada y autonomía pública, la cual necesita ser *interpretada caso por caso*”.

Como se vê, mais uma vez, essas considerações têm por fito deixar claro o sentido da equiprimordialidade entre o público e o privado no Estado Democrático de Direito, pelo reconhecimento da importância de se conferir a mesma dignidade tanto à autonomia pública quanto à autonomia privada, ou, sob um outro aspecto, tanto ao domínio público quanto ao domínio privado, de modo que seja possível compreender o referido nexos interno entre Estado de Direito e democracia.

2.2.2. A reciprocidade constitutiva entre o público e o privado: para a proscricção tanto da privatização absoluta do domínio público quanto da publicização absoluta do domínio privado

Algumas últimas considerações merecem ser feitas sobre o sentido da equiprimordialidade entre o público e o privado no Estado Democrático de Direito, no que diz respeito à preservação do caráter comum do domínio público e do caráter de propriedade do domínio privado, para a afirmação de um projeto consistente de democracia constitucional e de efetivação dos direitos fundamentais.

Celso Lafer anota que um dos sérios problemas do direito na contemporaneidade provém “do conhecido fenômeno da publicização do Direito Privado e da privatização do Direito Público, pois este fenômeno leva à identificação e não à diferenciação entre a esfera do público e do privado” (LAFER, 1988, p. 238).¹⁵⁰ De igual modo, Cristiano Paixão Araújo Pinto, após reconstruir a distinção entre o público e o privado na experiência histórica do direito, valendo-se também de uma compreensão paradigmática do direito, conclui que

a emancipação de uma esfera pública independente dos comandos estatais e que viabilize a redefinição da relação entre a dimensão privada da existência e o aspecto público da organização social constitui o maior desafio a ser enfrentado por sociedades que se pretendam democráticas (ARAÚJO PINTO, 2003, p. 46).

¹⁵⁰ Lafer se ocupa, também, da distinção entre público e privado, à luz da obra de Hannah Arendt, muito embora com propósitos bem distintos dos deste trabalho, porque, mesmo tratando de uma relação de conflito e complementaridade, ele enfoca a questão sob a perspectiva do direito à informação e do direito à intimidade (*A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 237-272).

Nesse contexto, o desafio é se conviver democraticamente com o risco, sempre presente, de haver uma dupla desconformidade no âmbito da distinção entre o público e o privado, resultante da: (i) *privatização absoluta do domínio público*, pelo seu apossamento por quem quer que pretenda conduzir, com exclusividade, e sob uma única visão de mundo, os assuntos humanos, destruindo o espaço comum de aparência onde as pessoas existem uma para as outras em sua singularidade, em virtude da condição humana da pluralidade; (ii) *publicização absoluta do domínio privado*, pela sua invasão quando são tornados públicos assuntos que só dizem respeito à singularidade das pessoas enquanto tais, ou, o que é talvez mais grave, quando se pretende aniquilar essa singularidade pela imposição ou exigência de certos comportamentos a partir de uma determinada visão de mundo, seja ela qual for, que desconsidere as diferenças privadas legítimas que decorrem da condição humana da pluralidade.

Para lidar com esse desafio, a equiprimordialidade entre o público e o privado estabelece uma relação de reciprocidade constitutiva que proscree tanto a privatização absoluta do domínio público quanto a publicização absoluta do domínio privado. Na percepção de Menelick de Carvalho Netto,

o espaço do privado ressurgue agora como uma dimensão essencial e constitutiva do espaço público, necessariamente integrado pela sociedade civil organizada, capaz de controlar e zelar pela manutenção do caráter público do próprio Estado, sempre passível de ser privatizado quando, em nome do alegado interesse de todos, se desrespeitarem diferenças privadas constitucionalmente asseguradas como condição básica da igualdade pública da cidadania plural de uma sociedade complexa (CARVALHO NETTO, 2003b, p. 21).

Não deve haver, portanto, uma relação de hierarquia ou de *mais importância* entre o público e o privado, como se um pudesse condicionar e mesmo determinar o conteúdo do outro. Ambos só podem existir se for mantida essa relação de reciprocidade constitutiva, que permitirá a preservação, de um lado, do caráter comum do domínio público, a respeito do qual todas as pessoas são chamadas a assumir a sua responsabilidade pela manutenção, e, de outro lado, do caráter de propriedade do domínio privado, essencial para que as pessoas

mantenham sua singularidade em um mundo comum e tenham condições de, por isso mesmo, preservar e lutar pelo caráter comum do domínio público.

Mais do que isso, o conteúdo dos domínios público e privado não deve ser naturalizado, não só porque isso equivaleria a impedir ou mesmo a desconsiderar a mobilidade dos assuntos humanos por entre eles, como já se mencionou, mas, sobretudo, porque as relações privadas podem revelar uma dimensão pública, atraindo, por exemplo, a atuação do Poder Judiciário para assegurar a efetivação de direitos fundamentais. Quer dizer, dependendo da forma e do conteúdo da relação privada, ela pode se traduzir em uma violação de direitos fundamentais, que enseja a intervenção do Poder Judiciário.

Vale retomar os exemplos mencionados no final do primeiro capítulo sobre a violência doméstica. A relação entre marido e mulher se insere, *a priori*, no domínio privado, mais precisamente, na esfera da privacidade. Contudo, dependendo da maneira como ela se manifesta, pode vir a ostentar uma dimensão pública, desbordando dos interesses privados daqueles envolvidos em tal relação. Assim também ocorre com a relação dos pais na educação dos seus filhos no âmbito privado do seu lar. Nos dois exemplos, se há violência intolerável nessas relações (caracterizada por maus tratos, humilhações etc.), o domínio privado abre-se, por assim dizer, ao domínio público, pela violação dos direitos fundamentais daqueles que são vítimas dessa violência. Situação diversa seria uma tentativa de se controlar essas mesmas relações privadas a partir da imposição de um determinado projeto de vida boa, rejeitando-se a liberdade das pessoas em se afirmarem como diferentes no próprio modo como conduzem suas relações na esfera da privacidade. Nesse sentido, escolhas feitas entre marido e mulher a respeito do seu projeto de vida em comum, bem assim, sobre o tipo de educação que devem dar aos seus filhos, são livres e estão a salvo da ingerência do Poder Judiciário, desde que não representem uma violação de direitos fundamentais das pessoas aí envolvidas.

Evidentemente, somente à luz do caso concreto é que será possível identificar a própria existência, ou não, de uma violação de direitos fundamentais no domínio

privado, levando-se em consideração todas as questões de fato e de direito relevantes, assim consideradas aquelas que vierem a ser discursivamente apresentadas pelos afetados no bojo de um procedimento *fair*, naquele âmbito em que se desenvolvem os discursos de aplicação de normas jurídicas, como já ressaltado anteriormente.

Essa exigência contribui para a afirmação de um projeto consistente de democracia constitucional e de efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que preserva a condição humana da pluralidade em dois sentidos: (i) de um lado, ao resguardar um espaço para a conformação da liberdade no domínio privado, reconhecendo a singularidade das pessoas no seu modo de ser e de compreender o mundo, e (ii) de outro lado, ao interditar a violação de direitos fundamentais, ainda que ocorrida no domínio privado, permitindo que as vítimas dessa violação tenham também respeitada a sua singularidade, sendo tratadas com uma mesma dignidade de reconhecimento, dada a igualdade intrínseca de todas as pessoas sob o ponto de vista de sua condição humana.

Como se vê, o fundamento dessa proposta se radica na condição humana da pluralidade, a qual, uma vez colocada no centro gravitacional da política e do direito, traz profundas consequências na maneira de se compreender o sentido de democracia, Constituição e direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, na afirmação de sua legitimidade discursiva. Convém, então, analisar em profundidade a condição humana da pluralidade como fundamento da própria legitimidade discursiva do Estado Democrático de Direito, antes que se analise a (i) legitimidade das escolhas de tratamento discriminatórias feitas arbitrariamente pelas pessoas em suas relações privadas. Eis o tema do próximo capítulo.

3. A PLURALIDADE COMO CONDIÇÃO HUMANA DA AÇÃO E COMO FUNDAMENTO DA LEGITIMIDADE DISCURSIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: SEUS REFLEXOS NA COMPREENSÃO DO SENTIDO DE DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. A PLURALIDADE COMO CONDIÇÃO HUMANA DA AÇÃO, SEGUNDO HANNAH ARENDT, E UMA POSSÍVEL APROPRIAÇÃO DESSA CATEGORIA PARA SE PENSAR, COM JÜRGEN HABERMAS, A LEGITIMIDADE DISCURSIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O sentido de democracia, direitos fundamentais e Constituição no Estado Democrático de Direito pode parecer algo óbvio e evidente por si mesmo. Contudo, uma compreensão inadequada desses conceitos, que venha a ser utilizada para orientar a criação e a aplicação do direito, pode ser vista como o germe da destruição do próprio Estado Democrático de Direito, porque sua manifestação é velada, escondendo-se em discursos vazios que encobrem o seu real propósito, embora suas consequências sejam bem concretas e possam ser percebidas com indisfarçável nitidez.

Em outras palavras, em nome da *democracia*, dos *direitos fundamentais* e da *Constituição*, inúmeros ataques podem ser desferidos ao Estado Democrático de Direito.¹⁵¹ É por isso que tratar de qualquer assunto hoje que envolva os direitos fundamentais exige um prévio esclarecimento sobre o seu sentido no Estado Democrático de Direito, o que, por sua vez, depende do que se entende por democracia e por Constituição, também nessa mesma perspectiva.

¹⁵¹ Preocupação semelhante é compartilhada por Daury Cesar Fabríz, ao tratar do constitucionalismo democrático, da democracia e dos direitos fundamentais com apoio em uma inquietante questão: “em que crêem aqueles que não crêem na democracia?”. Fabríz aduz que “sob o manto do discurso democrático encobrem-se e legitimam-se práticas autoritárias” por aqueles que “cinicamente saem em defesa da democracia contra a própria democracia” (Constitucionalismo democrático, democracia e direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 142).

A tarefa seria realmente fácil se não houvesse inúmeras teorias que hoje concorrem entre si para oferecer um sentido constitucionalmente adequado para a democracia, a Constituição e os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. E cada uma delas oferece soluções das mais variadas para lidar com os desafios que hoje se apresentam no universo da política e do direito.

Tudo não passaria, então, de uma questão de gosto ou de um mero capricho intelectual? Definitivamente, não. Caso contrário, toda a racionalidade perderia o seu sentido e, então, não nos restaria outra alternativa a não ser apelarmos para algum deus que ainda pudesse nos explicar o que nós mesmos fazemos *no* e *do* mundo. Mas longe de ser desalentadora, essa variedade teórica deve ser mesmo vividamente celebrada, porque hoje até os pressupostos que sustentam o Estado Democrático de Direito (democracia, Constituição e direitos fundamentais) podem ser discutidos abertamente, em busca da melhor solução possível, isto é, no propósito de afirmação de um projeto consistente de democracia constitucional e de efetivação dos direitos fundamentais.

Uma exigência – que se revela indispensável para o debate – é que fiquem bem claros os pressupostos teóricos levados a efeito por quem pretende apresentar a *sua* proposta. Aqui, coloca-se a condição humana da pluralidade no centro gravitacional da política e do direito, o que reverbera na maneira de se compreender o sentido constitucionalmente adequado da democracia, da Constituição e dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

O objetivo aqui não é dissecar essas categorias centrais sob um enfoque político ou jurídico, até porque os seus contornos poderiam ser até mesmo encontrados diretamente, ainda que com algum esforço, nas obras de Hannah Arendt e Jürgen Habermas. O intuito é destacar as suas potencialidades na afirmação e na preservação da condição humana da pluralidade para o estabelecimento de um projeto consistente de democracia constitucional e de efetivação dos direitos fundamentais, com base no qual se analisa neste trabalho a (i)legitimidade das escolhas de tratamento discriminatórias feitas arbitrariamente pelas pessoas em suas relações privadas.

3.1.1. A pluralidade como condição humana da ação na obra de Hannah Arendt

Na obra *A condição humana*, publicada em 1958, Hannah Arendt tratou, de maneira sistematizada, da pluralidade como condição humana da ação. Nessa obra, Arendt teve por objetivo declarado a “reconsideração da condição humana do ponto de vista privilegiado de nossas mais novas experiências e de nossos temores mais recentes”,¹⁵² propondo uma reflexão, segundo ela, “muito simples: trata-se apenas de pensar o que estamos fazendo”¹⁵³ (ARENDDT, 1998, p. 05).

Trata-se de uma análise que já havia sido deflagrada nas últimas páginas de *As origens do totalitarismo* (LAFER, 2005, p. 343-344), que foi a primeira grande obra de Arendt no campo da teoria política,¹⁵⁴ publicada em 1951,¹⁵⁵ resultado de sua

¹⁵² No original: “reconsideration of the human condition from the vantage point of our newest experiences and our most recent fears”.

¹⁵³ No original: “What I propose, therefore, is very simple: it is nothing more than to think what we are doing”.

¹⁵⁴ Embora Arendt tenha feito uma análise histórica dos elementos que se cristalizaram no totalitarismo (antissemitismo, racismo e imperialismo), o que faz dessa obra uma expressão de sua teoria política é o fato de que sua maior preocupação era compreender o totalitarismo. O percurso histórico traçado por ela se justifica pelo seu método de “análise conceitual”. Como ela mesma deixou claro, esta foi “a primeira oportunidade para tentar narrar e compreender o que havia acontecido [...]. Era, pelo menos, o primeiro momento em que se podia elaborar e articular as perguntas com as quais a minha geração havia sido obrigada a viver a maior parte de sua vida adulta: *o que havia acontecido? Por que havia acontecido? Como pôde ter acontecido?*” (no original: “the first chance to try to tell and to understand what happened [...]. It was, at any rate, the first possible moment to articulate and to elaborate the questions which my generation had been forced to live for the better part of its adult life: *What happened? Why did it happen? How could it have happened?*”) (*The origins of totalitarianism* (new edition with added prefaces). New York: Harvest Book, 1985. p. XXIII-XXIV). Como ela esclareceu na réplica à Eric Voegelin, “o livro não trata de fato das ‘origens’ do totalitarismo – como infelizmente anuncia o seu título –, mas apresenta uma exposição histórica dos elementos que se cristalizaram no totalitarismo; essa exposição é acompanhada de uma análise da estrutura elementar da dominação e dos movimentos totalitários” (no original: “the book, therefore, does not really deal with the ‘origins’ of totalitarianism – as its title unfortunately claims – but gives a historical account of the elements which crystallized into totalitarianism; this account is followed by an analysis of the elemental structure of totalitarian movements and domination itself”) (A Reply to Eric Voegelin. In: ARENDT, Hannah. *Essays in understanding: formation, exile and totalitarianism. 1930-1954*. Ed. Jerome Kohn. New York: Schocken Books, 2005e. p. 403).

¹⁵⁵ Antes disso, ela havia publicado, em 1929, apenas a sua tese de doutoramento, *O conceito de amor e Santo Agostinho* (ARENDDT, Hannah. *O conceito de amor em Santo Agostinho: ensaio de interpretação filosófica*. Trad. Alberto Pereira Diniz. Lisboa: Instituto Piaget, 1997), no campo da filosofia, além de alguns ensaios, a partir de 1930, que foram organizados, depois, por Jerome Kohn (ARENDDT, Hannah. *Essays in understanding: formation, exile and totalitarianism. 1930-1954*. Ed. Jerome Kohn. New York: Schocken Books, 2005).

compreensão do totalitarismo como fenômeno político inédito, situado no ponto de ruptura da estrutura essencial de toda a civilização (ARENDDT, 1985, p. VII), por ser “a negação mais radical da liberdade”¹⁵⁶ (ARENDDT, 2005d, p. 328). Realmente, em suas conclusões, Arendt, ao tratar da transformação do isolamento na esfera política, promovido pelo governo totalitário, em uma solidão que faz com que o homem viva a experiência de não pertencer ao mundo, fez menção explícita à destruição do poder, da vida pública e da vida privada, à derrota do *homo faber* e à vitória do *animal laborans*, enfim, ao aniquilamento da capacidade dos homens de agirem, não somente porque isolados pelo terror que coloca em prática uma certa ideologia, resultando na degradação de toda a liberdade de ação na vida política, mas, também, porque desamparados em um mundo no qual não se sentem em casa (ARENDDT, 1985, p. 475-479).¹⁵⁷

Esses temas seriam retomados e trabalhados, com profundidade, no contexto do projeto de um livro sobre o marxismo que Arendt pretendia publicar, mas que foi desmembrado e acabou dando origem às três obras publicadas entre 1958 e 1962: *A condição humana*, *Entre o passado e o futuro* e *Da revolução* (YOUNG-BRUEHL, 2006, p. 279).

Em *A condição humana*, o objeto de análise de Arendt foi a *vita activa*,¹⁵⁸ constituída, segundo ela, por três atividades humanas fundamentais: “labor” ou “trabalho” (*labor*), “obra” ou “fabricação” (*work*) e “ação” (*action*) (ARENDDT, 1998, p. 07).¹⁵⁹ Ao tratar dessas atividades humanas, Arendt esclarece que elas “são

¹⁵⁶ No original: “the most radical denial of freedom”.

¹⁵⁷ Theresa Calvet de Magalhães explica as distinções, na obra de Arendt, entre “isolamento” (*isolation*), “desamparo” (*loneliness*) e “solidão” (*solitude*), aqui utilizadas (Ação, linguagem e poder: uma releitura do Capítulo V [Action] da obra *The human condition*. In: CORREIA, Adriano (Org.). *Hannah Arendt e a condição humana*. Salvador: Quarteto Editora, 2006. p. 35-74).

¹⁵⁸ Arendt faz questão de advertir que o emprego da expressão *vita activa*, por ela, contradiz manifestamente o seu uso pela tradição, arraigado à ideia de *bios politikos* de Aristóteles, que se reduz à esfera dos negócios humanos na vida política, ou seja, à *praxis* exercida pela ação no modo de vida político dos gregos (*The human condition*. 2nd. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1998. p. 12-17).

¹⁵⁹ Na última edição brasileira (a décima primeira), com revisão técnica de Adriano Correia, foi profundamente revista a tradução da obra, feita originalmente por Roberto Raposo, atendendo-se às várias críticas recebidas quanto à tradução equivocada de alguns termos, sobretudo a tradução de *labor* como “labor” e *work* como “trabalho” (ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Trad. Roberto Raposo. Rev. Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010). Já em 1985, Theresa Calvet de Magalhães traduziu *labor* por “labor” ou “trabalho” e *work* por “obra” ou

fundamentais porque cada uma delas corresponde a uma das condições básicas sob as quais a vida foi dada ao homem na Terra”:¹⁶⁰ a “vida” (*life*), a “mundanidade” (*wordliness*) e a “pluralidade” (*plurality*) (ARENDDT, 1998, p. 07).

Assim é que a *vida* é a condição humana do labor porque, para lidar com as suas necessidades vitais, o homem é compelido a trabalhar, feito um *animal laborans*, a fim de obter o alimento e as coisas necessárias à sua sobrevivência (ARENDDT, 1998, p. 99). Já a *mundanidade* é a condição humana da fabricação porque, para construir o mundo sobre a Terra (o ambiente natural em que vive), emprestando durabilidade às coisas mundanas, o homem produz suas obras, feito um *homo faber*, a fim de estabilizar a vida humana mediante a interposição da objetividade do mundo à subjetividade dos homens, com a “reificação” (ARENDDT, 1998, p. 139). E a *pluralidade* é a condição humana da ação, sendo, em verdade, “especificamente a condição – não apenas a *conditio sine a qua non*, mas a *conditio per quam* – de toda a vida política”,¹⁶¹ porque, pelo “fato de que os homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo”¹⁶² (ARENDDT, 1998, p. 07), os homens agem em conjunto, a fim de lidarem com as vicissitudes advindas dessa convivência comum, que os força a compartilhar o mundo, exercendo, assim, o poder, “que mantém a existência do domínio público, o espaço potencial da aparência entre homens que agem e falam”¹⁶³ (ARENDDT, 1998, p. 200), constituindo o domínio dos assuntos humanos, que “consiste na

“fabricação” e asseverou que a leitura da obra, na edição brasileira, ficava bastante prejudicada com a tradução de *labor* por “labor” e de *work* por “trabalho”, por ser “uma tradução não apenas infeliz, mas incorreta”, uma vez que essas “duas atividades estão claramente definidas e separadas na edição original desta obra”, acentuando que, “caso queira compreender e até mesmo simplesmente ler esta obra de Hannah Arendt, o leitor terá de consultar o original em inglês ou a versão alemã deste livro” (A categoria do trabalho (*labor*) em Hannah Arendt. *Ensaio*, São Paulo, vol. 14, p. 131-168, 1985, p. 166). A mesma crítica pode ser endereçada à edição espanhola (ARENDDT, Hannah. *La condición humana*. Trad. Ramón Gil Novales. 1. ed. 5. reimp. Buenos Aires: Paidós, 2009), em que também se traduz *labor* por *labor* e *work* por *trabajo*. Aqui, será adotada, em geral, a tradução da última edição brasileira, indicando-se, porém, em nota de rodapé, o original no inglês, em sua segunda edição (ARENDDT, Hannah. *The human condition*. 2nd. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1998).

¹⁶⁰ No original: “They are fundamental because each corresponds to one of the basic conditions under which life on earth has been given to man”.

¹⁶¹ No original: “specifically *the condition* – not only the *conditio sine qua non*, but the *conditio per quam* – of all political life”.

¹⁶² No original: “to the fact that men, not Man, live on the earth and inhabit the world”.

¹⁶³ No original: “power is what keeps the public realm, the potential space of appearance between acting and speaking men”.

teia de relações humanas que existe onde quer que os homens vivam juntos”¹⁶⁴ (ARENDDT, 1998, p. 183-184).

Desse modo, nessa perspectiva teórica de Arendt, a existência do homem, no que condiz com a sua aparência no mundo, no exercício de sua *vita activa*, é compreendida a partir de três dimensões fundamentais (*o homem que trabalha, o homem que fabrica obras e os homens que agem em conjunto*), merecendo especial atenção, aqui, a *dimensão política* da existência humana, decorrente da condição humana da pluralidade e exercida por intermédio da ação.

Para se compreender e se extrair a riqueza dessa construção teórica de Arendt, convém ressaltar que as atividades humanas fundamentais, vistas por ela como constituintes da *vita activa*, estão, cada qual à sua maneira, relacionadas às duas condições mais gerais da existência humana: o nascimento (natalidade) e a morte (mortalidade) (ARENDDT, 1998, p. 08). Afinal, toda a existência humana é marcada pelo fato de que os homens aparecem (nascem) e desaparecem (morrem) do mundo,¹⁶⁵ e entre o nascimento e a morte, tempo durante o qual transcorre a vida, os homens *trabalham* para a própria sobrevivência e para a manutenção da espécie, *fabricam* suas obras que constroem o mundo, conferindo certa permanência e durabilidade à sua passagem pela Terra, e *agem* para manter a convivência entre si, fundando e preservando os corpos políticos, criando, com isso, condições para a lembrança e para a história (ARENDDT, 1998, p. 08-09).

Todavia, dessas três atividades humanas fundamentais, a “ação tem a relação mais estreita com a condição humana da natalidade”,¹⁶⁶ e isto porque “o novo começo inerente a cada nascimento pode se fazer sentir no mundo somente porque o recém-chegado possui a capacidade de iniciar algo novo, isto é, de

¹⁶⁴ No original: “consists of the web of human relationships which exists wherever men live together”.

¹⁶⁵ Arendt ressalta que, na linguagem dos romanos, a palavra “viver” significa “estar entre os homens” (*inter homines esse*) e, morrer, “deixar de estar entre os homens” (*inter homines esse desinere*) (*The human condition*. 2nd. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1998. p. 07-08; *Between past and future: six exercises in political thought*. The Viking Press: New York, 1961. p. 73).

¹⁶⁶ No original: “action has the closest connection with the human condition of natality”.

agir”.¹⁶⁷ Daí a conclusão de que “a natalidade, e não a mortalidade, pode ser a categoria central do pensamento político, em contraposição ao pensamento metafísico”¹⁶⁸ (ARENDR, 1998, p. 09).

Essa tomada de posição de Arendt fica melhor explicitada em *Entre o passado e o futuro*, no ensaio intitulado *O conceito de história – antigo e moderno* (ARENDR, 1961, p. 41-90), no seguinte trecho:

A ação humana, como todos os fenômenos estritamente políticos, está estreitamente ligada à pluralidade humana, uma das condições fundamentais de vida humana, na medida em que repousa no fato da natalidade, por meio do qual o mundo humano é constantemente invadido por estrangeiros, recém-chegados cujas ações e reações não podem ser previstas por aqueles que nele já se encontram e que dentro em breve irão deixá-lo¹⁶⁹ (ARENDR, 1961, p. 61).

A bem da verdade, já nos últimos parágrafos de *As origens do totalitarismo* (ARENDR, 1985, p. 478-479), Arendt, diante do “fim da história” provocado pela ruptura totalitária, animou-se na crença de que “todo fim na história constitui necessariamente um novo começo; esse começo é a promessa, a única ‘mensagem’ que o fim pode produzir”.¹⁷⁰ Esse é o conceito de *initium* (início) – em contraposição do *principium* (princípio) – que em *A condição humana* ela também buscou em Santo Agostinho (ARENDR, 1998, p. 177), para caracterizá-lo como uma “suprema capacidade do homem; politicamente, equivale à liberdade do homem”,¹⁷¹ concluindo que “este começo é garantido por cada novo nascimento; ele é, na verdade, cada um de nós”¹⁷² (ARENDR, 1985, p. 478-479).

¹⁶⁷ No original: “the new beginning inherent in birth can make itself felt in the world only because the newcomer possesses the capacity of beginning something anew, that is, of acting”.

¹⁶⁸ No original: “natality, and not mortality, may be the central category of political, as distinguished from metaphysical, thought”.

¹⁶⁹ No original: “Human action, like all strictly political phenomena, is bound up with human plurality, which is one of the fundamental conditions of human life insofar as it rests on the fact of natality, through which the human world is constantly invaded by strangers, newcomers whose actions and reactions cannot be foreseen by those who are already there and are going to leave in a short while”.

¹⁷⁰ No original: “every end in history necessarily contains a new beginning; this beginning is the promise, the only ‘message’ which the end can ever produce”.

¹⁷¹ No original: “the supreme capacity of man; politically, it is identical with man’s freedom”.

¹⁷² No original: “this beginning is guaranteed by each new birth; it is indeed every man”.

Em *A condição humana*, esse prisma de análise foi recobrado no plano da metódica da ação realizada pelos homens. Arendt abre o Capítulo V, dedicado à ação, com uma seção intitulada “a revelação do agente no discurso e na ação”,¹⁷³ aduzindo que

se a ação, como início, corresponde ao fato do nascimento, se é a efetivação da condição humana da natalidade, o discurso corresponde ao fato da distinção e é a efetivação da condição humana da pluralidade, isto é, do viver como um ser distinto e único entre iguais¹⁷⁴ (ARENDDT, 1998, p. 178).

Para Arendt, “ao agir e falar, os homens mostram quem são, revelam ativamente suas identidades pessoais únicas, e assim fazem seu aparecimento no mundo humano”¹⁷⁵ (ARENDDT, 1998, p. 179), razão pela qual não haveria qualquer necessidade da ação se não houvesse o fato da pluralidade, se os homens não passassem de uma mera repetição de um mesmo modelo e, assim, guardassem uma mesma identidade individual, isto é, se suas vidas retratassem, sempre, uma mesma e única personalidade humana, pois “a pluralidade é a condição da ação humana porque somos todos iguais, isto é, humanos, de um modo tal que ninguém jamais é igual a qualquer outro que viveu, vive ou viverá”¹⁷⁶ (ARENDDT, 1998, p. 08).

Trata-se, como se vê, do reconhecimento da inexorável complexidade da existência humana, marcada por esse traço característico de que somos todos iguais (seres humanos) e diferentes (irrepetíveis) ao mesmo tempo. E é nesse sentido que Arendt sustenta que “só a ação é prerrogativa exclusiva do homem; nem um animal nem um deus é capaz de ação, e só a ação depende inteiramente

¹⁷³ No original: “The disclosure of the agent in speech and action”.

¹⁷⁴ No original: “If action as beginning corresponds to the fact of birth, if it is the actualization of the human condition of natality, then speech corresponds to the fact of distinctness and is the actualization of the human condition of plurality, that is, of living as a distinct and unique being among equals”.

¹⁷⁵ No original: “In acting and speaking, men show who they are, reveal actively their unique personal identities and thus make their appearance in the human world”.

¹⁷⁶ No original: “Plurality is the condition of human action because we are all the same, that is, human, in such a way that nobody is ever the same as anyone else who ever lived, lives, or will live”.

da constante presença dos outros”¹⁷⁷ (ARENDT, 1998, p. 22-23), revelando-se aí o fato da pluralidade como condição humana da ação.

É por isso – pela condição humana da pluralidade – que a ação tem características radicalmente distintas daquelas que se encontram no trabalho e na fabricação. A ação, embora tenha um começo definido, é caracterizada pela possibilidade de desencadear “processos de resultado imprevisível”¹⁷⁸ (ARENDT, 1998, p. 232), em contraste com a atividade do *animal laborans* (o trabalho) e a do *homo faber* (a fabricação). O trabalho se realiza interminavelmente, de maneira cíclica, sem começo nem fim, compelido pela necessidade, até que sobrevenha a própria morte do homem, com o seu desaparecimento do mundo. Já a fabricação tem um início e um fim bem definidos (ARENDT, 1998, p. 143-144), e, sendo marcada pela utilidade, suas obras contam com uma durabilidade que pode ultrapassar a vida do seu criador, processando-se sob a lógica de um pretense controle completo, pelo homem, dos meios utilizados para se alcançar fins predeterminados, com uma certa dose de divindade, pela “reificação” (ARENDT, 1998, p. 139), afinal, trata-se da capacidade humana de produzir, com “o trabalho de nosso corpo e a obra de nossas mãos”¹⁷⁹ (ARENDT, 1998, p. 79), os objetos que constituem o mundo em sua artificialidade sobre a Terra: ou seja, a obra humana (mundo) se interpõe à obra divina (Terra). A ação, como já se adiantou, comparece para lidar, na esfera dos assuntos humanos, com o fato de que *os homens* vivem na Terra, ou seja, sua razão de ser está na pluralidade dos homens, os quais precisam estabelecer, entre si, as condições para que seja possível o *viver juntos*, compartilhando o mundo.

Vale ressaltar, aqui, o contraste que Arendt faz entre o trabalho, a fabricação e a ação sob o ponto de vista da lógica que rege essas atividades humanas. O trabalho é regido pela *necessidade* do *animal laborans*, enquanto a fabricação se mede pela *utilidade* da obra do *homo faber*, ao passo que a ação expressa uma *futilidade*, já que precisa do estabelecimento de condições para lembrança e para

¹⁷⁷ No original: “Action alone is the exclusive prerogative of man; neither a beast nor a god is capable of it, and only action is entirely dependent upon the constant presence of others”.

¹⁷⁸ No original: “processes are started whose outcome is unpredictable”.

¹⁷⁹ No original: “the labour of our body and the work of our hands”.

a história, sem as quais não deixaria qualquer registro de sua existência, justamente pela novidade e pela singularidade que se faz presente em cada nascimento e pela infinita capacidade humana de agir:

O fato de o homem ser capaz de agir significa que se pode esperar dele o inesperado, que ele é capaz de realizar o infinitamente improvável. E isso, mais uma vez, só é possível porque cada homem é único, de sorte que, a cada nascimento, vem ao mundo algo singularmente novo¹⁸⁰ (ARENDR, 1998, p. 178).

A proposta de Arendt, de vislumbrar que a ação pode desencadear um “processo de resultado imprevisível”, radica-se, então, na *incerteza*, que passa a ser o caráter decisivo dos assuntos humanos, mais do que a *fragilidade* (ARENDR, 1998, p. 232), diante da constatação de que “é o ‘infinitamente improvável que ocorre regularmente’”¹⁸¹ (ARENDR, 1998, p. 246). Ou seja, essa incerteza dos assuntos humanos não os torna frágeis, mas, apenas e tão-somente, *arriscados* e de *resultados previamente incalculáveis*, diante do risco assumido da impossibilidade de se desfazer o que é feito e das consequências imprevisíveis que podem advir dessa ação. Para lidar com isso, comparecem o “poder de perdoar” (para haver uma *reconciliação* com o passado) e o “poder de prometer” (para haver um *compromisso* com o futuro), como maneira de se enfrentar a “irreversibilidade” (porque o que é feito, por intermédio da ação, não pode ser depois desfeito) e a “imprevisibilidade” (porque nunca podem ser previstas todas as consequências da ação) daí resultantes (ARENDR, 1998, p. 236-247).

Na ação, portanto, não há um fim predeterminado, mas, sim, uma crença na “fé” e na “esperança”, essas duas características essenciais da existência humana, que acompanham o homem desde tempos imemoriais e se renovam com o nascimento de novos seres humanos, sobrevivendo daí a íntima relação entre a ação e a natalidade:

¹⁸⁰ No original: “The fact that man is capable of action means that the unexpected can be expected from him, that he is able to perform what is infinitely improbable. And this again is possible only because each man is unique, so that with each birth something uniquely new comes into the world”.

¹⁸¹ No original: “it is the ‘infinite improbability which occurs regularly’”.

O milagre que salva o mundo, o domínio dos assuntos humanos, de sua ruína normal e 'natural' é, em última análise, o fato do nascimento, no qual a faculdade de agir se radica ontologicamente. Em outras palavras, é o nascimento de novos homens e o novo começo, a ação de que são capazes em virtude de terem nascido¹⁸² (ARENDR, 1998, p. 247).

O “milagre” a que se refere Arendt, nesse trecho de *A condição humana*, não tem aí uma conotação religiosa, como ela esclarece em *Entre o passado e o futuro*, no ensaio intitulado *O que é liberdade?* (ARENDR, 1961, p. 143-171). Os milagres são vistos por ela como “interrupções de uma série qualquer de acontecimentos, de algum processo automático, em cujo contexto constituam o absolutamente inesperado”¹⁸³ (ARENDR, 1961, p. 168), ou seja, são resultado da ação humana por excelência e significam, exatamente, a ocorrência do inesperado, que quebra o processo histórico que tende a se tornar, ou mesmo *se transformar* (como ocorreu no totalitarismo), em um processo automático.

Essa transformação para se compreender a história, *necessariamente*, como um processo automático, no campo da política, foi possível no totalitarismo graças às ideologias (do racismo, na base do antissemitismo, e do comunismo), com (i) a sua pretensão de explicação total, mediante “a explanação total do passado, o conhecimento total do presente e a previsão segura do futuro”¹⁸⁴ (ARENDR, 1985, p. 470), (ii) a alteração da realidade, segundo a chave de compreensão total do mundo fornecida exclusivamente pela ideologia que anima o movimento totalitário, (iii) o uso de métodos de demonstração, mediante uma argumentação ideológica, segundo a qual “o pensamento ideológico arruma os fatos sob a forma de um processo absolutamente lógico, que se inicia a partir de uma premissa aceita axiomáticamente, tudo mais sendo deduzido dela”¹⁸⁵ (ARENDR, 1985, p. 471). Na conclusão de Arendt,

¹⁸² No original: “The miracle that saves the world, the realm of human affairs, from its normal, ‘natural’ ruin is ultimately the fact of natality, in which the faculty of action is ontologically rooted. It is, in other words, the birth of new men and the new beginning, the action they are capable of by virtue of being born”.

¹⁸³ No original: “interruptions of some natural series of events, of some automatic process, in whose context they constitute the wholly unexpected”.

¹⁸⁴ No original: “the total explanation of past, the total knowledge of the present, and the reliable prediction of the future”.

¹⁸⁵ No original: “ideological thinking orders facts into an absolutely logical procedure which starts from an axiomatically accepted premise, deducing everything else from it”.

o terror, portanto, como servo obediente do movimento natural ou histórico, tem de eliminar do processo não apenas a liberdade em todo sentido específico, mas a própria fonte da liberdade que está no nascimento do homem e na sua capacidade de começar de novo. Um cinturão de ferro do terror, que destrói a pluralidade dos homens e faz de todos aquele Um que invariavelmente agirá como se ele próprio fosse parte da corrente da história ou da natureza, encontrou-se um meio não apenas de libertar as forças históricas ou naturais, mas de imprimi-lhes uma velocidade que elas, por si mesmas, jamais atingiriam¹⁸⁶ (ARENDR, 1985, p. 466).

E é contra essa tendência que Arendt se dirige ao colocar, deliberadamente, a natalidade como categoria central do pensamento político, porque compreender o processo histórico como um processo automático, assim como os processos cósmicos ou naturais, resultaria na ruína da vida humana, precisamente pela condução do *ser* para o *não-ser*, do nascimento para a morte, aniquilando-se toda a liberdade de ação na vida política (ARENDR, 1961, p. 168). Afinal, acentua Arendt, “porque é um começo, o homem pode começar; ser humano e ser livre são uma única e mesma coisa. Deus criou o homem para introduzir no mundo a faculdade de começar: a liberdade”¹⁸⁷ (ARENDR, 1961, p. 167). Em *A condição humana* ela sentencia: “prossequindo na direção da morte, o período de vida do homem arrastaria inevitavelmente todas as coisas humanas para a ruína e a destruição, se não fosse a faculdade humana de interrompê-lo e iniciar algo novo”¹⁸⁸ (ARENDR, 1998, p. 246).

Enfim, todas essas considerações de Arendt sobre a ação, entendida como uma das atividades humanas fundamentais, que constitui a *vita activa*, sendo o modo de atuação dos homens na vida política, só fazem sentido por causa da condição humana da pluralidade, pela necessidade de se conceber, entre os próprios

¹⁸⁶ No original: “Terror, therefore, as the obedient servant of natural or historical movement has to eliminate from the process not only freedom in any specific sense, but the very source of freedom which is given with the fact of the birth of man and resides in his capacity to make a new beginning. In the iron band of terror, which destroys the plurality of men and makes out of many the One who unfailingly will act as though he himself were part of the course of history or nature, a device has been found not only to liberate the historical and natural forces, but to accelerate them to a speed they never would reach if left to themselves”.

¹⁸⁷ No original: “Because he *is* a beginning, man can begin; to be human and to be free are one and the same. God created man in order to introduce into the world the faculty of beginning: freedom”.

¹⁸⁸ No original: “The life span of man running toward death would inevitably carry everything human to ruin and destruction if it were not for the faculty of interrupting it and beginning something new”.

homens, os quais se renovam, singularmente, a cada nascimento, um modo específico de ação que possa fundar e preservar os corpos políticos.

Paralelamente às considerações de Arendt sobre a pluralidade como condição humana da ação está, sem dúvida, a sua compreensão sobre o que é o *poder* e a maneira como, através dele, se constitui a essência de toda a vida política. E nem é possível afirmar que um conceito (a condição humana da pluralidade) pressuponha o outro (poder), porque ambos se constituem reciprocamente no pensamento de Arendt.

Em *As origens do totalitarismo*, Arendt já havia diagnosticado que a essência do governo totalitário estava no isolamento na esfera política, que impede os homens de agirem: “os homens isolados são impotentes por definição”¹⁸⁹ (ARENDR, 1985, p. 474). Em *A condição humana*, há uma abordagem mais clara do conceito de poder, que gravita, justamente, em torno da ideia de que o poder equivale à capacidade humana de agir em conjunto: “enquanto o vigor é a qualidade natural de um indivíduo isolado, o poder passa a existir entre os homens quando eles agem juntos, e desaparece no momento em que eles se dispersam”¹⁹⁰ (ARENDR, 1998, p. 200), de tal maneira que “o único fator material indispensável para a geração do poder é a convivência entre os homens”¹⁹¹ e “sua única limitação é a existência de outras pessoas, limitação que não é acidental, pois o poder humano corresponde, antes de tudo, à condição humana da pluralidade”¹⁹² (ARENDR, 1998, p. 201).

Eis aí a intrínseca relação, no pensamento de Arendt, entre a condição humana da pluralidade e o poder, sendo que o seu grande mérito foi ter insistido que o poder não se confunde nem com o “vigor” (*strength*),¹⁹³ nem com a “força” (*force*),

¹⁸⁹ No original: “isolated men are powerless by definition”.

¹⁹⁰ No original: “while strength is the natural quality of an individual seen in isolation, power springs up between men when they act together and vanishes the moment they disperse”.

¹⁹¹ No original: “the only indispensable material factor in the generation of power is the living together of people”.

¹⁹² No original: “its only limitation is the existence of other people, but this limitation is not accidental, because human power corresponds to the condition of plurality to begin with”.

¹⁹³ Será adotada aqui a tradução de *strength* por “vigor”, como faz Theresa Calvet de Magalhães (Ação, linguagem e poder: uma releitura do Capítulo V [Action] da obra *The human condition*. In:

tampouco com a “autoridade” (*authority*) e muito menos com a “violência” (*violence*). O contraste entre esses conceitos foi feito em *Da violência*, obra publicada em 1970, na qual Arendt, após considerar “um reflexo triste do atual estágio da Ciência Política que nossa terminologia não faça distinção entre essas palavras chaves”¹⁹⁴ (ARENDR, 1970, p. 43), tratou de estabelecer essas distinções: o *vigor* é um atributo individual de cada homem, decorrente de seu caráter, que se manifesta com independência em relação a outras coisas ou pessoas; a *força*, por sua vez, embora seja comumente confundida com a violência, é vista como a energia que advém dos movimentos físicos ou sociais; a *autoridade* se baseia no reconhecimento, no respeito incondicional daqueles que obedecem, não necessitando de coação nem de persuasão; já a *violência*, embora se aproxime, do ponto de vista fenomenológico, com o *vigor*, tem caráter instrumental e sempre necessita de orientação e justificação pelos fins que persegue (ARENDR, 1970, p. 44-51); por último,

o *poder* corresponde à capacidade humana não somente de agir mas de agir de comum acordo. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e existe somente enquanto o grupo se conserva unido. Quando dizemos que alguém “está no poder”, queremos, na verdade, referir que está habilitado por um certo número de pessoas a atuar em nome delas. No momento em que o grupo do qual se originou a princípio o poder (*potestas in populo*, sem o povo ou um grupo não há poder), desaparecer, “seu poder”, some também¹⁹⁵ (ARENDR, 1970, p. 44).

Em *Da violência*, em nota de rodapé (ARENDR, 1970, p. 45, nota 66), Arendt faz remissão ao seu ensaio *O que é autoridade?*, publicado em *Entre o passado e o futuro* (ARENDR, 1961, p. 91-141), no qual já havia diferenciado *autoridade*, *poder*

CORREIA, Adriano (Org.). *Hannah Arendt e a condição humana*. Salvador: Quarteto Editora, 2006. p. 35-74), cabendo advertir sobre a dificuldade de se distinguir, no português, *strength* de *force*. Mas “vigor” se revela mais adequado do que “fortaleza”, termo utilizado na edição brasileira de *On violence* (ARENDR, Hannah. *Crises da república*. Trad. José Volkman. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 123), e do que “potência”, termo utilizado na edição espanhola (ARENDR, Hannah. *Sobre la violencia*. Trad. Guillermo Solana. Madrid: Alianza Editorial, 2005, p. 61).

¹⁹⁴ No original: “It is, I think, a rather sad reflection on the present state of political science that our terminology does not distinguish among such key words”.

¹⁹⁵ No original: “Power corresponds to the human ability not just to act but to act in concert. Power is never the property of an individual; it belongs to a group and remains in existence only so long as the group keeps together. When we say of somebody that he is ‘in power’ we actually refer to his being empowered by a certain number of people to act in their name. The moment the group, from which the power originated to begin with (*potestas in populo*, without a people or group there is no power), disappears, ‘his power’ also vanishes”.

e *violência*, indicando, também, que a autoridade, por sempre exigir obediência, exclui a utilização de meios externos de coerção, quais sejam, a coação pela força (que é a manifestação da violência) e a persuasão através de argumentos (que é a manifestação do poder) (ARENDR, 1961, p. 93).

A persuasão através de argumentos, que se constitui no modo de manifestação do poder, era praticada pelos gregos, cujo governo, na *pólis*, era firmado a partir do diálogo entre homens livres e não por meio da violência, o que era o traço que distinguia os cidadãos (homens livres, admitidos na *pólis*), de um lado, dos escravos (forçados ao trabalho doméstico, excluídos da *pólis*) e dos bárbaros (que governavam pela violência), de outro (ARENDR, 1961, p. 22-23; ARENDR, 1998, p. 26-27). Eis o legado dos gregos, onde Arendt foi buscar a essência de toda a vida política, asseverando que “a *pólis* grega foi outrora precisamente a ‘forma de governo’ que proporcionou aos homens, um espaço de aparecimentos onde pudessem agir, como uma espécie de teatro onde a liberdade podia aparecer”,¹⁹⁶ fazendo questão de esclarecer, então, que “empregar o termo ‘político’ no sentido da *pólis* grega não é nem arbitrário nem descabido”¹⁹⁷ (ARENDR, 1961, p. 154).

É recorrente, na obra de Arendt, o resgate da experiência grega na sua compreensão sobre a essência de toda a vida política, como espaço onde os homens aparecem e agem, através do discurso, exercendo o poder, como ela assinala em *A condição humana*:

O poder preserva a esfera pública e o espaço da aparência e, como tal, é também a força vital do artifício humano, que perderia sua suprema *raison d'être* se deixasse de ser o palco da ação e do discurso, da teia dos assuntos e relações humanos e das estórias por eles engendradas¹⁹⁸ (ARENDR, 1998, p. 204).

¹⁹⁶ No original: “The Greek polis once was precisely that ‘form of government’ which provided men with space of appearances where they could act, with a kind of theater where freedom could appear”.

¹⁹⁷ No original: “To use the word ‘political’ in the sense of the Greek polis is neither arbitrary nor far-fetched”.

¹⁹⁸ No original: “Power preserves the public realm and the space of appearance, and as such it is also the lifeblood of human artifice, which, unless is the scene of action and speech, of the web of human affairs and relationships and the stories engendered by them, lacks its ultimate *raison d'être*”.

Em *Entre o passado e o futuro*, no ensaio intitulado *O conceito de história – antigo e moderno* (ARENDT, 1961, p. 41-90), Arendt traça a origem da constituição da vida política, pelos gregos, através da preservação da História. Arendt inicia tratando do desejo de imortalidade que motivou Heródoto a preservar os feitos gloriosos dos homens, tanto dos gregos como dos bárbaros, por meio da palavra escrita, razão pela qual passou a ser considerado o pai da História Ocidental (ARENDT, 1961, p. 42). Ora, sendo a mortalidade um “mover-se ao longo de uma linha retilínea em um universo onde tudo, se é que se move, se move em um ordem cíclica”¹⁹⁹ (ARENDT, 1961, p. 42), a maneira encontrada pelos gregos para conferir imortalidade aos feitos humanos, principalmente às ações, realizadas por intermédio da *palavra falada (práxis)*, que não deixariam qualquer vestígio se não houvesse a recordação, foi a fabricação da *palavra escrita (poíesis)* (ARENDT, 1961, p. 44).

A solução, então, para lidar com esse paradoxo – “ser a grandeza compreendida em termos de permanência enquanto a grandeza humana era vista precisamente nas mais fúteis e menos duradouras atividades dos homens”²⁰⁰ (ARENDT, 1961, p. 46) – era poética, e “consistia na fama imortal que os poetas podiam conferir à palavra e aos feitos, de modo a fazê-los perdurar não somente além do fútil momento do discurso e da ação, mas até mesmo da vida mortal de seu agente”²⁰¹ (ARENDT, 1961, p. 46). Essa preocupação dos gregos com a preservação da grandeza dos feitos humanos decorre, justamente, da conexão entre natureza e História, unidas sob o amálgama da imortalidade, no sentido de que

a História acolhe em sua memória aqueles mortais que, através de feitos e palavras, se provaram dignos da natureza, e sua fama eterna significa que eles, em que pese sua mortalidade, podem permanecer na

¹⁹⁹ No original: “to move along a rectilinear line in a universe where everything, if it moves at all, moves in a cyclical order”.

²⁰⁰ No original: “that greatness was understood in terms of permanence while human greatness was seen in precisely the most futile and least lasting activities of men”.

²⁰¹ No original: “it consisted in the immortal fame which the poets could bestow upon word and deed to make them outlast not only the futile moment of speech and action but even the mortal life of their agent”.

companhia das coisas que duram para sempre²⁰² (ARENDR, 1961, p. 48).

Nessa tarefa de registrar a História, os gregos se acostumaram, pautados pela “imparcialidade” de Homero (que decidiu contar os feitos não somente dos gregos, mas também dos troianos, dos aqueus etc.) e a “objetividade” de Tucídides (que articulava as opiniões em conflito, a partir do diálogo dos cidadãos na *pólis*), a compreender o mundo de diversos ângulos, que projetavam, no debate público, argumentos distintos sobre uma mesma questão, dialogando através da “opinião” – “o modo como o mundo lhe parecia e se lhe abria (*dokeí moi*, ‘parece-me’, donde *dóksa*, ou ‘opinião’)”²⁰³ –, fazendo com que os gregos pudessem *compreender*, “não a compreender um ao outro como pessoas individuais, mas a olhar sobre o mesmo mundo do ponto de vista do outro, a ver o mesmo em aspectos bem diferentes e frequentemente opostos” (ARENDR, 1961, p. 51). Daí é que ela extrai que os gregos foram os primeiros a descobrir que a ação, embora seja absolutamente fútil, por não deixar um produto final, como a fabricação (ARENDR, 1961, p. 59), guarda pertinência com a História, uma vez que

a História, prolongando-se na dúlice infinitude do passado e do futuro, pode assegurar a imortalidade sobre a Terra de maneira muito semelhante àquela em que a *polis* grega ou a república romana haviam garantido que a vida e os feitos humanos, na medida em que desvelassem algo de essencial e grande, recebiam uma permanência estritamente humana e terrena neste mundo²⁰⁴ (ARENDR, 1961, p. 75).

Em *A condição humana*, Arendt identifica o conceito de política nas cidades-Estado nesse “espírito agonístico”, como “o apaixonado impulso de alguém para exibir seu si-mesmo ao medir-se com os outros”²⁰⁵ (ARENDR, 1998, p. 194). Mas

²⁰² No original: “History receives into its remembrance those mortals who through deed and word have proved themselves worthy of nature, and their everlasting fame means that they, despite their mortality, may remain in the company of the things that last forever”.

²⁰³ No original: “the way the world appeared and opened up to him (*dokeí moi*, ‘it appears to me,’ from which comes *dóksa*, or ‘opinion’”.

²⁰⁴ No original: “History, stretching into the twofold infinity of past and future, can guarantee immortality on earth in much the same way as Greek polis or the Roman republic had guaranteed by the human life and human deeds, insofar as they disclosed something essential and something great, would receive a strictly human and earthly presence in this world”.

²⁰⁵ No original: “agonal spirit, the passionate drive to show one’s self in measuring up against others”.

para que houvesse espaço para essa atividade política por excelência, era necessário, antes, que houvesse um lugar definido (a *pólis*), que era construído pelo legislador, através da *lex*. Para os gregos, a atividade legislativa não tinha um conteúdo político, sendo obra do *homo faber*, necessária para delimitar o espaço onde poderia se manifestar a ação: “o espaço era o domínio público da *pólis* e a estrutura era a sua lei”²⁰⁶ (ARENDDT, 1998, p. 194-195). Todas essas considerações deixam claro que Arendt toma, sim, a experiência grega para compreender a essência da vida política. Mas ela esclarece que

a rigor, a *pólis* não é a cidade-Estado em sua localização física; é a organização das pessoas tal como ela resulta do agir e falar em conjunto, e o seu verdadeiro espaço situa-se entre as pessoas que vivem juntas com tal propósito, não importa onde estejam²⁰⁷ (ARENDDT, 1998, p. 198).

Convém registrar, contudo, que Arendt também buscou na experiência romana subsídios para a compreensão da vida política, mesmo que isso não esteja tão evidente em sua obra, muito embora ela até tenha feito a afirmação de que os romanos tenham sido “talvez o povo mais político que conhecemos”²⁰⁸ (ARENDDT, 1998, p. 07). Segundo Jacques Taminiaux, Arendt foi de Atenas à Roma para buscar a faculdade de fazer promessas, no *pacta sunt servanda* do sistema legal romano, o que lhe permitiu resgatar a importância de se conferir à *lex* uma dimensão política, como resultado da ação realizada sob o influxo do poder de prometer (TAMINIAUX, 2000, p. 171-172).²⁰⁹

Na mesma linha, Theresa Calvet de Magalhães assevera que para Arendt a promessa é uma potencialidade inerente à própria ação (MAGALHÃES, 2005) e, também, Leonardo Avritzer, ao aprofundar essas questões na análise da inter-

²⁰⁶ No original: “the space being the public realm of the *polis* and its structure the law.”

²⁰⁷ No original: “The *polis*, properly speaking, is not the city-state in physical location; it is the organization of the people as it arises out of acting and speaking together, and its true space lies between people living together for this purpose, no matter where they happen to be”.

²⁰⁸ No original: “perhaps the most political people we have known”.

²⁰⁹ Taminiaux vai mais longe ao tratar dessa questão na obra de Arendt e chega mesmo a dizer que “a *polis* ateniense não tem em seu pensamento político o status de um paradigma” (no original: “the Athenian *polis* does not have in her political thought the status of a paradigm”) (Athens and Rome. In: VILLA, Dana (Org.). *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 165).

relação entre os conceitos de “ação”, “fundação” e “autoridade” na obra de Arendt (AVRITZER, 2006).

De fato, o encontro entre Atenas e Roma – mais especificamente, de suas especificidades na constituição da vida política – parece ter ocorrido, no pensamento de Arendt, em sua opinião sobre a Revolução Americana, analisada em *Da Revolução*, obra publicada em 1963. Para Arendt, o sucesso da Revolução Americana, em contraste com a Revolução Francesa, decorreu da concepção, afirmada na *praxis* revolucionária, de que “o poder nascia quando e onde o povo se unia entre si e se ligava por meio de compromissos, pactos e garantias mútuas” (ARENDR, 2001b, p. 224), o que para ela era a própria expressão da liberdade na vida política.

Na análise da Revolução Americana, Arendt trouxe (i) da experiência grega o governo pela persuasão, só possível se os homens estão libertos de suas necessidades e se unem não orientados pela utilidade nem dominados pela violência, mas, sim, pela busca da felicidade pública, que se esgota no ato de agir e só é possível na vida política; e (ii) da experiência romana resgatou a preocupação com o futuro, a requerer o estabelecimento de promessas que pudessem fortalecer o compromisso com a manutenção da liberdade constituída com a fundação da nova ordem.

Enfim, é através da ação, exercida por intermédio do discurso, que os homens (re)fundam e preservam os corpos políticos (a *pólis*), desde que criem, eles mesmos, condições para isso. A pluralidade se revela como a condição humana da ação porque é daí que surge o poder, concebido como a possibilidade de os homens, preservando suas diferenças individuais, entenderem-se reciprocamente como iguais na constituição e na preservação de uma vida política, que se afirma, assim, sobre uma *praxis* orientada pela persuasão, isenta de qualquer dominação, seja da necessidade, seja da violência, caracterizando o reino da liberdade por excelência.

3.1.2. Uma vez mais, um diálogo entre Hannah Arendt e Jürgen Habermas, agora na afirmação da legitimidade discursiva do Estado Democrático de Direito: a propósito de uma adequada compreensão sobre o sentido de democracia, Constituição e direitos fundamentais

Jürgen Habermas analisou o conceito de poder de Hannah Arendt em um trabalho publicado em 1976, intitulado *O conceito de poder em Hannah Arendt* (HABERMAS, 1993). Em tal trabalho, Habermas se refere ao “poder comunicativamente produzido”, segundo o conceito de Arendt, que se diferencia do conceito de poder em Max Weber e em Talcott Parsons, visto por eles como a realização da própria vontade, mesmo diante da resistência, traduzindo-se em uma violência exercida instrumentalmente (HABERMAS, 1993, p. 101-102).

Aplicando o conceito comunicativo de poder de Arendt, Habermas deixa claro que somente a manutenção de estruturas comunicativas que sejam isentas de uma dominação que se baseia na violência pode fazer surgir o poder legitimamente (HABERMAS, 1993, p. 106). Muito embora Habermas prefira o conceito de poder de Arendt, nesse sentido de que deve ser resultado de um entendimento recíproco entre os homens que agem em conjunto à base de uma ação comunicativa, portanto, isenta de violência, ele aponta, desde logo, as suas limitações no quadro apresentado por Arendt, porque vinculado à imagem da *pólis* grega, com o estabelecimento de rígidas dicotomias conceituais (entre o público e o privado, o Estado e a economia, a liberdade e o bem-estar, a atividade político-prática e a produção), inaplicáveis às sociedades modernas (HABERMAS, 1993, p. 109-110).

Para Habermas, Arendt, por ter confinado o seu horizonte de sentido à *pólis* grega, (i) deixou de fora da esfera política o sentido perlocutório (ou perlocucionário) do discurso, por não admitir a possibilidade de estratégias argumentativas no espaço público para a conquista e ampliação do poder, (ii) isolou a política das questões econômicas e sociais, (iii) não compreendeu as manifestações da violência estrutural (HABERMAS, 1993, p. 110-111).

Nessa linha, Habermas restringe o conceito de poder comunicativamente produzido à formação do poder legítimo, abrindo espaço, também, para a competição estratégica em torno do poder, que, segundo ele, justifica-se na medida em que “essa luta pelo poder político foi mesmo institucionalizada no Estado moderno, tornando-se, portanto, um elemento normal do sistema político” (HABERMAS, 1993, p. 112).

Habermas realmente concorda com Arendt quanto a entender que “o poder legítimo só se origina entre aqueles que formam convicções comuns num processo de comunicação não-coercitiva” (HABERMAS, 1993, p. 112), mas já esboça uma necessidade de se partir do conceito comunicativo de poder de Arendt para se justificar o fato de que “o poder legítimo autoriza os detentores das posições de dominação a tomarem decisões vinculantes” (HABERMAS, 1993, p. 113). Ele reconhece que os detentores dessas posições, mesmo assumindo uma inegável posição de vantagem na própria formação da vontade, não podem se valer de meios de coação ou de manipulação para aumentar o poder, o que, para Arendt, significa o uso da violência e não do poder (HABERMAS, 1993, p. 114). Isso porque o exercício do poder requer uma constante alimentação na gênese comunicativa do poder, porque os poderosos “precisam derivar seu poder dos produtores do poder” (HABERMAS, 1993, p. 115).

A grande dificuldade, segundo Habermas, é como lidar com as situações em que o poder é comunicativamente produzido à base de uma violência instrumental, que bloqueia os processos comunicativos segundo uma ilusão, patrocinada pelos detentores do poder, mediante o uso de uma ideologia, a qual não permite aos participantes tomarem consciência de si mesmos e de sua situação, tornando-os meros instrumentos manipuláveis na geração do poder – ainda que produzido comunicativamente –, cuja institucionalização é usada contra eles próprios, ao se manter a dominação dos detentores do poder (HABERMAS, 1993, p. 115-116).

Por isso, para dar uma versão realista ao poder comunicativamente produzido, é necessário lidar com um critério crítico que possa distinguir as “convicções ilusórias” das “convicções não-ilusórias”, o que, segundo Habermas, não é

possível para Arendt, que trabalha com a distinção, ultrapassada, entre “conhecimento” e “opinião”, que leva à sua incapacidade de “compreender o acordo sobre questões práticas como uma formação racional da vontade” (HABERMAS, 1993, p. 116). A solução de Arendt, ainda segundo Habermas, direcionou-se para a faculdade dos homens, no discurso e na ação, de fazerem promessas e a cumprirem, retrocedendo à tradição do direito natural, ao invés de manter o seu próprio conceito de *praxis* comunicativa (HABERMAS, 1993, p. 117).²¹⁰

Desde logo, convém ressaltar que algumas críticas feitas por Habermas à Arendt ou podem ser objetadas, por meio de uma compreensão adequada das ideias de Arendt, ou perderam consistência, diante das posições mais recentemente assumidas por Habermas. Por um lado, quanto à questão relativa à competição estratégica pelo poder, como assevera Maurizio Passerin d'Entrèves, tal assunto não foi objeto de preocupação de Arendt, que se ocupou de ressaltar que as instituições políticas deveriam derivar sua legitimidade “do poder de convicção comum atingido através de um processo de deliberação sem restrições”,²¹¹ razão pela qual “a distinção de Habermas entre aquisição e manutenção do poder político e sua geração através da ação comunicativa não afeta, no entanto, a validade dos argumentos de Arendt”²¹² (D'ENTRÈVES, 1994, p. 100).

Ademais, Arendt também questionou, assim como Habermas, os efeitos deletérios da utilização das ideologias no campo da política, indicando, como uma das novidades do totalitarismo, o uso da ideologia como “o motor da ação política, e isso no duplo sentido de determinar as ações políticas do governante e de

²¹⁰ João Maurício Adeodato também aborda as críticas de Habermas à Arendt, embora enfoque a questão sob um outro ponto de vista e sem ter tido acesso à posição mais recente dele (*O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 196-199).

²¹¹ No original: “from the power of common conviction attained through a process of unconstrained deliberation”.

²¹² No original: “Habermas’ distinction between the acquisition and maintenance of political power and its generation through communicative action does not affect, therefore, the validity of Arendt’s argument”.

tornar essas ações toleráveis para a população governada”²¹³ (ARENDR, 2005d, p. 349). As ideologias, segundo Arendt, “são sistemas explicativos da vida e do mundo que alegam explicar tudo, no passado e no futuro, sem maiores relações com a experiência concreta”²¹⁴ (ARENDR, 2005d, p. 349-350). Eis aí os seus enormes riscos para a vida política, na medida em que, se transformadas na *ratio* que move o governo, inclusive na competição estratégica para a ampliação do poder, ignoram a imprevisibilidade e a novidade inerente à ação realizada pelos homens, pelo fato da condição humana da pluralidade e da natalidade, como já mencionado.

Também por esse mesmo motivo, a pecha que Habermas pôs em Arendt de ter uma “inequívoca mentalidade elitista”, apresentando um “nexo *sui generis* entre a democracia participativa e as estruturas elitistas que ela considera necessárias” (HABERMAS, 1993, p. 108, nota 07), merece ser reconsiderada, à luz do esforço dela em descobrir as potencialidades inerentes à ação na fundação e na preservação dos corpos políticos, em decorrência da condição humana da pluralidade, com a possibilidade, reconhecida a cada homem, de iniciar algo de novo na vida política, como um milagre, trazendo em si uma semente revolucionária que se renova a cada nascimento. Embora Arendt não tenha se ocupado tão diretamente de uma teoria da democracia, Mariângela Nascimento ressalta que não há dúvidas de que as categorias com as quais trabalha, no âmbito da política, são essencialmente participativas (NASCIMENTO, 2008, p. 55).

É bem verdade que, em *Da revolução*, Arendt procurou articular a democracia participativa a partir do reconhecimento de uma elite política, que seria formada naturalmente pela exclusão da política daqueles que não estivessem interessados em tais assuntos, “pois que apenas aqueles que, como membros revolucionários de uma ‘república elementar’, demonstraram preocupar-se com o estado do

²¹³ No original: “the driving motor of political action, and this in the double sense that ideologies determine the political actions of the ruler and make these actions tolerable to the ruled population”.

²¹⁴ No original: “ideologies are systems of explanation of life and world that claim to explain everything, past and future, without further concurrence with actual experience”.

mundo teriam direito a ser ouvidos na condução dos assuntos da república” (ARENDR, 2001b, p. 344). Todavia, Arendt faz questão de deixar claro que “uma elite política não é de modo algum idêntica a uma elite social, cultural ou profissional” (ARENDR, 2001b, p. 344), sendo certo que tal “exclusão”, possibilitadora da formação da elite, longe de ser arbitrária, “viria de facto a dar substância e realidade a uma das mais importantes liberdades negativas que temos desfrutado desde o fim do velho mundo, isto é, a liberdade em relação à política” (ARENDR, 2001b, p. 344-345). Ou seja, a formação das elites na vida política não se trata de uma determinação a ser seguida, tampouco é estritamente necessária, revelando-se, na verdade, como uma decorrência da falta de interesse dos demais em assumirem sua posição como atores na condução dos assuntos políticos. Tanto que Arendt deixou bem clara essa questão na entrevista que concedeu a Adelbert Reif, publicada sob o título *Reflexões sobre política e revolução: um comentário*, no livro *Crises da república*, quando aduziu que “qualquer um que não esteja interessado em assuntos públicos terá simplesmente que se satisfazer com o fato de eles serem decididos sem ele. Mas deve ser dada a cada pessoa a oportunidade” (ARENDR, 2008, p. 201).

Por outro lado, além dessas objeções que podem ser feitas às críticas de Habermas, tendo-se o próprio pensamento de Arendt como norte, em *Facticidade e validade*, obra publicada em 1992, Habermas retomou o conceito de poder de Arendt, a partir das luzes da teoria do discurso, na reconstrução do Estado de Direito, e reconsiderou algumas de suas posições. Dois pontos merecem ser aqui abordados, na linha sugerida por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, ao considerar que “Habermas reconhece expressamente que a proposta de Arendt é diferente da construção do Jusracionalismo” e que é possível compreender o poder de prometer “como a expressão, por exemplo, do próprio sentido performativo do ato de fundação ou autoconstituição de uma nova sociedade política, bem como de sua renovação permanente” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 52, nota 34).

Realmente, Habermas se redimiou quanto à crítica feita à Arendt sobre ter regredido à tradição do direito natural e, com isso, recusado o seu conceito de

praxis comunicativa, para vislumbrar na figura do contrato “o núcleo normativo de uma equivalência entre o poder e a liberdade” (HABERMAS, 1993, p. 117). Em *Facticidade e validade*, ele reconhece que na tradição do direito natural a formação do poder se dá à base de uma ação violenta, na passagem do estado de natureza para o estado civil, que “se caracteriza porque as partes que concluem o contrato renunciam as liberdades que se baseiam na força física de cada um”,²¹⁵ de tal maneira que “o direito que surge da renúncia ao exercício da violência serve para a canalização de uma violência que se torna conceitualmente equiparada ao poder político”²¹⁶ (HABERMAS, 1998, p. 216). Essa não é, decisivamente, a proposta de Arendt, que tanto insistiu quanto à impossibilidade de o poder brotar da violência. Aliás, Arendt rejeitou expressamente esse “caótico ‘estado de natureza’”,²¹⁷ do qual “os homens só poderiam escapar se estabelecessem um governo que, por meio do monopólio do poder e da violência, abolisse a ‘guerra de todos contra todos’ por ‘mantê-los todos atemorizados’”,²¹⁸ o que, para ela, está em franco desacordo com o seu conceito de poder (ARENDR, 1998, p. 32).

Seja como for, o fato é que Habermas segue a linha de Arendt e procura dar um importante passo adiante: segundo ele, pelo conceito de poder comunicativo é possível compreender o surgimento do poder político, mas não o emprego do poder administrativo, que é o poder político já constituído, exercido na tomada de decisões coletivamente vinculantes (mediante as funções sancionatórias, organizativas e executivas), tampouco é possível explicar a luta por posições em torno do uso do poder administrativo (HABERMAS, 1998, p. 216-217). Essa proposta já havia sido lançada anteriormente, quando ele deixou assentado que “o conceito do político deve estender-se para abranger também a competição estratégica em torno do poder político e a aplicação do poder ao sistema político”

²¹⁵ No original: “se caracteriza porque las partes que concluyen el contrato renuncian a las libertades que se basan en la fuerza física de cada uno”.

²¹⁶ No original: “el derecho que surge de la renuncia al ejercicio de la violencia sirve a la canalización de una violencia que queda así conceptualmente equiparada a poder político”.

²¹⁷ No original: “the caotic ‘state of nature’”.

²¹⁸ No original: “men could escape only by establishing a government that, through a monopoly of power and violence, would abolish the ‘war of all against all’ by ‘keeping them all in awe’”.

(HABERMAS, 1993, p. 115), mas é em *Facticidade e validade* que Habermas a leva às últimas consequências, dentro do marco da teoria do discurso.

Arendt deu importância, efetivamente, à origem do poder, no ato inicial do agir em conjunto, ao deixar claro que “o poder brota onde quer que as pessoas estejam juntas e ajam em conjunto, mas obtém sua legitimidade mais do ato inicial de unir-se do que de outras ações que possam seguir”²¹⁹ (ARENDR, 1970, p. 52). Para Arendt, o poder requer legitimidade, que se fundamenta no passado, nesse ato inicial do agir em conjunto, ao passo que a violência, embora possa ser justificada – relacionando-se com um fim que está no futuro –, jamais pode ser legítima (ARENDR, 1970, p. 52). A preocupação de Arendt, ao insistir sobre o aspecto comunicativo do poder, está em evidenciar que “o poder está realmente na essência de todo o governo, mas a violência não”²²⁰ (ARENDR, 1970, p. 51), e sua grande contribuição foi deixar claro que “a violência sempre pode destruir o poder; do cano de um fuzil nasce a ordem mais eficiente, resultando na mais perfeita e instantânea obediência. O que nunca pode nascer daí é o poder”²²¹ (ARENDR, 1970, p. 53).

Em *Facticidade e validade*, Habermas traz novamente à tona essa consideração sobre a formação do poder legítimo, produzido comunicativamente, para deixar bem claro que “tal poder comunicativo só pode se formar nos espaços públicos não deformados e só pode surgir a partir das estruturas de intersubjetividade não prejudicadas por uma comunicação não distorcida” (HABERMAS, 1998, p. 215).²²² Ele trata aí da importância de se aferir a legitimidade no surgimento do poder, seguindo Arendt, mas se propõe a buscar a legitimidade do poder não apenas nesse ato inicial do agir em conjunto, mas, também, no momento posterior, quando o poder, gerado comunicativamente (o poder político), constitui

²¹⁹ No original: “Power springs up whenever people get together and act in concert, but it derives its legitimacy from the initial getting together rather than from any action that then may follow”.

²²⁰ No original: “Power is indeed of the essence of all government, but violence is not”.

²²¹ No original: “Violence can always destroy power; out of barrel of a gun grows the most effective command, resulting in the most instant and perfect obedience. What never grown up out of it is power”.

²²² No original: “Tal poder comunicativo sólo puede formarse en los espacios públicos no deformados y sólo puede surgir a partir de las estructuras de intersubjetividad no menoscabada de una comunicación no distorsionada”.

o poder que implementará as decisões através dele tomadas (o poder administrativo).

Com efeito, retomando o que já havia dito em 1976 (HABERMAS, 1993, p. 115), Habermas assevera que “a política não pode coincidir com a prática daqueles que falam entre si para atuar de forma politicamente autônoma”,²²³ reiterando que “o conceito de política abarca *também* o emprego do poder administrativo no sistema político e a competição para acesso a ele”²²⁴ (HABERMAS, 1998, p. 217). Ele, então, concebe o direito como um *medium* que transforma o poder comunicativo em poder administrativo (HABERMAS, 1998, p. 217) e com isso pretende apresentar as bases para a legitimação discursiva do Estado Democrático de Direito, amparado no direito formado legitimamente, com a capacidade de interditar, na geração comunicativa do poder, as interferências do poder social, isto é, “da capacidade fática que os interesses privilegiados têm de se impor”²²⁵ (HABERMAS, 1998, p. 218). Na verdade, essas interferências do poder social poderiam impedir “o estabelecimento comum e democrático do Direito por parte de cidadãos legitimados para participar desse processo como cidadãos livres e iguais”, ao deformar os processos de “formação discursiva da opinião e da vontade”, mediante o “uso público da razão”, como ele deixa claro na discussão que empreendeu com John Rawls sobre o liberalismo político (HABERMAS, 2004a, p. 91).

E daí é que pode ser compreendida a legitimidade discursiva do Estado Democrático de Direito, escorada no reconhecimento dos direitos de participação política, que permitem a formação pública da opinião e da vontade sob as luzes do princípio do discurso, em um duplo aspecto, (i) no “sentido cognitivo”, realizado em um procedimento democrático que assegura uma presunção de aceitabilidade racional dos resultados alcançados, e (ii) no “sentido prático”, manifestado mediante um entendimento externado a partir dos processos comunicativos,

²²³ No original: “La política no puede coincidir ya en conjunto con la práctica de aquellos que hablan entre sí para actuar de forma politicamente autónoma”.

²²⁴ No original: “el concepto de lo político abarca *también* el empleo de poder administrativo en, y la competencia por el acceso a, el sistema político”.

²²⁵ No original: “de la fática capacidad de imponerse que tienen los intereses privilegiados”.

isentos de violência, como sugere Arendt. Assim, conclui Habermas que “o *entrelaçamento da produção discursiva do direito com a formação comunicativa do poder* se explica, em última instância, porque na ação comunicativa as razões constituem também motivos”²²⁶ (HABERMAS, 1998, p. 218).

Para Arendt, como já mencionado, a ação e o discurso são intimamente relacionados e é por intermédio deles que os homens revelam quem são e aparecem no mundo (ARENDR, 1998, p. 179). Mas para ela, “do ponto de vista da motivação, a ação parece ser o menos interessante e o mais fútil de todos os objetivos humanos”²²⁷ (ARENDR, 1961, p. 84). Essa observação é feita para ressaltar a futilidade que marca a ação, em contraste com a necessidade do trabalho realizado pelo *animal laborans* e a utilidade da obra do *homo faber*, e é reiterada no contexto da inaplicabilidade do “teste da causalidade” no âmbito dos assuntos humanos – naquela noção de “previsibilidade do efeito se todas as causas forem conhecidas”²²⁸ (ARENDR, 1961, p. 144) –, porque

não estamos capacitados a chegar algum dia a sequer conhecer todas as causas que entram em jogo, e isso, em parte, pelo simples número de fatores implicados, mas também porque os motivos humanos, distintamente das forças da natureza, ainda são ocultos de todos os observadores, tanto da inspeção pelo nosso próximo como da introspecção²²⁹ (ARENDR, 1961, p. 144).

As considerações de Arendt têm lugar na moldura oferecida pela “razão pura” e pela “razão prática” de Kant, da qual ela procura partir ao considerar que o problema da liberdade não se situa no campo do pensamento, nem no campo da vontade, mas, sim, na *praxis*, porque “a *raison d’être* da política é a liberdade, e seu domínio de experiência é a ação”²³⁰ (ARENDR, 1961, p. 146). Em *A condição*

²²⁶ No original: “El *entrelazamiento de producción discursiva del derecho y formación comunicativa del poder* se explica, en última instancia, porque en la acción comunicativa las razones constituyen también motivos”.

²²⁷ No original: “From the point of view of motivation, action appears to be the least interesting and most futile of all human pursuits”.

²²⁸ No original: “the predictability of effect if all causes are known”.

²²⁹ No original: “we are in no position ever to know all causes which come into play, and this partly because of the sheer number of factor involved, but also because human motives, as distinguished from natural forces, are still hidden from all onlookers, from inspection by our fellow men as well as from introspective”.

²³⁰ No original: “The *raison d’être* of politics is freedom, and its field of experience is action”.

humana ela também insiste que “a grandeza, portanto, ou o significado de cada ato, só pode residir no próprio cometimento, e não em sua motivação ou em seu resultado”,²³¹ fazendo referência à ação como “um fim em si mesmo”²³² (ARENDR, 1998, p. 206), mas que empresta durabilidade à vida política na medida em que se funda no “poder de perdoar” (para haver uma *reconciliação* com o passado) e no “poder de prometer” (para haver um *compromisso* com o futuro) (ARENDR, 1998, p. 236-247), como já mencionado.

A proposta de Habermas é outra e se situa no âmbito da razão comunicativa, que se distingue da razão prática pelo *medium* da linguagem, sem oferecer modelos para a ação, pois funciona, ao mesmo tempo, como condição possibilitadora e limitadora do entendimento e se alimenta da tensão entre facticidade e validade no interior da linguagem (HABERMAS, 1998, p. 65-66). Em *O que é a pragmática universal?*, Habermas trata dos pressupostos gerais da ação comunicativa, cujo objetivo é conseguir um entendimento entre os interlocutores que agem comunicativamente, o que exige um compartilhamento do conhecimento, aduzindo que “qualquer pessoa que aja segundo uma atitude comunicativa deve, ao efectuar qualquer tipo de acto de fala, apresentar pretensões de validade universal e supor que estas possam ser defendidas” (HABERMAS, 1996, p. 12).

Quer dizer, o exercício do poder segundo uma ação comunicativa serve para não se concebê-lo simplesmente como uma *praxis* que dispensa motivação – como se a ação fosse “um fim em si mesmo” –, porque traz em si embutida uma pretensão de validade universal, indispensável ao entendimento recíproco entre os homens que, juntos, pretendam estabelecer um consenso racional.

Manfredo Araújo de Oliveira adverte que a teoria da ação comunicativa, em Habermas, deve ser entendida como um aprofundamento da pragmática universal, ao estabelecer um diálogo entre a filosofia analítica a filosofia hermenêutica (OLIVEIRA, 2006, p. 334), sendo mesmo um resultado da

²³¹ No original: “Greatness, therefore, or the specific meaning of each deed, can lie only in the performance itself and neither in its motivation nor its achievement”.

²³² No original: “end in itself”.

“reviravolta lingüístico-pragmática da filosofia contemporânea” (OLIVEIRA, 2006, p. 338). Maurizio Passerin D’Entrèves acentua que o objetivo de Habermas é “completar o projeto do iluminismo, no sentido de reconciliar as partes deterioradas da modernidade e de preservar as experiências de intersubjetividades não distorcidas”²³³ (D’ENTRÈVES, 1994, p. 27), o que, para Theresa Calvet de Magalhães, significa que “o seu objetivo [de Habermas], então, é elaborar uma teoria da verdade que é inerentemente *pragmática* e que mantém, no entanto, a ideia de uma pretensão de verdade incondicional”²³⁴ (MAGALHÃES, 2003, p. 215).

Assim, embora Habermas parta do conceito de poder comunicativamente produzido de Arendt, oferece um tratamento bem distinto para ele, ao desenraizá-lo simplesmente da *praxis* para concebê-lo no âmbito de uma racionalidade comunicativa. Essa diferença de compreensão é importante porque situa a legitimidade do Estado Democrático de Direito, constituído pelo direito legitimamente gerado através do poder comunicativo, em uma justificação racional obtida na teoria do discurso:

A teoria discursiva do direito explica a legitimidade do direito com o auxílio de processos e pressupostos da comunicação – que são institucionalizados juridicamente – os quais permitem levantar a suposição de que os processos de criação e de aplicação do direito levam a resultados racionais²³⁵ (HABERMAS, 1998, p. 497).

Os “resultados racionais” a que se refere Habermas convergem, principalmente, para a possibilidade de se justificar racionalmente o Estado Democrático de Direito como o projeto de uma associação de cidadãos politicamente autônomos (HABERMAS, 1998, p. 256), isto é, que “só obedeçam as leis que eles mesmos se tenham dado conforme as convicções a que intersubjetivamente tenham

²³³ No original: “to complete the project of the Enlightenment, in the sense of reconciling the decayed parts of modernity and preserving the experiences of undistorted intersubjectivity”.

²³⁴ No original: “His aim [Habermas’s aim], then, is to work out a theory of truth that is inherently *pragmatic* yet retains the idea of an unconditional truth claim”.

²³⁵ No original: “La teoría discursiva del derecho explica la legitimidad del derecho con ayuda de procedimientos y pressupuestos comunicativos – institucionalizados a su vez jurídicamente – que fundan la presunción de que los procesos de producción del derecho y aplicación del derecho conducen a resultados racionales”.

chegado”²³⁶ (HABERMAS, 1988, p. 532), o que constitui o “núcleo dogmático” em torno do qual gravitam todos os seus esforços teóricos.

Em suma, trata-se de permitir que os fundamentos do Estado Democrático de Direito possam ser explicados como um verdadeiro “resultado de processos deliberativos e decisórios que os fundadores iniciaram com a intenção de criar uma associação autônoma de participantes do direito, livres e iguais” (HABERMAS, 2003b, p. 162), como ele esclarece no sugestivo ensaio *O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?*. Para Habermas, o Estado Democrático de Direito somente se realiza com uma democracia radical (HABERMAS, 1998, p. 61), ou seja, se as pessoas puderem se entender, ao mesmo tempo, como autoras e destinatárias das normas jurídicas que regem as suas próprias vidas, no desenvolvimento de uma comunidade política em que, reciprocamente, reconheçam-se como sujeitos de direito livres e iguais (HABERMAS, 1998, p. 184-197; HABERMAS, 2001, p. 148-149; HABERMAS, 2003b, p. 172-173; HABERMAS, 2004a, p. 91; HABERMAS, 2004c, p. 301-302).

Habermas, retomando a divisão clássica dos poderes, que se explica pela diferenciação das funções do Estado (HABERMAS, 1998, p. 255), oferece uma nova compreensão do princípio da separação dos poderes, cuja lógica “somente se explica porque a separação funcional assegura a primazia da legislação democrática e a vinculação do poder administrativo ao poder comunicativo”²³⁷ (HABERMAS, 1998, p. 256). Ele aponta a necessidade de haver uma “retroalimentação” do poder administrativo no poder comunicativo, mediada pelo direito, através de uma divisão funcional de poderes (HABERMAS, 1998, p. 257), deixando claro que “no Estado democrático de direito a legislação política é considerada a função central”²³⁸ (HABERMAS, 1998, p. 265).

²³⁶ No original: “solo obedezcan a leyes que ellos mismos se hayan dado conforme a las convicciones a que intersubjetivamente hayan llegado”.

²³⁷ No original: “sólo se explica porque la separación funcional asegura a la vez la primacía de la legislación democrática y la vinculación del poder administrativo al poder comunicativo”.

²³⁸ No original: “En el Estado democrático de derecho la legislación política se considera la función central”.

Essa retroalimentação do poder administrativo no poder comunicativo opera à base de uma tensão: é o poder comunicativo que origina o poder administrativo em todas as suas manifestações (legislação, administração e jurisdição), sendo que uma delas (a legislação), pelo *medium* do direito, será o *locus* para a manifestação institucionalizada do poder comunicativo, respaldado no princípio da soberania popular e resguardado pela proteção oferecida pelos direitos fundamentais.

Trata-se de conceber “uma forma de organização do poder público que força o poder político, constituído conforme o direito, a se legitimar pelo direito legitimamente estabelecido”²³⁹ (HABERMAS, 1998, p. 237), que revela “o paradoxo surgimento da legitimidade a partir da legalidade”²⁴⁰ (HABERMAS, 1998, p. 148). Para isso, o princípio da soberania popular precisa ser garantido pela manutenção de espaços públicos onde seja possível a formação discursiva da opinião e da vontade, razão pela qual tais espaços precisam ser protegidos por direitos fundamentais (HABERMAS, 1998, p. 238-239). É por isso que no ensaio *Acerca da legitimação com base nos direitos humanos* Habermas esclarece que

o princípio da soberania popular fixa um procedimento que fundamenta a expectativa de resultados legítimos com base nas suas qualidades democráticas. Esse princípio expressa-se nos direitos à comunicação e à participação que assegurem a autonomia pública do cidadão. Em contrapartida, aqueles direitos humanos clássicos – que garantem aos cidadãos da sociedade a vida e a liberdade privada, a saber, âmbitos de ação para seguirem seus planos de vida pessoais – fundamentam uma soberania das leis legítimas a partir de si mesma (HABERMAS, 2001, p. 146).

A Constituição, nesse cenário, figura como o repositório dos direitos fundamentais, assumida como tal no ato de fundação da comunidade política, quando os cidadãos decidem quais direitos fundamentais se outorgarão, reciprocamente, para regulamentarem sua vida em comum por meio do direito positivo gerado democraticamente (HABERMAS, 2001, p. 147). Nessa linha, a Constituição deve mesmo assumir um caráter procedimental, pelo fato de fixar “os

²³⁹ No original: “una organización del poder público que fuerce a su vez la dominación política articulada en forma de derecho a legitimarse recurriendo al derecho legitimamente establecido”.

²⁴⁰ No original: “el paradójico surgimiento de la legitimidad a partir de la legalidad”.

procedimentos políticos conforme os quais os cidadãos, exercendo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente e com perspectivas de êxito o projeto de estabelecer formas justas de vida”²⁴¹ (HABERMAS, 1998, p. 336).

Isso não significa, contudo, que o sentido da Constituição seja estático no tempo, imune a possibilidades legítimas de alterações do seu significado. Pelo contrário, cumpre reconhecer o sentido performativo da Constituição, que pode tanto se referir criticamente às decisões passadas, como assumir essas posições para criticar a realidade atual, uma vez que “todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da constituição” (HABERMAS, 2003b, p. 165). Vale dizer, o sentido atribuído ao texto constitucional pode – e deve – ser objeto de reconstruções permanentes, sendo evidente, no entanto, que essa tarefa não pode ser exercida de maneira voluntarista, como se fosse possível alterar livremente o sentido da Constituição sem qualquer tipo de vinculação às decisões do passado, na fundação da comunidade política. Uma fundamentação consistente, no plano de uma justificação racional, sempre deve ser exigida para tais reconstruções do sentido da Constituição.

Democracia e Constituição, a bem da verdade, nos dizeres de Menelick de Carvalho Netto, revelam uma “relação reciprocamente constitutiva” (CARVALHO NETTO, 2009, p. 401), no sentido de que um conceito necessita do outro para existir e se afirmar como tal, sob pena de, se mantidos em isolamento, perderem a face mais rica de sua própria identidade, convertendo-se em instrumento daquilo a que, a princípio, pretendiam se opor. Trata-se de se reconhecer “a impossibilidade democrática do constitucionalismo autoritário e a inviabilidade constitucional da democracia totalitária” (CARVALHO NETTO, 2009, p. 401), pois a Constituição e a democracia assumem o papel de ser, uma em relação a outra, uma autêntica “condição de possibilidade” (CARVALHO NETTO, 2009, p. 409). Quando se estabelece, na relação de convivência entre democracia e

²⁴¹ No original: “los procedimientos políticos conforme a los que los ciudadanos, ejercitando cooperativamente y con perspectivas de êxito el proyecto de establecer formas justas de vida”.

Constituição, que uma é condição de possibilidade da outra, o que se pretende deixar claro é que a democracia, como regime político, somente se sustenta se tiver por suporte uma Constituição que, sendo o repositório de direitos fundamentais que servem de base para o desenvolvimento de um regime democrático, seja compreendida de modo a permitir reconstruções permanentes de sua própria identidade.²⁴²

Portanto, a legitimidade discursiva do Estado Democrático de Direito se apóia, simultaneamente, na soberania popular e nos direitos humanos, compreendidos sob a ótica de uma razão comunicativa que pretende lidar com os desafios da contemporaneidade, diante do progressivo aumento da complexidade da vida em sociedade, a exigir que seja possível fundamentar o direito e dele extrair “imperativos de orientação normativa para um modo racional de vida”²⁴³ para além de uma razão prática, cujo conteúdo não pode mais se fundamentar nem em uma teologia da história, nem na constituição natural do homem, tampouco recorrer às tradições bem-sucedidas (HABERMAS, 1998, p. 64-65).

Esse projeto compreende uma tentativa de racionalização do ordenamento jurídico que leve à realização da democracia. Não se trata daquela “racionalidade mítica” da modernidade, senhora soberana e absoluta de si mesma, mas, sim, da racionalidade como um “projeto inacabado da modernidade”, isto é, “o saber que se sabe limitado, que não se julga absoluto, que tem que expor a fundamentação tudo o que afirma” (CARVALHO NETTO, 2003b, p. 23). Enfim, trata-se de relacionar

o saber técnico relativo à melhor organização e redação das leis e um regime político da vida cotidiana concreta, em que imperem a opinião e a vontade públicas formadas sobre a base pluralística do respeito à opinião e à vontade de cada um dos afetados pelas decisões concernentes à sua vida em comum (CARVALHO NETTO, 2003b, p. 13).

²⁴² Michel Rosenfeld, nesse sentido, com subsídios das teorias psicanalíticas do sujeito de Sigmund Freud e Jacques Lacan e da teoria filosófica do sujeito de Hegel, propõe uma interessante maneira de se compreender a duradoura, e eternamente interminável, tarefa de reconstrução da identidade do sujeito constitucional (*A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003).

²⁴³ No original: “imperativos de orientación normativa para un modo racional de vida”.

Nessa racionalização, o que se pretende ressaltar aqui é que tanto em Arendt quanto em Habermas a pluralidade dos homens é tomada como a condição humana que está na base de toda a política e de todo o direito. Daí porque é necessária a ação realizada entre os homens, politicamente, para se institucionalizar, juridicamente, as condições para o viver junto, em um ambiente de reciprocidade de reconhecimento, no qual todos se considerem política e juridicamente livres e iguais, mesmo diante das assimetrias existentes entre eles, assimetrias essas que podem e devem ser também levadas em conta nos discursos políticos e jurídicos, sendo alvo de uma constante pretensão de correção, sem, contudo, aniquilar-se a singularidade de cada um no seu modo de ser e de compreender o mundo.

Não haveria essa necessidade se, dentro da perspectiva teórica desenvolvida por ambos, não estivesse um radical reconhecimento da singularidade que representa cada homem no momento em que aparece no mundo, sendo portador de uma individualidade única que lhe habilita a atuar na (re)construção do mundo, para fazer dele a sua casa, *com a e na* presença dos demais, nesse ambiente de riquíssima pluralidade. Eis um projeto consistente de democracia constitucional e de efetivação dos direitos fundamentais, no contexto de uma radicalização da democracia.

É a partir dessa compreensão acerca da existência humana no mundo que será realizada, no próximo e último capítulo deste trabalho, a análise sobre a (i)legitimidade das escolhas de tratamento discriminatórias feitas arbitrariamente pelas pessoas em suas relações privadas, discutindo-se os pressupostos jurídicos e pragmáticos subjacentes a casos que evidenciam os dilemas relacionados à discriminação no acesso de pessoas a locais privados, na liberdade de associação e na liberdade de religião.

4. LIBERDADE E DISCRIMINAÇÃO NO DOMÍNIO PRIVADO

4.1. A (I)LEGITIMIDADE DAS ESCOLHAS DE TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIAS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A afirmação da condição humana da pluralidade, na base da legitimidade discursiva do Estado Democrático de Direito, constitui uma verdadeira celebração do direito à igualdade e do direito à diferença. Iguais e diferentes, as pessoas têm reconhecido o direito de aparecerem em um mundo comum com uma igualdade de respeito quanto às suas diferenças. E no campo das diferenças, ganha destaque o modo de ser e de compreender o mundo que cada pessoa tem, caracterizando sua singularidade também sob esse ponto de vista, que é infindável em decorrência da própria condição humana da pluralidade.

Por isso, no Estado Democrático de Direito, é necessário reservar um espaço de livre conformação para que as pessoas possam se afirmar como diferentes, inclusive por preferências que, ainda que arbitrárias (irracionalis e imotivadas, nesse sentido), constituem o seu modo específico de ser e de compreender o mundo. A dimensão arbitrária que envolve o exercício da liberdade, aqui referida, revela essa faceta das pessoas, que têm preferências irracionais e imotivadas, cujas manifestações são inerentes à sua própria condição humana e devem, por isso, ser toleradas, já que as emoções, as paixões, os sentimentos, a fé, enfim, a irracionalidade é, também, constitutiva do ser humano no seu modo de ser e de compreender o mundo.

Nesse sentido, o espaço de livre conformação para que as pessoas possam se afirmar como diferentes, segundo preferências arbitrárias, só pode se situar no domínio privado, uma vez que as pessoas aí não necessitam justificar racionalmente todas as suas escolhas, porque não se trata do compartilhamento de um espaço comum no mundo, mas, sim, da exclusividade de se ter um espaço privado no mundo, que pode até mesmo ser compartilhado com outras pessoas que também estejam de acordo com essas mesmas preferências arbitrárias. A irracionalidade, portanto, é constitutiva do domínio privado, embora não se trate

de um imperativo para a conformação da vida privada, pois as pessoas são livres para se guiar no mundo, também em sua vida privada, justificando racionalmente suas escolhas.

A bem da verdade, a irracionalidade do domínio privado pode até adentrar no domínio público – e isso ocorre normalmente –, quando as pessoas aparecem, umas para as outras, exibindo sua singularidade em um mundo comum, desde que, com base em suas preferências arbitrárias, não pretendam se impor sobre as demais, tampouco impedir que as preferências arbitrárias das outras pessoas sejam também admitidas no domínio público. Trata-se talvez da face mais rica da condição humana da pluralidade, que, se preservada, permite a diversidade entre as pessoas, pela igualdade no respeito às suas diferenças.

É por isso que, ao contrário do que ocorre no domínio privado, a racionalidade é constitutiva do domínio público, ao permitir a convivência das pessoas em um mundo comum onde umas aparecem para as outras mesmo sendo singularmente diferentes entre si e sem que tenham que compartilhar a mesma visão de mundo, os mesmos valores, as mesmas crenças, as mesmas preferências. Do ponto de vista da razão, as pessoas só são iguais porque são diferentes e só são livres na medida em se respeitam igualmente em suas diferenças. E isso porque se sujeitam apenas aos imperativos racionais que legitimam a criação e a aplicação do direito positivo, para regular sua vida em um mundo comum, não devendo obediência a nenhuma autoridade previamente dada, oriunda seja da tradição, seja da religião, seja, ainda, de qualquer outra ordem justificada de maneira transcendental.

Essa exigência de racionalidade no domínio público é requerida para se justificar racionalmente o tratamento dado aos assuntos humanos, por determinar a maneira como se realiza o compartilhamento do mundo comum. No domínio público, as pessoas precisam, por assim dizer, *suspender* suas preferências arbitrárias, a fim de que seja possível um entendimento baseado na razão (consenso racional), diante da inviabilidade democrática, nas sociedades contemporâneas, de se exigir um compartilhamento dessas mesmas preferências

arbitrárias para que haja um entendimento. Afinal, tais preferências, precisamente porque são arbitrárias, podem ser tantas quantas forem as pessoas que se puserem nesse processo em busca de um entendimento.

Assim é que na criação e na aplicação do direito se exige, como critério de legitimação discursiva, que as decisões, no âmbito da legislação, da administração e da jurisdição, sejam tomadas em processos de formação discursiva da opinião e da vontade, isto é, nos discursos tanto de justificação quanto de aplicação das normas jurídicas, em que as decisões precisam ser justificadas racionalmente, no plano de uma fundamentação consistente. Em outras palavras, nem o legislador, nem o administrador, nem o juiz podem se guiar por preferências arbitrárias na tarefa que lhes é incumbida, pela comunidade concreta, de criação e de aplicação do direito, sendo seus atos fiscalizados nos canais de livre formação da opinião pública, articulados pela sociedade civil, a quem cabe, em última instância, naquele espaço ocupado publicamente – a esfera social situada no domínio público –, considerar a (i)legitimidade das decisões tomadas pelos poderes públicos e, se for o caso, agir para detê-las.

Além disso, as relações estabelecidas pelas pessoas no domínio privado, dependendo de sua forma e de seu conteúdo, podem ostentar uma dimensão pública, quando, então, serão exigidas justificativas racionais para que possam se apresentar como legítimas. Essa dimensão pública das relações privadas deixa claro que o domínio privado não é um lugar imune a qualquer controle, uma vez que (i) questões privadas (surgidas na esfera da privacidade ou na esfera social) podem, sim, se transformar em questões públicas, tornando-se visíveis no domínio público, podendo vir a ser discutidas livremente nos canais de formação de opinião pública, assumindo uma dimensão política que poderá reverberar na esfera política em sentido estrito, onde poderão até mesmo vir a ser admitidas, do que poderá resultar em uma regulação normativa; (ii) mesmo não tendo qualquer dimensão política, uma questão privada pode, sim, vir a ser problematizada no âmbito da jurisdição, quando houver a alegação de violação de direitos fundamentais, onde será inevitável aferir a (i)legitimidade do que houve no domínio privado.

Assim, o que se quer deixar claro é que existe uma dimensão arbitrária que envolve o exercício da liberdade no domínio privado e que merece ser considerada no Estado Democrático de Direito, a fim de que seja possível analisar a (i) legitimidade das escolhas de tratamento discriminatórias feitas arbitrariamente pelas pessoas em suas relações privadas. Serão retomados aqui, com uma ampla liberdade de interpretação, alguns exemplos de Hannah Arendt em *Reflexões sobre Little Rock*, já referidos anteriormente,²⁴⁴ além de outros casos ocorridos que revelam, concretamente, os dilemas relacionados à discriminação no acesso de pessoas a locais privados, na liberdade de associação e na liberdade de religião, que são as três expressões da liberdade escolhidas neste trabalho para se empreender a análise sobre as escolhas de tratamento discriminatórias nas relações privadas.

4.1.1. Discriminação no acesso de pessoas a locais privados

Na medida em que a Constituição de 1988 protege a intimidade e a vida privada (artigo 5.º, inciso X), assegura a inviolabilidade do domicílio (artigo 5.º, inciso XI) e garante a propriedade privada (artigo 5.º, inciso XXII), é inevitável reconhecer uma liberdade das pessoas em (i) escolherem quem participará de sua intimidade e de sua privacidade, (ii) admitirem somente quem quiserem no âmbito de sua casa (e de todos aqueles locais ocupados com privacidade) e (iii) determinarem, com base em seus próprios critérios, quem pode frequentar os locais privados que lhes pertencem.

O exercício dessa liberdade envolve, então, preferências arbitrárias, pois sem elas não haveria qualquer sentido em se resguardar esse espaço para a conformação da liberdade na privacidade. Trata-se, por isso mesmo, de escolhas de tratamento entre as pessoas que podem ser realizadas arbitrariamente, como uma expressão da maneira que cada pessoa tem de ser e de compreender o

²⁴⁴ No item 2.1.1.

mundo. O resultado disso são escolhas de tratamento discriminatórias no acesso de pessoas a locais privados que, mesmo arbitrárias, são, a princípio, legítimas.

Mas mesmo nesse âmbito mais restrito da privacidade dos locais privados, é possível que as relações privadas possam ostentar alguma dimensão pública, como pode ocorrer, por exemplo, nas relações de trabalho firmadas com os empregados domésticos. O trabalho, que algum dia já esteve relacionado exclusivamente às preocupações do âmbito do domínio privado, adquiriu uma importância pública, que tolhe a possibilidade de se admitir a prática de discriminações no estabelecimento das relações de trabalho entre empregador e empregado, salvo se puderem ser justificadas racionalmente. A Constituição de 1988 declara que o trabalho é um direito fundamental (artigo 6.º) e proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (artigo 7.º, inciso XXX), bem como qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (artigo 7.º, inciso XXXI).

Para ilustrar essa questão, vale mencionar o caso Simone André Diniz (Caso n.º 12.001), que tramitou na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e teve o Brasil como Estado denunciado. A denúncia foi admitida em 2002 (Relatório de Admissibilidade n.º 37/02), apreciada em 2004 (Relatório de Mérito n.º 83/04), quando foram feitas uma série de recomendações ao Estado brasileiro, considerado responsável pela violação dos direitos humanos da Sra. Simone, recomendações essas que foram ratificadas posteriormente em 2006 (Relatório n.º 66/06) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2006). Este último relatório contém um histórico detalhado do caso, inclusive sobre todas as providências adotadas no âmbito da Comissão, e será, por isso, aqui utilizado na reconstrução do que se sucedeu. Em síntese, o que houve foi o seguinte:

27. Na data de 2 de março de 1997, a senhora Aparecida Gisele Mota da Silva, fez publicar na parte de Classificados do jornal A Folha de São Paulo, o seguinte anúncio: *'doméstica. Lar. P/ morar no empr. C/ exp. Toda rotina, cuidar de crianças, c/docum. E ref.; Pref. Branca, s/filhos, solteira, maior de 21a. Gisele'*.

28. A senhora Simone André Diniz, de cor negra, para candidatar-se à vaga anunciada, ligou para o telefone informado no anúncio, tendo sido atendida por uma colega de trabalho de Aparecida Gisele Mota da Silva, de pré-nome Maria Tereza, que lhe indagou sobre a cor de sua pele. Em contestando ser negra, Simone André Diniz foi informada que não preenchia os requisitos exigidos para o cargo (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2006).

A Sra. Simone, sentindo-se vítima de racismo, registrou ocorrência na Delegacia de Investigação de Crimes Raciais, tendo sido instaurado um inquérito policial para apuração de possível prática do crime definido no artigo 20 da Lei n.º 7.716/89 (BRASIL, 1989). A Sra. Aparecida prestou depoimento confirmando ter sido a autora do anúncio de oferta de emprego nos classificados, no qual declinava sua preferência por uma empregada doméstica branca, e “declarou que a preferência era em razão do fato de haver tido uma empregada doméstica negra que havia maltratado seus filhos” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2006), sendo tudo confirmado por seu marido. O resultado da investigação policial foi o seguinte:

35. O relatório final do Inquérito Policial foi enviado ao Ministério Público em 19 de março de 1997.

36. O Ministério Público do Estado de São Paulo, em 2 de abril de 1997, emitiu parecer requerendo arquivamento do feito, por falta de base para o oferecimento da denúncia.

37. O Juiz do Departamento de Inquéritos Policiais, em data de 7 de abril de 1997, acolheu e adotou como razão de decidir o pronunciamento do Ministério Público e determinou o arquivamento dos autos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2006).

O caso foi levado a conhecimento da Comissão nos dias 07 e 10 de outubro de 1997 pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), a Subcomissão do Negro da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP) e o Instituto do Negro Padre Batista. O Estado brasileiro foi considerado responsável pela violação ao direito à igualdade perante a lei, à proteção judicial e às garantias judiciais consagradas respectivamente nos artigos 24, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo a Comissão entendido, ainda, que o Estado violou a obrigação do artigo 1.1, de respeitar e garantir os direitos consagrados na Convenção:

97. A Comissão já julgou que toda vítima de violação de direitos humanos deve ter assegurada uma investigação diligente e imparcial e, em havendo indícios de autoria do delito, deve ser iniciada a ação pertinente para que juiz competente, no marco de um processo justo, determine ou não ocorrência do crime, como ocorre com todo delito levado ao conhecimento da autoridade pública.

98. Em assim não ocorrendo com as denúncias de discriminação racial levadas a efeito por pessoas afro-descendentes no Brasil, o Estado Brasileiro viola flagrantemente o princípio da igualdade insculpido na Declaração e Convenção Americanas, as quais se obrigou a respeitar e que determinam que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. [...]

101. No caso concreto de Simone André Diniz, existia um anúncio publicitário que a excluía, por sua condição racial, de um trabalho. Ao apresentar a denúncia, as autoridades judiciais procederam ao arquivamento do caso, apesar de que a própria autora do anúncio confirmou sua publicação.

102. O arquivamento ocorrido não foi um fato isolado que ocorreu na justiça brasileira e mais bem a Comissão tem por provado que reflete um padrão de comportamento das autoridades brasileiras adrede explicitado, quando se vêem à frente de uma denúncia de prática de racismo. [...]

110. Em razão dos fatos adrede estabelecidos, a Comissão é da opinião que a investigação efetuada para apurar o crime de racismo ocorrido em desfavor de Simone André Diniz, não obstante haver sido aberto um Inquérito Policial, não foi adequada e eficaz, uma vez que não foi aberta a ação penal para julgar a responsável pelo ilícito, tampouco foram impostas sanções pertinentes, como determina a lei 7716/89.

111. Por conseguinte, após o arquivamento do processo, Simone André Diniz ficou impossibilitada de aceder à justiça, através de um recurso eficaz, para ver amparado seu direito contra o ato de racismo sofrido, uma vez que, de acordo com a legislação processual penal brasileira, da decisão que determina o arquivamento dos autos do inquérito policial não cabe recurso²⁴⁵ (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2006).

Ora, a análise desse caso revela, de maneira bem evidente, a dimensão pública da escolha de tratamento discriminatória feita na seleção de uma empregada

²⁴⁵ Apenas a título de esclarecimento, vale mencionar que o caso não foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme justificado pela Comissão: "139. A CIDH deseja observar que, dadas as circunstâncias específicas do presente caso, que incluem a posição dos peticionários sobre a matéria, a data em que ocorreram os fatos, as datas de início e arquivamento do inquérito policial, todas anteriores à data em que o Brasil aceitou a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a saber, em 10 de dezembro de 1998, a Comissão Interamericana, em conformidade com o disposto em seu Regulamento, decidiu não submeter este caso ao conhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos" (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório n.º 66/06*. Caso 12.001 (Simone André Diniz). 21 out. 2006. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm#_ftn1>. Acesso em 03 nov. 2010).

doméstica para trabalhar na casa de uma família. Não só pela forma utilizada na divulgação do anúncio da oferta de emprego, um veículo de comunicação social de inegável caráter público (jornal), mas, também, pelo próprio conteúdo da relação privada em questão, uma relação de emprego, a discriminação só seria legítima se pudesse ser racionalmente justificada, o que não ocorreu no caso. O simples fato de ter, previamente, contratado uma empregada doméstica negra que veio a maltratar os seus filhos, não é justificativa que sustente racionalmente a discriminação praticada pela Sra. Aparecida na escolha de uma nova empregada doméstica. Pelo contrário, tal justificativa somente desnuda o seu preconceito, ao tentar relacionar os maus tratos sofridos pelos seus filhos ao fato de sua empregada doméstica anterior ser negra. Assim, mesmo no âmbito mais restrito da privacidade dos locais privados, embora as escolhas discriminatórias, mesmo que arbitrárias, sejam, a princípio, legítimas, podem ocorrer situações que revelam uma verdadeira violação de direitos fundamentais, ensejando, portanto, a intervenção do Poder Judiciário para assegurar a efetivação de tais direitos no domínio privado.

Além desse âmbito mais restrito da privacidade dos locais privados, situado no domínio privado, há também aqueles locais privados que aparecem na esfera social, onde as pessoas se reúnem para as mais diversas finalidades. Aqui há relevância da finalidade que faz com que as pessoas se reúnam coletivamente em locais privados, para se aferir a (i)legitimidade da dimensão arbitrária no exercício da liberdade que possa vir a ser manifestada por aqueles que determinam o acesso a esses locais.

Como visto, no caso das relações em torno do trabalho, isto é, na admissão de pessoas para trabalharem nesses locais, qualquer discriminação só é legítima se puder ser justificada racionalmente, tendo em vista o conteúdo das relações dessa natureza, que apresenta uma dimensão pública. O mesmo ocorre com as relações em torno do consumo, nos locais privados abertos ao público onde seja realizada a prestação de serviços e/ou o fornecimento de bens, que se localizam na esfera social situada no domínio público. Embora a propriedade privada seja um dos princípios da ordem econômica na Constituição de 1988 (artigo 170,

inciso II), concorre, também, com a defesa do consumidor (artigo 170, inciso V), cuja salvaguarda incumbe ao Estado (artigo 5.º, inciso XXXII), de maneira que também não é admissível qualquer escolha de tratamento discriminatória que seja arbitrária, na prestação de serviços e no fornecimento de bens no mercado de consumo, dada a dimensão pública das relações privadas dessa natureza.

O exemplo de Hannah Arendt, ao reprovar a discriminação racial praticada na prestação de serviços (tais como no transporte de passageiros, em hotéis e em restaurantes), bem como em teatros e museus, pode ser enquadrado aqui como uma expressão concreta dessa questão. Em Vitória ocorreu um caso que retrata bem isso. Na madrugada do dia 08 de agosto de 2009 três transexuais tentaram entrar em uma badalada casa de shows denominada “Casa Clube”, mas foram impedidos por causa de seu gênero sexual. O caso foi noticiado dessa maneira na imprensa local:

Daniela, Amanda e Maísa passaram a semana inteira preparando-se para o que esperavam ser ‘a noite’. Mas, na madrugada do último domingo, depois de uma produção caprichada, com direito a roupas e sapatos novos, viram frustradas suas expectativas ao serem barradas na porta da Casa Clube, na Praia do Canto, em Vitória.

Segundo denúncia feita à polícia e ao Centro de Atendimento às Vítimas de Violência e Discriminação, a causa teria sido o fato de Daniela, Amanda e Maísa serem, na realidade, Gleison Silva Goes, 24, Anderson Felix dos Santos, 20, e Alfred Rodrigues Oliveira, 18, todos travestis.

A direção da casa de shows nega, mas Daniela não tem dúvida: ‘O que aconteceu ali foi um caso de homofobia. Logo que os seguranças nos viram chegando, ouvimos os comentários de que éramos travestis’.

Ainda de acordo com a denúncia, depois de verem as carteiras de identidade de Daniela, Amanda e Maísa, seguranças teriam dito que, para entrarem na Casa Clube, elas deveriam voltar para suas casas e vestir ‘roupa de homem’.

Amanda diz que ‘foi muita humilhação’. Indignadas com o fato de terem sido barradas, enfrentando constrangimento e ‘chacota’, as três decidiram, então, chamar a polícia. [...]

‘Ligamos para o 190 e, em pouco tempo, os policiais chegaram. Mas disseram que não poderiam forçar a nossa entrada na casa. Decidimos, então, ir até uma delegacia para registrar uma ocorrência’, contou Daniela.

Ontem, de posse do boletim de ocorrência da polícia, as três foram até o Centro de Atendimento às Vítimas de Violência e Discriminação, em Vitória, para registrar outra denúncia (FELIZ, 2009).

O proprietário da casa de shows, no entanto, alegou que as pessoas só são impedidas de entrar no local se a capacidade de público já houver sido alcançada ou se estiverem vestidas inadequadamente (com chinelos, roupas muito curtas ou mesmo biquínis). Todavia, os três transexuais lograram provar que não havia, no dia, sido alcançado o limite de capacidade de público, porque outras pessoas puderam entrar na casa de shows depois que eles foram barrados, tampouco trajavam vestes que pudessem ser consideradas inadequadas, levando-se em consideração os próprios trajes dos demais frequentadores do local. Assim, no desfecho do caso, a casa de shows foi multada em R\$ 31.649,16 pelo órgão municipal de proteção e defesa do consumidor, tendo sido propostas, ainda, ações judiciais que ainda não foram julgadas (GOULART, 2009).

Esse caso revela que toda discriminação praticada no acesso de pessoas em locais privados abertos ao público, onde seja realizada a prestação de serviços e/ou o fornecimento de bens, precisa ser justificada racionalmente, sob pena de se configurar uma escolha de tratamento discriminatória que viola o direito à igualdade, cuja proteção poderá ser requerida judicialmente por quem for vítima de tal discriminação. Isso não significa que *nenhuma* discriminação seja possível aí, mas, sim, que toda discriminação praticada nesse âmbito precisa ser justificada racionalmente, isto é, proscree-se qualquer discriminação arbitrária.

É o que ocorre, por exemplo, na restrição do acesso de crianças a locais privados abertos ao público, onde seja realizada a prestação de serviços e/ou o fornecimento de bens que sejam destinados a jovens e adultos. Aqui, há várias justificativas racionais que podem sustentar essa escolha de tratamento, podendo ser destacadas as seguintes: (i) preservar a própria integridade física e moral das crianças, tratando-se de serviços e/ou de bens que não sejam condizentes com o estágio de desenvolvimento de sua personalidade; (ii) propiciar o desenvolvimento de atividades específicas para jovens e adultos, sem que haja preocupação em se oferecer uma estrutura para o atendimento de crianças ou mesmo o interesse em atendê-las.

Em Vitória, uma pizzaria conhecida, cujo estabelecimento leva o nome de “Zé da Pizza”, sempre esteve no alvo das atenções porque o proprietário não aceita a entrada de crianças. Por mais que várias outras pizzarias não façam esse tipo de restrição, não se pode dizer que essa escolha de tratamento represente uma ofensa ao direito à igualdade, porque é plenamente justificável essa escolha de se manter um estabelecimento que se dedique apenas ao atendimento de jovens e adultos. Obviamente, a forma como se ostenta e se pratica essa discriminação é relevante, porque se o proprietário, de maneira rude e grosseira, recusa-se a admitir a entrada de uma criança que está acompanhada de seus pais, pode vir a ser configurada uma ofensa à própria dignidade dos consumidores, expostos a uma situação vexatória, cuja ocorrência poderá ensejar uma reparação civil e, até mesmo, criminal, dependendo do caso concreto.

4.1.2. Discriminação na liberdade de associação

De igual modo, pode sobressair uma dimensão arbitrária no exercício da liberdade de associação, porque a Constituição de 1988 (i) estabelece a plenitude dessa manifestação da liberdade, proscREVendo apenas as associações para fins ilícitos e de caráter paramilitar (artigo 5.º, inciso XVII); (ii) impede que o Estado possa interferir na criação e no funcionamento das associações (artigo 5.º, inciso XVIII); (iii) garante que as associações só sejam compulsoriamente dissolvidas ou tenham suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se o trânsito em julgado no primeiro caso (artigo 5.º, inciso XIX) e (iv) assegura que ninguém poderá ser compelido a se associar ou a se manter associado (artigo 5.º, inciso XX).

Ora, nessa reunião de pessoas em torno de um interesse comum, para o exercício coletivo de uma importante expressão da liberdade, ocorre, por assim dizer, uma atração entre as pessoas que guardam características pessoais em comum (por exemplo, crença religiosa, filosófica ou política), razão pela qual podem não admitir o ingresso na associação de pessoas que não preencham tais características. Nesses termos, é possível uma associação discriminar as pessoas, restringindo arbitrariamente o ingresso de novos associados, para

guardar pertinência com a necessidade de preservação da própria identidade da associação enquanto tal, desde que não sejam feitas escolhas de tratamento discriminatórias que ostentem uma dimensão pública.

É possível vislumbrar aquele exemplo de Hannah Arendt a respeito da discriminação praticada nos locais de férias, com acesso restrito segundo a origem étnica, mediante a proibição da entrada das pessoas que não seriam desejadas. Enquanto esses locais de férias servirem apenas para o encontro de pessoas que nutrem preferências arbitrárias em comum e que desejam se encontrar em locais privados para manifestar livremente tais preferências, associando-se para essa finalidade, não há porque se reconhecer aí uma dimensão pública que possa ensejar a necessidade de serem justificadas racionalmente essas escolhas de tratamento discriminatórias.

Contudo, isso não significa que toda e qualquer discriminação arbitrária aí praticada seja legítima. Um caso ocorrido nos Estados Unidos da América em 2007 revelou uma situação dessa natureza, noticiado no *The New York Times* sob o título “casal de lésbicas apresenta queixa sobre o local de sua união civil”²⁴⁶ (SCHWEBER, 2007). Duas mulheres, Harriet Bernstein e Luisa Paster, desejavam celebrar sua união civil em um local de eventos, denominado Boardwalk Pavillion, do Ocean Grove Camp Meeting Association – OGCMA, uma organização metodista norte-americana tradicional. Elas fizeram o depósito do valor equivalente a US\$ 75,00 para reservar o local para o dia da celebração, mas horas depois foram notificadas que a reserva havia sido rejeitada e que o dinheiro seria devolvido. O presidente da associação alegou que, embora o local seja utilizado para atividades seculares e religiosas, ele não é disponibilizado para a celebração de uniões civis, porque isso contrariava os princípios religiosos da organização. As mulheres, então, prestaram queixa à Divisão de Direitos Civis de New Jersey, alegando serem vítimas de discriminação que contrariava a Lei Contra a Discriminação²⁴⁷ de New Jersey, uma vez que o espaço administrado

²⁴⁶ No original: “Lesbian couple in complaint over site for civil union”.

²⁴⁷ No original: “Law Against Discrimination”.

pela organização metodista poderia ser qualificado como uma acomodação pública, nos quais não se admite discriminação com base na orientação sexual.

A queixa foi admitida, sendo apontada uma provável causa de violação de direitos fundamentais, qualificando-se o Boardwalk Pavillion, diante das circunstâncias do caso, como uma acomodação pública (NEW JERSEY, 2008). Na análise do caso, chamou-se atenção, em primeiro lugar, para a estrutura do Boardwalk Pavillion, uma construção retangular de frente para o mar, de lados abertos, coberta por um telhado, com bancos fixos de madeira voltados para uma pequena área utilizável como palco. Em Ocean Grove, além do Boardwalk Pavillion, há, também, o Great Auditorium e a Thornley Chapel, esta utilizada para a realização dos cultos religiosos. Já no Boardwalk Pavillion e no Great Auditorium eram realizados diversos tipos de eventos seculares (apresentações musicais, reuniões de grupos universitários, arrecadação de recursos para organizações civis sem fins lucrativos, encenação da guerra civil), muito embora, durante algumas épocas do ano, a igreja metodista também realizasse atividades religiosas em tais locais. E enquanto não está reservado para alguma atividade específica, o Boardwalk Pavillion é aberto ao público, e as pessoas costumam realizar piqueniques, usam o local para encontros e para outras finalidades recreativas. Apurou-se, ainda, que a OGCMA foi beneficiada como uma isenção tributária quanto ao pagamento de uma taxa justamente porque alegou e comprovou que o uso do Boardwalk Pavillion não tinha conotação religiosa, mas era aberto ao público, inclusive com possibilidade de locação para a realização de eventos seculares ou mesmo de outras religiões. Aliás, a isenção tributária a princípio lhe fora recusada, em razão do uso do Boardwalk Pavillion apenas para fins religiosos, sendo a decisão reconsiderada posteriormente. Entretanto, depois dessa controvérsia sobre a união civil das duas mulheres, a OGCMA passou a não admitir mais a realização de casamentos e de outros eventos no Boardwalk Pavillion, restringindo-o, novamente, apenas para os eventos religiosos da igreja metodista. Com isso, mantendo-se coerência com a decisão anterior, o governo revogou a isenção tributária de que desfrutava a OGCMA, porque o local deixou de ser aberto a todas as pessoas.

A análise desse caso demonstra que enquanto o Boardwalk Pavillion se situava no domínio público, porque era aberto ao público e a OGCMA ofertava publicamente a possibilidade de serem realizados eventos mediante a locação do espaço, as discriminações arbitrárias não podiam ser admitidas, mesmo tratando-se de um local privado, de propriedade de uma organização religiosa, onde inclusive eram realizados alguns de seus cultos. Somente quando passou a se situar novamente no domínio privado, isto é, quando deixou de ser aberto ao público e a OGCMA deixou de oferecer publicamente a possibilidade de locação do espaço, é que as discriminações arbitrárias passaram a ser, novamente, admitidas.

Assim, as discriminações arbitrárias só são admissíveis nas associações que congregam pessoas interessadas em se reunir coletivamente em locais privados, sem ostentar uma dimensão pública, cabendo ressaltar que, mesmo assim, sempre haverá a possibilidade de ser problematizada na jurisdição alguma situação que revele uma violação de direitos fundamentais.

Ao lado de tais associações, vale mencionar, ainda, a existência de associações que ostentam uma dimensão pública por sua própria natureza, localizadas na esfera social situada no domínio público, como são as associações profissionais ou sindicais e os partidos políticos, que são associações de estatura constitucional que desempenham um papel de importância pública, a eles atribuído pela Constituição de 1988: de um lado, ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (artigo 8.º, inciso III), de outro lado, embora seja livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, eles devem respeito aos direitos fundamentais (artigo 17, *caput*), até porque uma das condições de elegibilidade é a filiação partidária (artigo 14, § 3.º, inciso V). Por isso, a adesão a tais associações, e a todas as outras que ostentam uma dimensão pública por sua própria natureza, deve ser de livre acesso a qualquer pessoa que tenha interesse em delas participar, e elas precisam se organizar sem adotar discriminações arbitrárias.

4.1.3. Discriminação na liberdade de religião

Aprofundando-se a análise sobre as discriminações arbitrárias realizadas a partir do ponto de vista religioso, convém ressaltar que a dimensão arbitrária no exercício da liberdade de religião talvez seja a mais evidente. A Constituição de 1988 reconhece a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo a proteção aos locais de culto e as suas liturgias (artigo 5.º, inciso VI).

Realmente, as religiões se sustentam não só pela razão, mas, também – e talvez primordialmente –, pela fé, o que evidencia uma dimensão arbitrária que orienta a conformação da liberdade de religião, repercutindo no ambiente da própria expressão da liberdade de crença e de organização religiosa. Antes uma questão de domínio público, que determinava tanto a criação e a aplicação do direito como o exercício do poder em suas diversas manifestações, a religião foi conduzida ao domínio privado, com a laicização do Estado, restando-lhe, agora, contar apenas com a autoridade sobre aqueles que, livremente, resolvem devotar uma obediência à ordem religiosa.

Essa autoridade é exercida segundo uma tradição religiosa, que se afirma a partir de um conjunto de valores compartilhados por aqueles que, ao preservarem tal tradição, fazem parte da ordem religiosa, sendo uma expressão legítima de vários preconceitos, os quais embasam discriminações arbitrárias manifestadas no domínio privado da liberdade de religião. Qualquer tentativa de se eliminar essa arbitrariedade, se bem sucedida, resultará numa afronta à liberdade de religião. É por isso que as organizações religiosas podem, arbitrariamente, conferir um tratamento discriminatório às pessoas, segundo os preconceitos que conformam a doutrina sob a qual se afirmam como ordens religiosas, enquanto o exercício da liberdade de religião estiver confinado no domínio privado, expressando-se apenas entre aqueles que se submetem à autoridade da ordem religiosa, nos locais onde são realizados os seus cultos.

Nesse contexto, a opinião de Hannah Arendt em reconhecer nas igrejas a única força pública capaz de combater o preconceito social não considera o fato de que as igrejas talvez sejam a expressão mais evidente do preconceito e da discriminação arbitrária, na medida em que se sustentam segundo uma tradição que, muitas vezes, sustenta o preconceito social. É por isso que a religião é um assunto que precisa ser confinado no domínio privado, onde há um livre espaço para a sua conformação, sendo possível a sua aparição no domínio público desde que não pretenda se impor sobre as demais visões de mundo – religiosas ou não –, tampouco impedir que elas sejam também admitidas no domínio público.

As dificuldades surgem aí, quando o exercício da liberdade de religião, embora manifestado na esfera social situada no domínio privado, adentra, de algum modo, no domínio público. Veja-se o exemplo do homossexualismo. A posição sustentada pelas ordens religiosas que condenam o homossexualismo (sobretudo a possibilidade de haver um casamento ou mesmo uma união civil entre pessoas do mesmo sexo) é pautada por uma inegável visão de mundo preconceituosa a respeito dos homossexuais, guiando-se por uma crença religiosa que credita aos homossexuais a pecha de serem pessoas desajustadas a um modelo de família naturalizado, modelo esse que é extraído da tradição religiosa.

Até aí, trata-se de um preconceito manifestado no domínio privado da liberdade de religião, legítimo nesse sentido, razão pela qual nenhuma ordem religiosa pode ser compelida a admitir os homossexuais como seus membros ou mesmo como simples leigos seguidores de tal religião, tampouco deve ser tolhida do direito de assim se manifestar nos locais privados onde são realizados os seus cultos. Trata-se de discriminações arbitrárias abrigadas pela liberdade de religião. Vale lembrar, também aqui, que, mesmo sendo a princípio legítimas as discriminações arbitrárias assim manifestadas no domínio privado da liberdade de religião, sempre haverá a possibilidade de ser problematizada na jurisdição alguma situação que revele uma violação de direitos fundamentais.

Mas no momento em que esse preconceito é propagado, por exemplo, em um veículo de comunicação social (televisão ou rádio), ele adentra no domínio

público, alcançando uma publicidade que merece ser considerada. Aliás, a confirmar o seu caráter público, vale ressaltar que a radiodifusão sonora e de sons e imagens só pode ser exercida licitamente mediante concessão do Poder Público, nos termos do artigo 223, sujeitando-se, ainda, à disciplina estabelecida no artigo 221, ambos da Constituição de 1988.

Assim, tratando-se de uma emissora que divulga um programa religioso, deve atentar para a publicidade alcançada com tal divulgação, que não poderá mais receber o mesmo tratamento que receberia se a manifestação religiosa estivesse ocorrendo em um templo religioso, de acesso restrito aos fiéis de tal religião. Dependendo do conteúdo da manifestação, pode, sim, deixar de ser legítima e configurar uma violação de direitos fundamentais, em razão da forma de sua divulgação, por um veículo de comunicação social de inegável caráter público.

No momento em que se discute, no Congresso Nacional, a aprovação do Estatuto das Famílias (Projeto de Lei n.º 2.285/2007) (BRASIL, 2007), que engloba diversos projetos de lei, que tratam da regulamentação da união civil de pessoas do mesmo sexo (sob o rótulo de união homoafetiva), da (im)possibilidade de adoção por esses casais, da criminalização da homofobia, dentre tantos outros temas polêmicos aí relacionados, alguns líderes religiosos têm se apresentado, publicamente, para sustentar suas posições.

Na audiência pública realizada no dia 12 de maio de 2010 na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, foram colhidas algumas manifestações de líderes religiosos, assim noticiadas pela agência de notícias da própria Câmara dos Deputados:

O pastor da Assembléia de Deus Silas Malafaia afirmou que conceder os direitos civis é a porta para depois aprovarem o casamento. Ele defendeu que a família é o homem, a mulher e a prole, sendo que a própria Constituição defende esse desenho familiar. [...]

Malafaia questionou se outros comportamentos poderiam, futuramente, virar lei. 'Então vamos liberar relações com cachorro, vamos liberar com cadáveres, isso também não é um comportamento?' O pastor foi muito aplaudido durante sua exposição. [...]

Na mesma linha crítica, o pastor da Igreja Assembléia de Deus Abner Ferreira afirmou que o Estatuto das Famílias seria, na verdade, o Estatuto da Desconstrução da Família. Segundo ele, ao admitir a união de pessoas do mesmo sexo, a proposta pretende destruir o padrão da família natural, em vez de protegê-la. Ele disse que todas as outras formas de família são incompletas e que toda manobra contrária à família natural deve ser rejeitada (LESSA, 2010).

Ora, tais manifestações religiosas, realizadas no parlamento brasileiro, que se situa na esfera política, onde a liberdade e a igualdade devem reinar por excelência, acabam por tentar transformar a *res publica* em uma *res religiosus*, ostentando no domínio público uma discriminação arbitrária que só pode ser admitida, como legítima, no domínio privado da liberdade de religião.

CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, é possível concluir que a hipótese formulada para o desenvolvimento da pesquisa se confirmou. É dizer, (i) é possível, nas relações privadas, admitir-se uma dimensão arbitrária no exercício da liberdade, evitando-se a publicização absoluta do domínio privado e a supressão estatal de espaços legítimos de livre conformação, nos quais as discriminações podem se operar de maneira constitucionalmente adequada, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito; (ii) entretanto, é necessário estabelecer critérios que possam legitimar a intervenção jurisdicional nas relações privadas, sem que isso signifique a imposição de um modo de vida boa ou a supressão de possibilidades legítimas de livre conformação da vida privada, ainda que sob o pretexto de assegurar a efetivação de direitos fundamentais.

Para se evitar uma simples repetição aqui das conclusões parciais espalhadas ao longo do texto, chama-se atenção, apenas, para o fato de que as discriminações arbitrárias decorrentes do exercício da liberdade nas relações privadas só são legítimas se se mantiverem no domínio privado e se não configurarem uma violação de direitos fundamentais. Em outras palavras, a partir do momento em que a expressão dessa liberdade aparece no domínio público, já não mais são admitidas discriminações arbitrárias entre as pessoas, ou ainda que se mantenha confinada no domínio privado, poderá vir a ser problematizada no âmbito da jurisdição sob a alegação de ter havido uma violação de direitos fundamentais.

O recurso à distinção entre os domínios público e privado, cuja delimitação no caso concreto dependerá dos argumentos discursivamente apresentados pelos afetados no bojo do procedimento que levará à tomada de decisão pelo Poder Judiciário, serviu, no trabalho, para estabelecer critérios que possam legitimar a intervenção jurisdicional nas relações privadas.

Assim, não se pretendeu afirmar a existência de situações que, *a priori*, estejam a salvo de análise e discussão jurisdicional, mas, sim, que a análise do mérito da discriminação realizada e impugnada judicialmente depende de certos

pressupostos de legitimidade, dentre os quais o reconhecimento, devidamente motivado, do caráter público da controvérsia, à luz do caso concreto e do sistema de direitos fundamentais.

Em alguns casos, a intervenção judicial limitar-se-á a reconhecer a inexistência de pressupostos que autorizem, em face do caso concreto, o controle do mérito da discriminação, dada a natureza estritamente privada da relação e a ausência de afronta a direitos fundamentais. Em outros casos, mesmo quando o Poder Judiciário realizar, em sua intervenção, o controle do mérito da discriminação, deverá reafirmar a existência de um espaço de livre conformação em que a discriminação arbitrária pode se operar legitimamente, ainda que não alcance o caso em que a intervenção e controle se realizaram.

Enquanto a *intervenção* jurisdicional é o ponto de partida, para que os traços relevantes do caso concreto sejam discursivamente destacados, bem como o sistema de direitos fundamentais seja interpretado e aplicado, à luz dos argumentos dos afetados pela decisão, o *controle* do mérito da discriminação deve ser considerado o ponto de chegada, nem sempre necessário, da análise jurisdicional. Portanto, o controle do mérito da discriminação somente se legitima nos casos em que, depois de considerados todos os traços relevantes da situação concretamente apresentada pelos afetados, puder ser justificada racionalmente uma dimensão pública da relação privada.

Na raiz dessa conclusão, está um projeto consistente de democracia constitucional e de efetivação dos direitos fundamentais, articulado a partir da condição humana da pluralidade, que leva em conta o enorme desafio de se conciliar o direito à igualdade e o direito à diferença no Estado Democrático de Direito. Para tanto, reconhece a complexidade da existência de cada pessoa, cuja aparência no mundo é marcada tanto pela racionalidade quanto pela irracionalidade.

E para que seja possível o compartilhamento de um mundo comum entre tantas pessoas, iguais e diferentes entre si, sem que umas se sintam a vontade em

desrespeitar as diferenças das outras, é preciso reconhecer que enquanto o domínio privado *admite* a irracionalidade, o domínio público *exige* a racionalidade. Não se trata de homogeneizar o domínio público, impedindo que as diferenças nele se manifestem. Pelo contrário, o domínio público é o lugar da igualdade e da diferença, que só podem florescer se houver entre as pessoas uma igualdade de respeito quanto às suas diferenças, para que possam se entender no desenvolvimento de uma sociedade democrática onde pretendam viver juntas e com liberdade. É essa a racionalidade constitutiva do domínio público, que não pode ser privatizada em favor de alguns, assim como a irracionalidade admitida no domínio privado não pode ser publicizada em detrimento de outros. Mas, no fundo, ambas precisam ser equiprimordialmente preservadas nas sociedades que pretendam ser radicalmente democráticas.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ADLER, Laure. *Nos passos de Hannah Arendt*. Trad. Tatiana Salem Levy e Marcelo Jacques. Rio de Janeiro: Record, 2007.

AGUIAR, Odílio Alves. *Filosofia, política e ética em Hannah Arendt*. Ijuí: Ed. Ijuí, 2009.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Forum, 2003, p. 19-50.

ARENDT, Hannah. *Between past and future: six exercises in political thought*. New York: The Viking Press, 1961.

ARENDT, Hannah. *Men in dark times*. New York: Harvest Book, 1983.

ARENDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. New edition with added prefaces. New York: Harvest Book, 1985.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARENDT, Hannah. *Homens em tempos sombrios*. Trad. Ana Luísa Faria. Lisboa: Relógio D'Água, 1991.

ARENDT, Hannah. *O conceito de amor em Santo Agostinho: ensaio de interpretação filosófica*. Trad. Alberto Pereira Diniz. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

ARENDT, Hannah. *The human condition*. 2nd. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARENDT, Hannah. *Compreensão e política e outros ensaios*. Trad. Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 2001a.

ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. Trad. I. Morais. Lisboa: Relógio D'Água, 2001b.

ARENDT, Hannah. Reflections on Little Rock. In: ARENDT, Hannah. *Responsibility and judgment*. Ed. Jerome Kohn. New York: Schocken Books, 2003. p. 193-213.

ARENDT, Hannah. Reflexões sobre Little Rock. In: ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Ed. Jerome Kohn. Trad. Rosaura Eichenberg. Rev. Bethânia Assy e André Duarte. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 261-281.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005a.

ARENDT, Hannah. "What Remains? The Language Remains": A Conversation with Günter Gaus. In: ARENDT, Hannah. *Essays in understanding: formation, exile and totalitarianism. 1930-1954*. Ed. Jerome Kohn. New York: Schocken Books, 2005b. p. 01-23.

ARENDT, Hannah. Understanding and Politics (The Difficulties of Understanding). In: ARENDT, Hannah. *Essays in understanding: formation, exile and totalitarianism. 1930-1954*. Ed. Jerome Kohn. New York: Schocken Books, 2005c. p. 307-327.

ARENDT, Hannah. On the Nature of Totalitarianism: An Essay in Understanding. In: ARENDT, Hannah. *Essays in understanding: formation, exile and totalitarianism. 1930-1954.* Ed. Jerome Kohn. New York: Schocken Books, 2005d. p. 328-360.

ARENDT, Hannah. A Reply to Eric Voegelin. In: ARENDT, Hannah. *Essays in understanding: formation, exile and totalitarianism. 1930-1954.* Ed. Jerome Kohn. New York: Schocken Books, 2005e. p. 401-408.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro.* Trad. Mauro W. Barbosa. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007a.

ARENDT, Hannah. *O que é política?* Ed. Ursula Ludz. Trad. Reinaldo Guarany. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007b.

ARENDT, Hannah. O que resta? Resta a língua: uma conversa com Günter Gaus. In: ARENDT, Hannah. *Compreender: formação, exílio e totalitarismo (ensaios) 1930-54.* Ed. Jerome Kohn. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008a. p. 31-53.

ARENDT, Hannah. Compreensão e política (as dificuldades da compreensão). In: ARENDT, Hannah. *Compreender: formação, exílio e totalitarismo (ensaios) 1930-54.* Ed. Jerome Kohn. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008b. p. 330-346.

ARENDT, Hannah. Sobre a natureza do totalitarismo: uma tentativa de compreensão. In: ARENDT, Hannah. *Compreender: formação, exílio e totalitarismo (ensaios) 1930-54.* Ed. Jerome Kohn. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008c. p. 347-380.

ARENDT, Hannah. Uma réplica a Eric Voegelin. In: ARENDT, Hannah. *Compreender: formação, exílio e totalitarismo (ensaios) 1930-54.* Ed. Jerome

Kohn. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008d. p. 417-424.

ARENDT, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. Trad. Cesar Augusto R. de Almeida, Antônio Abranches e Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Trad. Roberto Raposo. Rev. Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. *Lua Nova*. São Paulo, v. 68, p. 147-167, 2006.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Ed. Adriano Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em 11 ago. 2010.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2002.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 11 set. 2010.

BRASIL. *Lei n.º 3.353, de 13 de maio de 1888*. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1851-1900/L3353.htm>. Acesso em 11 set. 2010.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 11 set. 2010.

BRASIL. *Lei n.º 3.071, de 01 de janeiro de 1916*. Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>>. Acesso em 11 set. 2010.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 11 set. 2010.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 11 set. 2010.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 11 set. 2010.

BRASIL. Constituição (1967a). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 11 set. 2010.

BRASIL. Constituição (1967b). *Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 11 set. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 set. 2010.

BRASIL. *Lei n.º 7.716, de 05 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm>. Acesso em 11 set. 2010.

BRASIL. *Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 11 set. 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n.º 2.285, de 25 de outubro de 2007*. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=373935>. Acesso em 11 set. 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n.º 7.672, de 16 de julho de 2010*. Altera a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos corporais ou de tratamento cruel ou degradante. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=483933>. Acesso em 11 set. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 47-78.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Poder, ação e esfera pública em Hannah Arendt e em Jürgen Habermas: a conexão constitutiva entre direito e poder no Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 45-56.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003a. p. 141-163.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: Assembléia Legislativa de Minas Gerais (Org.). *A Consolidação*

das leis e o aperfeiçoamento da democracia. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, 2003b, p. 13-38.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A impossibilidade democrática do constitucionalismo autoritário e a inviabilidade constitucional da democracia totalitária. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 401-410.

COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

D'ENTRÈVES, Maurizio Passerin. *The political philosophy of Hannah Arendt*. London: Routledge, 1994.

DUARTE, André. Hannah Arendt e a modernidade: esquecimento e redescoberta da política. In: CORREIA, Adriano (Coord.). *Transpondo o abismo: Hannah Arendt entre a filosofia e a política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 55-78.

FABRIZ, Daury Cesar. Constitucionalismo democrático, democracia e direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 141-158.

FELIZ, Claudia. Travestis denunciam discriminação em boate. *Gazeta on-line*, Vitória, 11 ago. 2009. Disponível em:

<http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2009/08/524574-travestis+denunciam+discriminacao+em+boate.html>. Acesso em 10 out. 2010.

FRANCE. Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen (1789). *La Constitution – Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/const01.htm>>. Acesso em 25 jul. 2010.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev. Enio Paulo Giachini. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GOULART, Frederico. Multa de R\$ 32 mil para casa noturna que barrou travestis. *Gazeta on-line*, Vitória, 25 nov. 2009. Disponível em: <http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2009/11/568314-multa+de+r+32+mil+para+casa+noturna+que+barrou+travestis.html>. Acesso em 10 out. 2010.

HABERMAS, Jürgen. O conceito de poder em Hannah Arendt. In: HABERMAS, Jürgen. *Habermas: sociologia*. Trad. Barbara Freitag e Sergio Paulo Rouanet. São Paulo: Ática, 1993. p. 100-118.

HABERMAS, Jürgen. O que é a pragmática universal?. In: HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 09-102.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Acerca da legitimação com base nos direitos humanos. In: HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 143-163.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. Vols. I e II.

HABERMAS, Jürgen. O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. p. 153-173.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c.

HABERMAS, Jürgen. Reconciliação por meio do uso público da razão. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. Paulo Astor Soethe e George Sperber. São Paulo: Loyola, 2004a. p. 65-92.

HABERMAS, Jürgen. A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. Paulo Astor Soethe e George Sperber. São Paulo: Loyola, 2004b. p. 237-275.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. Paulo Astor Soethe e George Sperber. São Paulo: Loyola, 2004c. p. 293-305.

KOHN, Jerome. Introduction. In: ARENDT, Hannah. *Essays in understanding: formation, exile and totalitarianism. 1930-1954*. Ed. Jerome Kohn. New York: Schocken Books, 2005. p. IX-XXI.

KOHN, Jerome. Introdução. In: ARENDT, Hannah. *Compreender: formação, exílio e totalitarismo (ensaios) 1930-54*. Ed. Jerome Kohn. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 07-28.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LAFER, Celso. Pós-fácio. In: ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005a. p. 341-352.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005b.

LESSA, Daniele. Religiosos, juristas e ONGs divergem sobre união civil gay: diante de tanta polêmica, relator do Estatuto da Família avisa que tentará encontrar um meio termo para aprovar a proposta. *Agência Câmara de Notícias*, Brasília, 12 maio 2010. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITOS-HUMANOS/147752-RELIGIOSOS,-JURISTAS-E-ONGS-DIVERGEM-SOBRE-UNIAO-CIVIL-GAY.html>>. Acesso em 10 out. 2010.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. A categoria do trabalho (*labor*) em Hannah Arendt. *Ensaio*, São Paulo, vol. 14, p. 131-168, 1985.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. Realism after the linguistic-pragmatic turn. *Cognitio*, São Paulo, vol. 4, n. 2, p. 211-226, jul./dez. 2003.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. The frailty of action. Forgiven and promising: the Redemption of Action through the potentialities of Action itself in Arendt. In: HEUER, Wolfgang. *Research Notes*, Berlin, vol. 2, 2005. Disponível em: <<http://hannaharendt.net/research/Calvet.html>>. Acesso em 11 ago. 2010.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. Ação, linguagem e poder: uma releitura do Capítulo V [Action] da obra *The human condition*. In: CORREIA, Adriano (Org.). *Hannah Arendt e a condição humana*. Salvador: Quarteto Editora, 2006. p. 35-74.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. 7. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves. *Direitos humanos: coletânea de legislação*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

NASCIMENTO, Mariângela M. A esfera pública na democracia brasileira: uma reflexão arendtiana. In: CORREIA, Adriano; NASCIMENTO, Mariângela (Org.). *Hannah Arendt: entre o passado e o futuro*. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2008. p. 53-72.

NEW JERSEY (Estado). Division on Civil Rights. *Bernstein v. Ocean Grove Camp Meeting Association* (2008). DCR Docket n.º PN34XB-03008. Disponível em: <<http://www.nj.gov/oag/newsreleases08/pr20081229a-Bernstein-v-OGCMA.pdf>>. Acesso em 11 out. 2010.

OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório n.º 66/06*. Caso 12.001 (Simone André Diniz). 21 out.

2006. Disponível em:
<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm#_ftn1>.
Acesso em 03 nov. 2010.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1989.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SCHWEBER, Nate. The week: Lesbian couple in complaint over site civil union. *The New York Times*, New York, 24 jul. 2007. Disponível em:
<<http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9D0CEEDA103FF937A15755C0A9619C8B63&sec=&spon=&pagewanted=all>>. Acesso em 10 out. 2010.

SILVA, Filipe Carreira da. Habermas e a esfera pública: reconstruindo a história de uma ideia. *Sociologia, problemas e práticas*, Lisboa, vol. 35, p. 117-138. 2001. Disponível em: <<http://sociologiapp.iscte.pt/pdfs/5/56.pdf>>. Acesso em 04 set. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SONTHEIMER, Kurt. Prefácio. In: ARENDT, Hannah. *O que é política?* Ed. Ursula Ludz. Trad. Reinaldo Guarany. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 07-13.

STEELE, Meili. Arendt versus Ellison on Little Rock: the role of language in political judgment. *Constellations*, Oxford, vol. 9, n. 2, p. 184-206. 2002.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAMINIAUX, Jacques. Athens and Rome. In: VILLA, Dana (Org.). *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 165-177.

UNITED STATES OF AMERICA. The Constitution (1787). *Additional Amendments to the Constitution*. Disponível em: <http://www.constitution.org/afterte_.htm>. Acesso em 31 jul. 2010.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856). Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/60/393.html>>. Acesso em 31 jul. 2010.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Civil Right Cases*, 109 U.S. 3 (1883). Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/109/3.html>>. Acesso em 31 jul. 2010.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/163/537.html>>. Acesso em 31 jul. 2010.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Brown v. Board of education*, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/347/483.html>>. Acesso em 31 jul. 2010.

YOUNG-BRUEHL, Elisabeth. *Hannah Arendt: for love of the world*. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 2004.

YOUNG-BRUEHL, Elisabeth. *Hannah Arendt: una biografía*. Trad. Manuel Lloris Valdés. Barcelona: Paidós Testimonios, 2006.