

Igualdade e Segregação: entre os limites do Direito¹

Manoel Pedro Ribas de Lima²

Resumo: Pela racionalização do Direito através de uma instituição, isto é, pela expansão lógica das categorias jurídicas, surge uma imposição institucional sobre a realidade humana. No caso da igualdade e da segregação, a partir da análise de um caso concreto ocorrido nos Estados Unidos, fica evidente o caráter heterônomo do Direito neste momento. O problema provocado pela generalização da experiência lógica em um âmbito isolado é a criação e expansão ilimitada (da validade) de categorias descoladas da contingência e as possibilidades da realidade. Como resultado deste processo, a instituição que aplica tais categorias, quando confrontada com a realidade, é a ignorância das particularidades de cada caso. E, quando se fala em Direito, essa expansão lógica e seu comportamento frente a realidade das relações humanas é uma ameaça a dignidade dos homens.

Palavras chaves: Direito, institucionalização, igualdade, pluralidade, esfera pública

Abstract: By the rationalization of Law through an institution, this is, by the logical expansion of the legal categories, spring a institutional imposition on the human reality. In the case of the equality and the segregation, from analyzes of a concrete case occurred in the United States, is evident the heteronomy of the Right at this moment. The problem provoked by the generalization of the logical experience in an isolated scope is the creation and limitless expansion (of the validity) of categories unplugged from the contingency and the possibilities of the reality. As result of this process, the institution that applies such categories, when it confronts the reality, it closes the eyes for the particularities of each case. And, when it is said in Law, this logical expansion and its behavior fronts the reality of the human relations is a threat the men's dignity.

Key-words: Law, institutionalization, equality, plurality, public realm

Na data de 28 de junho de 2007 a Suprema Corte dos Estados Unidos tomou uma decisão polêmica. O caso *Parents involved in community schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. (2007), julgado junto com o caso *Crystal D. Meredith*, representando seu filho, *v. Jefferson County Board of Education*, quebrou com os precedentes da Corte quanto às questões raciais, principalmente com o caso *Brown v. Board of Education*, U.S. 483 (1954), julgado unânime de 1954 que foi decisivo para a dessegregação e para a futura adoção das ações afirmativas nos Estados Unidos.

Este último precedente (motivado pela impossibilidade de matrículas por negros em escolas brancas, e que resultou na declaração de inconstitucionalidade das escolas públicas segregadas e na autorização de ordem de dessegregação) marca o reconhecimento americano da sua segregação, um dos seus grandes crimes históricos. Segregação é a distinção entre pessoas imposta pela lei, independentemente de costume social ou comportamento privado; só a lei pode ser vista como segregadora porque só ela, e não os

¹Texto apresentado no programa de relatórios de pesquisa do Nupeconst em 22 de setembro de 2007.

²Mestrando em direitos fundamentais e democracia na UniBrasil.

IGUALDADE E SEGREGAÇÃO: ENTRE OS LIMITES DO DIREITO

comportamentos, pode ser inconstitucional³. Nos Estados Unidos a igualdade é garantida desde a Décima Quarta Emenda, criada após a guerra civil americana, mas só em 1954 que esse país obteve consciência da relevância da questão, tanto formal quanto materialmente falando. Ora, o racismo nazista foi de grande impacto sobre os americanos, defensores da democracia, logo, da liberdade e da igualdade. No lugar de não arianos, os rejeitados por este Estado eram os negros. Eles viviam em bairros restritos, seus filhos estudavam em escolas determinadas, e até mesmo seus lugares nos ônibus eram distintos; tudo isto baseado na irônica expressão: *separados mas iguais*. Porém, quando foi visto esta fórmula potencializada em campos de extermínios, aliado ao seguido embate entre democracia e comunismo da Guerra Fria, uma atitude americana foi, de certo modo, necessária⁴. A decisão do caso *Brown v. Board of Education*, que não foi o primeiro nestas questões, repercutiu, ainda que com maciça resistência no sul dos Estados Unidos até a década de sessenta (como demonstra a intervenção federal, com envio de tropas, em Little Rock, Arkansas, em 1957), por todo o mundo como um marco da democracia; e, sem dúvida, impulsionou o debate sobre a diversidade que ferve até hoje aqui na América do Sul. Recentemente o debate sobre a diversidade racial foi alimentado nos Estados Unidos pelo caso *Grutter v. Bollinger*, 543 U.S. 306, 326 (2003), que decidiu sobre as ações afirmativas promovidas pela Michigan Law School.

Do outro lado encontra-se a recente decisão do caso *Parents involved in community schools v. Seattle School District No. 1*. Em Seattle os adolescentes são, ou melhor, eram inscritos junto a um órgão central, como uma secretaria de educação, indicando duas escolas públicas, em ordem de preferência, que desejavam estudar. O critério de desempate era brancos/não brancos, baseado na idéia de integração positiva [*integration positive*] e balanço racial [*racial balance*]. Em razão deste critério 300 adolescentes (200 brancos e 100 negros, latinos e asiáticos) não puderam estudar nas escolas de sua preferência. O mesmo ato decidiu, conjuntamente, o caso *Crystal D. Meredith*, representando seu filho, *v. Jefferson County Board of Education*. Neste caso, remetendo a um problema ocorrido em 2002, na cidade de Louisville, Kentucky, um garoto não pode ser matriculado na escola primária próxima a sua casa, e que possuía vagas disponíveis, por ser branco. Esta cidade, num processo similar ao aplicado em Seattle, tinha como critério de desempate negros/outros, porém, lá havia a formação grupos para promover a integração entre crianças de diferentes raças. Na escola pretendida neste caso, as vagas para os “outros”, onde poderia ser indicado o garoto, já haviam sido preenchidas. Em ambos os casos os sistemas adotados pelas escolas não eram segregatório, isto é, não existiam determinações de escolas por espécie de categorias, apenas um programa de ação afirmativa para a integração racial. Em ambos os casos os pais ajuizaram pedidos para

³ARENDT, H. Reflexões sobre Little Rock, in Responsabilidade e julgamento. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 262.

⁴GINSBURG, R. B. *Brown v. Board of Education in International Context*. Discurso realizado em 21 de outubro de 2004 na Columbia University School of Law. Disponível em: <http://www.supremecourtus.gov/publicinfo/speeches/sp_10-25-04.html>. Acesso em: 04 jul. 2007.

que seus filhos fossem matriculados nos estabelecimentos desejados, baseados na decisão de dessegregação de 1954 e na igualdade da Décima Quarta Emenda. A Suprema Corte dos Estados Unidos, que vem ganhando certo contorno conservador, decidiu, por 5 a 4, em afastar a utilização dos critérios das espécies usadas pelas escolas em questões. A decisão foi controvertida, ao ponto dos juizes publicarem notas informais sobre a decisão, revelando o choque entre conservadores, que são a maioria, e liberais naquele tribunal⁵.

Este artigo foi impulsionado por esta polêmica decisão a questionar o modo de existência de um Estado Constitucional num país marcado pela diversidade, seja cultural, racial ou religiosa, como é o caso dos Estados Unidos e também do nosso país, o Brasil. Trabalhando apenas num plano especulativo, buscar-se-ia entender, inicialmente, como poderia acontecer uma compreensão constitucional comum por cidadãos distintos mas nascidos num mesmo Estado já existente. Contudo, não é possível falar em um Estado, no sentido substancialista, caracterizado pela diversidade. Perceberá o leitor, no decorrer deste trabalho, que na tentativa de enfrentar a questão da segregação, se ela é um ponto jurídico ou não, seremos convidados a mergulhar em questões políticas.

Assim, iniciaremos observando os dois votos mais importantes do recente caso *Parents involved in community schools v. Seattle School District No. 1*, que são a opinião do Juiz Presidente da Suprema Corte, Jonh Roberts, o qual obteve apoio da maioria, e a opinião do Juiz Stephen Breyer, com seu voto dissidente. Os dois remetem a interpretação da Décima Quarta Emenda e do caso *Brown*, e conflitam principalmente no modo de atuação do Estado sobre a comunidade específica. Em seguida, apoiado nas descrições de Ronald Dworkin será visto, de um lado, a integridade de uma comunidade e, de outro, a institucionalidade do Direito, o que ele chamou de moralidade institucional. Isso nos dará bases para seguir na pergunta sobre até onde o Estado [de Direito] pode ir. Nesta altura, será necessário percorrer a realidade de uma sociedade segregada, onde contaremos com a ajuda de Hannah Arendt. Com ela também determinaremos, em termos gerais e sempre tendo como suporte a discussão sobre a segregação, as condições mínimas para a existência de uma esfera política, isto é, tentaremos definir os limites do Direito na política. O último passo antes da conclusão é a análise, através de Bruce Ackerman, do comportamento da Suprema Corte no caso *Brown v. Board of Education*, tomando-o como análogo ao caso *Parents involved in community schools v. Seattle School District No. 1*, quando das decisões verticais frente a autoridade da esfera pública. Esse será o caminho trilhado até o fim.

⁵GREENHOUSE, L. In Steps Big and Small, Supreme Court Moved Right. The New York Times, Nova Iorque, 01 jul 2007. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2007/07/01/washington/01scotus.html?oref=login &pagewanted=all>>. Acesso em: 05 jul. 2007. Ver também a matéria de capa deste jornal: Id. Justices Limit the Use of Race in School Plans for Integration. The New York Times, Nova Iorque, 29 jun. 2007. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2007/06/29/washington/29scotus.html?_r=1>. Acesso em: 04 jul. 2007.

IGUALDADE E SEGREGAÇÃO: ENTRE OS LIMITES DO DIREITO

I

Em seu voto, o presidente da Corte, Jonh Roberts, levantou a questão sobre as possíveis razões da classificação racial. Ele aponta que, de um lado, está a busca pela diversidade [*broader assessment of diversity*] e, de outro, o balanceamento racial [*racial balance*], das quais derivam modos distintos de atuação. Baseado no caso *Grutter v. Bollinger*, diz este juiz que são interesses governamentais a busca pela dessegregação, como forma de remediar o passado, e a colocação extensiva da diversidade, isto é, a revelação e relação de diferentes culturas, idéias, etc.⁶ Elas correspondem, evidentemente, a busca pela diversidade. O balanço racial, por outro lado, é a tentativa de suavizar as diferenças raciais por um ambiente integrado, o que significa uma equiparação material entre pessoas de diferentes raças. Para o Juiz Roberts, um conservador, esse balanceamento é inconstitucional pois pressupõe que uma raça é menos capaz que as outras⁷. Não importa para ele se a intenção desta integração era a de beneficiar a sociedade como um todo, pois questões desta natureza devem ser analisadas de forma estrita [*the strict scrutiny analysis*], afinal, diz ele, boas intenções não são suficientes. A concepção do “separados mas iguais” passaria para “não iguais porém benevolente” [*unequal but benign*]⁸. Qualquer classificação legal de grupos implica na ignorância sobre a individualidade das pessoas, onde reside sua dignidade, para a qual é dirigida a garantia da Décima Quarta Emenda e do caso *Brown v. Board of Education*; isto quer dizer que a Constituição Norte-Americana é cega quanto questões raciais⁹. Afinal, “[t]he way to stop discrimination on the basis of race is to stop discrimination on the basis of race”¹⁰. Assim, afirma ele que uma concepção binária, como foi usada tanto por Seattle School District como por Jefferson County Board of Education, para um critério de desempate rotula as pessoas e é sem razão, pois não está ligada à diversidade racial, apenas ao balanço racial¹¹. Seu voto foi acompanhado pelos juizes Scalia, Thomas e Alito. Juiz Kennedy concordou com estes quanto a inconstitucionalidade da atitude tomada por aquelas instituições, contudo sua conclusão se difere quanto ao assunto racial da opinião do presidente da Corte¹².

O voto dissidente do Juiz Breyer, um liberal, inicia com o seu reconhecimento do

⁶Opinion of Roberts, C. J., in *Parents involved in community schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. (2007), <http://www.supremecourtus.gov/opinions/06pdf/05-908.pdf>, p. 14-15.

⁷Opinion of Roberts, C. J., p. 17 e 39.

⁸ *Ibid.*, p. 35-37.

⁹ *Ibid.*, p. 36.

¹⁰ ...o caminho para parar a discriminação baseada em raças é parar com a discriminação baseada em raças (trad. minha). *Ibid.*, p. 40-41.

¹¹*Ibid.*, p. 18.

¹²Uma afirmação de que a pluralidade implica no afastamento de distinções raciais, diz Kennedy, conflita com precedentes, como o caso *Grutter v. Bollinger*, que encorajam a formação de um corpo estudantil diversificado. Diz ele que balanço racial não é segregação legal. Mas, nos casos do julgamento analisado, por envolver um número pequeno de estudantes envolvidos, outros meios poderiam ser usados para o desempate.

esforço daquelas duas instituições em buscar uma a integração racial, uma atitude que se seguia por mais de 50 anos por todas as instituições da *nação*, desde o caso *Brown v. Board of Education*. Isto representa a continuada adoção e incentivo pela Suprema Corte destas atitudes dessegregatórias, entendidas como constitucionais. Ele afirma que a cegueira da “pluralidade” esquece o contexto em que foi tomada a decisão de lutar contra a segregação, tornando-se obstáculo, agora legal, contra aquela intenção¹³.

Medidas, deixadas a cargo das comunidades locais, são permitidas, mas não requeridas, para a promoção da consciência racial, preparando, já nas escolas, as crianças para viverem numa sociedade plural. Segundo Breyer, resultados positivos estão sendo alcançados, ainda que atualmente o progresso tenha enguiçado. Números foram apresentados por ele. O abandono das medidas de fato, mas não de direito, levaria a uma nova segregação. “*Seattle and Louisville are two such districts [that have the sake of eradicating earlier school segregation, bringing about integration, or preventing retrogression], and the histories of their present plans set forth typical school integration stories*”¹⁴. As escolas seguem esta forma de pensamento; logo, a distinção entre segregação de fato (existente na sociedade) e de direito (causado pelo sistema) é irrelevante no caso; e, por fim, não é plausível uma aplicação da constituição direta aos indivíduos; estas são as três características comuns dos casos em julgamento¹⁵.

Juiz Breyer discorda da afirmação que somente a segregação de direito é prejudicial, pois, segundo ele, é fútil, dado que “*our precedent has recognized that de jure discrimination can be present even in the absence of rationally explicit laws*”¹⁶. Como foi afirmado pela própria opinião da Corte (voto do Juiz presidente Roberts), não havia histórico de segregação em Seattle, quer dizer, a segregação legal não é um fator crucial.

Indigna-se Breyer quando percebe que, de um dia para outro, o que era legal passa a ser ilegal. Afinal, as escolas estavam cumprindo, voluntariamente ou não, uma determinação federal, a qual remete ao caso *Brown*. Elas tinham a discricionariedade de adaptar seus programas de integração conforme as características de sua comunidade. E toda a seqüência legal dos precedentes conta, relata Breyer, que atuações positivas no sentido de relacionamento racial são constitucionais, conforme a cláusula de igual proteção [*Equal Protection Clause*]. A mesma corte já apoiou atitudes como as reservas de porcentagem das matrículas para negros mesmo sob a crítica que af repudia a inclusão ou a exclusão de uma pessoa por ela ser negra ou por ser branca. Isto é, ela apoiou uma atitude dessegregatória independentemente da existência de segregação legal, como no caso *North Carolina Bd. of Ed. v. Swann*, 402 U.S. 43,45 (1971), do qual se entende “*that*

¹³ Breyer, J., dissenting, p. 1-2.

¹⁴ Seattle e Louisville são tais distritos [que têm fim a erradicação da segregação logo cedo na escola, carregando a integração, ou prevenindo um retrocesso], e a história dos seus planos reporta a típica história da integração escolar (trad. minha). Breyer, J., dissenting, p. 4.

¹⁵ Ibid., p. 5.

¹⁶ ...nossos precedentes têm reconhecidos que a discriminação legal pode estar presente mesmo na ausência de leis explicitamente raciais (trad. minha). Ibid., p. 19.

IGUALDADE E SEGREGAÇÃO: ENTRE OS LIMITES DO DIREITO

the government may voluntarily adopt race-conscious measures to improve conditions of race even when it is not under a constitutional obligation to do so"¹⁷. Para Breyer, não há contradição entre a Décima Quarta Emenda e o uso de critérios raciais, pois há uma diferença básica entre o entendimento legal e o prático, que é o fato da manutenção de grupos raciais apartados independentemente de segregação legal. O que se quer é trazer as raças para um mesmo espaço¹⁸.

A defesa do pluralismo e de uma cegueira constitucional em questões raciais pelo criticismo esquece, afirma Breyer, que a leitura da cláusula de igual proteção em favor de atitudes positivas não é obscura ou subliminar, ela remete aos precedentes da Suprema Corte. O ataque de Breyer contra o argumento do pluralismo é a de que ele reside apenas numa esfera teórica. A rejeição de atitudes positivas pelo pluralismo representa o abandono de toda a história daquele tribunal¹⁹.

O argumento dos assim taxados pluralistas de que a aplicação de classificação racial deve ser feito em sentido estrito é afastado por Breyer no momento em que está em jogo o interesse do governo. Nunca foi dito como e em que momento deve ser utilizado tal classificação, pois se deve valer dela quando é uma questão de fato, não numa previsão teórica. O contexto do problema em tela não é aquele em que há choque entre grupos de diferentes raças, o que leva a crer em uma visão otimista das ações afirmativas, onde, pela experiência de Seattle, não demonstrou nenhum dano efetivo por questões raciais. Assim, ele não encontra distinção entre diversidade racial e balanceamento racial; ambos são termos genéricos, e significam a mesma coisa: integração racial. E para a integração ele apresenta três razões. Primeira, a questão histórica; segundo, um elemento educacional, o que significaria afirmar a existência de melhores resultados em escolas onde haveria integração racial (o que é posto em dúvida pelo Juiz Thomas); e terceiro, a democratização da educação, promovendo um meio comum e plural para o crescimento, promovendo a formação de uma só nação²⁰.

Desta forma encontramos em Breyer a afirmação de que a distinção entre vedação de segregação legal e segregação de fato desenhada pelo pluralismo dirige-se ao que *requer* a constituição (a dessegregação), não ao que ela *permite* fazer. É com este ponto de permissibilidade em que Breyer, carregado de todas aquelas justificativas, tenta caracterizar o balanceamento racial promovido pelas instituições educacionais espalhadas por todos os Estados Unidos²¹; porém, nestas questões de integração educacional, Breyer diz ser, enquanto juiz, menos competente do que os administradores das escolas, afinal, entre os educadores e suas comunidades há uma relação mais estreita do que entre estas

¹⁷...que o governo deve adotar voluntariamente uma medida de consciência racial para melhorar as condições de raça mesmo onde isto não está sob um dever constitucional (trad. minha). *Ibid.*, p. 27.

¹⁸Breyer, J., dissenting, p. 28-29.

¹⁹*Ibid.*, p. 30-31.

²⁰*Ibid.*, p. 37-40.

²¹*Ibid.*, p. 43.

comunidades e os juizes da Suprema Corte²². O que isto quer dizer? Ora, se é para a comunidade, ou melhor, o povo atuar, porque então o Estado, através das suas instituições, sendo a Suprema Corte nestes termos a principal, interfere? Então nestes assuntos não seriam o pluralismo e a cegueira constitucional as melhores perspectivas?

Encontra-se no voto de Breyer a afirmação de que é *“important to consider the potential consequences of the plurality’s approach, as measured against the Constitution’s objectives”*, dado que a constituição norte-americana foi criada como um documento que transmitisse os valores básicos, na forma de princípios possíveis de serem trabalhados, para as futuras gerações, razões que tornariam fraca uma visão pluralista²³. Porém, se a finalidade deste plano era dirigir as gerações futuras, como poderia ser explicada a quebra que o caso *Brown* promoveu na leitura da Décima Quarta Emenda? Baseado no plano inicial de dessegregação de Louisville, em 1956, que desconsiderava qualquer questão racial, e que possui por 16 anos escolas onde só estudavam brancos e escolas que só estudavam negros, Breyer dá a entender que neste momento a perspectiva da pluralidade estaria passiva, ou ainda impediria litígios baseados em questões raciais.

Na verdade, confessa Breyer, que estas questões sobre a solução dos problemas raciais não é, segundo a sua constituição, de competência da Suprema Corte, mas do povo, baseado na idéia da política democrática²⁴. Mas, ao contrário do Juiz Roberts, ele não pretende deixar ao povo aquela decisão, Breyer prefere manter os programas de integração como uma ordem federal, isto é, uma imposição de cima para baixo. A visão progressista de Breyer, dirigida conforme a história administrativa das escolas de Louisville e Seattle, leva-o a conclusão que o que deve ser feito é dar continuidade ao sistema de integração até então realizado, pois, de outro modo, as relações raciais no seu país se agravariam inevitavelmente. Mas o que quer Breyer é a formação de um Estado Nacional isto é, homogêneo, não racialmente, mas culturalmente falando. *“It sought one law, one Nation, one people, not simply as a matter of legal principle but in terms of how we actually live”*²⁵. Ora, podemos falar que um Estado construído pela diversidade (pois, querendo ou não, os Estados Unidos é a união de estados, além de ser a terra dos imigrantes) deve caminhar para a formação infeliz (que teve como resultado, na Europa do início do século XX, a ignorância da humanidade daquele que não era nacional) dos Estados-nação?

II

Torna-se interessante observar que tanto o conservadorismo como o liberalismo

²²Breyer, J., dissenting, p. 48.

²³...importante considerar as potenciais conseqüências da aproximação do pluralismo como medida contra os objetivos da constituição (trad. minha). Ibid., 57-58.

²⁴Isto buscou uma só lei, uma só Nação, um só povo, não simplesmente como questões de princípios legais mas nos termos de como nos atualmente vivemos (trad. minha). *ibid.*, p. 62.

²⁵*Ibid.*, p. 67.

IGUALDADE E SEGREGAÇÃO: ENTRE OS LIMITES DO DIREITO

partem de pressupostos comuns. O liberalismo baseia-se na História como uma seqüência *progressiva* em direção à liberdade. Liberdade, para aquele que perfila esta forma de pensamento, esta é contraposição com o poder, que se acredita sempre corromper, isto é, seu padrão de julgamento determina-se na idéia de que é melhor mais liberdade, logo, menos poder. Por outro lado, o conservador pressupõe uma visão histórica, como o liberal, mas essa História é a do *declínio* da autoridade, onde o crescimento desordenado da liberdade nos leva ao caos. Uma observação imparcial do choque entre liberalismo e conservadorismo, duas faces da mesma moeda, afirma que eles não estão totalmente errados, dado que a História confirma tanto uma versão como a outra. Vemos tanto o retrocesso da liberdade quanto da autoridade. Mas ambas as perspectivas se baseiam na Filosofia da História do século XIX e possuem dificuldade na hora de fazer distinções entre história e progresso, ou história e declínio²⁶, como podemos ver no voto de Breyer. Para entender melhor essa questão histórica usaremos o pensamento de Dworkin, um liberal, em dois momentos. No primeiro veremos como ele trata o princípio da integridade (política) em “O império do Direito”. Depois será observado sua análise sobre os casos difíceis em “Levando os direitos a sério”²⁷. Creio que assim ficará visível a distinção entre um âmbito político e um âmbito institucional.

1 Para Dworkin, o Estado seria uma pessoa²⁸. Ele diz que o Estado não seria algo em si, mas sim uma formação de uma comunidade por seus membros. O que parece contraditório resolve-se quando ele também afirma a própria comunidade como *um* agente moral, partindo daí para a formação de princípios. Para isso ele se vê forçado a determinar uma integridade por uma “virtude política”, na tentativa de afastar-se de uma estrutura metafísica, engajada a proteção da unidade da comunidade, mas de fato ele coloca a integridade como um metaprincípio. Só graças a integridade, segundo Dworkin, é que poderia existir responsabilidade política, pela qual tomaríamos os atos praticados no passado como nossos e por eles nos responsabilizaríamos. Pela integridade os indivíduos são exigidos e exigem que seja compartilhada a mesma vida moral (que é um dado porque todo indivíduo nasce num Estado já existente). Revelar-se-ia na integridade, enquanto virtude, a cidadania, o senso de participação em uma comunidade, à qual as pessoas se tomariam fiéis²⁹.

A legitimidade do direito estaria nesta integração. Obedecer-se-ia por pertencer a uma comunidade e por ser o direito sua moralidade. Isso não implicaria, diz Dworkin, que os cidadãos devem imperativamente, e para isso seriam coagidos, obedecer. Como acontece essa legitimação? Rawls dirá que existe um acordo tácito, um contrato social pressuposto.

²⁶ Contraposição realizada por ARENDT, H. *Que é autoridade?* in *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 5ª ed., 2005, pp. 133-139.

²⁷ DWORNIK, R. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 2005, Cap. VI e VII; e *Id. Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 2002, Cap. 4.

²⁸ *Id.* *O império do direito*, p. 226.

²⁹ DWORNIK, R. *O império do direito*, p. 231.

Porém, diz Dworkin, isso não pode ser levado a sério porque não se pode obrigar alguém sem um consentimento genuíno. Não há escolha na alternativa de Rawls. Dizer que o direito, por ser direito, é justo é incorrer em petição de princípio. A idéia do jogo limpo imputa obrigações sem razão nenhuma, e também é vago em demasia. Dworkin, frente à idéia do jogo limpo, inverte o argumento. Não é pela participação em uma ordem que ao indivíduo cabe o dever de obediência mas por ser tal organização aquela da qual se recebe direitos, a ela se deve obediência (o que perverte a argumentação da integridade como virtude), como se vê abaixo:

Podemos nos afastar dessa segunda objeção [o argumento de Hobbes, de que é melhor viver sob uma ordem do que no estado de natureza] se rejeitarmos a interpretação “natural” que descrevi com relação à idéia crucial de benefício. Suponhamos que entendemos o argumento de maneira diferente: ele pressupõe não que o bem-estar de cada cidadão, julgado com neutralidade do ponto de vista político, tenha melhorado *por* uma organização social ou política específica, mas que cada cidadão tenha recebido os benefícios *de* tal organização. Isto é, que na verdade tenha recebido os benefícios que lhe cabe de acordo com os padrões de justiça e equidade sobre os quais se assenta a referida organização. Entendido desse modo, o princípio de jogo limpo estabelece pelo menos uma condição necessária à legitimidade³⁰.

Todo aquele que está em uma comunidade, e dela recebe direitos, possuiria laços obrigacionais com seus integrantes. Dworkin afasta algumas explicações, como as relações intersubjetivas, por não corresponder a realidade em grandes comunidades, e como as exaltações ao nacionalismo, por ser a causa de milhares de guerras. O autor busca a explicação na família, que por sua estrutura, apresenta seus conceitos de obrigações como imperativos. Os filósofos estariam errados, para Dworkin, em apegar-se a idéia de aceitação, escolha e amizade. Na amizade não há obrigações taxativas. Na realidade, convivemos com pessoas quem não escolhemos como amigas. Para Dworkin, as obrigações teriam razões mais abstratas do que a amizade, aproximando-se às obrigações fraternais. Como irmãos, as obrigações teriam origens alheias aos próprios indivíduos, entretanto, essas obrigações seriam pessoais, ligando uns aos outros. Dessas obrigações derivaria um interesse geral ao bem-estar comum. E como irmãos, os indivíduos seriam vistos em pé de igualdade³¹.

Independentemente da maneira que se originam as obrigações, para Dworkin o que importa é determinar os limites da comunidade política e a fidelidade do povo para com suas obrigações³². Isso vai levar a única escolha do cidadão que importa dentro de

³⁰Ibid., p. 236.

³¹O próprio Dworkin aponta alguns problemas de justiça que poderiam surgir com sua concepção. O primeiro seria a distinção entre a exigência que recai sobre uns que não recai sobre outros. O segundo seria a ignorância quanto ao estrangeiro. Esses obstáculos, aparentemente injustos, não devem ser afastados, diz Dworkin. Pelo contrário, eles deveriam ser interpretados e compreendidos como parte do sistema, na qual se encontrará uma razão. Ora, o que poderia ser dito então sobre a segregação antes da década de 50 nos EUA?

³²DWORKIN, R. O império do Direito, p. 251.

IGUALDADE E SEGREGAÇÃO: ENTRE OS LIMITES DO DIREITO

sua comunidade: participar ou não participar da comunidade³³.

Propondo uma “comunidade de princípios”, assentada sobre algo que não pode ser afastado ou desfeito, todas as obrigações dos cidadãos, que são aqueles apenas interessados em seus problemas particulares, derivam de um sistema de princípios. A integridade está presente aqui, diz o autor, em razão de que, mesmo em desacordo, os cidadãos continuam obrigados uns aos outros. Ainda fala Dworkin que seria neste modelo onde todos os cidadãos seriam tratados da mesma maneira, um tão digno quanto os outros. Só aqui pode haver a pretensão do ideal de fraternidade³⁴. Desse modo, tendo em mente que a integridade seria a derivação e subordinação dos cidadãos aos princípios, podendo-se entender a política e explicar a prática constitucional de uma comunidade. Aí está, para Dworkin, a melhor forma de legitimidade. Não há uma moral atemporal, mas a interpretação da própria cultura jurídica e política.

A integridade seria a chave para uma interpretação construtiva na prática jurídica, ainda que não seja possível reunir todos os princípios e demais normas num único sistema coerente. A integridade, nos seus dois momentos – no legislativo, afastando as conciliações desarrazoadas e buscando apoio nos princípios, e no judiciário, que analisando as regras públicas criadas pelo legislativo busca compreendê-las num todo, e desse todo reconhecer os princípios fundamentais da comunidade –, não é superior a justiça. Porém, a aplicação da justiça antes da integridade provocaria uma quebra de legitimação. O juiz tem que aplicar princípios. A integridade não tem a última, mas a primeira palavra. Integridade não é apenas coerência entre decisões, mas decisões que formam um sistema único de justiça e equidade. Para manter esse sistema, é razoável que uma decisão atual conflite com uma do passado, quer dizer, a coerência evidencia-se apenas como as amarras que mantêm o sistema unido, afastando o que lhe é estranho. Como sistema é formado por regras e princípios, isto é, por direitos, o poder legislativo deve respeitá-los. Porém, os direitos não são apenas limites. Eles também são nortes, tornando a voz do governo única ao se manifestar sobre os direitos³⁵.

A integridade afasta a possibilidade de cogitação de criação ou invenção de direitos (pelos juízes, mas, logicamente, pelo legislador). Entende-se que o direito foi criado por um só autor, a comunidade personificada, que expressa coerentemente as concepções de justiça e de equidade. A aplicação do direito, em razão da existência anterior de princípios, se resume a atividade de interpretação sobre a história da comunidade.

2. Em outro momento, Dworkin, frente aos casos difíceis, afirma que apenas compete ao judiciário a aplicação dos princípios, contrariando a afirmação positivista de criação de direitos pelo judiciário, onde se concluía existir a possibilidade da aplicação de políticas. Toda decisão política precisa ser legitimada, isto é, precisaria passar por um

³³Ibid., p. 250.

³⁴Ibid., p. 254.

³⁵DWORKIN, R. O império do Direito, p. 268.

processo de aceitação do povo, como acontece no legislativo. Os juizes, afirma Dworkin, não possuiriam essa legitimidade, logo, apenas podem se valer de princípios (este é o primeiro ponto contraditório; pois antes vimos que os princípios seriam resultado da própria integridade da comunidade). A decisão do juiz num caso difícil fundamenta-se num princípio, sempre pré-existente ao caso. Não há criação de um direito novo, apenas a derivação deste de um princípio abstrato e anterior.

A tese de que as decisões judiciais fazem efetivos os direitos políticos só pode ser baseada nas decisões como parte da tradição jurídica e da história institucional, sendo a decisão uma continuidade delas (segundo ponto a ser observado, pois limita a integridade apenas à esfera institucional). Não há choque entre história e justiça. Para o autor, uma decisão que seja coerente isoladamente deve se manter correta, ou melhor, coerente diante de todas as outras decisões já tomadas. O juiz, por sua decisão, é responsável frente o todo, da mesma forma que o correto só é correto se coerente com suas linhas gerais, que são os princípios³⁶.

Para sua aplicação pelos juizes, os direitos têm de ser institucionais e jurídicos. Os direitos institucionais podem ser entendidos como as regras do jogo. Por maior que seja a dificuldade da aplicação dessas regras, elas sempre estarão limitadas ao jogo. A possível existência de textura aberta deve ser ignorada, pois, além de limitadas ao jogo, as regras estão postas para e pelo jogo, restringindo também o modo de aplicação e os fins a que elas se dirigem³⁷. Isto deve ser respeitado pelo juiz, e a existência de um poder discricionário é irrelevante. A aceitação de uma decisão neste contexto é justificada pela participação das partes e do juiz no jogo, participação esta que é voluntária. A regra é certa porque é a regra do jogo. O próprio jogo é um artifício conceitual para a solução das questões.

Dworkin, através do hipotético juiz Hércules, afirma que os cidadãos seriam beneficiados por viverem sob uma *ordem institucionalizada*, dada pela constituição (e assim viveriam até uma emenda ou uma revolução trazer uma nova ordem). Desta ordem extrai-se uma teoria, neste caso uma teoria constitucional, da onde se encontra um sistema de princípios que justifique a constituição como um todo. Essa teoria deverá ser o bastante para solucionar casos difíceis como também justificar o processo político, resultando, dito

³⁶Argumentos de princípio referem-se a direitos individuais, argumentos de política a objetivos coletivos. Direitos políticos são objetivos coletivos individuais. Esses direitos são moedas de troca para a concessão de benefícios e estipulação de encargos numa comunidade, estimulando, por exemplo, a distribuição desigual de direitos para a imposição de condições mais próximas a igualdade. Logo, os direitos políticos são relativos, o que não impede que se veja um ou outro como absoluto. São relativos a todas as outras decisões políticas que foram e serão tomadas (o todo). Em outras palavras, um direito político só é relevante, e assim tomado como um direito juridicamente falando quando conveniente às metas coletivas em geral. Da mesma forma, um direito é restringido ou ampliado dependendo de sua conformidade aos objetivos sociais. Lembrando que os direitos políticos não se confundem com direitos institucionais. Ver Id. Levando os direitos a sério, Cap. 4.

³⁷DWORKIN, R. Levando os direitos à sério, p. 160.

IGUALDADE E SEGREGAÇÃO: ENTRE OS LIMITES DO DIREITO

de outra maneira, nas regras do jogo³⁸. Essa mesma constituição dá competência a órgãos determinados a criação de leis destinadas à satisfação do bem-comum. Essa competência é limitada pela própria constituição.

Quando confrontada com casos difíceis, onde a constituição e a legislação não são o bastante, o juiz Hércules deve buscar nos precedentes (decisões institucionais), ainda que sem respostas diretas para o problema, uma força gravitacional para seus raciocínios. Independente do que seja essa força, ela decorre da própria tradição jurídica e dos precedentes, com os quais a decisão do caso difícil deve ser coerente (a mesma idéia do individual e universal antes exposta). Ora, o próprio caso, um fragmento da História, deve ser entendido pela História³⁹. Não se julga a favor de uma das partes, mas em favor do próprio Direito, enquanto uma instituição histórica. Quando o juiz Hércules escolhe um precedente para aplicar no seu caso, não é o precedente, mas seus princípios que são as justificativas para a nova decisão.

Para que esse argumento de Dworkin seja aplicável, as fundamentações das decisões judiciais pelos princípios deveriam ser aceitas pela comunidade⁴⁰. O esquema de princípios contido nos precedentes não é necessariamente conforme a intenção das leis (já que tal intenção é apenas resultado de teorias), mas é coerente ao contexto legal. Para isso o juiz Hércules tem de pressupor que as leis não se fundam em políticas, mas em princípios, como os precedentes. Tanto os princípios dos precedentes como os da lei são, coerentemente, formadores de uma idéia de equidade [*fair*] que deve ser aplicada⁴¹. Esse esquema estrutura-se de forma vertical, como evidencia o constitucionalismo (no nosso sistema, no controle concentrado de constitucionalidade), e horizontal, por se encontrar as mesmas justificativas para as decisões de qualquer instancia hierárquica (num controle difuso de constitucionalidade).

Contudo, diz Dworkin, esse juízo encontrará dois problemas. O primeiro é o sopesar os princípios, elevando uns em detrimentos de outros, dado que o princípio fundamental do esquema do Direito deve ser o mesmo que sustenta o governo. O outro problema é a coesão entre todas as decisões tomadas na História de uma instituição. Quando o juízo analisa os precedentes e a legislação, ele não busca a seqüência causal entre eles, mas a justificação, uma amarração, de cada um, e a coerência destas justificações para a construção de um todo. Talvez nem todos os juízes encontrassem as mesmas justificações que o juiz Hércules, e conseqüentemente, veriam o todo de forma diferente. O próprio juiz Hércules poderia errar quando da sua concatenação histórica. Dworkin sugere a criação de uma teoria de erros institucionais. Primeiro, o juiz Hércules deve distinguir autoridade institucional (competência) de força gravitacional (princípios), e identificar o erro em um destes elementos. Dependendo do nível de constitucionalidade desta teoria encontrar-se-á na resposta um tipo determinado de solução (supremacia legislativa ou o peso dos

³⁸Ibid., p. 168.

³⁹Ibid., p. 176.

⁴⁰Ibid., p. 180.

⁴¹DWORKIN, R. Levando os direitos à sério, p. 181-182.

precedentes). Segundo, o juiz Hércules pode afirmar que sua teoria é mais consistente, dada que decisões anteriores a sua já não são mais pertinentes hoje, ou mesmo que o princípio até então aplicado não é mais justo, em conformidade com a História institucional.

3. A tese dos direitos de Dworkin, segundo ele próprio, tem dois aspectos, um justificativo (normativo) e outro explicativo (institucional). Encontramos no seu pensamento o choque de uma integridade política e uma moralidade institucional. Podemos tomar a esta última como uma teoria da validade, e aquele como uma representação existencial de uma comunidade. Representação existencial significa uma personificação – transcendente – da comunidade, em conformidade com um sentido substancialista, que revela uma ordem. É, na verdade, uma tentativa de ver estaticamente *toda* a seqüência linear da História, e nela, e por ela, encontrar as justificações dos acontecimentos e das formas de pensar daqueles que nela estiveram contidos. Uma teoria da validade significa a constituição do Direito como uma *unidade* coerente de regras, decorrendo de uma norma pressuposta, que pode ser entendida, em conformidade com uma representação existencial, numa constituição histórica, ou de um sistema imposto por um documento determinada, uma constituição propriamente dita.

Uma forma de representação existencial é defendida por Eric Voegelin, em “A nova ciência política”⁴², e foi objeto de críticas por Hans Kelsen em “Fundamentos da democracia”⁴³. A idéia de representação existencial é defendida por uma questão de efetividade, uma imputação eficaz independente de instituições estatais, pois todos aqueles que estão inseridos numa comunidade possuiriam valores comuns, e assim se comportariam de acordo com tal comunidade, agora personificada. Não importa aqui dizer como aparece essa personificação, a questão é que haveria uma entidade da qual se extrai um *conceito normativo*, que exige, em verdade de maneira heterônoma, sua aplicabilidade. Isso seria o retorno a metafísica, e todos os seus *ismos*. Para Kelsen, uma representação existencial poderia, antes de tudo, estar relacionado tanto com um governo autocrático quanto com um governo democrático, pois todo e qualquer governo, enquanto existente, seria entendido como representativo; e em seguida, preocupado em defender a representação parlamentar e válida juridicamente, tida como uma representação elementar, Kelsen afirma que uma representação existencial estaria ignorando a importância da democracia indireta⁴⁴. Nem uma, nem outra perspectiva deve ser adotada totalmente, a primeira por escapar da realidade quando cria uma personalidade moral que se sobrepõe a particularidades, e a segunda, por ser superficial no momento em que resume democracia como um processo parlamentar segundo um ordenamento normativo (aqui já falando num sentido kelseniano) válido.

⁴²VOEGELIN, E. A nova ciência política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2 edição, 1982. Ver em especial cap. 2.

⁴³KELSEN, H. Fundamentos da democracia, in A Democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2ª edição, 2000.

⁴⁴Ibid., p. 157-160.

IGUALDADE E SEGREGAÇÃO: ENTRE OS LIMITES DO DIREITO

Desta discussão, como do conflito em Dworkin, revela-se uma questão interessante. Do choque entre a liberdade que tem uma comunidade para chegar aos seus valores, os quais potencialmente passariam a ser seguidos, e o que é juridicamente válido e devido eficazmente (de cima para baixo), pergunta-se: quais são os limites do Direito? E aqui voltamos ao problema da segregação, que como foi levantado no início, ou é um problema social ou é jurídico-positivo.

Ora, o maior problema do juiz Hércules é uma realidade democrática. Ele não se limitaria à autoridade do povo, delegada ao legislativo, e ao qual o juiz Hércules não possui o voto de confiança nem possui contato, mas se limitaria no comportamento reiterado da sua própria história – do tribunal –, por estar inserido numa realidade institucional. Dworkin afirma serem as decisões fundadas em princípios (institucionais) mais fortes do que as fundadas em argumentos políticos (o que remeteria a uma esfera pública). Todavia os princípios não possuem aceitação prévia do povo. Um juízo democrático por Hércules, segundo Dworkin, seria a aplicação da moralidade do povo, logo, não discricionário. Porém Hércules não vê limites ao seu Direito, tanto que faz valer princípios em assuntos que não fazem parte da história institucional, e assim vice-versa⁴⁵.

III

A partir de Dworkin, percebe-se o campo de visão institucional, como algo distinto, por mais próximo que esteja, da comunidade. A relação destas diferentes esferas de poder acontece pela *dominação* de um sobre a outra. Porém, antes de entrar especificamente na questão se é ou não é a segregação apenas uma questão legal, vale a pena observar algumas ponderações sobre como vive uma sociedade segregatória de fato. Para tanto me valho dos apontamentos feitos por Hannah Arendt em “Origens do Totalitarismo”, onde ela relata como grupos, forma característica da sociedade do final do século XIX e início do século XX, se relacionavam uns com os outros, e seu texto “Reflexões sobre Little Rock”, no qual ela põe em xeque a intervenção federal para a imposição da dessegregação nos Estados Unidos. Creio que é interessante escutar suas opiniões por ter sido ela uma vítima, no primeiro caso, e uma testemunha, no segundo⁴⁶. Em seguida veremos como ela propõe uma esfera política. Muitos, entre eles Habermas, a vêem como uma republicana. Nas questões raciais ela parte de um pressuposto pluralista, que não podemos aproximar seu pensamento com o conservadorismo registrado acima, mas a usaremos para defendê-lo.

1 Arendt diria que a vida em sociedade exige de cada um uma dose de representação, já que em público os homens aparecem, desempenhando o seu papel, onde são vistos e

⁴⁵DWORKIN, R. Levando os direitos a sério, p. 197.

⁴⁶Ela foi presa em 1933 na Alemanha, país onde nasceu, sob o regime nazista; em 1941 seguiu para os Estados Unidos fugindo da Segunda Guerra Mundial, país o qual ela adotou como seu.

julgados pelo que são. O que se evidencia numa pessoa é a sua aparência. Se forem tomadas as aparências apenas em assunto de estética, distintamente dos negócios humanos (esfera pública), revelarão formas, como objetos, distinguíveis pelas cores, tamanhos e traços; e as diferenças mais elementares (cor, classe e origem) são realçadas a ponto de se tornar irrelevante o diálogo, a atuação de cada pessoa. Isso possibilita separar cada um em grupos, conforme suas especificidades, onde melhor se encaixarem.

Na sociedade do final do século XIX não havia individualidade, mas sim movimentos isolados. Não interessa quem é quem, e sim a que grupo se está contido, e qual é a atuação do grupo. As exigências frente às capacidades de atuação observadas antes nas pessoas são aí transferidas aos grupos. Assim, eram os grupos que controlavam, silenciosamente, o desempenho dos seus membros, da mesma forma que cada personagem deveria enquadrar-se numa novela. Porém, dentro de cada grupo, onde seus membros se deparavam com os seus (iguais), os indivíduos não possuíam qualquer relevância, eram privados de suas identidades. Naquela sociedade em geral destacavam-se os indivíduos por serem negros, judeus, ou homossexuais, entretanto dentro de seus grupos tornavam-se desinteressantes, pois aí eram vulgares de tal forma que estavam despidos de toda atmosfera mística que os cobriam. Mas ainda remanescia a necessidade de defenderem seus grupos, como uma maneira de assegurar sua sobrevivência, voltando todo seu comportamento para isto⁴⁷.

Enquanto desamparado da insígnia do seu grupo, neste regime partidarista, o indivíduo, vendo-se diante de todos os outros enquanto singular, sofreu um terrível desconforto, preferindo viver completamente enclausurado num mundo particular, sofrendo a constante subjetivação de seu espírito. Ele encontrou-se nivelado e destituído de sua condição de pessoa, não importa se ele é igual ou diferente. Se rebelando contra esta forma de sociedade, é ele impulsionado, totalmente sem sentido, para sua intimidade. E, concomitantemente, ele conforma-se e adere a grande massa, formando um grande grupo desprovido de uma opinião e um interesse, na forma de uma grande família, aguardando um impulso (um pai) para que seja governado.

O Estado burguês, espelho da teoria política de Hobbes, não possuía nenhuma lei – natural, divina ou social – determinando o certo e o errado. Os interesses particulares, ocupando o espaço dos negócios humanos, regiam os comportamentos, comportamentos que obtinham seu valor dependente do sucesso do seu autor (utilitarismo). O Estado marcava presença somente para manter a segurança entre os indivíduos, estabelecendo o convívio entre a soberania do indivíduo, a certeza do alcance dos objetos, e a multiplicidade de sujeitos, tentando evitar as ameaças e os choques que sempre foram – e ainda são – inevitáveis entre os homens⁴⁸. A ameaça dos outros era assinalada pela individualidade de intenções, obstáculo de movimentos totalitários e da massificação da sociedade, mesmo

⁴⁷ARENDDT, H. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 107.

⁴⁸*Ibid.*, p. 169.

IGUALDADE E SEGRAÇÃO: ENTRE OS LIMITES DO DIREITO

podendo ser vantajosa para o surgimento de um homem forte abrace para si as incomodas questões políticas (característico do Estado liberal)⁴⁹. Na sociedade burguesa imperava o *homo faber*, aquele que julgava seus comportamentos diante a realização ou não de seus anseios.

O espaço comum dos homens burgueses era o mercado e seus objetivos era o acúmulo de riquezas. Porém o estágio social atual é o da massificação, o espaço comum é o da produção e do consumo, e a condição que “arrazoa” os comportamentos é a vida. O Estado atual é imaginado na forma de uma grande família, formado por operários e assalariados, onde as preocupações reduzem-se a laborar para a manutenção da estrutura. Os negócios públicos transformaram-se na administração doméstica que, em cifras gigantescas, pretende amparar toda a nação⁵⁰.

Por outro lado, os Estados Unidos não é, ainda que caminhe para esta direção, um Estado-nação como aquela família descrita acima, pois não há, nem nunca houve uma homogeneidade ou um passado comum entre todos os cidadãos americanos. O choque entre brancos e negros salta aos olhos, e por isso se destaca, e é uma diferença inalterável, que a pessoa vai carregar por toda sua vida. Falar que é uma questão apenas exterior é incorrer em princípio de petição, pois em público o que conta, de fato, são apenas as aparências⁵¹. Diferentemente do caso europeu, onde a formação dos grupos, e a conseqüente discriminação, tem sua origem na classe e educação, nos Estados Unidos as pessoas se agrupam por razões profissionais, econômicas ou étnicas⁵². Mas na sociedade de massa, “por causa da extraordinária heterogeneidade da sua população, o conformismo social tende a se tornar um valor absoluto e um substituto para a homogeneidade nacional”⁵³.

2 Diferença e igualdade são constantes temas nas discussões políticas. A diferença é considerada o grande obstáculo para a realização da justiça, já que a igualdade a esta é requisito básico. Fazendo parte das especulações modernas, a igualdade é sempre fraca, pois se debilita quando os homens vêem uns aos outros. A cor, origem, ou religião são evidenciados no convívio social. Na presunção dos positivistas de que todos os seres humanos são iguais por existirem, sendo assim do seu nascimento à sua morte, e que suas diferenças são casuais, resolvidas pela uniformização de condições e de níveis educacionais, para Arendt é perverter a igualdade, que é essencialmente política. Afinal “não é a discriminação e a segregação social, qualquer que seja a forma em que se

⁴⁹ARENDDT, H. Origens do Totalitarismo, 363.

⁵⁰Id.. A condição humana, p. 40. Estas são algumas das diferenças presentes nas descrições de Arendt do Estado burguês, que perdurou até o começo do século XX, nas duas primeiras partes de Origens do Totalitarismo, e da sociedade “de assalariados”, que é a sociedade posterior a Segunda Guerra Mundial, em A condição humana.

⁵¹Id. Reflexões sobre Little Rock in: Responsabilidade e julgamento, p. 267.

⁵²Ibid., p. 273.

⁵³Ibid., p. 274.

apresentarem, mas a legislação racial que constitui a perpetuação do crime original na história deste país”⁵⁴.

Quanto mais iguais sejam os homens mais destacadas passam a ser as suas diferenças, o que, com a inexplicável contradição entre a igualdade pressuposta e a diferença verdadeira, provoca um conflito maior. Segundo Arendt a igualdade de condições jamais significou a igualdade de objetivos humanos, posto que são os objetivos e fins que juntos os homens têm, quando compartilham o mundo, que os tornam iguais⁵⁵. Só aqui, na comunidade, a humanidade dos homens faz sentido, pois os homens são aqueles que transcendem seus problemas particulares para compartilhar um espaço, não um pedaço de terra, para que seja fundada uma comunidade, constituindo e convivendo num mundo iniciado por eles mesmos. Estar na comunidade é a cidadania, onde os homens, por conviverem uns com os outros, são conferidos de direitos. A cidadania é o “direito de ter direitos” (ser sujeito de direito é estar em relação com os outros). Por não fazer parte da comunidade, o indivíduo não poderia ser protegido por direito algum.

Aqueles que perderiam sua condição de cidadão perderiam sua condição de homem. Essas circunstâncias foram vivenciadas por Arendt, que sem uma nacionalidade perdeu a possibilidade de alcançar um reconhecimento, o *status* de homem. E foi nesta situação, onde estão mortas as personalidades jurídica e moral, que se encontraram os párias, a mercê de sua sorte. Foram estas as *conditio sine qua non* da destruição de tantas vidas nos campos de extermínios. Isto foi o que condenou o Estado-nação.

Além da política, a igualdade deve ser colocada nas funções necessária a todos, como nos serviços públicos, para que assim todos tenham mesmos acessos e meios para realizarem satisfatoriamente seus negócios e orientarem suas vidas. Aí pressupões um mínimo de condição econômica a todos, mas ainda não significa a categorização de tipos raciais, ainda que de boa intenção.

A igualdade é um princípio constitucional que, por ser princípio, transcende a opinião da maioria e o pragmatismo, e um princípio da diferença também. Mas, como lei, a Constituição perpetua-se para além do tempo de vida de uma geração, e essa característica dada pela positivação. O que hoje é tido como preciso, amanhã pode ser um novo instrumento de segregação. Diz Arendt que pior que a segregação forçada é a integração forçada.

A segregação é a discriminação imposta por lei, e a dessegregação não pode fazer mais do que abolir as leis que impõem a discriminação; não pode abolir a discriminação e forçar a igualdade sobre a sociedade, mas pode e na verdade deve impor a igualdade dentro do corpo político. Pois a igualdade não só tem sua origem no corpo político; a sua validade é claramente restrita à esfera política. Apenas nesse âmbito somos todos iguais⁵⁶.

⁵⁴ARENDDT, Hannah. Reflexões sobre Little Rock; in Responsabilidade e julgamento, p. 265.

⁵⁵Ibid., p. 267-268.

⁵⁶ARENDDT, Hannah. Reflexões sobre Little Rock; in Responsabilidade e julgamento, p. 272.

IGUALDADE E SEGRAÇÃO: ENTRE OS LIMITES DO DIREITO

Contudo, afastando a presunção de que os direitos dos homens emanavam diretamente da sua “natureza” ou de sua história, afinal, a cada passo dado percebeu-se que todas essas qualidades eram acessórias e dispensáveis, constrói-se um Homem abstrato, que não existe em parte alguma. E assim entra em cena novamente a relação metafísica, que antes excluía os não-nacionais, agora ignora todas as pessoas. Revela-se daí o seguinte problema: o sujeito de Direito (positivo) ultrapassa a e independe da existência dos homens. Ainda que convivendo num mesmo Estado, num mesmo espaço, ainda que todos sejam sujeitos de Direitos, não são todos os membros da comunidade política.

3 Vemos que a cidadania em Arendt não é só ser sujeito de Direito (enquanto reconhecimento do homem), mas principalmente ser participante dos negócios humanos. É na esfera pública que os homens se relacionam, criando uma espécie de vínculo, uma responsabilidade uns com os outros. Isto significa que o ter direitos não eleva aquele “excluído”, um indivíduo que está fora da esfera política, a ser um entre os homens.

Não há como negar que foi um grande crime da história, quando do colonialismo e do imperialismo europeu, a segregação racial. Mas a diferenciação entre raças faz com que ideologias continuem a existir. Sua solução só acontecerá dentro da estrutura política da República. Pois o que está em jogo não é só as condições de desenvolvimento, de participação política e da luta por direitos, mas toda a existência do Estado.

Fazendo parte das especulações modernas, a igualdade é sempre fraca, pois se debilita quando os homens vêem uns aos outros. As diferenças saltam aos olhos. Algumas são efêmeras, como aquelas ouvidas, persistindo apenas na memória. Outras são permanentes, como aquelas visíveis que se perpetuam por gerações. Os homens são desiguais não só por circunstâncias, mas por origem natural, pela própria aparência da, e impregnada na, sua pessoa. Dizer que aparências são trivialidades é a hipocrisia daquele que nega a aparência como único modo de observar os outros homens quando junto a eles. O que mais se poderia ver neste momento? As qualidades “interiores”? Ora, elas só são vistas na medida em que são expostas em e ao público, não de outra forma que não seja a de aparência⁵⁷. Não se pode negar a diferença, mas se deve defender a igualdade nos seus limites possíveis, isto é, dentro de uma esfera política. A igualdade querida pelos positivistas e progressistas não se sustenta quando os homens se colocam em público.

A dignidade de ser visto e ouvido não é privilégio para todos; a relevância das coisas públicas não tem sua consideração relativa a um sujeito, mas está voltada ao mundo, dando a estas coisas uma espécie de sobrevida, que estende sua existência para além daquela material. Só as coisas públicas podem permanecer na profundidade da memória, podendo reaparecer mesmo depois de sua morte. E são suas peculiaridades que tornam cada aparência única, cada objeto único, cada pessoa única, e pelas quais eles possuem

⁵⁷ARENDDT, H. Origens do totalitarismo, p. 76, e Id. Reflexões sobre Little Rock; in Responsabilidade e julgamento, p. 267-268.

tal relevância. Em público todas as aparências tomam uma expressão radical pelo fato de, como verdades, se evidenciarem de tal forma que se tornam desnecessárias explicações.

Esta visibilidade peculiar trava-se no espaço em que “eu apareço aos outros e os outros aparecem a mim”, graças ao interesse em comum num objeto, permitindo aos homens, ainda que limitados por seus sentidos e por suas distintas posições no mundo, avaliarem o que os rodeia⁵⁸. É nesta realidade, e não naquela acadêmica reclusa em papéis, que as diferenças não escapam de vista. E, principalmente, é nesta esfera, a esfera pública, onde os homens se relacionam através do discurso e da ação, que eles são iguais. Em resumo, a diferença é condição para o reconhecimento da pessoa como única, sendo respeitada desta forma, e não julgada como membro de um grupo ou categoria. Só assim ela terá dignidade. Também vimos que não é tratando todas as pessoas iguais em tudo, o que levaria a uma tolerância acéfala. A igualdade tem seus limites delineados na esfera pública. Fora dela, é natural que as pessoas fiquem mais próximas dos seus, mais distantes dos outros.

IV

Bruce Ackerman analisou, em *Nós, o povo soberano*⁵⁹, o caso *Brown v. Board of Education*, juntamente com o caso *Griswold v. Connecticut*, atendo-se principalmente a comoção provocada nos Estados Unidos, tanto no ponto de vista político como, conseqüentemente, jurídico. Vale lembrar que Ackerman é um republicano. Ele afirma que uma explosão democrática acontece apenas em épocas de crise, quando há a quebra e a reformulação sistêmica do Estado. Nos intervalos, onde a movimentação dos cidadãos é baixa, o Estado vale-se da defesa dos direitos, criados ou revisados naquela explosão, para a sua manutenção. Com Kelsen poderíamos dizer que são variações entre o governo *do* povo e governo *para* o povo. Para esta forma de democracia Ackerman deu o nome de democracia dualista. A primeira afirmação, em confronto aos pensamentos vistos posteriormente, o conservadorismo e o liberalismo, que podemos observar desde já, é que no republicanismo a visão histórica não se baseia num continuum, mas em reflexões, pontuais, dos acontecimentos passados para que se possa ter um melhor caminhar ao futuro.

Os casos analisados por Ackerman foram de grande impacto aos valores então enraizados na sociedade norte-americana, sendo eles objetos de muitas críticas por perspectivas mais legalistas. Seu questionamento vai nesta direção: foram estes casos controversos julgados conforme uma interpretação constitucional⁶⁰?

Este autor afirma que tais casos não ocorreram em momentos de mobilização, pelo

⁵⁸Id. A condição humana, p. 221, e O que é autoridade? in Entre o Passado e o Futuro, p. 130.

⁵⁹ACKERMAN, B. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey,

⁶⁰ACKERMAN, B. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*, p. 185.

IGUALDADE E SEGREGAÇÃO: ENTRE OS LIMITES DO DIREITO

contrário, na época do caso *Brown*, eram os democratas, com uma mais visão renovada, os “mandatários” do povo no governo, com esta relação próxima. No início da década de 50, os Estados Unidos caminhava para uma época de estabilidade, após a comoção política da crise econômica e da Segunda Guerra Mundial⁶¹. Tanto é verdade que os movimentos pelos direitos civis, com Martin Luther King, só explodiram na década seguinte.

Este adiantamento do Estado foi um sucesso, e que não pode ser visto, diz Ackerman, como um ato profético daquela Corte, baseada num senso moral profundo. Seria difícil para nove juizes, continua o autor, que estavam alheios à sociedade americana, prever os efeitos de suas decisões. O que Ackerman busca demonstrar que, independentemente dos efeitos positivos da decisão do caso *Brown v. Board of Education*, uma imposição vertical representa o oposto do que uma visão democrática poderia conceber, dado que é a tarefa dos cidadãos, não dos juizes em sua jurisdição, a luta pela modificação política e jurídica de um Estado⁶².

Para Ackerman, a decisão do caso *Brown* foi o meio imaginado pela Suprema Corte para satisfazer e amenizar as então possíveis insurgências contra o sistema. Sendo proferida por razões pragmáticas, a decisão foi carente de fundamentação jurídica. Sua intenção não era afrontar a idéia de “separados mas iguais”, premissa vinculada a decisão *Plessy v. Ferguson* de 1896⁶³. O que deu certo foi o transporte do conceito de isonomia do século XIX à idéia de responsabilidade do Estado, onde o sentimento de inferioridade ou superioridade de uma raça sobre outra não passa a ser mais uma questão individual. “De acordo com a nova ordem ativista, a sensação de inferioridade racial das crianças na educação tornará-se uma responsabilidade de caráter público, e não de natureza pessoal”⁶⁴. Para Ackerman, isto significa apenas uma questão interpretativa dos precedentes, mas com um *status* diferenciado.

Para o dualismo de Ackerman, a atitude do Juiz Earl Warren, presidente da Suprema Corte na época, baseou-se na mistificação da interpretação constitucional; ainda assim Ackerman se pergunta por que o caso *Brown v. Board of Education* foi uma vitória? E responde: “O dispositivo *Brown* tornou-se um símbolo que fortalecia a coalizão de negros e brancos em uma luta política crescente contra o racismo institucionalizado”⁶⁵.

Devemos lembrar que a interpretação constitucional proposta por Ackerman não é linear, mas fragmentada. A sua afirmação de que a Suprema Corte norte-americana seguiu a sua constituição quando decidiu no caso *Brown*, impondo a dessegregação de forma vertical, deve ser entendida como a proteção da esfera pública. E da mesma forma é que o caso *Parents involved in community schools v. Seattle School District No. 1* tem que ser visto.

⁶¹Ibid., p. 187.

⁶²Ibid., p. 195.

⁶³ACKERMAN, B. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional, p. 199-200.

⁶⁴Ibid., p. 209.

⁶⁵Ibid., p. 191.

V

Do que adiantaria falar de um sistema burocrático com bases democráticas se não seria realmente um governo do povo, mas para o povo? O próprio Kelsen condena esta forma de pensamento, que é característica do liberalismo.

É importante ter consciência de que o princípio da democracia e o do liberalismo não são idênticos, de que existe até mesmo certo antagonismo entre eles. Pois, de acordo com o princípio da democracia, o poder do povo é irrestrito, ou, como formula a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação”. É essa a idéia de soberania do povo. O liberalismo, porém, implica a restrição do poder governamental, seja qual for a forma que o governo possa assumir. Também implica restrição do poder democrático. Portanto, a democracia é essencialmente um governo *do* povo⁶⁶.

Hércules não é um representante do povo. Kelsen, no ensaio já citado, afirma que “a segurança jurídica, em vez da justiça absoluta, ocupa o primeiro plano da consciência jurídica”⁶⁷, o que seria dizer, nos termos de Dworkin, que o juiz Hércules deve se preocupar com a moralidade institucional, em vez do pensamento majoritário vigente na comunidade. Graças a institucionalização que o Direito pode ter um caráter calculável, assegurando uma legitimidade alcançada anteriormente (no legislativo). Entretanto, a jurisdição, como a administração, constitui uma etapa distinta da formação da moralidade da comunidade, isto é, elas não representam a liberdade da vontade oriunda da esfera pública. Ela é a aplicação vinculada de determinações anteriores, uma moralidade que pode não ser mais vigente, logo, que pode conflitar com o atual pensamento majoritário, para não falar moralidade comunitária⁶⁸.

Toda forma de ordenação popular, levando em conta que todo homem é livre, é descentralizada e descentralizante. Isso quer dizer que o sistema jurídico-positivo ganha vida própria frente aos homens, e, que devido a teoria de validade, o Direito se estende por um longo tempo. O exemplo é a situação norte-americana, mesmo que regida pela *common law*, onde se aplicou o caso *Brown v. Board of Education* por mais de meio século (isto se realmente o caso *Parents involved in community schools v. Seattle School District No. 1*. o derrubou), e antes disto viveu o princípio dos “separados mas iguais” por mais de sessenta anos. Em termos históricos, cinquenta anos é um período minúsculo, mas é muito tempo levando em conta o tempo de vida das pessoas, as quais são os elementos fundamentais da democracia.

Todos sabem que as ações afirmativas foram criadas como remédios, e como todo remédio, uma hora seu uso deve ser afastado. Quando se fala de questões raciais, uma

⁶⁶KELSEN, H. Fundamentos da democracia, in A Democracia, p. 143.

⁶⁷KELSEN, H. Fundamentos da democracia, in A Democracia, p. 185. Ver também cap. VII de Essência e valor da Democracia, presente no mesmo livro.

⁶⁸Id, H. Essência e valor, in Democracia, p. 80.

IGUALDADE E SEGREGAÇÃO: ENTRE OS LIMITES DO DIREITO

classificação feita pela lei ficará marcada por um longo período, que possivelmente acompanhará uma pessoa por toda sua vida. E as diferenças impostas legalmente, seja para prejudicar seja para beneficiar, serão lembradas no momento em que se deveria tratar as pessoas de forma igual. Isto é, como poderia surgir um diálogo, ou melhor, uma igualdade entre pessoas que, por lei, são vistas como diferentes? Toda essa argumentação sobre a distinção entre etapas quer dizer simplesmente que a dessegregação não pode acontecer com a imposição da igualdade material, pois ela, quando fala que uma raça possui direitos que outras não têm, institucionaliza a diferença. Não há e nunca haverá igualdade enquanto o valor do indivíduo derivar do fato de ele ser branco ou negro. A perpetuação da segregação acontece principalmente por uma estrutura jurídico-positiva, um dos poucos lugares em que a igualdade é válida. Ora, todas as pessoas devem possuir os mesmos direitos. Neste ponto, o argumento conservador de que a constituição deve ser cega em questões raciais, e complementarista citando as questões religiosas e étnicas, parece ser correto.

O princípio de governo é estabelecido igualmente pelos homens, e a igualdade dos homens, que não é dada, resulta da organização humana, orientada pelo princípio da justiça⁶⁹. A igualdade é política, não humana. A diferença é humana, não política. A comunidade política é formada pela paradoxal pluralidade de seres singulares. E essa pluralidade é a condição da relação humana, pois o relacionamento só se efetiva em razão da capacidade de comunicação, comunicação que seria impossível se todos os homens fossem “materialmente” iguais. Sendo iguais a comunicação não seria precisa para que os homens se fizessem entender, bastando somente alguns sinais, já que todos pensariam da mesma forma, para que a humanidade seguisse seu ciclo evolutivo. No entanto, por serem diferentes, os homens são capazes de planejar o futuro, analisar o passado, compartilhar o presente. Na comunidade política cada homem é bem vindo a compartilhar algo que sua “natureza” não pode lhe proporcionar. Para isso os homens levam em conta cada membro da comunidade, isto é, eles se colocam em igualdade⁷⁰. Sendo a igualdade realizada por essa comunicabilidade inerente à ação, a única condição para a existência da comunidade é a pluralidade, a presença dos outros, do público, desse espaço constituído pelo vulgo⁷¹. Somente os homens, que juntos estão interessados pelo mundo, ao mundo dão uma existência para além daquele eterno movimento cíclico característico do restante dos seres vivos, já que os homens podem empreender o extraordinário para remediar sua fugidia condição⁷².

⁶⁹ARENDT, H. *Origens do totalitarismo*, p. 335.

⁷⁰Id. *A condição humana*, p. 188 e 227.

⁷¹Id. *A crise na cultura: sua importância social e política*; in *Entre o Passado e o Futuro*, p. 272.

⁷²Id. *A condição humana*, p. 150 e 209.

Referências Bibliográficas

- Parents involved in community schools v. Seattle School District No. 1, 551 U.S. (2007). Disponível em: <<http://www.supremecourtus.gov/opinions/06pdf/05-908.pdf>>.
- ACKERMAN, B. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ARENDDT, Hannah. A condição humana. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 10ª edição, 2003.
- ARENDDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. Tradução de Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 5ª ed., 2005
- ARENDDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- ARENDDT, Hannah. Responsabilidade e julgamento. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 2005.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 2002,
- GINSBURG, Ruth Bander. Brown v. Board of Education in International Context. Disponível em: <http://www.supremecourtus.gov/publicinfo/speeches/sp_10-25-04.html>. Acesso em: 04 jul. 2007.
- GREENHOUSE, Linda. In Steps Big and Small, Supreme Court Moved Right. The New York Times, Nova Iorque, 01 jul 2007. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2007/07/01/washington/01scotus.html?oref=login&pagewanted=all>>. Acesso em: 05 jul. 2007.
- GREENHOUSE, Linda. Justices Limit the Use of Race in School Plans for Integration. The New York Times, Nova Iorque, 29 jun. 2007. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2007/06/29/washington/29scotus.html?_r=1>. Acesso em: 04 jul. 2007.
- KELSEN, Hans. A Democracia. Tradução de Ivone Castilho Benendetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Borkow. São Paulo: Martins Fontes, 2ª edição, 2000.
- VOEGELIN, Eric. A nova ciência política. Tradução de José Viegas Filho. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2ª edição, 1982.