

DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES PRIVADAS: ENTRE A RACIONALIDADE E A ARBITRARIEDADE

DISCRIMINATION ON PRIVATE RELATIONS: BETWEEN RATIONALITY AND ARBITRARINESS

Rodrigo Francisco de Paula¹

SUMÁRIO: 1- Introdução; 2- Discriminação nos discursos de justificação e de aplicação das normas jurídicas; 3- Racionalidade e arbitrariedade da discriminação nas relações privadas; 4- Conclusão; 5- Referências

RESUMO: Este trabalho 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. São discutidas as escolhas de tratamento, entre a isonomia e a discriminação, na criação e na aplicação do direito, bem como a racionalidade e a arbitrariedade da discriminação nas relações privadas. Nessa linha, propõe-se a equiprimordialidade entre o público e o privado, para se evitar tanto a privatização absoluta do domínio público quanto a publicização absoluta do domínio privado, apontando-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.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade – Discriminação – Relações privadas – Racionalidade – Arbitrariedade

ABSTRACT: This paper analysis how equality and difference are manifested on human relations established in private realm, considering arbitrary discriminations on exercising freedom. The treatment choices between isonomy and discrimination on creation and application of law are discussed as well as rationality and arbitrariness of discrimination on private relations. Then, it proposes the equiprimordiality between public and private both to avoid the absolute privatization of the public realm and the absolute publicization of the private realm, pointing 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.

KEY-WORDS: Equality – Discrimination – Private relations – Rationality – Arbitrariness

¹ Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Professor da Universidade Vila Velha – UVV, Advogado e Procurador do Estado do Espírito Santo. E-mail: rfdepaula@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito, o exercício da liberdade no domínio privado abriga a possibilidade de as pessoas se afirmarem como diferentes segundo preferências que são muitas vezes arbitrárias (irracionais e imotivadas, nesse sentido) e que, por isso mesmo, constituem o seu modo específico de ser e de compreender o mundo. Daí surgem, muitas vezes, discriminações nas relações privadas, as quais podem ser vislumbradas, exatamente, como manifestações concretas dessas preferências arbitrárias das pessoas.

Se, por um lado, não se pode admitir simplesmente que as pessoas pratiquem toda sorte de discriminação em suas relações privadas, por outro lado, não se pode, do mesmo modo, admitir que seja suprimido o espaço de livre conformação que cada pessoa possui em virtude da liberdade, exercida segundo as mais diversas preferências arbitrárias 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 autoritário (ou, no limite, 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.

À luz desse contexto, o objetivo deste trabalho é investigar a (i)legitimidade das escolhas de tratamento discriminatórias feitas arbitrariamente pelas pessoas em suas relações privadas, partir de um diálogo entre Hannah Arendt 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.

2. DISCRIMINAÇÃO NOS DISCURSOS DE JUSTIFICAÇÃO E DE APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

Na fórmula histórica do direito à igualdade (“todos são iguais perante a lei”), que assim se incorporou ao *corpus* das declarações de direitos na história do constitucionalismo, hoje se reconhece, no paradigma do Estado Democrático de Direito, que nela se encontra uma tensão entre igualdade e diferença.

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”² (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,³ riqueza, classe social, origem, etnia, nacionalidade, cultura, educação, religião etc.).

² 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”.

³ 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, 2005, p. 54-59) e Norberto Bobbio (*Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2002. p. 119-133).

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

Assim, 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 isonomia e discriminação, ou seja, entre estabelecer (i) uma igualdade de tratamento entre as pessoas sem que sejam levadas em consideração as suas diferenças (isonomia) ou (ii) uma desigualdade de tratamento entre as pessoas, levando-se em consideração as suas diferenças (discriminação).

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,⁴ contextualizado no paradigma do Estado Democrático de Direito. Essa fundamentação se dá em 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*”⁵ (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 perseguição de fins coletivos, no mesmo grau em que isso seria possível na comunidade idealizada de pessoas moralmente responsáveis⁶ (HABERMAS, 1998, p. 219).

⁴ “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).

⁵ No original: “*entrelazamiento de producción discursiva del derecho y formación comunicativa del poder*”.

⁶ 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”.

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”⁷ (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 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”⁸ (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).

Todavia, o discurso de justificação das normas jurídicas não pode contemplar previamente todas as possíveis dimensões concretas da situação abstratamente considerada na elaboração

⁷ No original: “formación de una voluntad política racional”.

⁸ 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”.

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”⁹ (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 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 adequada¹⁰ (HABERMAS, 1998, p. 287-288).¹¹

⁹ 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”.

¹⁰ 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 hermenêuticas), *todas* las demás normas vigentes son, por así decir, *de por sí* indeterminadas. Una excepción son las normas que Dworkin denomina ‘regras’ 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 – permanecem 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

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),¹² o que cumpre as expectativas de segurança jurídica, ao se oferecer uma única resposta correta para o caso, 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 isonomia e 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 isonomia e 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

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 sí, 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”.

¹¹ 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).

¹² 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).

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 isonomia e 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 implícita¹³ (HABERMAS, 1998, p. 335).¹⁴⁻¹⁵

¹³ 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 de 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”.

¹⁴ 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).

¹⁵ 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

Assim, isonomia ou 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*.

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 isonomia ou 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 isonomia e 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.

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).

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 isonomia e discriminação, à luz de um caso concreto, longe de ser arbitrária, precisa ser devidamente fundamentada em um discurso de aplicação.

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

Marcelo Campos 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).¹⁶

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

¹⁶ 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).

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 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.

Entretanto, 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? Em outras palavras, como devem ser compreendidas as escolhas de tratamento, entre isonomia e discriminação, feitas não pelo Estado, mas, sim, pelas pessoas, em suas relações privadas?

3. RACIONALIDADE E ARBITRARIEDADE DA DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A rigor, a exigência de racionalidade nas escolhas de tratamento, entre isonomia e discriminação, nos discursos de justificação e de aplicação das normas jurídicas, decorre da condição humana da pluralidade, isto é, pelo “fato de que os homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo”¹⁷ (ARENDDT, 1998, p. 07), razão pela qual precisam agir 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”¹⁸ (ARENDDT, 1998, p. 200), constituindo o domínio dos assuntos humanos, que “consiste na teia de relações humanas que existe onde quer que os homens vivam juntos”¹⁹ (ARENDDT, 1998, p. 183-184), respeitando, porém, as suas diferenças no domínio privado.

¹⁷ No original: “to the fact that men, not Man, live on the earth and inhabit the world”.

¹⁸ No original: “power is what keeps the public realm, the potential space of appearance between acting and speaking men”.

¹⁹ No original: “consists of the web of human relationships which exists wherever men live together”.

Para Hannah Arendt, 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 domínio privado, 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” (ARENDDT, 1998, p. 59). É por essa razão que o desaparecimento do domínio público resultaria na igual ameaça de extinção do domínio privado (ARENDDT, 1998, p. 60-61).

Já na conclusão de *As origens do totalitarismo*, 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).

O enorme desafio, nas sociedades contemporâneas, 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 proscreve tanto a privatização absoluta do domínio público quanto a publicização absoluta do domínio privado. Habermas justifica racionalmente o Estado Democrático de Direito como o projeto de uma associação de cidadãos politicamente autônomos (HABERMAS, 1998, p. 256), propondo a co-originariedade entre autonomia pública e autonomia privada, no sentido de equiprimordialidade, que possibilita aos sujeitos do direito se reconhecerem, reciprocamente, como os seus autores e destinatários (HABERMAS, 1998, p. 164-169; HABERMAS, 2001, p. 148-149; HABERMAS, 2003, p. 172-173; HABERMAS, 2004a, p. 91; HABERMAS, 2004b, 301-302).

Partindo dessa linha, Menelick de Carvalho Netto aduz que

o espaço do privado ressurgiu 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, 2003, 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, 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.

Um caso ocorrido nos Estados Unidos da América em 2007, em torno da liberdade de associação e de religião, revelou uma situação que pode ilustrar bem essa questão. O caso foi noticiado no *The New York Times* sob o título “casal de lésbicas apresenta queixa sobre o local de sua união civil”²⁰ (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 contraria 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 Discriminação²¹ de New Jersey, uma vez que o espaço administrado 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.

²⁰ No original: “Lesbian couple in complaint over site for civil union”.

²¹ No original: “Law Against Discrimination”.

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. 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.

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, 2003, 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, 2003, p. 13).

Nessa racionalização, o que se pretende ressaltar é a condição humana da pluralidade na base da legitimidade discursiva do Estado Democrático de Direito, que se constitui numa 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 infundável 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 (irracionais 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.

4. CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, pode-se concluir 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.

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.

5. REFERÊNCIAS

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

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

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

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, 2003, p. 13-38.

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.

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.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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. 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. 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.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

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.

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.