

ISSN 2595-2935

**Revista Brasileira de  
Direito e Justiça**

---

**Brazilian Journal of  
Law and Justice**

---

V. 1, N. 1, Julho/Dezembro 2017

*Editora*  
**UEPG**

## **Revista Brasileira de Direito e Justiça (RBDJ)/Brazilian Journal of Law and Justice (BJLJ)**

Revista Científica do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

Reitor da Universidade Estadual de Ponta Grossa: Carlos Eduardo Sant'Ana Vargas

Diretor do Setor de Ciências Jurídicas: Vicente Paulo Hajaki Ribas

Diretora da Editora UEPG: Lucia Cortes da Costa

EDITOR-CHEFE: Eliezer Gomes da Silva, Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

EDITORES ASSOCIADOS: Susan Uttley-Evans, University of Central Lancashire, Reino Unido; Tanya Hernández, Fordham University, Estados Unidos.

EDITORES ASSISTENTES: Alexandre Almeida Rocha, Dircéia Moreira, Jeaneth Nunes Stefaniak, Jefferson Marcos Biagini Medina, Kleber Cazzaro, Murilo Duarte Costa Corrêa, Zilda Maria Consalter, todos da Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil.

### CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO (Avaliadores e Consultores Externos Permanentes):

Alberto Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, Brasil	José Luis Sardón, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Peru
Alexandre Morais da Rosa, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil	Julieta Lemaitre Ripoll, Universidad de los Andes, Colômbia
Ana Maria de Oliveira Nusdeo, Universidade de São Paulo, Brasil	Lucas S. Grosman, Universidad de San Andrés, Argentina
Ana Paula Goncalves Pereira de Barcellos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil	Marcelo Ferrante, Universidad Torcuato di Tella, Argentina
Ángel R. Oquendo, University of Connecticut, Estados Unidos	Márcio Ricardo Staffen, Faculdade Meridional - IMED, Brasil
Andityas Soares de Moura Costa Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil	Marcos Jorge Catalan, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
Caio Mario da Silva Pereira Neto, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo	Maria Luiza Pereira de Alencar Feitosa, Universidade Federal da Paraíba, Brasil
Cielo Mariño Rojas, Universidad Externado de Colombia, Colômbia	Mariana Mota Prado, University of Toronto, Canadá
Diego Werneck Arguelhes, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brasil	Maurício Stegemann Dieter, Universidade de São Paulo, Brasil
Edson Damas da Silveira, Universidade do Estado do Amazonas, Brasil	Moisés da Fontoura Pinto Neto, Universidade Luterana do Brasil, Brasil
Esteban Restrepo Saldarriaga, Universidad de Los Andes, Colômbia	Paulo de Tarso Brandão, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil
Evandro Charles Piza Duarte, Universidade de Brasília, Brasil	Pedro Salazar Ugarte, Universidade Nacional Autónoma de México, México
Fabiana Del Padre Tomé, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil	Renata Ovenhausen Albernaz, Universidade Federal de Pelotas, RS, Brasil
Gisele Ricobom, Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Brasil	Ronaldo Porto Macedo Junior, Universidade de São Paulo, Brasil
Guido Aguila Grados, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru	Samuel Rodríguez Ferrández, Universidad de Murcia, Espanha
Guilherme Scotti Rodrigues, Universidade de Brasília, Brasil	Susan Mary Uttley, University of Central Lancashire, Reino Unido
Janaina Conceição Paschoal, Universidade de São Paulo, Brasil	Tanya Hernández, Fordham University, Estados Unidos
João Luis Nogueira Matias, Universidade Federal do Ceará, Brasil	Thula Rafaela Pires, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil

### APOIO TÉCNICO:

Projeto editorial, tradução de textos para o português, revisão dos textos em português: Eliezer G. da Silva

Projeto gráfico: Eliezer G. da Silva, Claudia Resun G. da Silva e Editora UEPG.

Assistente em Tecnologia da Informação: Claudia Resun G. da Silva

Tradução dos artigos para o inglês: Homero da Silva; Revisão técnica da tradução: John Summerlin

### APOIO INSTITUCIONAL:

UCLan - University of Central Lancashire

UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná - Programa de Mestrado e Doutorado em Direito

FEMPAR - Fundação Escola do Ministério Público do Paraná

# **Revista Brasileira de Direito e Justiça (RBDJ)**

## **Brazilian Journal of Law and Justice (BJLJ)**

Revista Brasileira de Direito e Justiça/Brazilian Journal of Law and Justice, Revista Científica do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual de Ponta Grossa.

Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017-

2017, 1 (1), Jul./Dez. 2017

Semestral

ISSN 2595-2935

1. Direito – Periódicos. 2. Universidade Estadual de Ponta Grossa.

CDD: 340.

### **Direitos autorais e citações:**

A RBDJ/BJLJ\* é uma publicação semestral, disponível *online* de forma gratuita, com pequena tiragem impressa normalmente distribuída a bibliotecas de referência. Autores que publicam nesta Revista mantêm os direitos autorais e concedem à Revista o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a *Creative Commons Attribution License*, que permite o compartilhamento do texto com reconhecimento da sua autoria e publicação inicial na Revista. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

### **Autorização obtida pela RBDJ/BJLJ para o artigo “hors-concours”:**

A RBDJ/BJLJ obteve autorização da Routledge (Taylor & Francis Group, Londres e Nova York), bem como de Harry Harrison, viúvo de Barbara Hudson, para que a Revista republicasse, como artigo “*hors-concours*”, o texto póstumo da emérita Professora Hudson (“Moral Communities Across the border: the Particularism of Law Meets the Universalism of Ethics”), tanto no original em inglês quanto na versão em português, em formatos impresso e digital. Referido artigo foi originalmente publicado como capítulo do livro *Rethinking Border Control for a Globalizing World – A Preferred future*, coordenado por Leanne Weber (Routledge, Taylor & Francis Group, Londres e Nova York, 2015), que também autorizou a reprodução.

### **Autorização obtida pela RBDJ/BJLJ para uso de fotografias:**

Agradecemos ao fotógrafo Arnaldo Alves, da Agência de Notícias do Paraná, por ter autorizado a livre utilização de fotos suas, do mais tradicional prédio da UEPG, na composição da contracapa e nas páginas de separação da Revista.

RBDJ/BJLJ na WEB: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/direito>

e-mail da RBDJ/BJLJ: [rbdj-bjlj@uepg.br](mailto:rbdj-bjlj@uepg.br)

Endereço físico: UEPG - Setor de Ciências Jurídicas - Praça Santos de Andrade, 1, 2º andar, Centro, Ponta Grossa, Paraná, Brasil - CEP.: 84010-790.

---

\* Marcas registradas no INPI (Proc. de n. 907363636 e 907363644, RPI n. 2391, de 23/11/2016, p. 3205).

**Revista Brasileira de Direito e Justiça (RBDJ)**

**Brazilian Journal of Law and Justice (BJLJ)**

Revista Científica do Setor de Ciências Jurídicas da  
Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

**V. 1, N. 1, Julho/Dezembro 2017**

Ponta Grossa, Paraná, Brasil

**ISSN 2595-2935**

RBDJ/BJLJ	Ponta Grossa, Brasil	V. 1	N. 1	p. 1-297	Jul/Dez 2017
-----------	----------------------	------	------	----------	--------------

# SUMÁRIO

## RBDJ

### **I – Introdução Editorial**

*Por uma Revista Jurídica sem Fronteiras – Sobre o Projeto editorial da RBDJ/BJLJ e seu número inaugural*

Eliezer Gomes da Silva 7

### **II – Artigo “Hors-concours”**

*Comunidades morais além-fronteiras: o particularismo do Direito encontra o universalismo da Ética*

Barbara Hudson 17

### **III – Comentário de Autor convidado**

*Um suposto déficit moral das fronteiras? Um tributo à Professora Barbara Hudson*

Ediberto Román 45

### **IV – Artigo de Revisão da Literatura**

*Fazendo Justiça à Diferença: Por uma Visão Cosmopolita de Justiça – O Legado de Barbara Hudson*

Susan Uttley-Evans 49

### **IV – Artigos**

*Capitalismo, Democracia Econômica e o Princípio da Diferença*

Leandro Martins Zanitelli 67

*De um Direito Penal antropocêntrico para um Direito Penal antropomórfico – a propósito da “cultural defense”*

Maristella Amisano Tesi 87

*A concretização da dignidade coletiva por meio do dano moral coletivo*

Michelle Amorim Sancho Souza 105

*Considerações sobre a eficiência tributária para uma tributação no século XXI*

André Luiz Costa-Corrêa 125

**Perfil Editorial** 291



# CONTENTS

## BJLJ

### **I – Editorial Introduction**

*For a Borderless Legal Journal – About the Editorial Project of RBDJ/BJLJ and its Inaugural Issue*

Eliezer Gomes da Silva 151

### **II – “Hors concours” Article**

*Moral Communities across the Border – the Particularism of Law Meets the Universalism of Ethics*

Barbara Hudson 161

### **III – Commentary Article**

*The Purported Moral Deficiency of Borders? A Tribute to Professor Barbara Hudson*

Ediberto Román 185

### **IV – Literature Review Article**

*Doing Justice to Difference: Moving Towards a Cosmopolitan Vision of Justice – Barbara Hudson’s Legacy*

Susan Uttley-Evans 191

### **V – Articles**

*Capitalism, Economic Democracy and the Difference Principle*

Leandro Martins Zanitelli 207

*From an Anthropocentric Criminal Law to an Anthropomorphic Criminal Law – by the Way of the “Cultural Defense”*

Maristella Amisano Tesi 227

*The Accomplishment of Collective Dignity through Collective Moral Damage*

Michelle Amorim Sancho Souza 245

*Considerations on Tax Efficiency for Taxing in the 21<sup>st</sup>. Century*

André Luiz Costa-Corrêa 265

**Editorial Profile** 295

# Revista Brasileira de Direito e Justiça

## Brazilian Journal of Law and Justice Journal of Law



## Por uma Revista Jurídica Sem Fronteiras

### Sobre o projeto editorial da RBDJ/BJLJ e seu número inaugural

Eliezer Gomes da Silva\*

#### 1. SOBRE O PROJETO EDITORIAL DA RBDJ/BJLJ – AUTORES E LEITORES SEM FRONTEIRAS.

No artigo “*hors-concours*”, reproduzido no número inaugural da *Revista Brasileira de Direito e Justiça*, ou *Brazilian Journal of Law and Justice*,<sup>†</sup> a emérita Professora Barbara Hudson, primeira autora a receber merecida homenagem da nova Revista, assim se expressa, em determinada altura de sua reflexão, cientificamente embasada, eticamente orientada e globalmente aplicável:

[...] podemos ser bem diferentes em diversos modos e podemos nunca entender completamente o outro, mas, como Appiah sustenta, os cosmopolitas acreditam que entre as diferentes culturas e modos de vida, há suficiente espaço para que uma conversa se inicie (HUDSON, *infra*, p. 33).

A RBDJ/BJLJ foi concebida com essa visão cosmopolita, ética e humanitária, da possibilidade de um autêntico e sincero diálogo, entre estudiosos do Direito dos mais diversos países, sobre os mais variados temas, alinhados numa comunidade verdadeiramente universal de autores e leitores do Direito. Pretende ser uma Revista rigorosamente científica, genuinamente brasileira, mas de *fronteiras abertas* para o intercâmbio global entre professores e estudantes do Direito; entre juristas, pesquisadores e operadores do Direito; entre o Direito, a Filosofia, a Política e as Ciências Sociais em geral. Nesse propósito, a abertura linguística, a integração acadêmica e o comprometimento ético-humanitário das contribuições publicadas na RBDJ/BJLJ hão de desempenhar papel decisivo.

A começar pela abertura linguística, os artigos serão simultaneamente publicados em inglês e português (ou espanhol, língua acessível para falantes do português, se os manuscritos forem originalmente escritos em espanhol), e não unicamente em seus idiomas originais, como

---

\*Editor-Chefe da *Revista Brasileira de Direito e Justiça/Brazilian Journal of Law and Justice*. Doutor em Direito (Universidade de São Paulo), Mestre em Criminologia (Universidade de Cambridge) e em Linguística (Universidade Federal do Rio de Janeiro), o autor é Professor Adjunto do curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa, Paraná, Brasil, e docente do programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná. É também Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

<sup>†</sup> Marcas registradas no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (Proc. de n. 907363636 e 907363644, RPI n. 2391, de 23/11/2016, p. 3205).

ocorre em algumas revistas jurídicas brasileiras e latino-americanas que publicam textos de autores estrangeiros. Em verdade, o bilinguismo do periódico ajuda a romper com a barreira acadêmica “norte-sul” e atende a pelo menos quatro estratégias editoriais e acadêmicas:

Primeiro, oferece um atrativo a qualificados pesquisadores brasileiros e latino-americanos, ante a possibilidade de verem seus artigos escritos em português ou espanhol vertidos para o inglês, uma vez aprovados em processo de avaliação por pares, às cegas. Da mesma forma, aos pesquisadores de outros países que submetem seus manuscritos em inglês, a RBDJ/BJLJ lhes oferece a possibilidade de terem os textos traduzidos para o português, atraindo a potencial atenção de um universo considerável de leitores de língua portuguesa, sem que precisem de uma prévia conexão com o Brasil.

Segundo, a recepção de artigos em inglês ou espanhol facilita a efetiva e crescente colaboração de pesquisadores estrangeiros no processo de revisão dos artigos submetidos à RBDJ/BJLJ.

Terceiro, a abertura linguística facilita a apresentação de pesquisas estrangeiras de ponta numa publicação brasileira, promovendo a Revista (e seus autores) em diversos contextos acadêmicos, com paulatina inserção nos indexadores internacionais.

Quarto, o recíproco conhecimento e utilização de pesquisas brasileiras, por pesquisadores estrangeiros, e de pesquisas de estrangeiros por brasileiros, pode levar à formação de redes internacionais de pesquisa.

Não obstante, não são apenas fronteiras linguísticas ou acadêmicas que a RBDJ/BJLJ pretende romper. Como indica o próprio título da Revista (com a referência a “Direito” e “Justiça”), importante característica do perfil editorial da RBDJ/BJLJ é o de tentar articular pesquisas e reflexões de base teórica e dogmática (direito/*law*) com dimensões sociais, políticas e filosóficas em busca de um ideário ético-valorativo (justiça/*justice*). É que a Revista pretende estimular a produção de um conhecimento científico do Direito que não se prenda a reflexões puramente abstratas ou dogmáticas, sem um balizamento quer na dimensão política da ciência jurídica, quer na sua correlação com os valores da justiça, da igualdade e da democracia, quer na concretude operativa das instituições jurídicas (efetivação de direitos).

Outra consideração importante na definição da linha editorial do RBDJ/BJLJ é que, por se tratar de uma Revista que nasce com pretensões de internacionalização, os artigos a serem publicados devem tratar de temas que, ainda que de caráter local, possam ser bem compreendidos e analisados por uma comunidade global de leitores, capaz de associar, criticar,

discutir temas de interesse análogo – *mutatis mutandis* – em seus próprios países. Por conseguinte, a RBDJ/BJLJ valorizará trabalhos que sejam “cosmopolitas”, no sentido de propiciarem um fecundo diálogo e a livre circulação de ideias, independentemente da origem nacional ou filiação institucional de seus autores. Com tais requisitos, não se admira o alto número de rejeição de artigos submetidos. O reduzido número de artigos passa por tripla filtragem: a primeira, de adequação editorial; a segunda, por um corpo interno de editores assistentes especializados; a terceira, por parte de um corpo de revisores anônimos que avalia, de forma individualizada e independente, o mérito científico dos artigos submetidos à Revista (dupla revisão por pares, às cegas).

A dupla revisão por pares, às cegas, a cargo de um Conselho Científico oriundo de instituições e localidades as mais diversas, com integrantes das mais variadas formações, do qual propositalmente integra um número muito pequeno de pesquisadores sediados no próprio estado do Paraná, ou mesmo na região sul do Brasil (que seria a natural área de influência da Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG – responsável pela publicação), atende, de modo pleno, à esperada exogenia do Conselho Editorial de uma revista científica. Mais que isso, sinaliza que a RBDJ/BJLJ se propõe a ser uma Revista “*sem fronteiras*”, não apenas no que se refere à sua circulação, mas também em relação às decisões editoriais e científicas no tocante à avaliação dos manuscritos submetidos. Nesse sentido, a RBDJ/BJLJ não pretende pertencer à UEPG, ou a seus editores locais. Sua seleção de textos não pretende refletir temas de preferência pessoal dos editores ou privilegiar suas particulares afinidades acadêmicas, mas o resultado da contribuição de uma rede inter-regional e internacional de pesquisadores.

Além de artigos inéditos, selecionados pela dupla revisão por pares às cegas, os quais compõem o maior número de artigos da Revista, a RBDJ/BJLJ também publicará, na seção “*hors-concours*”, textos escritos por acadêmicos convidados, da mais alta distinção científica. A propósito, a expressão “*hors-concours*” refere-se ao fato de que, independentemente do mérito intrínseco do artigo do autor convidado, este deixou de se submeter ao processo de avaliação por pares como homenagem que a Revista lhe presta, ante a reconhecida importância e influência de sua trajetória intelectual. A contribuição do homenageado poderá ser feita com a aceitação do convite dos editores para a elaboração de artigos inéditos, ou pela autorização para a republicação de textos já consagrados. Segue-se um texto original, escrito por outro proeminente pesquisador, contendo uma gentil discussão, releitura ou um curto comentário acerca do texto “*hors-concours*”. Desta forma, a Revista, ao mesmo tempo em que prestigia trajetórias intelectuais consolidadas, procura associá-las a contribuições de novos

pesquisadores, propiciando um profícuo diálogo entre pesquisadores de diferentes gerações.

## **2. SOBRE O PROJETO EDITORIAL DA RBDJ/BJLJ – EDITORES SEM FRONTEIRAS.**

A RBDJ/BJLJ é obviamente fruto de uma ampliada e idealista equipe editorial, que merece expressa menção e sinceros agradecimentos.

Em primeiro lugar, há que se registrar que a RBDJ/BJLJ só se tornou hoje uma realidade porque contou com o apoio, o incentivo, o entusiasmo, desde o início, da Professora Tanya Hernández, da Escola de Direito da Fordham University, de Nova York, e da Professora Susan (“Sue”) Uttley-Evans, da Escola de Direito da Universidade de Central Lancashire, no Reino Unido. A ajuda de ambas prova que solidariedade, amizade e cooperação mútua certamente contribuem para o bom êxito de parcerias envolvendo editores de diferentes países. Tanya e Sue têm sido parceiras de primeira e última hora.

Apenas para dar um exemplo, Tanya, uma vez informada das supervenientes dificuldades de sustentabilidade financeira da Revista, não hesitou em engajar no projeto John Summerlin, seu Assistente de Pesquisa, encarregando-o da revisão da tradução dos textos para o inglês, visando lhes dar maior naturalidade aos falantes nativos daquele idioma. E John o fez de forma gratuita, com a mais alta competência, pelo que a RBDJ/BJLJ aqui lhe direciona os mais especiais agradecimentos. Por sua vez, Sue sugeriu que escolhêssemos como artigo “hors-concours” o derradeiro texto da Professora Barbara Hudson, providenciando junto a Leanne Webber, coordenadora da edição original, bem como junto à editora Routledge, Taylor & Francis Group (responsável pela primeira publicação) autorização para a republicação do inspirador artigo, bem como para sua tradução para o português (que tive a honra de pessoalmente realizar). E numa perfeita sintonia entre os principais Editores da Revista, Tanya teve a grande ideia de convidar Ediberto Román para comentar o artigo de Barbara, tendo Ediberto (a quem também agradecemos pela pronta aceitação do convite) provado que a escolha de Tanya foi das mais acertadas.

Esses são apenas alguns exemplos de que, sem Tanya Hernández ou Sue Evans, Editoras Associadas da Revista, o primeiro número da RBDJ/BJLJ jamais teria saído de forma tão fiel a seu perfil editorial – científico, ético, humanitário e global. E é muito bom ver amizades reforçadas e consolidadas, apesar da distância, em meio aos desafios de uma empreita acadêmica idealista e, ao mesmo tempo, muito ambiciosa e desafiadora, no modesto contexto estrutural em que se colocou. A sinergia entre os três Editores principais provou que a Professora Hudson estava certa quando escreveu: “Porque o mundo é uma esfera, e não uma

superfície plana, as pessoas não podem se separar umas das outras: cada passo longe de alguém traz a pessoa mais perto de um outro alguém.” (HUDSON, *infra*, p. 32)

É de se registrar, também, que o projeto Editorial da RBDJ/BJLJ somente passou a se tornar factível com a entusiasmada adesão de uma amplamente qualificada seleção de intelectuais, das mais diversas universidades do Brasil, e de outros países latino-americanos, os quais não apenas concordaram em figurar, formalmente, no elenco de consultores, mas efetivamente se predispuseram a atuar como revisores. Por isso merecem aqui nova menção, em singelo e justo agradecimento, sem prejuízo dos créditos no expediente das primeiras páginas.<sup>‡</sup> Muitos desses integrantes do Conselho Editorial Científico passamos a conhecer por participar do grupo “SELA” (*Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política/Seminar in Latin American on Constitutional and Political Theory*), da Faculdade de Direito da Universidade de Yale, uma notável iniciativa, que se mantém ativa há mais de vinte anos ininterruptos, de intercâmbio acadêmico “norte-sul”, reunindo, em encontros e publicações anuais, juristas de todo o continente americano, e de alguns países da Europa.

A todos os anônimos revisores (sejam os próprios integrantes do Conselho Editorial Científico, sejam os consultores “*ad hoc*”, acionados em caso de ausências ou impedimentos no quadro permanente de avaliadores e consultores) vão aqui nossos mais profundos agradecimentos, ante a generosa missão que desempenham: sacrificam parte de precioso tempo disponível para a elaboração de suas próprias pesquisas, em prol da silenciosa, anônima

---

<sup>‡</sup> Alberto Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, Brasil; Alexandre Morais da Rosa, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil; Ana Maria de Oliveira Nusdeo, Universidade de São Paulo, Brasil; Ana Paula Goncalves Pereira de Barcellos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil; Andityas Soares de Moura Costa Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil; Ángel R. Oquendo, University of Connecticut, Estados Unidos; Caio Mario da Silva Pereira Neto, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo; Cielo Mariño Rojas, Universidad Externado de Colombia, Colômbia; Diego Werneck Arguelhes, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brasil; Edson Damas da Silveira, Universidade do Estado do Amazonas, Brasil; Esteban Restrepo Saldarriaga, Universidad de Los Andes, Colômbia; Evandro Charles Piza Duarte, Universidade de Brasília, Brasil; Fabiana Del Padre Tomé, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil; Gisele Ricobom, Universidade Federal da Integração Latino-Americana, Brasil; Guilherme Scotti Rodrigues, Universidade de Brasília, Brasil; Guido Aguila Grados, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru; Janaina Conceição Paschoal, Universidade de São Paulo, Brasil; João Luis Nogueira Matias, Universidade Federal do Ceará, Brasil; José Luis Sardón, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Peru; Julieta Lemaitre Ripoll, Universidad de los Andes, Colômbia; Lucas S. Grosman, Universidad de San Andrés, Argentina; Marcelo Ferrante, Universidad Torcuato di Tella, Argentina; Márcio Ricardo Staffen, Faculdade Meridional - IMED, Brasil; Marcos Jorge Catalan, Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Brasil; Maria Luiza Pereira de Alencar Feitosa, Universidade Federal da Paraíba, Brasil; Mariana Mota Prado, University of Toronto, Canadá; Maurício Stegemann Dieter, Universidade de São Paulo, Brasil; Moisés da Fontoura Pinto Neto, Universidade Luterana do Brasil, Brasil; Paulo de Tarso Brandão, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil; Pedro Salazar Ugarte, Universidade Nacional Autónoma de México, México; Renata Ovenhausen Albernaz, Universidade Federal de Pelotas - UFPEL - RS, Brasil; Ronaldo Porto Macedo Junior, Universidade de São Paulo, Brasil; Samuel Rodríguez Ferrández, Universidad de Murcia, Espanha; Susan Mary Uttley, University of Central Lancashire, Reino Unido; Tanya Hernández, Fordham University, Estados Unidos.

contribuição para o aperfeiçoamento do trabalho de outros pesquisadores. Essa talvez seja o que a metodologia da revisão por pares às cegas proporciona de mais nobre: altruísmo e solidariedade entre pesquisadores, em prol do progresso da ciência.

Também foram muito importantes, para a garantia da qualidade dos textos aprovados, a contribuição de Alexandre Almeida Rocha, Dircéia Moreira, Jeaneth Nunes Stefaniak, Jefferson Marcos Biagini Medina, Kleber Lázaro, Murilo Duarte Costa Correa e Zilda Maria Consalter, Editores Assistentes da Revista, meus colegas da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa, Paraná, Brasil. Sendo professores das mais diversas disciplinas, foram personagens-chave em auxiliar o Editor-Chefe num primeiro filtro de qualidade das submissões (“*desk review*”), antes da submissão dos manuscritos para revisão anônima pelos qualificados integrantes do Conselho Editorial Científico. Esse filtro prévio vela para que sejam encaminhadas ao Conselho Editorial Científico, para avaliação, somente contribuições potencialmente qualificadas, inclusive quanto à adequação do texto, em termos de redação e articulação de ideias e apresentação de dados.

Nossos agradecimentos especiais ao Professor Vicente Paulo Hajaki Ribas, Diretor do Setor de Ciências Jurídicas da UEPG, e à Professora Lucia Cortes, Diretora da Editora UEPG, pelo imprescindível apoio institucional ao diferenciado projeto da Revista, desde o início.

Finalmente, nosso agradecimento especial ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), um de nossos parceiros institucionais, e à Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), na representação de seu presidente, Marcos Bittencourt Fowler, que nos ajudou a vencer os últimos desafios para a publicação do primeiro número de uma nova revista jurídica de caráter científico, em plataforma aberta, com escassos recursos financeiros, humanos e materiais, sediada numa instituição universitária pública, numa época de notória e grave crise política e econômica vivenciada pelo Brasil.

### **3. SOBRE O NÚMERO INAUGURAL DA RBDJ/BJLJ – DIMENSÕES ÉTICAS E SOCIO-POLÍTICAS DO DIREITO, EM UMA COMUNIDADE JURÍDICA SEM FRONTEIRAS.**

O artigo “*hors-concours*”, escrito pela Professora inglesa Barbara Hudson (“Comunidades morais além-fronteiras: o particularismo do Direito encontra o universalismo da Ética”) se revelou excelente escolha para o primeiro número da Revista. Não apenas por conta da notável trajetória acadêmica de sua autora, ou em razão das ligações acadêmicas que teve com o Brasil, nos últimos anos de sua vida (embora estes já fossem motivos suficientes

para a justa e merecida homenagem que a Revista lhe presta). O artigo escolhido (bem coerente com a orientação humanista que a Professora Barbara adotou em sua vida inteira) discute o tema da migração, de grande atualidade, sob o ponto de vista da “justiça cosmopolita”, numa abordagem ousada e inovadora. E mesmo que alguns, ao lerem o texto de Barbara Hudson, possam eventualmente considerá-lo excessivamente otimista, idealista, tais características – se efetivamente forem reconhecidas – emprestam mais força ao texto, pois oferecem um imprescindível contraponto para se discutir o problema das migrações nos dias hoje. Humanidade e hospitalidade realmente importam, na cena contemporânea global, de horror, ódio, conflito, descrença e desesperança.

Considerando que, a despeito do caráter atemporal do visionário artigo da Professora Barbara Hudson, ele foi escrito antes da fuga dos refugiados da Síria, antes do *Brexit*, antes da vitória de Donald Trump, poucos teriam tão qualificada *expertise* quanto o Professor Ediberto Román para se desincumbir da missão de nos brindar com uma original e inédita revisitação do ensaio da Professora Barbara Hudson, instigando-nos a pensar sobre a factibilidade, os desafios e as perspectivas do referencial ético da justiça cosmopolita aplicada às migrações, na atual cena contemporânea global. Diga-se de passagem, os perfis biobibliográficos, tanto da Professora Hudson quanto do Professor Román, bem demonstram como ambos correspondem a notáveis exemplos dos pensadores que a Revista pretende prestigiar nos textos que publicará: os que aliam sólida reflexão científica a um sincero comprometimento social, ético e humanitário. O artigo de revisão, “Fazendo Justiça à Diferença: Por uma Visão Cosmopolita de Justiça – o Legado de Barbara Hudson”, escrito por nossa Editora associada, Susan Uttley-Evans, completa essa trilogia de contribuições em torno da “justiça cosmopolita”, sob inspiração da homenagem prestada à Professora Hudson.

O primeiro dos artigos submetidos à revisão anônima por pares é o texto de Leandro Zanitelli, da Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil, “Capitalismo, Democracia Econômica e o Princípio da Diferença”. Para muito além da já desgastada oposição “inclusão social *versus* (neo)liberalismo”, o Professor Zanitelli, em erudito e inovador artigo, em que coteja as correntes reflexões de Schweickart com já clássicos textos de Rawls, traz fecunda análise das possibilidades político-institucionais e jurídicas acerca da chamada “democracia material”. Com efeito, na cena contemporânea (de escassez de recursos, inversamente proporcional ao crescimento de demandas de toda sorte), a democracia é convocada a dar respostas sustentáveis, do ponto de vista econômico e ético, a valores caros como a justiça social e a igualdade de oportunidades.

O segundo artigo é uma contribuição de Maristella Tesi, da Universidade da Calábria, Itália (“De um direito penal antropocêntrico para um direito penal antropomórfico – a propósito da *“cultural defense”*”), e articula uma questão de interesse crescente, num mundo cada vez mais globalizado e (é de se supor) diversificado, com diferentes intercâmbios de culturas, notadamente em fluxos migratórios: até que ponto a antropologia cultural tem (ou há de ter) ressonância em questões da teoria geral do direito penal, para fins de delimitação de responsabilidades. Tesi discute as bases e os limites para a consideração, na teoria e na prática dos sistemas de justiça mundo afora, da chamada *“cultural defense”*, ou seja, um imperativo de afinidade cultural, que de tão forte na determinação do querer e do agir, possa ter repercussão (total ou diminuída) na responsabilização criminal dos que cometem crimes em contexto de choque de tradições interculturais.

André Luiz Costa-Corrêa, do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, com seu artigo “Considerações sobre a eficiência tributária para uma tributação no século XXI”, traz um olhar diferenciado para o Direito Tributário, cobrando-lhe uma contribuição como instrumento de diminuição das desigualdades sociais. Em verdade, ante a maior frequência de textos, em matéria tributária, que ou se desenvolvem em torno das “razões do Estado” para tributar, ou sobre as proteções jurídicas, de índole constitucional, às quais podem se socorrer os contribuintes, “contra o Estado”, para aplacar sua fúria arrecadatória, o texto do Professor Costa-Corrêa chama a atenção para os fins sociais da tributação e sua responsabilidade com o desenvolvimento humano e com a implementação das demandas do estado democrático de direito.

Michelle Amorim Sancho Souza, Juíza no Estado do Maranhão, Brasil, com seu artigo “A concretização da dignidade coletiva por meio do dano moral coletivo”, oferece-nos um excelente recorte do Direito Civil, que ultrapassa as clássicas noções civilistas (no Brasil e além-fronteiras) quanto à natureza intrinsecamente individual da vitimização decorrente de atos ilícitos. No cenário contemporâneo das sociedades de risco, em que ações envolvendo interesses difusos e coletivos ganham especial vulto (notadamente os que envolvem direitos do consumidor, do meio ambiente, e de uma ampla rede de proteção a grupos em situação de opressão, discriminação ou vulnerabilidade), pensar numa dignidade moral coletiva juridicamente amparada, inclusive com eventual punição a seus detratores, certamente oferece uma importante contribuição para os avanços teóricos do direito civil, do direito processual civil, do direito constitucional, dos direitos humanos. Isso porque, “importar-se com a dor dos outros” há de pressupor não apenas respostas jurídicas a lesões a direitos de indivíduos bem

identificados, mas também a toda uma classe de pessoas “invisíveis” que igualmente sofrem, em silêncio, direta ou indiretamente, com as violações de direitos fundamentais.

Lança-se, portanto, o primeiro número de um projeto editorial na área do Direito que nasce no Brasil, mas que pretende acolher uma comunidade universal de autores, leitores, avaliadores, divulgadores e apoiadores da Revista. Nossos agradecimentos aos autores do primeiro número (Ediberto Román, comentarista convidado, Susan Uttley-Evans, Leandro Zanitelli, Maristella Tesi, Michele Souza, André Costa-Corrêa), que tiveram a enorme paciência e generosidade de esperar pela publicação. Valeu a pena esperar. Suas contribuições são todas voltadas não apenas para o aperfeiçoamento do Direito como ciência, mas também para o desenvolvimento e amparo jurídico a pessoas de carne e osso, em seu direito a uma vida digna, para si e para os que lhes cercam.

Unamos nossos esforços, cidadãos e juristas do mundo, para que a Ética, a Empatia e a dimensão global dos Direitos Humanos possam inspirar e iluminar as discussões científicas de uma Revista Jurídica “Sem Fronteiras”, como pretende ser a *Revista Brasileira e de Direito e Justiça/Brazilian Journal of Law and Justice*.

Por fim, uma nota pessoal: não poderia deixar de dedicar todos os esforços dessa empreita à memória de minha adorada irmã, Dra. Eliane Borges da Silva, precocemente falecida em abril desse ano, por tudo o que viveu e lutou, inclusive do ponto de vista acadêmico e profissional, em prol de um mundo mais igual, mais justo e mais democrático, especialmente em favor das mulheres e da população negra brasileira.

# Revista Brasileira de Direito e Justiça

## Brazilian Journal of Law and Justice Journal of Law



## Comunidades morais além-fronteiras: O particularismo do Direito encontra o universalismo da Ética\* †

Barbara Hudson (*in memoriam*)‡ §

### RESUMO

Muito do debate moral e político sobre direitos dos migrantes tem se concentrado no momento em que são admitidos em um país. Embora os direitos dos migrantes, uma vez no país de destino, sejam obviamente de grande importância, neste capítulo eu quero me concentrar na própria fronteira, e nos postos e campos de refugiados que brotam ao longo das fronteiras do mundo. É aqui que, em nome da soberania e da segurança nacionais, as pretensões morais universais são descartadas e os direitos dela derivados ostensivamente ignorados.

Palavras-chave: Fronteiras. Migração. Cosmopolitismo. Hospitalidade. Justiça. Ética. Direitos Humanos.

### 1. INTRODUÇÃO

Em sua introdução editorial ao ensaio de Seyla Benhabib, *Another Cosmopolitanism*, bem como nos comentários que agregou, Robert Post realça os dilemas de se conciliar o particularismo do Direito com o universalismo da Ética. O Direito, nas sociedades democráticas

---

\* Publicado originalmente como capítulo póstumo do livro *Rethinking Border Control for a Globalizing World-A Preferred future* (Weber (ed.), Londres e Nova York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2015). Registramos aqui nossos agradecimentos à Routledge, a Leanne Weber, coordenadora da referida publicação, bem como a Harry Harrison, viúvo de Barbara, por generosamente permitirem que a RBDJ republicasse este que deve ser o último escrito de Barbara. Agradecemos a Susan Uttley-Evans, Editora Associada do RBDJ (com quem o Editor-Chefe, Eliezer Gomes da Silva, compartilhou a amizade com a Professora Barbara), por seus esforços em obter a autorização formal dos editores para a reprodução do texto na BJLJ/RBDJ, tanto da versão original em inglês quanto da versão em português.

† Nota introdutória de Leanne Weber, constante no original publicado pela Routledge: “Esta é a última versão disponível deste capítulo. Não resta dúvida de que Barbara tencionava fazer algumas pequenas modificações após o seminário que foi realizado no Centro Monash Prato, na Itália, em maio de 2013, mas nunca saberemos quais mudanças teriam ocorrido. O texto é aqui publicado da forma como originariamente Barbara nos submeteu, fora algumas mínimas revisões e modificações feitas de acordo com as notas escritas a mão por Barbara, que foram encontradas numa cópia impressa desta versão. A grande amiga de Barbara, Susan Uttley-Evans, nos forneceu notas adicionais de esclarecimento, sempre que necessário.”

‡ Professora Emérita de Criminologia da Universidade de Central Lancashire, Reino Unido, até a sua repentina morte, em setembro de 2013. Barbara, cidadã do mundo, nos últimos anos de sua vida passou a ter uma forte relação acadêmica e pessoal com o Brasil, país que visitava anualmente, proferindo palestras em diversas cidades brasileiras e ministrando aulas, como professora visitante, no programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). A propósito, vide artigo de Sue Uttley-Evans, neste número da RBDJ, sobre a bibliografia e o percurso acadêmico de Barbara Hudson.

§ Tradução para o português por Eliezer Gomes da Silva.

– explica ele – necessita, para sua autoridade e eficácia, do resultado da vontade de um povo particular, no âmbito de um particular território. Esse território pode ser um estado unitário, ou um agrupamento regional de estados, como a União Europeia (EU), mas com uma fronteira definida, dentro da qual possui eficácia. A Ética, por outro lado, não retira sua autoridade do consenso de uma população particular. Ao contrário, embasa suas pretensões em favor de toda a humanidade, retirando sua autoridade de conceitos universais, como a igualdade de todas as pessoas.

Post vê o desenvolvimento das convenções e tratados de direitos humanos, os quais têm proliferado desde os Julgamentos de Nuremberg, como uma forma de conciliar a autoridade e a aplicação do direito positivo com os requisitos de humanidade, não de cidadania. Os “direitos humanos” – diz ele – “aspiram a corporificar obrigações éticas universais no interior das formas jurídicas” (POST, 2006, p. 2). Este capítulo trata desse dilema, avançando nas demandas da *comunidade moral*, que aqui significa a comunidade de pessoas em face das quais cada um de nós possui responsabilidade moral. Embora essa responsabilidade possa variar de grau, de acordo com a natureza dos relacionamentos entre as pessoas, afirma-se aqui que essa responsabilidade se estende *a todas as pessoas do mundo* (HUDSON, 2011).

Ainda que se possa argumentar que alguém possa ter maior ou talvez mais imediata responsabilidade em face dos membros de sua família, de sua própria comunidade geográfica ou política, ou em face daqueles com os quais se tem um envolvimento direto no cuidado e na proteção (por exemplo, na relação entre médicos e seus pacientes), a responsabilidade em face de uma comunidade mais ampliada nunca está ausente. Em grande parte, essa responsabilidade, para além da imediata comunidade de pessoas com as quais nos associamos, é reconhecida em nível formal, internacional, por meio de declarações e tratados como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante DUDH), as convenções de Genebra sobre o status de refugiado, no tratamento dos prisioneiros de guerra e dos feridos, bem como no desenvolvimento do direito internacional relacionado aos abusos de direitos humanos, particularmente o genocídio e os “crimes contra a humanidade”. Ainda que a debilidade e as deficiências de tais provisões estejam bem documentadas, tais iniciativas formam o cerne do que é reconhecido como direito internacional, ou algumas vezes “cosmopolitismo”, que confere proteção a indivíduos para além das fronteiras da cidadania e da associação e regula as relações entre estados-nações.

As tensões entre o direito positivo e a ética são evidentes em relação à migração. As políticas e processos migratórios focam em questões sobre quem pode ser admitido ou não;

quem pode adquirir cidadania, residência permanente sem cidadania, ou apenas direitos de visitação temporários; quem, uma vez no território, está legitimado a ter acessos a serviços como assistência à saúde, emprego, moradia e prestações de assistência social; e sobre quem pode ser deportado e para onde – todas determinações que exemplificam conflitantes tensões por direitos, entre uma sociedade democrática que busca decidir suas próprias regras de associação e as demandas dos que nela buscam ingresso em nome da obrigação moral universal. Ainda que haja movimentos pendulares nos equilíbrios estabelecidos entre tais conflitantes demandas, em diferentes épocas e locais, nos últimos vinte e poucos anos parece haver uma clara tendência em direção a maior ênfase nas demandas do direito territorial do que nas da ética universal.

Este capítulo discute ideias e teorias sobre ética e sobre direitos que são relevantes para o fortalecimento das pretensões morais de obrigação universal, e propõe algumas inovações políticas que podem suportar tais pretensões. Nos debates contemporâneos, a ideia de um direito e de uma ética cosmopolita é geralmente atribuída aos ensaios de Kant em *Perpetual Peace* (KANT, 1983). Kant elabora três princípios para prevenir conflitos no mundo: primeiro, que as pessoas precisam de sua “república”; segundo, que devem existir corpos internacionais para regular relações entre estados-nações; e terceiro, que deve haver um direito cosmopolita de “hospitalidade”, sobre o qual Kant quer se referir ao direito do estrangeiro de ser recebido sem hostilidade para com o estrangeiro. Esses ensaios têm recebido mais atenção de teóricos sociais, políticos e éticos nos anos recentes. Sociólogos e cientistas políticos como Habermas (1998, 2003), Held (2001) e Benhabib (2004, 2006) têm se concentrado, principalmente, nos dois primeiros princípios, ao passo que os filósofos e teóricos da moral, notavelmente Bauman (1991, 1993) e Derrida (2000, 2001, 2003) têm se concentrado, predominantemente, na ideia de hospitalidade para com o estrangeiro. E embora todos os três princípios sejam relevantes para o tema da comunidade moral e das fronteiras internacionais, meu interesse primário é com o terceiro princípio (HUDSON, 2011).

Muito do debate moral e político sobre direitos dos migrantes têm se preocupado com seus direitos a partir do momento em que são admitidos em um país. Por exemplo, Carens (1987), Bauböck (1994) e Benhabib (2004, 2006), propõem que a cidadania esteja mais facilmente disponível para aqueles que são residentes, mas não nacionais, a fim de que eles possam usufruir de direitos civis e políticos, bem como do direito de residência. Uma outra ideia emergente é a do “aquiismo” ou “presentismo”<sup>1</sup> – ou seja, de que esses direitos devem

---

<sup>1</sup> Nota do tradutor: Recriação, em português, dos neologismos usados no original em inglês, “*hereism*” e

estar disponíveis a todos aqueles presentes num determinado território, mesmo que eles não pretendam se tornar cidadãos ou residentes de longo prazo (DEMBOUR e KELLY, 2011). Embora esses temas sobre os direitos dos migrantes, uma vez no país de destino, sejam obviamente de grande importância, neste capítulo eu quero me concentrar na própria fronteira, e nos postos e campos de fronteiras que brotam ao longo das fronteiras do mundo. É aqui que, em nome da soberania e da segurança nacionais, as pretensões morais universais são descartadas e os direitos dela derivados ostensivamente ignorados.

## 2. (POR QUE) AS FRONTEIRAS SÃO NECESSÁRIAS?

Nossos noticiários midiáticos, assim como a literatura acadêmica, fornecem convincentes evidências de que mesmo os direitos fundamentais à vida e à garantia contra a prisão arbitrária não são respeitados nas fronteiras internacionais. Tem sido sustentado, de forma persuasiva, que as fronteiras internacionais – como as mantidas pelas atuais políticas das mais poderosas nações ou grupos de nações – são de manutenção dispendiosa; não atingem os objetivos de controle migratório especificados nas políticas públicas e na legislação; e, mais importante para as preocupações deste capítulo, não respeitam os direitos ou protegem as vidas e a segurança dos migrantes que delas se aproximam (HAYTER, 2004; AAS, 2011; BELL 2012).

Questiona-se se os direitos que devem ser protegidos incluem a garantia incondicional de circulação. A DUDH assevera que todos devem ter a garantia de sair de seu território de nascimento, e parece óbvio que tal direito não pode ser exercido sem um correspondente direito de entrar em outro território. Carens (1987, 2010) argumenta que um direito de sair implica num direito de entrar – em outras palavras, a garantia de circulação em ambas as direções. Entretanto, Moellendorf (2002) sustenta que a garantia de circular entre países está implícita no princípio da igualdade de oportunidade, que ele argumenta (contra RAWLS, 2001) deve ser assegurado tanto no nível internacional quanto no nível nacional.

A manutenção de fronteiras acarreta detenção arbitrária, deixa as pessoas perecerem enquanto tentam atravessar as fronteiras e nega direitos de alimentação e de abrigo nas fronteiras. Tem sido até sustentado que tais vexatórios inadimplementos do dever de assegurar

---

*“presentism”*, respectivamente. Equivalente solução foi dada na tradução, para o espanhol, de obra da historiadora francesa Stéphane Michonneau: *“El primero haría referencia al presentismo; el segundo, a esa tendencia contemporánea que vincula lo global con lo local en una relación de contigüidad que denominaríamos aquiismo (de “aquí”). Dicho de otro modo, el aquiismo es a la espacialidad lo que el presentismo a la historicidad”* (MICHONNEAU, Stéphane. **Fue ayer Belchite: un pueblo frente a la cuestión del pasado**. Trad. Stéphane Michonneau. Zaragoza: Pressas Universitarias de Zaragoza, 2017, p. 450).

direitos humanos universais equivalem a autênticos crimes de estado (GREWCOCK, 2007). Outros autores têm defendido que as fronteiras se tornem mais “porosas” (BENHABIB, 2004), tornando-se o ingresso inicial e o acesso à cidadania muito mais fáceis do que hoje ocorre nas nações afluentes. Outro argumento contra os controles de imigração é apresentado por Unger (2005), entre outros, que sugere que somente se houvesse garantia de ingresso nas nações afluentes esses estados poderiam adotar políticas de comércio e de auxílio que fossem genuinamente e significativamente benéficas às nações pobres.

Não é difícil, portanto, defender o desmantelamento das fronteiras internacionais e o livre movimento de pessoas dentro e entre nações e regiões. A posição “sem fronteiras” representa, na pior das hipóteses, importante crítica ao atual regime internacional dos estados-nações e às políticas de imigração (HUDSON, 2007). Ademais, mesmo que muitas das atuais fronteiras possam ser consideradas como invioláveis e que necessitem ser defendidas, elas são na verdade artificiais: elas não seguem, necessariamente, limites “naturais”, como os entornos dos principais rios ou montanhas; elas mudam com o tempo; e muito raramente contêm em seu âmbito pessoas de etnia comum, história comum ou cultura comum (DIENER e HAGEN, 2010).

A primeira proposição de Kant (1983), nos ensaios de *Perpetual Peace*, no entanto, é de que as pessoas necessitam de suas repúblicas, e sua segunda proposição é em prol da organização de estados-nações independentes, cujo papel seria o de regular relações entre nações e promover e assegurar o *direito cosmopolita* à hospitalidade de todos os indivíduos. Kant prefere essa organização de estados independentes a qualquer coisa que se aproxime de um governo mundial: um governo mundial concentraria um monopólio de força num corpo governante e precisaria ser muito poderoso para aplicar suas regras e, no entanto, muito distante das vidas e preocupações das pessoas, tal qual numa tirania, deixando as pessoas sem voz ou poder.<sup>2</sup> Na literatura contemporânea, essa posição de Kant tem se tornado conhecida como *federalismo cosmopolita* e é defendida por teóricos como Held (2001), Habermas (2003) e Benhabib (2004, 2006). Embora às vezes possa ser difícil dizer se os escritores realmente defendem a necessidade da existência continuada de estados unitários ou meramente pressupõem sua existência continuada, alguns importantes argumentos são construídos em favor de se reter o modelo dos estados separados e, portanto, das fronteiras.

Ainda que os ensaios de Kant (1983), em *Perpetual Peace*, digam respeito à regulação

---

<sup>2</sup> Nota da editora da publicação original: “Veja Barker, nesse volume [Barker, 2015], e suas propostas sobre formas alternativas de governança em rede.”

dos encontros entre “estranhos”, e não sobre regras no âmbito de um único estado, eles são consistentes com o princípio de seu (até recentemente) mais familiar trabalho sobre direito e moralidade no âmbito de uma comunidade: que as regras adotadas devem ser aquelas que poderiam ser aceitas por todas as pessoas razoáveis.<sup>3</sup> O Direito, para Kant e também para Habermas (1996), ao tempo em que depende de instituições e recursos estatais para sua aplicação, obtém sua autoridade moral por ser uma expressão da vontade democrática.

É claro que é impossível saber como Kant teria considerado a monarquia constitucional moderna. Entretanto, seu primeiro princípio estabelece que a forma de governo dos estados deve ser republicana: deve ser o governo pela vontade do povo, não por autocratas ou oligarcas. Benhabib (2006) endossa esse argumento sobre a importância do estado soberano como o fórum para a formação e expressão da vontade democrática e segue a ideia de Arendt do estado como o contexto para o “direito de ter direitos” (veja também BENHABIB, 2004). Arendt via os direitos como necessariamente exercidos por meio da cidadania, tendo testemunhado o despojamento dos direitos do povo judeu e de outros “indesejáveis” por meio da progressiva remoção, pelo regime nazista na Alemanha, dos sinais identificadores da cidadania. Para Arendt (1968), a pessoa “despida de sua humanidade” não tem como exercer seus direitos e, portanto, efetivamente não tem direitos.<sup>4</sup>

O federalismo cosmopolita advogado por Kant, Habermas, Benhabib e outros é, de fato, um federalismo de estados. Os direitos ganham eficácia e aplicação pelos estados e são apenas vinculantes em relação aos estados que são signatários de relevantes acordos. Nesse aspecto, mesmo os estados democráticos podem não adotar direitos supostamente universais se eles não forem reafirmados pela vontade democrática de sua população: um exemplo aqui é o continuado uso da pena de morte nos Estados Unidos; e o desejo do Reino Unido de denunciar a Convenção Europeia de Direitos Humanos e introduzir um “Carta Britânica de Direitos”.

Além disso, os estados podem não proteger os mesmos direitos para todos os seus cidadãos. Mesmo nos países mais cômicos dos direitos, que aparentam ser socialmente progressistas, como aqueles da Europa Ocidental, América do Norte e Austrália, os direitos de gênero, sexualidade e os direitos religiosos, foram introduzidos vagarosamente e de forma fragmentada; e os grupos étnicos e culturais minoritários, como os ciganos, na Europa Oriental,

---

<sup>3</sup> Nota da editora da publicação original: “Desenvolvida notoriamente por Habermas (1984, 1987) e outros adeptos da racionalidade discursiva, fortes no princípio de que as leis e as normas devem ser aquelas sobre as quais realmente haja consenso (Hudson 2003, capítulo 5 [Torresi, 2015]).”

<sup>4</sup> Nota da editora da publicação original: “Barbara indicou em suas anotações que ela pretendia reforçar os argumentos de Arendt.”

*Comunidades morais além-fronteiras: o particularismo do Direito encontra o universalismo da Ética*

os norte-africanos, os afro-caribenhos, indonésios e outras minorias visíveis, continuam a sofrer discriminação e abuso. O “populismo majoritário” é uma das principais dificuldades da democracia para proteger as minorias: governos são dependentes de apoio eleitoral para permanecerem no poder e são, portanto, relutantes em apoiar os direitos de grupos impopulares ou abraçar causas impopulares. Essa tendência em direção ao populismo majoritário é a razão principal pela qual a ideia de repúblicas separadas tem de ser complementada pela ideia de direitos cosmopolitas de todos os indivíduos.

Se o direito a ter direitos é indissociavelmente ligado à ideia e à titularidade da cidadania num estado-nação, então é claro que se encontram em condição de perigo aqueles que não possuem pátria, que estão fora das nações das quais eles são cidadãos, ou aqueles que são cidadãos de estados que não são signatários de tratados de direitos humanos e convenções, ou que eventualmente possam ser signatários mas não aplicam os direitos prescritos. É para remediar essa falta de direitos protegidos para não-cidadãos, e para aqueles cujos governos não conferem proteção de direitos fundamentais, que tratados, convenções e acordos foram elaborados.

Autores contemporâneos têm desenvolvido essa ideia de direito cosmopolita, que eles argumentam deva ser da responsabilidade de instituições internacionais encorajar e salvaguardar. O desenvolvimento e a ratificação, por juristas e políticos, de convenções sobre o tratamento de prisioneiros e civis durante a guerra, a *non refoulement* (não devolução) de migrantes para países onde eles possam ser torturados ou mortos, e a introdução do Tribunal Penal Internacional (TPI), são exemplos do crescimento do direito cosmopolita, que expressa direitos humanos universais, mas depende da separação de estados para sua aplicação. Exércitos e milícias rompem a soberania nacional se perseguem seus inimigos para além das fronteiras; assassinos, estupradores, torturadores e escravizadores estão sujeitos a persecução penal se entram em territórios onde os tratados e as convenções sobre violações de direitos humanos são respeitadas e seu desrespeito possa ser punido. O particularismo do direito pode, em verdade, limitar o acesso à justiça para não-cidadãos, mas pode também limitar o espaço no qual aqueles que perpetraram tirania, opressão e injustiças podem operar.

Enquanto a fronteira define e delimita a comunidade *do lado de dentro*, e assim também estabelece os limites de seu direito e de seu poder (ou seja, soberania), também sinaliza onde começa o *lado de fora*. Para aqueles fugindo de conflitos, perseguições ou outras causas de migração forçada, alcançar a fronteira é um objetivo de vital importância. Refugiados e migrantes estão fugindo *de*, bem como viajando *para*. Nesse contexto, tem havido regozijo

geral pelo desmantelamento de algumas fronteiras, que impediam as pessoas de deixar seus países de origem, notavelmente as fronteiras entre Hungria e Áustria, que iniciou o rompimento do bloco soviético nos anos 80, e culminou nas alegres celebrações do desmantelamento do Muro de Berlin. Mas também têm surgido novas e fortalecidas fronteiras criadas com a dissolução da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas em estados separados e fragmentação da antiga Iugoslávia em países independentes.

O “mundo livre” do Ocidente tem sido altamente crítico em relação a estados que tentam impedir seus cidadãos de sair, mas como mais estados têm cessado de manter seus cidadãos em seu próprio território, novas barreiras para sair têm sido estabelecidas, notadamente nas fronteiras do sul e leste da União Europeia. O Reino Unido “terceiriza” os processos de controle de migração para antigos territórios coloniais, como Índia e Paquistão; a União Europeia e a Austrália usam patrulhas navais para impedir que pessoas atravessem o Mediterrâneo e os mares que dividem Austrália da Indonésia e outros países da Ásia Oriental, respectivamente.

Ainda que alguns modelos de terceirização tomem a forma de estabelecer agências nos países de destino para processar os requerimentos e, portanto, objetivam impedir as pessoas de se moverem para países ou regiões em particular, e ainda que as patrulhas náuticas, na Austrália e no Mediterrâneo, estejam largamente focadas em pontos de entrada, algumas criações claramente impedem que as pessoas saiam, ao invés de proibirem que entrem. Enclaves murados e campos patrulhados no Norte da África, onde migrantes em potencial podem ser detidos, graficamente ilustram a forma como agora se impede tanto sair quanto chegar. Rodier (2006), num relatório ao Parlamento Europeu, descreveu a prisão de 100 “potenciais emigrantes” do Senegal, observando o uso do termo “emigração ilegal” bem como “imigração ilegal” (HUDSON, 2007).

O “muro de segurança” construído ao longo da linha divisória entre Israel e os territórios da Margem Ocidental é justificado por Israel, fundamentalmente, como uma defesa contra incursões terroristas. Entretanto, o muro tornou mais difícil a vida na Margem Ocidental (NEWMAN, 2010). O muro concretiza (literalmente) “fatos consumados” do pós-1967, incorporando áreas tomadas durante a guerra árabe-israelense e ocupadas por assentamentos desde então, e sua rota percorre muitas porções de terra que eram antigos pomares e oliveiras palestinas. Além disso, além de restringir a entrada dos palestinos a Israel, torna mais difícil a saída dos territórios da Margem Ocidental para qualquer outro lugar, pouco importando se a viagem é para ter acesso a tratamento médico, para frequentar instituições educacionais, ou para

participar de outras atividades normais da vida.

Se, conforme Post (1006), concebermos os direitos humanos em termos doutrinários e jurídicos – como uma tentativa de transpor a ideia ética de uma comunidade moral universal, onde as obrigações daqueles que se encontram fora de nossas próprias comunidades de associação são prescritas por uma ética universal –, então pode ser razoavelmente sustentado que os estados, e suas fronteiras, são necessários para prover a organização da autoridade e a legitimidade para que os direitos humanos universais, fundamentais (direito cosmopolita) sejam exercitados. Todavia, as pretensões morais da ética universal são amplamente ignoradas e mesmo negadas pelas atuais políticas de migração dos estados mais poderosos. Na medida em que as fronteiras têm se tornado menos importantes e a soberania estatal tem sido diminuída pelas forças da globalização, esse processo ocorre (como tem sido bem documentado) em benefício dos poderosos e afluentes, que podem movimentar seu dinheiro, suas empresas e residências, e vender suas aptidões, onde quer que obtenham os melhores retornos. Para os desvalidos, essa liberalização cria mais “lixo humano” (BAUMAN, 2004), daqueles que estão desempregados, daqueles cujos trabalhos não podem garantir sua própria subsistência e de suas famílias, ou daqueles que são pegos em disputa por recursos escassos ou enfrentam perseguição quando as áreas estão destroçadas com conflitos intercomunais, resultando de um senso de perda da tradição e de autoridade. Da perspectiva da moralidade, as fronteiras podem ser necessárias, mas o primado da soberania nacional e a anarquia das corporações poderosas e dos grupos sociais precisam ser contidos no interesse em adimplir obrigações morais para os despossuídos, os processados, os pobres.

### **3. MANTENDO AS PESSOAS EM SEUS LUGARES: A ERA DO “ACAMPAMENTO”.**

Vários escritores têm considerado a União Europeia como algo próximo a um “laboratório cosmopolita”, onde a nacionalidade e a soberania estão se tornando consorciadas, ou domadas, como Benhabib (2004, 2006) sustenta (veja também BECK, 2006). Ao tempo de escrita deste texto, isso é talvez menos marcado, não apenas entre os “eurocéticos” do Reino Unido, como também entre cidadãos de nações que antes possuíam um compromisso eurófilo, como a França e a Holanda, que vêm se tornando um tanto indiferentes, e a opinião pública na Alemanha, que tem se tornado hostil quanto a arcar com os custos do que considera montantes não razoáveis de dinheiro para sustentar nações do sul financeiramente irresponsáveis, particularmente Grécia, Chipre e Itália. Esses e outros países receptores frequentemente parecem considerar a União Europeia como necessária, mas não solidária, e como impiedosa impositora de medidas de austeridade danosas e insustentáveis.

Na medida em que um número maior das mais pobres nações da Europa Oriental se associa à União Europeia, tem havido crescente indignação e apelos em prol de restrições contra a facilidade de ingresso para nacionais daqueles países em países-membros mais ricos, do Norte e do Ocidente, e por nenhum acesso a auxílio financeiro, assistência à saúde, educação e benefícios habitacionais aos que efetivamente ingressam. Qualquer ajuda que exista para medidas de socorro pelas dívidas da Grécia, Espanha, Portugal, Chipre e Irlanda é quase que inteiramente expressa em termos de riscos econômicos para os países mais ricos – desordenada desintegração do euro, descendentes classificações de crédito e aumentada pressão causada pela imigração dos sem-trabalho. E há escasso indicativo de sentimentos de responsabilidade em ajudar os companheiros membros de uma comunidade moral.

Na Europa, como no resto do mundo, tal fluxo circulatório de pessoas entre estados também ocorre no âmbito das regiões. Aqueles que mais necessitam sair, se tentam cruzar fronteiras regionais, encontram barreiras, miséria, detenção e deportação, o que tem sido condenado pelas Nações Unidas, por organizações de direitos humanos e, claro, por acadêmicos. A maior parte das migrações ocorre ou no âmbito dos países ou entre países em desenvolvimento (O'NEILL, 2010). No âmbito dos países em desenvolvimento, a industrialização e a urbanização atrai pessoas do campo para as cidades em rápido crescimento. As favelas do hemisfério sul estão cheias de pessoas vindas de áreas rurais de seus próprios países ou de países vizinhos, buscando uma precária subsistência; pessoas que se movem das áreas mais pobres para as mais afluentes de seus próprios países e de áreas mais pobres para mais afluentes dos estados vizinhos. Os refugiados, fugindo da pobreza, de conflitos, de áreas tradicionais que passam a ser usadas para mineração, extração de madeira e “agronegócio”, em decorrência de mudanças climáticas ou de desastres naturais, se reúnem em favelas, submoradias e em acampamentos, em números sempre crescentes (DAVIS, 2006).<sup>5</sup>

As tensões entre, de um lado, a ideia de estado como uma comunidade quase homogênea, em termos de território, história, etnia e cultura e, de outro lado, as realidades próprias da diversidade e da diferença (na medida em que as fronteiras mudam, as pessoas se

---

<sup>5</sup> Nota do Tradutor: A expressão “assentamentos precários” tem sido utilizada como referência genérica a abarcar tanto as “favelas” ou “aglomerados subnormais”, como preferiu o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), no censo de 2010, quanto o que denominamos de “submoradias”, estas habitações ainda mais precárias. Ambas as espécies de moradias, sob diferentes conformações, no Brasil e no mundo, equivalem, grosso modo, às “shantytowns” e “slums”, vocábulos usados no texto ora traduzido. Tudo isso em meio a uma persistente controvérsia terminológica entre os próprios urbanistas, sintetizada, v.g., no seguinte artigo: QUEIROZ FILHO, Alfredo Pereira de. As definições de assentamentos precários e favelas e suas implicações nos dados populacionais: abordagem da análise de conteúdo. **URBE – Revista Brasileira de Gestão Urbana** (*Brazilian Journal of Urban Management*), v. 7, n. 3, p. 340-353, 2015.

misturam e se movem, e os grupos ganham e perdem poder), sempre produziram conflitos e disparidades entre populações reais e aquelas consideradas satisfatoriamente pertencentes a um estado. Tais disparidades têm levado a algumas das mais grotescas guerras e atrocidades, desencadeando respostas para a proteção das vítimas e tentativas de estabelecer condições do tipo “outra vez jamais”.

Adelman (1999) identifica três distintas respostas para as sucessivas ondas de conflitos e deslocamentos populacionais que ocorreram durante o século vinte: intercâmbios populacionais e modificações em fronteiras, proteção humanitária internacional e soluções regionais. O primeiro desses regimes de refugiados emergiu depois da Primeira Guerra Mundial, em resposta à desintegração do Império Otomano, com o deslocamento de pessoas durante a guerra e o redesenho das fronteiras depois da guerra. O segundo regime – ajuda humanitária internacional – foi primariamente uma resposta à deplorável situação dos judeus e de outros grupos atingidos pelo regime nazista e seu conseqüente deslocamento depois da Segunda Guerra Mundial. Essa fase assistiu à introdução das Convenções de Genebra, que reconheceram os direitos de todas as pessoas como indivíduos dignos de proteção e amparo. As convenções primeiramente se aplicavam apenas àqueles afetados pelo regime nazista, mas por meio de protocolos posteriores elas foram estendidas para cobrir refugiados e pessoas desalojadas no mundo inteiro. É essa segunda fase que talvez possa ser considerada como o início de uma corrente de direito cosmopolita, assentando um direito de refúgio e proteção vital para todas as pessoas, independentemente de sua pátria.

O’Neil dá três exemplos de quando esse regime humanitário esteve em evidência em contextos diversos dos de pessoas que sofreram sob o regime nazista alemão: as fugas de regimes opressivos e assassinos em Uganda (1972), no Chile e no Irã (1979). As pessoas em fuga desses regimes eram – explica ela – tratadas como pessoas com necessidades humanitárias, e não como tendo que satisfazer as condições exigidas para o status de refugiados, de acordo com a Convenção da ONU para Refugiados (O’NEIL 2014, 44). Entretanto, a partir dos anos oitenta, esse tratamento derruiu em face de um sempre crescente fluxo de migração forçada, com golpes e conflitos, bem como pelas tendências de globalização e modernização descritas por Davis, Bauman e outros (DAVIS, 2006; BAUMAN, 1998, 2004, 2007). O peso de um grande número de pessoas necessitando de refúgio – em meio a crescentes inseguranças nas nações afluentes e liberais em relação ao terrorismo, a pressão por recursos, a identidade cultural e a coesão comunitária – parece ter quase eliminado o impulso humanitário internacional.

No final do século vinte e início do vinte e um, esperava-se que o refugiado, o migrante forçado, permanecessem, se não em seu próprio país, certamente no âmbito de sua região. No período contemporâneo, a resposta predominante àqueles em busca de refúgio tem sido o campo de refugiados – campos oficiais e espontâneos, campos precários; campos em formas de tendas e acampamentos de barracas e outras construções temporárias; e campos onde as pessoas se ajuntam sob árvores ou qualquer abrigo que possam encontrar, até mesmo desprovidos das mais básicas facilidades. Tais campos de refugiados surgem em resposta a guerras, conflitos e desastres de vários tipos; alguns são administrados pelas Nações Unidas, outros por governos locais ou nacionais e outros por instituições filantrópicas internacionais.

A ideia de um “acampamento” é geralmente compreendida como algo temporário, mas muitos dos campos de refugiados do mundo adquirem uma natureza permanente ou mais duradoura do que a desejada. A Oxfam, instituição filantrópica do Reino Unido, analisou operações de auxílio no Haiti dois anos depois do terremoto de 2010 e relatou que os campos destinados a medidas de emergência de curto prazo ainda eram completamente ocupados e assumiam um ar de (semi) permanência (HUDSON, 2012). Em 2012, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (UNHCR, em inglês; ACNUR, em português) relatou que Dabaab, o nordeste do Quênia, tinha alcançado seu vigésimo primeiro aniversário e se tornado o maior campo de refugiados do mundo. Foi instalado em 1991, logo após a guerra civil da Somália, e projetado para abrigar até 90.000 pessoas. No entanto, em 2012 sua população tinha aumentado para mais de 463.000 pessoas, com as estimativas sendo infladas por vários períodos de turbulência, especialmente a fome, seca e violência de 2011, que devastaram a Somália (UNHCR, 2012).

Alguns campos de refugiados, como os de Kibera, no Quênia, se transformaram em enormes favelas. Kibera começou como um campo de refugiados para os habitantes da Núbia, provenientes da fronteira entre o Quênia e o Sudão, que atravessaram o Quênia durante a Primeira Guerra Mundial, quando o Sudão foi dilacerado pela violência. Ao longo dos anos, tornou-se um dos mais densamente povoados espaços do mundo, com uma população de mais de um milhão de pessoas, em sua maioria amontada em minúsculos abrigos de zinco (KIBERA UK, s.d.). Conflitos no interior do Quênia, bem como aqueles que puxam as pessoas de fora para dentro, afetam a vida em Kibera. Na violência que se seguiu às eleições quenianas de dezembro de 2007, por exemplo, muitas pessoas fugiram para Kibera, incluindo as de ambos os lados do conflito ([www.Kibera.org.uk](http://www.Kibera.org.uk)). Os deslocamentos de outros conflitos, da mesma forma, aproximam os oponentes, ao invés de proverem segurança a uns em relação aos outros.

Os tútsis, fugindo de seus atacantes hutus no genocídio de Ruanda, viram-se nos mesmos campos dos hutus que buscavam escapar da captura e da punição.

Os campos de refugiados para onde os palestinos fugiram depois das guerras de 1948 e 1967 também se transformaram em favelas. No Líbano, os refugiados registrados na Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados da Palestina (UNRWA, em inglês) vivem em doze campos oficiais. Enquanto alguns palestinos mudaram-se dos campos de refugiados para os vilarejos e cidades, outros se agruparam em “ajuntamentos” – instalações não oficiais frequentemente localizadas próximo a campos oficiais. A UNRWA não consegue prover serviços nesses campos não oficiais, nem mesmo serviços básicos como a disposição de resíduos sólidos, porque a agência não é a ocupante oficial do território. Refugiados palestinos no Líbano não são, formalmente, cidadãos de nenhum estado, de forma que eles não apenas são privados dos direitos dos libaneses, como tampouco possuem os direitos dos estrangeiros que são membros de outros estados, mas que vivem e trabalham no Líbano (UNRWA, 2013).

Palestinos que se mudaram para a Jordânia depois da guerra de 1947 receberam cidadania jordaniana em 1954, mas aqueles que entraram logo após a guerra de 1967 não receberam cidadania e, portanto, são apátridas. Com o aumento das tensões na Jordânia depois da onda de desembarques a partir de 1968, o rei decretou lei marcial em setembro de 1970 (também conhecida como Setembro Negro) e a maior parte dos palestinos sem cidadania foi embora. Muitos dessa segunda onda de refugiados palestinos em fuga da Jordânia em 1970 tornaram-se ocupantes dos “ajuntamentos” no Líbano, inflando a população de refugiados. Em Gaza, depois da guerra de 1967, emergiu um padrão similar àquele do Líbano, com campos oficiais organizados e gerenciados pela UNRWA, e assentamentos bem menos organizadas, que hoje não se diferenciam das submoradias da cidade de Gaza. Agora, uma nova onda de refugiados da Síria está ameaçando os recursos e a estabilidade do Líbano e da Jordânia. O contingente de refugiados ingressando na Jordânia quase que fez dobrar a população daquele pequeno país, enquanto no Líbano, além do influxo de contingente, a estabilidade é também ameaçada por conta do já tenso emaranhado da política e das facções libanesas e sírias.

Os conflitos políticos, religiosos e comunitários em áreas voláteis do mundo (como na África e no Oriente Médio) têm sido tratados de modo similar ao dos desastres naturais (como terremotos e *tsunamis*) – com a construção de campos intrarregionais “temporários”. Com a migração causada por desastres naturais, a maior parte das pessoas querem retornar a suas vidas normais, de modo que o que querem é a reconstrução, e no próprio local. As críticas às operações no Haiti, por exemplo, não são direcionadas aos objetivos de manter as populações

juntas ou de reconstruir seus lares arruinados, mas à lentidão em que esse processo evoluiu e, algumas vezes, à ênfase excessiva na segurança, em detrimento da assistência às pessoas que foram afetadas (HUDSON, 2012).

Quando a fuga é desencadeada por conflito intercomunitário, ou por guerra civil, as pessoas precisam sair. Mantê-los na região muito frequentemente os coloca numa armadilha: eles estão *fora* de seu próprio país, mas não propriamente *dentro* de nenhum outro. Muitos, por isso, se amontoam nas fronteiras, em acampamentos de emergência ou abrigos improvisados. Se chegam até aos vilarejos e cidades do país cujas fronteiras atravessam, estão mais propícios a ser encontrados em apartamentos esqualidos e excessivamente populosos, dormindo nas ruas ou em áreas degradadas. Com o tempo, as favelas se desenvolvem ou setores das cidades se degeneram em guetos. Ao invés de atravessar fronteiras rumo a outra comunidade, os migrantes forçados se reúnem em locais que se tornam, efetivamente, zonas de fronteira. As pessoas se veem presas numa armadilha em seu próprio país, mas não podem chegar a mais nenhum outro lugar. Mesmo os migrantes que são acomodados em campos que têm algum nível de segurança – com acomodação temporária que provê razoável abrigo e acesso a saneamento, tratamento médico e assistência alimentar, estabelecidos e administrados por setores da ONU por instituições filantrópicas, como *Médecins Sans Frontières* (MSF 2013) ou Oxfam (2013) – são, não obstante, apátridas, retirados do país no qual efetivamente possuem cidadania, mas não cidadãos do país em que foram forçados a ingressar.

A teorização de Agamben sobre “o campo” alinha-se estreitamente aos ajuntamentos, acampamentos, submoradias e favelas, nas quais se encontram (principalmente) migrantes forçados. Os que se encontram nos “acampamentos” somente podem viver aquilo que Agamben descreve como “vida nua”, uma existência fora de qualquer estado de direito, que não pode garantir nem justiça nem segurança e onde, como Agamben define, a vida pode ser subtraída sem ninguém ser responsabilizado (AGAMBEN 1988; HUDSON, 2012). Os que vivem em campos de refugiados, depois da fuga pelas fronteiras da Síria, e de zonas de conflito na África e em outros lugares dependem, para sua existência e bem-estar, de doações a entidades filantrópicas e de os estados proverem fundos às agências da ONU. Os residentes em campos de refugiados enfrentam incursões realizadas por milícias hostis e gangues de saqueadores; mulheres e crianças – especialmente, mas não exclusivamente – enfrentam estupros e tráfico sexual; e populações locais podem ser gentis ou hostis.

Bauman (2004), de forma similar, descreve os acampamentos e ajuntamentos como “espaços sem lei”, contendo, em muitos lugares, pessoas que se encontram numa jornada que

pode não acabar nunca, permanecendo em acampamentos indefinidamente, como os palestinos. O relatório de 2012 da UNHCR [ACNUR] afirma que a população inclui até 10.000 refugiados de terceira geração que nasceram no campo de refugiados. Referindo-se aos campos que brotaram no Quênia durante os distúrbios de 1991-1992, Bauman (2004) aponta que eles não aparecem em nenhum mapa, e nenhum estado assume responsabilidade por seus habitantes.

Para os que conseguem escapar de sua região e alcançar a Europa, a Austrália ou os Estados Unidos, o que os aguarda não é a proteção de um estado governado pelo direito, respeitador de direitos, mas detenção, destituição, descrença e humilhação (O'NEIL 2010). Os que desejam atravessar o canal rumo ao Reino Unido, amontados na infame “selva” do lado de fora de Calais, os que alcançam as costas de Malta, Grécia e sul da Itália, ou os que tentam cruzar a fronteira entre México e os Estados Unidos, devem apenas sobreviver, como Agamben descreve, enquanto tentam escapar do escrutínio dos oficiais de polícia e das fronteiras. E se eles se aventuram por entre os vilarejos, encontram hostilidade da população local. Eles vivem “vidas nuas” em ambos os lados da fronteira.

#### **4. ÉTICA COSMOPOLITA: A COMUNIDADE MORAL ALÉM- FRONTEIRAS.**

Enquanto as fronteiras entre os países no âmbito de uma região do mundo podem ter se tornado mais porosas, tal porosidade é variável no tempo e no espaço. Por exemplo, nem todos os países da União Europeia são membros da área Schengen, que permite a movimentação sem controles de passaporte; e as fronteiras entre países vizinhos como África, América do Sul e Oriente Médio podem ser fortalecidas em tempos de instabilidade ou conflito e afrouxadas em tempos de cooperação pacífica. No entanto, a contínua existência de fronteiras realmente significa que o estado soberano permanece como fundamental princípio organizador dos negócios do mundo. Há o que pode ser considerado como instituições de um federalismo cosmopolita embrionário, como o Conselho de Segurança da ONU, o Tribunal Penal Internacional, a UNHCR, a UNRWA, e o corpo do “direito cosmopolita”, mas tais instituições operam por meio dos estados membros, e as organizações filantrópicas devem operar por meio de autorizações e da cooperação dos países nos quais estão situadas. Não são permitidas agências de assistência na Síria, de acordo com o governo sírio, para prover serviços no âmbito das áreas tomadas pela oposição, de forma que a tentativa de levar suprimentos médicos e outras necessidades é algo difícil e perigoso.

O terceiro princípio de Kant (1983) – de um direito cosmopolita de hospitalidade ao estranho – é tão importante quanto os outros dois e sem ele os estados soberanos, individualmente ou atuando em conjunto, podem acabar por denegar segurança e bem-estar aos

que deles necessitam. Esse princípio da hospitalidade está, portanto, no coração das formulações contemporâneas da ética cosmopolita (BAUMAN, 1993; DERRIDA, 2000; APPIAH, 2006). No entanto, esse princípio ético é o que tem tido menos importância nos assuntos globais.

A ideia de Kant desse direito cosmopolita à hospitalidade difere de sua teoria da justiça e da moralidade nos estados, no âmbito da “mente europeia comum” porque não está fundamentada na comunhão da cultura e da experiência das pessoas, mas na situação comum de serem ocupantes de um mundo frágil e imprevisível. Ademais, porque o mundo é uma esfera e não uma superfície plana, as pessoas não podem se separar umas das outras: cada passo longe de alguém traz a pessoa mais perto de um outro alguém. Os encontros com estranhos são, portanto, inevitáveis e devem ser administrados de modo a reduzir o conflito e o perigo. Derivar um preceito ético de uma situação que é compartilhada por todas as pessoas do mundo significa que tal preceito concebe todas essas pessoas como uma comunidade moral (HUDSON, 2011). Para Kant, embora os estados tenham soberania, e muito da organização necessária para assegurar a paz seja conduzida entre os estados, o direito cosmopolita de hospitalidade, que não está confinado no âmbito de fronteiras, contrabalança tais relacionamentos centrados nos estados.

Em tempos contemporâneos, o termo “hospitalidade” remete à ideia de um hóspede sendo brindado com o que de melhor alguém lhe possa oferecer, mais do que um simples refúgio. Na versão de Kant, e como desenvolvida por Bauman, Benhabib e Derrida, entre outros, resta claro que hospitalidade, no contexto global, é um tanto diferente. Bauman (1991) utiliza o conceito de Simmel de um hóspede indesejado, ao passo que Derrida (2003, 2000) argumenta que a hospitalidade dada ao estranho não convidado será “condicional”, ao invés de aberta, e Benhabib (2004) fala num direito de refúgio, mas não de residência.

Tais interpretações são consistentes com a ressalva de Kant de que o direito a ser recebido em um outro território não inclui o direito de ocupar aquele território, e de que a pessoa (ou o estado) que recebe o estranho tem o direito de recusar a hospitalidade se o estranho não age de forma cordata, ressalvado o dever de lhe conceder ingresso como forma de evitar a perda de uma vida. Entretanto, deve-se ter em mente que Kant escrevia num tempo de imperialismo e de comércio de escravos: eram pessoas de nações poderosas que visitavam terras menos desenvolvidas. Hoje, os viajantes em busca de refúgio estão mais propensos a ser hipossuficientes que chegam às terras dos poderosos. Os requisitos da “hospitalidade condicional” devem, portanto, ser muito mais generosos que os que atualmente se obtêm nas

poderosas nações de destino.

A ideia de um dever de hospitalidade aos estranhos não se origina, claro, em Kant. Pode remontar a Diógenes, que conclamava uma política que se preocupasse com os apátridas, os excluídos, os desprezados – e esse dever está presente na maior parte das culturas. A ideia de uma comunidade moral como uma comunidade que inclua toda a humanidade não é algo novo e surpreendente. Enquanto a comunidade moral não é claramente a mesma que a comunidade política ou nacional, a palavra “comunidade”, presente em ambos os termos, implica que *há* algo em comum em ambas. Essa é, claro, a ideia de uma esfera de preocupação e obrigação morais. Entretanto, como foi dito, as inseguranças e ansiedades que surgem da mobilidade global e a perda da identidade nacional e da soberania nacional têm dado renovado ímpeto ao desejo de se manter uma comunidade nacional como algo distinto e estanque em relação a outras nações e pessoas (BAUMAN, 2007). Então surge uma pergunta-chave: como a ideia de uma comunidade moral como “todas as pessoas de todo o mundo” pode ser fomentada?

Rorty (1993, 1999) realça a importância das narrativas que seguem uma longa jornada sentimental através da experiência dos outros, antecipando que a capacidade humana para a empatia, e as similaridades nas esperanças e sonhos humanos, qualquer que seja a cultura, fará eclodir uma compreensão solidária e desta forma engendrará uma preocupação pelo destino do estranho. Isso pode acontecer, mas a responsabilidade cosmopolita em relação ao “Outro” não pode depender disto. E se nenhuma compreensão, nenhuma reciprocidade for alcançada; se os graus de diferença entre o visitante e o local forem irreconciliáveis (HUDSON 2003, 2006)? Se nenhuma compreensão, nenhum sentimento de que “se estivesse na sua pele, faria o mesmo” pode ser alcançada, é certamente neste ponto que os direitos humanos universais, fundamentais são mais necessários. São necessários quando a solidariedade não pode garantir um bom tratamento.

O cosmopolitismo é, como Appiah (2006) sugere, “a ética num mundo de estranhos”. Ele explica que, ao contrário de outras formas de universalismo, o cosmopolitismo não assume que “por dentro” somos todos iguais. Podemos ser bem diferentes em diversos modos e podemos nunca entender completamente o outro, mas, como Appiah sustenta, os cosmopolitas acreditam que entre as diferentes culturas e modos de vida há um suficiente espaço para que uma conversa se inicie. Para a ética cosmopolita, mesmo se a conversa não levar a nenhuma compreensão mútua ou consenso, a responsabilidade moral em relação aos estranhos remanesce.

## 5. IMPORTANTANDO-SE COM A DOR DOS OUTROS.

Tenho sustentado neste artigo que, embora a crítica às fronteiras internacionais sugira que elas (a) ignoram os direitos humanos dos migrantes, (b) infligem abandono, privação e humilhação aos pretensos ingressantes e (c) criam novas barreiras de saída e de entrada e fortaleçam as existentes, não obstante – embora possam variar em graus de abertura ou rigidez e mesmo de acordo com o local, na medida em que novos países emergem e velhas alianças sucumbem – é provável que as fronteiras internacionais permaneçam. Ademais, embora o discurso político atual possa discutir a fronteira principalmente em termos de ingresso de pessoas, as fronteiras também são importantes para aqueles que buscam sair – escapar de guerras, de tiranias e de discriminação.

Tenho sustentado, ademais, que embora, em muitos países do mundo (Europa e América do Sul, por exemplo) as fronteiras nacionais possam estar se tornando mais porosas, as fronteiras regionais têm se tornado menos penetráveis. A maior parte da imigração agora ocorre no âmbito das regiões, para lugares com mais perceptíveis oportunidades para garantir subsistência para si e para sua família, e para escapar das causas da migração forçada – algo natural e humano. Agora espera-se que as regiões contenham seus próprios conflitos, o que põe considerável pressão em países que recebem grandes ondas de migração, bem como encerrala as pessoas na situação da qual tentam escapar. Tais movimentos regionais deixam as pessoas apátridas – estão fora de seu próprio estado – embora enredadas num regime de ajuda que é organizado pelos estados, e que depende, para entrar e operar, de estados anfitriões, de estados abalados por conflitos, quando não é gerenciado pela ONU. A moralidade cosmopolita dos direitos humanos e da assistência ao sofrimento dos indivíduos, independentemente da cidadania, em nenhum lugar é desenvolvida em condições próximas de contrabalançar o atual sistema mundial dos estados e a ideologia da soberania nacional.

Poderia se esperar que essa contraposta moralidade cosmopolita se tornasse mais proeminente com o crescimento dos meios de comunicação de massa e das tecnologias de comunicação. No entanto, enquanto a maior parte das pessoas agora conhece mais sobre o sofrimento dos outros ao redor do mundo do que conhecia antes, por força de um constante fluxo de relatos dos meios de comunicação de massa sobre desastres, conflitos, discriminação e opressão, não há efetivo reconhecimento do direito de se deslocar e pouca ou nenhuma expansão das condições para o asilo que sejam fortes o suficiente para diluir a ideia de que as nações devem ser capazes de controlar quem elas admitem em seus próprios países. Há uma solidariedade popular e política aos sofrimentos humanos, mas apenas – é o que parece – na

medida em que os que sofrem permaneçam em seu próprio local, contanto que não ultrapassem as fronteiras regionais.

Susan Sontag (2003) escreveu que embora as pessoas vejam imagens dos sofrimentos dos outros, o fazem por uma moldura interpretativa já preestabelecida. A moldura interpretativa dominante parece ser a da solidariedade pela desgraça humana, combinada com o receio de que as pessoas envolvidas apareçam “por aqui”, exaurindo os “nossos” recursos e causando danos à integridade de “nossa” identidade e cultura nacionais. Por isso há muito maior apoio para angariar fundos de ajuda às pessoas em sua própria parte do globo do que para ajudá-las a se deslocarem das regiões devastadas e conflituosas onde vivem.

Consumidores de imagens noticiosas são mais generosos em responder a desastres naturais do que aos conflitos: fome na África, *tsunamis* nos mares do Sul da Ásia, e o terremoto do Haiti levantaram mais dinheiro do que atualmente é doado à crise na Síria, embora esta esteja lesionando e deslocando mais pessoas. Os cidadãos em lugares mais afortunados podem estar relutantes em doar ou – mais que isso – em pressionar para que migrantes provenientes de conflitos sejam admitidos a entrar em seus próprios países, porque talvez seja difícil entender as causas e contornos dos conflitos, conhecer por quanto tempo as pessoas precisarão de abrigo fora de seu país, e distinguir os caras bons dos maus.

Mudar a moldura interpretativa é, claro, desafiador. Um elemento necessário para que isso ocorra é o que tem sido denominado “cosmopolitismo de baixo para cima”, ou “cosmopolitismo subalterno” (SANTOS e RODRIGUEZ-GARAVITO 2005). O federalismo cosmopolita, nessa perspectiva, requer um federalismo de organizações não-governamentais (ONGs), instituições filantrópicas e outros corpos não estatais para contrabalançar a estrutura da ONU, baseada nos estados. O cosmopolitismo subalterno também conclama associações de grupos alinhados de forma mais flexível, uma sociedade civil global onde as alianças entre trabalhadores, ativistas ambientais, ativistas de direitos humanos, dentre outros, permitam o reconhecimento de interesses em comum com seus homólogos em diferentes países e regiões, bem como grupos comunitários que reivindiquem o direito de permanência – como amigos e vizinhos<sup>6</sup> – de migrantes que tenham tido a oportunidade de conhecer. A criação de uma comunidade moral além-fronteiras também depende do apoio àqueles que são categorizados como “outros” ou “perigosos”, como as pessoas das quais buscamos nos proteger ao invés de lhes proteger. Drucilla Cornell chama atenção para o “Women in Black” [“Mulheres de Preto”],

---

<sup>6</sup> Nota da editora da publicação original: “Vide Barker, neste volume [Barker, 2015].”

que se manifesta em favor daqueles do lado oposto dos conflitos nas quais os estados estão envolvidos (HUDSON, 2009). Ela cita uma mulher da Sérvia:

Não sei por que não devemos nos preocupar com o “nosso povo” e o “povo deles” da mesma maneira, na medida em que a exclusão do outro está na raiz do fascismo, na divisão entre o nosso e o deles, entre mim e os outros, entre o normal e o anormal. (CORNELL 2004, p. 114).

## 6. COMENTÁRIOS CONCLUSIVOS.

Embora possa haver avanços no tratamento pacífico e humano nas fronteiras, isso tem ficado restrito, principalmente, à conformidade com padrões básicos de direitos humanos da região em questão. Por exemplo, um relatório da Agência Europeia pelos Direitos Fundamentais (FRA 2013), sobre a conduta dos países da fronteira sul da União Europeia (Chipre, Grécia, Itália, Malta e Espanha), enfatiza a necessidade de o pessoal de fronteira possuir equipamentos de salva-vidas para resgates em terra e no mar, e recursos – sejam os fornecidos pelo estado fronteiriço sejam os fornecidos por ONGs – para prover ajuda humanitária imediata; a necessidade de processos de triagem mais justos, com mais oportunidades para que os pretensos ingressantes narrem suas histórias de vida; e para que todos os guardas de fronteira tenham treinamento em direitos humanos fundamentais. Por outro lado, as aparentes inseguranças na presente fase da globalização, com competição por recursos, declínio econômico em alguns dos mais poderosos países, mudança climática, conflitos, e recrudescimento da lei e da ordem nas principais regiões do mundo, parecem deixar pouco espaço para otimismo sobre as perspectivas de paz nas fronteiras internacionais ou para maior hospitalidade a ser demonstrada àqueles que desejam se mover para além das fronteiras de suas próprias regiões.

Se os direitos [humanos] equivalem à ética universal vertida para a legislação e se, para tanto, dependerem da filiação a um estado para serem ativados, então, como Agamben (1998) afirma, o refugiado, o apátrida, a pessoa fora de seu país, mas efetivamente dentro de um outro, deve ser o foco dos direitos: o estranho na fronteira deve corporificar o regime dos direitos. No entanto, o refugiado, o migrante forçado, representam, ao contrário, a contestação aos direitos, talvez uma contestação capaz de causar o fim, a derrota, do próprio regime de direitos (DOUZINAS, 2000). Ao invés da figura solidária ou simbólica da ética universal, o refugiado se torna o que busca asilo e cuja chegada é saudada não com hospitalidade, mas com a validação ou rejeição de um direito particularista. Se as fronteiras existem para fornecer acesso a um abrigo ou a uma oportunidade, a moldura interpretativa precisa ser modificada: há necessidade de uma vigorosa e contraposta moralidade universal baseada no princípio de que

os direitos são devidos a todos os indivíduos como indivíduos, não apenas a cidadãos de estados particulares. O particularismo do Direito deve ser mais fortemente contrabalançado com o universalismo da Ética.

## REFERÊNCIAS

- AAS, K. “Crimigrant” bodies and bona fide travelers: surveillance, citizenship and global governance. **Theoretical Criminology**, v. 15, n. 3, p. 331-46, 2011.
- ADELMAN, H. Modernity, globalization, refugees and displacement. In: AGER, A. (Ed.). **Refugees: perspectives on the experience of enforced migration**. Londres: Continuum, 1999.
- AGAMBEN, G. **Homo sacer: sovereign power and bare life**. Tradução de: HELLER-ROAZEN, D. Stanford, CA: Stanford University Press, 1998.
- APPIAH, K. **Cosmopolitanism: ethics in a world of strangers**. Londres: Allen Lane, 2006.
- ARENDT, H. **The origins of totalitarianism**. Nova York: Harcourt Brace Jovanovich, 1968.
- BARKER, V. The role of civil society in transforming border control. In: WEBER, Leanne (Ed.). **Rethinking Border Control for a Globalizing World – a preferred future**. Londres e Nova York: Routledge, p. 133-152.
- BAUBÖCK, R. **Transnational citizenship: membership and rights in international migration**. Aldershot: Edward Elgar, 1994.
- BAUMAN, Z. **Modernity and ambivalence**. Cambridge: Polity Press, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Postmodern ethics**. Oxford: Blackwell, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Globalization: the human consequences**. Cambridge: Polity Press, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Wasted lives: modernity and its outcasts**. Cambridge: Polity Press, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Liquid modernity: living in an age of uncertainty**. Cambridge: Polity Press, 2007.
- BECK, U. **The cosmopolitan vision**. Cambridge, Polity Press, 2006.
- BELL, E. **No borders: immigration and the politics of fear**. Chambéry, França: Université de Savoie, 2012.
- BENHABIB, S. **The rights of others: aliens, residents and citizens**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Another cosmopolitanism**. Nova York: Oxford University Press, 2006.
- CARENS, J. Aliens and citizens: the case for open borders. **Review of Politics**, v. 49, n. 2, p. 251-73, 1987.
- \_\_\_\_\_. **Immigrants and the right to stay**. Cambridge, MA: MIT Press, 2010.
- CORNELL, D. **Defending ideals: law democracy and political struggles**. Londres e Nova York: Routledge, 2004.

DAVIS, M. **Planet of slums**. Londres e Nova York: Verso, 2006.

DEMBOUR, M.B.; KELLY, T. Introduction. In: DEMBOUR, M.B.; KELLY, T. (Ed.). **Are human rights for migrants?** Critical reflections on the status of irregular migrants in Europe and the United States. Abingdon: Routledge, 2011, p. 16-20.

DERRIDA, J. **Of hospitality**: Anne Dufourmantelle invites Jacques Derrida to respond. Tradução de: R. Bowlby. Stanford, CA: Stanford University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. On cosmopolitanism. Tradução de: DOOLEY, M. In: CRITCLEY, S.; KEARNEY, R. (Ed.). **On cosmopolitanism and forgiveness**. Londres: Routledge, 2001, p. 1-24.

\_\_\_\_\_. Autoimmunity – real and symbolic suicides: a dialogue with Derrida. In: BORRADORI, G. (Ed.). **Philosophy in a time of terror**: dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida. Chicago: University of Chicago Press, 2003, p. 85-106.

DIENER, A.; HAGEN, J. (Ed.). **Borderlines and borderlands**: political oddities at the edge of the nation-state. Plymouth, Reino Unido: Rowman & Littlefield, 2010.

DOUZINAS, C. **The end of human rights**. Oxford: Hart, 2000.

FRA [EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS]. **Fundamental rights at Europe's southern sea borders**. Vienna: European Union Agency for Fundamental Rights, 2013. Disponível em: <<http://fra.europa.eu/en/publication/2013/fundamental-rights-europes-southern-sea-borders>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

GREWCOCK, M. Shooting the passenger: Australia's war on illicit migrants. In: LEE, M. (Ed.). **Human trafficking**. Cullompton, UK; Willian, 2007, p. 178-209.

HABERMAS, J. **The theory of communicative action, Vol. 1**: Reason and the rationalization of society. Tradução de: McCARTHY, T. Cambridge: Polity Press, 1984.

\_\_\_\_\_. **The theory of communicative action, Vol. 2**: Lifeworld and system: a critique of functionalist reason. Tradução de: McCARTHY, T. Cambridge: Polity Press, 1987.

\_\_\_\_\_. **Between facts and norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy. Tradução de: REHG, W. Cambridge: Polity Press, 1996.

\_\_\_\_\_. **The inclusion of the other**: studies in political theory (CRONING, C; GRIEFF, P. (eds.). Cambridge: Polity Press, 1998.

\_\_\_\_\_. Fundamentalism and terror: a dialogue with Jürgen Habermas. In: BORRADORI, G. (Ed.). **Philosophy in a time of terror**: dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida. Chicago: University of Chicago Press, 2003, p. 25-43.

HAYTER, T. **Open borders**: the case against immigration controls. 2. ed. Londres: Pluto Press, 2004.

HELD, D. **Violence, law and justice in a global age**. Brooklyn: Social Science Research Council. Disponível em: <<http://essays.ssrc.org/sept11/essays/held.htm>> Acesso em: 30 out. 2013.

HUDSON, B. **Justice in the risk society**: challenging and reaffirming justice in late modernity. London: Sage, 2003.

\_\_\_\_\_. Punishing monsters, judging aliens: justice at the borders of community. **Australian and New Zealand Journal of Criminology**. V. 39, n. 2, p. 232-247, 2006.

\_\_\_\_\_. The rights of strangers: policies, theories, philosophies. In: LEE, H. (Ed.). **Human trafficking**. Cullompton, Reino Unido: Willan, 2007.

\_\_\_\_\_. Justice in a time of terror. **British Journal of Criminology**. V. 49, n. 5, p. 702-717, 2009.

\_\_\_\_\_. All the people in all the world: a cosmopolitan perspective on migration and torture. In: BAILLIET, C.; AAS, K. (Ed.). **Cosmopolitan justice and its discontents**. Abingdon: Routledge, 2011, p. 116-33.

\_\_\_\_\_. Who needs justice? Who needs security? In: HUDSON, B.; UGELVIK, S. (Ed.). **Justice and security in the 21st century: risks, rights and the rule of law**. Londres: Routledge, 2012, p. 6-23.

KANT, I. **To perpetual peace and other essays**. Tradução de: HUMPHREY, T. Cambridge, Hackett, 1983.

KIBERA UK. **Kibera UK – the gap year company: facts and information about Kibera**. Cheltenham, Reino Unido. Disponível em: <<http://www.kibera.org.uk/facts-info/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

MITSILEGAS, V. The law of the border and the borders of law – rethinking border control from the perspective of the individual. In: WEBER, Leanne (Ed.). **Rethinking Border Control for a Globalizing World – a preferred future**. Londres e Nova York: Routledge, 2015, p. 15-31.

MOELLENDORF, D. **Cosmopolitan justice**. Boulder, CO: Westview Press, 2002.

MSF [MÉDECINS SANS FRONTIÈRES]. **Reports, 2008-13**. Londres: Médecins Sans Frontières [Médicos sem Fronteiras]. Disponível em: <<https://www.msf.org.uk/reports>>. Acesso em: 2013.

NEWMAN, D. (2010). The renaissance of a border that never died: the green line between Israel and the West Bank. In: DIENER, A.; HAGAN, J. (Ed.). **Borderlines and borderlands: political oddities at the edge of the nation-state**. Nova York: Rowman & Littlefield, 2010, p. 87-106

O'NEIL, M. **Asylum, migration and community**. Bristol: Policy Press, 2010.

OXFAM. **Our work: conflict and disasters, 20**. Oxford: Oxfam, 2013. Disponível em: <<http://policy-practice.oxfam.org.uk/our-work/conflict-disasters>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

POST, R. Introduction. In: BENHABIB, S. **Another cosmopolitanism**. Nova York: Oxford University Press, 2006, p. 1-12.

RAWLS, J. **The laws of people**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.

RODIER, C. **Analysis of the external dimension of the EU's asylum and immigration policies**. Bruxelas: European Parliament, 2006.

RORTY, R. Human rights, rationality, and sentimentality. In: SHUTE, S; HURLEY, S. (Ed.). **On human rights: The Oxford Amnesty Lectures 1993**. Nova York: Basic Books, 1993, p. 111-34.

\_\_\_\_\_. **Philosophy and social hope**. Londres: Penguin, 1999. SANTOS, B.; RODRIGUEZ-GARAVITO C. (Ed.). **Law and cosmopolitanism from below**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SONTAG, S. **Regarding the pain of others**. Londres: Hamish Hamilton, 2003.

TORRESI, Tiziana. 'Superseding citizenship'. In: WEBER, Leanne (Ed.). **Rethinking Border Control for a Globalizing World** – a preferred future. Londres e Nova York: Routledge, 2015, pp. 64-79.

UNGER, R. **What should the left propose?** Londres: Verso, 2005. UNHCR [UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES]. **Dadaab – world's biggest refugee camp 20 years old: making a difference**. Genebra: United Nations High Commissioner for Refugees. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/4f439dbb9.html>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

UNRWA [UNITED NATIONS RELIEF AND WORKS AGENCY FOR PALESTINE]. **[Relatório da United Nations Relief and Works Agency...]**. Bruxelas: UNRWA, s.d. Disponível em: <<https://www.unrwa.org/etemplate.php?id=65>> Acesso em: 12 abr. 2013. [Nota do editor original: Não foi possível obter a indicação precisa da fonte (citada por B. Hudson, ante seu falecimento antes da publicação)].

WEBER, Leanne (Ed.). **Rethinking Border Control for a Globalizing World** – a preferred future. Londres e Nova York: Routledge, 2015.

# Revista Brasileira de Direito e Justiça

## Brazilian Journal of Law and Justice Journal of Law





## Um suposto déficit moral das fronteiras? Um tributo à Professora Barbara Hudson\*†

Ediberto Román‡ §

### RESUMO

Em seu trabalho final, a Professora Barbara Hudson escreve um provocativo e oportuno ensaio sobre a tensão entre o direito que as nações soberanas ocidentais conferem a seus membros e o suposto patamar ou piso de direitos básicos defendidos por todos, de acordo com as normas éticas codificadas nos acordos internacionais. Sua indagação central sobre se “as fronteiras são necessárias” parece ser uma questão teórica válida que o Ocidente deve enfrentar se de fato pretende dar efetividade a normas internacionais, de base ética, como ela talvez se referisse.

Palavras-chave: Fronteiras. Migração. Cosmopolitismo. Justiça. Ética. Direitos Humanos. Barbara Hudson.

Em seu trabalho final, a Professora Hudson escreve um provocativo e oportuno ensaio sobre a tensão entre o direito que as nações soberanas ocidentais conferem a seus membros e o suposto patamar ou piso de direitos básicos defendidos por todos, de acordo com as normas éticas codificadas nos acordos internacionais. Numa época em que países ocidentais como os Estados Unidos, em que o Presidente Donald Trump se concentra em retóricas e propostas anti-imigrantistas, como a construção do chamado “muro” na fronteira mexicana, o que supostamente o impulsionou para a mais improvável das vitórias presidenciais, e a Alemanha e a França, entre outros países ocidentais, se debatem sobre o que fazer com o influxo de refugiados sírios, a crítica da Professora Hudson à virtude e ao valor da soberania parece improvável de ser prontamente aceita. Entretanto, a força de seu argumento não parece estar direcionada à conveniência política. Ao invés disso, ela parece realçar a inconsistência entre os direitos humanos básicos, supostamente defendidos por todos, e o uso da soberania como base

---

\* Meus agradecimentos se dirigem à Professora Tanya Hernández por esta oportunidade de opinar sobre o brilhante trabalho da Professora Hudson.

† Artigo recebido (e aceito) em 16/08/2017.

‡ Professor of Direito da Faculdade de Direito da Universidade Internacional da Flórida e autor de diversos artigos jurídicos. Seu livro *The Other American Colonies: An International and Constitutional Law Examination of the United States' Nineteenth and Twentieth Century Island Conquests* (Carolina Academic Press, 2005), foi indicado, pela *Law & Society Association*, para o prêmio James Willard Hurst como melhor obra sobre História do Direito.

§ Tradução para o português por Eliezer Gomes da Silva.

para limitar a aplicabilidade dos mencionados direitos, em circunstâncias particulares, por certos estados-nações. Sua indagação central sobre se “as fronteiras são necessárias” parece ser uma questão teórica válida que o Ocidente deve enfrentar se de fato pretende dar efetividade a normas internacionais, de base ética, como ela talvez se referisse.

Em sua essência, o ensaio de Hudson apresenta uma crítica politicamente perturbadora ao Ocidente se os países ocidentais de fato pretendem viver de acordo com normas mínimas universais defendidas por todos. Hudson se concentra nos esforços de proteção às fronteiras para provar sua tese central: as fronteiras são de fato desnecessárias e inúteis. Hudson questiona o valor e a virtude da soberania num mundo que cada vez mais reconhece direitos mínimos associados à entrada e à saída nos e dos estados-nações. Um dos principais argumentos de Hudson a respeito dos esforços de controle das fronteiras é o seguinte:

[...] as fronteiras internacionais – como as mantidas pelas atuais políticas das mais poderosas nações ou grupos de nações – são de manutenção dispendiosa; não atingem os objetivos de controle migratório especificados nas políticas públicas e na legislação; e, mais importante para as preocupações deste capítulo, não respeitam os direitos ou protegem as vidas e a segurança dos migrantes que delas se aproximam (HAYTER, 2004; AAS, 2011; BELL 2012).<sup>1</sup>

Adiante, intensificando sua crítica, Hudson observa:

A manutenção de fronteiras acarreta detenção arbitrária, deixa as pessoas perecerem enquanto tentam atravessar as fronteiras e nega direitos de alimentação e de abrigo nas fronteiras. Tem sido até sustentado que tais vexatórios inadimplementos do dever de assegurar direitos humanos universais equivalem a autênticos crimes de estado (GREWCOCK 2007).<sup>2</sup>

Como consequência dos argumentos acima, e correlatos, a Professora Hudson conclui: “Não é difícil, portanto, defender o desmantelamento das fronteiras internacionais e o livre movimento de pessoas dentro e entre nações e regiões.”<sup>3</sup>

Do ponto de vista teórico, focando em particular nos objetivos do direito internacional, é difícil contestar a conclusão da Professora Hudson. A Professora Hudson chega a uma vigorosa posição quando argumenta que as fronteiras, e a própria ideia de estado-nação, não apenas cria estruturas de inclusão, como necessariamente cria linhas de exclusão.<sup>4</sup>

Por conseguinte, a Professora Hudson cria um poderoso argumento para uma nova

---

<sup>1</sup> HUDSON, Barbara. Moral communities across the border: the particularism of law meets the universalism of ethics. In: WEBER, Leanne (Ed.) **Rethinking Control for a Globalized World – A Preferred Future**. London e Nova York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2015, p. 118.

<sup>2</sup> HUDSON, loc. cit.

<sup>3</sup> HUDSON, loc. cit.

<sup>4</sup> “Enquanto a fronteira define e delimita a comunidade do lado de dentro, e assim também estabelece os limites de seu direito e de seu poder (ou seja, soberania), também sinaliza onde começa o lado de fora.” (Ibidem, p. 120)

concepção dos direitos e para a própria noção de associação, que não esteja ligada a territorialidade, e sim que esteja concentrada em princípios universais de base ética, relacionados à igualdade de todos. Ela usa a proeminência dos direitos humanos básicos como atributo racional para tal concepção. Ao longo do ensaio, Hudson usa diversos exemplos de violações de direitos humanos, recorrentes no próprio âmbito do sistema jurídico do estado-nação. São particularmente persuasivos os exemplos que apresenta dos problemas dos refugiados na África e na Ásia, e certamente chama a atenção para os limites do existente sistema de direitos humanos. Valendo-se de escritos de teóricos como Immanuel Kant, Hudson concebe um sistema supostamente preferível: um sistema baseado na ética cosmopolita dos direitos universais, particularmente associados ao direito de entrar e sair de um território.<sup>5</sup> Em outras palavras, esse sistema de base ética criaria um dever de hospitalidade aos estranhos.<sup>6</sup>

Apesar das deficiências que aponta em relação ao sistema de fronteiras, ao fim de sua exposição a Professora Hudson permanece realista e conclui que as fronteiras, e portanto o sistema jurídico do estado-nação, utilizado para determinar quais populações podem entrar ou deixar um território, provavelmente não será abandonado.<sup>7</sup> Em muitos aspectos, as críticas de Hudson sobre as fronteiras, e portanto o uso do sistema jurídico do estado-nação para determinar associação, ecoam nas críticas de juristas como Linda Bosniak, em seu livro *The Citizen and the Alien*.<sup>8</sup> De forma muito harmônica com Hudson, Bosniak questiona o comprometimento ocidental com a igualdade e com as normas internacionais, observando:

A busca pela inclusão incondicional no âmbito da comunidade pode, portanto, servir como um ideário regulatório, pois na atualidade tão inclusão é uma fantasia. [...] Entretanto, embora estejamos ostensivamente comprometidos com normas universais, nós, sujeitos de nações liberais, estamos cronicamente divididos sobre o lugar próprio das fronteiras – fronteiras de responsabilidade e de fronteiras de pertencimento.<sup>9</sup>

É por conta dessas deficiências que Bosniak defende a rejeição das fronteiras e, portanto, o estado-nação como base para se determinar os direitos dos que buscam migrar. Em meu próprio livro, que trata das normas ocidentais de associação, *Citizenship and Its Exclusions: A Classical, Constitutional, and Critical Race Critique*,<sup>10</sup> eu abordei os aspectos

---

<sup>5</sup> Ibidem, p. 126-127.

<sup>6</sup> Loc. cit.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 128.

<sup>8</sup> BOSNIAK, Linda. **The Citizen and the Alien: Dilemmas of Contemporary Membership**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>10</sup> ROMAN, Ediberto. **Citizenship and Its Exclusions: A Classical, Constitutional, and Critical Race Critique**. New York: New York University Press, 2010.

pragmáticos, ou falta deles, na proposta de Bosniak de eliminação da base referencial do estado-nação.<sup>11</sup> Em verdade, a rejeição do estado-nação como base para facilitar os direitos dos migrantes aproxima-se mais intimamente da icônica visão de *Star Trek* [*Jornada nas Estrelas*] de uma federação global de estados.<sup>12</sup> É por essas razões pragmáticas que este autor previamente rejeitava apelos para o abandono da referência ao estado-nação, e portanto das fronteiras, como meio de proteção aos direitos dos migrantes.

A Professora Hudson, por sua vez, adota uma postura intermediária, reconhecendo as deficiências e abusos associados com as fronteiras, mas ao fim reconhecendo que tais fronteiras não devem ser abandonadas. É aqui, talvez, onde o leitor sentirá falta de uma orientação adicional. A Professora Hudson reconhece as deficiências das fronteiras internacionais, mas não acredita que elas serão abandonadas. Em suma, Hudson argumenta:

“[...] como Agamben (1998) afirma, o refugiado, o apátrida, a pessoa fora de seu estado, mas efetivamente dentro de um outro, deve ser o foco dos direitos: o estranho na fronteira deve corporificar o regime dos direitos”.<sup>13</sup>

Aqui é, obviamente, onde a passagem atemporal de uma brilhante pensadora, como a Professora Hudson, nos deixa carentes de mais análise, reflexão e orientação. Seu importante trabalho, que versa não apenas sobre as deficiências da corrente estrutura de direitos e os limites do estado-nação, bem como o regime de direitos do direito internacional, mas também a necessidade de reconfigurar o regime de direitos com base na igualdade, sem dúvida alguma provocará futuros debates e discussões. Como muitos realistas, a teoria jurídica crítica, e os juristas da teoria crítica das relações raciais, têm destacado nas décadas recentes, contribuições jurídicas e teóricas importantes, que examinam normas políticas e regimes jurídicos correntes, nem sempre vêm acompanhadas de respostas ou conclusões inatacáveis. Às vezes, a exposição de outras análises acerca das deficiências leva, como a Professora Hudson reconheceu neste próprio ensaio, a análise e exploração futuras. É por esta razão que a Professora Hudson forneceu à academia e aos formuladores de políticas tópicos importantes para se ponderar e eventualmente resolver, de uma forma que poucos até agora têm feito. E enquanto eu certamente rezo para que ela descansa em paz, tenho confiança de que sua importante obra continuará a motivar pesquisadores a explorar tais questões nas décadas futuras.

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>12</sup> *Loc. cit.*

<sup>13</sup> HUDSON, 2015, p. 130.

**REFERÊNCIAS**

BOSNIAK, Linda. **The Citizen and the Alien: Dilemmas of Contemporary Membership**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

HUDSON, Barbara. Moral communities across the border: the particularism of law meets the universalism of ethics. In: WEBER, Leanne (Ed.) **Rethinking Control for a Globalized World – A Preferred Future**. Londres e Nova York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2015.

ROMÁN, Ediberto. **Citizenship and Its Exclusions: A Classical, Constitutional, and Critical Race Critique**. Nova York: New York University Press, 2010.

# Revista Brasileira de Direito e Justiça

## Brazilian Journal of Law and Justice Journal of Law



**Fazendo Justiça à Diferença:  
Por uma Visão Cosmopolita de Justiça  
O legado de Barbara Hudson\* †**

Susan Uttley-Evans‡ §

**RESUMO**

As constantes visitas que a Professor Barbara Hudson fez ao Brasil, juntamente com as duradouras amizades que lá forjou, grandemente influenciaram seu pensamento sobre desigualdade e justiça cosmopolita em “sociedades de estranhos” e “em tempos de medo”. Sua habilidade em clarificar o labirinto de complexas teorias, argumentos e métodos de investigação sociojurídica e criminológica se tornou evidente ao longo de seu trabalho. Minha contribuição se desenvolve a partir do *ethos* desta Revista, e a partir do que Barbara frequentemente expressava como sendo os principais temas que alicerçavam seus valores e sua erudição acadêmica, e que ela asseverava deveriam ser colocados em adequado contexto.

Palavras-chave: Fronteiras. Migração. Cosmopolitismo. Justiça. Ética. Direitos Humanos. Barbara Hudson.

**1. INTRODUÇÃO/BREVE RETROSPECTIVA.**

Mundialmente reconhecida como pensadora crítica, escritora e conferencista de escol, cujo senso de justiça e de injustiça não conhecia fronteiras, Barbara foi corretamente mencionada como “estando entre as sete mais influentes acadêmicas britânicas dos últimos quarenta anos” (WALTERS, 2008, p. 22); alguém que verdadeiramente apreciava trabalhar com pesquisadores de início de carreira e promover novos horizontes de desenvolvimento criminológico, inclusive como Professora Visitante do Programa de Mestrado em Direito (área de concentração em Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão), na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Brasil. As constantes visitas que Barbara fez ao Brasil, juntamente com as duradouras amizades que lá forjou, grandemente influenciaram seu pensamento sobre

---

\* Texto em celebração à contribuição acadêmica deixada por Barbara A. Hudson, Professora Emérita da Faculdade de Direito da Universidade de Central Lancashire, Reino Unido, que faleceu repentinamente, em setembro de 2013, quando passava férias na cidade de Chania, Grécia.

† Artigo recebido (e aceito) em 19/11/2017.

‡ Editora Associada da *Revista Brasileira de Direito e Justiça/Brazilian Journal of Law and Justice*. Professora Adjunta e Coordenadora do curso de graduação em Criminologia e Justiça Criminal da Faculdade de Direito da Universidade de Central Lancashire (UCLan), Reino Unido.

§ Tradução para o português por Eliezer Gomes da Silva.

desigualdade e justiça cosmopolita em “sociedades de estranhos” e “em tempos de medo” (HUDSON, 2008a; 2012a).

Barbara escrevia com excepcional clareza. Não se via tentada a submeter seu pensamento crítico a uma hermética “trama verborrágica”, nem se abalava ao se deparar com o que descrevia como “arrogância acadêmica”. Em consequência, sua erudição interdisciplinar adquiriu duradoura popularidade por sua acessibilidade e inteligibilidade (HUDSON 1996b; 2003c). Sua habilidade de clarificar o labirinto de complexas teorias, argumentos e métodos de investigação sociojurídica e criminológica se tornou evidente ao longo de seu trabalho. Sua infinita paciência e orientação sobre os “prazeres” da reflexão crítica indubitavelmente auxiliaram nervosos estudantes a transcenderem seus receios de escrever seus capítulos metodológicos, ou de aplicar a análise crítica a uma ampla gama de tópicos de pesquisa (HUDSON, 2002a; 2011a).

A despeito do fato de Barbara ter sido uma oradora eloquente em temas de punição e injustiças sociais, teoria penológica, punição e exclusão, teorias contemporâneas da justiça e da desigualdade, ela era sempre incrivelmente contida quando tinha que falar sobre si própria e sobre suas realizações<sup>1</sup> – com modéstia, nunca plenamente acreditava que as pessoas genuinamente queriam ouvir, absorver e aplicar o que ela tinha a dizer.

Minha contribuição aqui não pretende ser uma refinada crítica de sua extensa bibliografia, embora Barbara sempre tenha entusiasticamente nos encorajado a fazê-lo. Minha contribuição se desenvolve a partir do *ethos* desta Revista, e a partir do que Barbara frequentemente expressava como sendo os principais temas que alicerçavam seus valores e sua erudição acadêmica, e que ela asseverava deveriam ser colocados em contexto, na perspectiva de que as situações não duram por todo o tempo.

## 2. OS ANOS INICIAIS.

É engraçado indicar os anos “iniciais”, porque Barbara sempre dizia que ela era uma “madura iniciante” na academia, recebendo seu bacharelado em Economia, da Universidade de Londres não antes de 1976. Em 1977, obteve seu mestrado em Sociologia e Filosofia Social na Universidade de Londres, em Canterbury, e de 1977 a 1981 foi professora em tempo parcial e estudante de doutorado do saudoso Professor Stanley Cohen, no Departamento de Sociologia da Universidade de Essex. Em setembro de 1981, ela apresentou sua inovadora tese de

---

<sup>1</sup> Como quando a convidei para participar, na UCLan, em março de 2013, do módulo “Pensadores Fundamentais da Criminologia”, abordando o tópico “Hudson – Fazendo Justiça à Diferença”.

doutorado sobre *As Regras do Comportamento de Adolescentes: um estudo de caso sobre a Teoria do Controle Social*.<sup>2</sup> Aqui seu conhecimento teórico derivava da “Filosofia, bem como da Sociologia [no tradicional sentido sociológico acerca do “problema da ordem]”, e seu interesse empírico derivava de “suas experiências como Assistente Social bem como de como desenvolvia sua consciência feminista” (HUDSON, 1981, p. ii).<sup>3</sup>

### **3. POLÍTICAS DE JUSTIÇA CRIMINAL, “SEVERIDADE” DAS PENAS E DISCRIMINAÇÃO.**

Entre 1981 e 1984, Barbara atuou como Pesquisadora no Centro de Juventude, Crime e Comunidade, na Universidade de Lancaster, onde ela se vinculou como consultora de Serviço Social, e de 1984 a 1989 atuou como Pesquisadora do Patronato Penitenciário da região de Middlesex. Em apertada síntese, o objetivo inicial de sua pesquisa era capacitar Assistentes Sociais e Oficiais do Patronato Penitenciário a aperfeiçoarem os relatórios que encaminhavam aos juízes, e os programas que desenvolviam para lidar com jovens, numa época em que o Reino Unido tinha a mais alta taxa de aprisionamento de jovens na Europa Ocidental (HUDSON, 1984; 1987).

Barbara sempre pontuava que quando ela iniciou seu primeiro livro (HUDSON, 1987), ela não sabia bem se, ao final, ela poderia comprovar seu instinto de que o crime e a dosimetria das penas eram temas muito complexos para que uma única grande ideia [“gravidade” do ilícito correntemente perpetrado] não devesse ter lá suas dificuldades. Essa intuição emanava de sua extensa análise das decisões sobre dosimetria da pena em Varas Criminais da Grande Londres<sup>4</sup>, onde examinou disparidades e discriminações *entre* os grupos,<sup>5</sup> sistematicamente identificando conclusões contraditórias que somente poderiam ser explicadas se voltasse o olhar para as disparidades e discriminações *no âmbito dos grupos* (HUDSON, 1987; 1988; 1989a, p. 27).

<sup>2</sup> Barbara aplicou a noção de discurso, de Michel Foucault (1972) para operacionalizar as molduras interpretativas usadas por garotas adolescentes ao adotarem regras, para si próprias, conforme se tornavam mulheres. O trabalho baseou-se em “entrevistas com cinquenta garotas adolescentes; entrevistas com Professores, Oficiais do Patronato Penitenciário, Assistentes Sociais e Profissionais que trabalhavam com jovens”; e a análise das Revistas lidas pelas garotas foi usada para ilustrar o fato de que as formas de comportamento eram avaliadas em termos de “feminilidade” e “adolescência” (HUDSON, 1981, p. i). Um fato pouco conhecido é que Barbara chegou a responder a cartas de aconselhamento a leitores de *Jackie*, uma revista seminal britânica, voltada ao público feminino adolescente, publicada entre 1964 e 1993.

<sup>3</sup> “[...] nas vidas das garotas adolescentes e, particularmente, em suas dificuldades em dar sentido a um confuso amontoado de expectativas conflitantes, que sobre elas os adultos mantinham” (HUDSON, 1981, p. iii).

<sup>4</sup> Barbara frequentou vários Juizados e Varas Criminais da Grande Londres num período de três anos. Ao tempo em que consultou estatísticas oficiais e analisou cerca de 8000 decisões judiciais, Barbara efetivamente lia os autos de processos judiciais, o que, naquela época, representava uma inovadora forma de investigação.

<sup>5</sup> Inicialmente ligada a questões de gênero, depois a questões raciais, no tipo de pesquisa “um fator por vez” que era empreendida naqueles tempos iniciais.

Barbara nunca desconsiderou a possibilidade de “discriminação” no âmbito das tomadas de decisão da justiça criminal dos “brancos e privilegiados” (HUDSON, 1989, p. 26) porque ela tinha identificado, na prática, que a interseção de fatores não- jurídicos<sup>6</sup> realmente fazia uma diferença negativa quando se tratava de sentenciar certos acusados (HUDSON, 1989, p. 94). Em termos de “justiça”, separar tais fatores “não-jurídicos” de variáveis jurídicas, na fase da aplicação da pena, significava ignorar o uso discriminatório da discricionariedade, que os membros da sociedade em maior desvantagem, e mais vulneráveis, frequentemente vivenciam quando encontram “guardiões de passagem” do sistema de justiça criminal:

O reconhecimento da importância de fatores “não- jurídicos” nas definições de crime, prisão, persecução e aplicação da pena; o entendimento da natureza negociada, discricionária, processual da justiça criminal, e o franco reconhecimento da inevitabilidade da discriminação oferecem mais esperança a alguma redução no aprisionamento de membros dos grupos em desvantagem do que a pretensão de que o sistema de aplicação da lei/de justiça criminal possa de fato eliminar a discriminação ligada a características “não-jurídicas” e distribuir “justiça” apenas baseada em fatores jurídicos. (HUDSON, 1987, p. 128-129)

#### **4. APLICAÇÃO DA PENA E POLÍTICA CRIMINAL – DOS “MALES SOCIAIS” PARA OS “PROBLEMAS CRIMINAIS”.**

Em 1989, Barbara tinha finalizado sua pesquisa subsidiada quando aceitou um cargo de Professora Adjunta no curso de Direito da Universidade de Northumbria, em Newcastle, onde acabaria se tornando Professora Associada e depois Professora Titular. Em *Discrimination and Disparity: The Influence of Race on Sentencing* (HUDSON, 1989b); *Penal Policy and Social Justice* (HUDSON, 1993a); *Race, Crime and Justice* (HUDSON, 1996a) e *Social Control* (HUDSON, 1977), Barbara ainda analisava a aplicação das penas aos pobres, às minorias étnicas e aos despossuídos. No entanto, também já considerava a grande mudança política de ver as coisas como um “problema criminal”, e não mais como um “problema social”.

Barbara comentava, com frequência, que o mais intelectualmente instigante capítulo de *Racism and Criminology* (HUDSON, 1993b) era “Race Issues in Research on Psychiatry and Criminology” (BROWNE, 1993), porque o capítulo confirmava a injusta e racista política de encarceramento das pessoas mentalmente vulneráveis de origem étnica, “por períodos mais prolongados, em nome da proteção da sociedade” (HUDSON, 1987, p. 93). Com o passar do tempo, alguns formuladores de políticas públicas acreditaram que prover “apoio”, na comunidade ampliada, era preferível a controlar, tratar e segregar, em ambientes institucionalizados, essas pessoas “problemáticas” (HUDSON, 2002, p. 243-244). Entretanto,

<sup>6</sup> Incluindo questões de gênero, de raça, desemprego e grupos minoritários de mais baixo padrão socioeconômico.

a pesquisa de Barbara identificou a “criminalização” e o aprisionamento imediato dos desvalidos e daqueles com problemas de saúde mental não resolvidos, quando seus atos de “criminalidade” poderiam ter sido vistos como gritos desesperados por compassiva avaliação médica, cuidados e amparo, não por encarceramento imediato, que intensificava sua já frágil condição (HUDSON, 1993a).

## **5. CRÍTICA A NOVAS TEORIAS E MODELOS DE JUSTIÇA.**

Em 1999, Barbara era Professora Titular na Universidade de Central Lancashire, onde se aprofundou em seu continuado exame das novas teorias e modelos de “justiça”. Inicialmente, ela considerou o incremento, a aplicabilidade e as controvérsias em torno dos enfoques no âmbito da “Justiça Restaurativa”, como os aplicados inicialmente a jovens infratores e, a partir daí, estendidos também aos infratores adultos (HUDSON, 1998; 2002c). Barbara destacou as percebidas falhas do modelo restaurativo em dar uma resposta aos “crimes graves” e avançou nos argumentos em relação à aplicabilidade da “Justiça Restaurativa” em crimes sexuais, de racismo e de violência “doméstica” (HUDSON, 1998, 2002c). No entanto, Barbara sustentava que o maior potencial da “Justiça Restaurativa” para fornecer “resultados satisfatórios em casos mais graves” (HUDSON, 2002c, p. 621), “permanecia menos fácil de se vislumbrar”, pois nem sempre é possível “encontrar um equilíbrio entre a vítima, o ofensor e a comunidade” (HUDSON, 1995a, p. 10). Ademais, o mais intratável obstáculo que a Justiça Restaurativa enfrentava era o fato de que em muitos países, inclusive o Reino Unido, há a necessidade do...

[...] resgate de uma cultura de inclusão social, que alicerce e suporte o desenvolvimento de processos (e políticas) que sejam de reintegração e não de exclusão, e onde o objetivo seja o aprimoramento da justiça social (Hudson, 1998b, p. 2556) [...], o que significa distribuição equitativa de direitos e benefícios, deveres e responsabilidades; e a governança no interesse de todos, e não no interesse de alguns grupos ou subsetores da sociedade às expensas de outros (HUDSON, 1995a, p. 1).

## **6. A JUSTIÇA E O PREDOMÍNIO DO “RISCO”.**

Barbara passou a se interessar, de modo crescente, pelo predomínio do risco na aplicação da pena e nas políticas de justiça criminal em geral, o que aparentava ocorrer em detrimento de valores caros à “justiça”, como “equidade, consistência, proporcionalidade” (HUDSON, 1993a; 1995b; 2000a, p. 4; 2003b). Seu foco voltava-se aos que eram categorizados como “diferentes”, “perigosos”, e isso levou Barbara a escrever sobre a aumentada vulnerabilidade ao aprisionamento das minorias e das mulheres, que eram frequentemente categorizadas como estando em maior risco de reincidência, mesmo se seus crimes fossem de natureza não violenta (HUDSON, 1995b; 2000a).

Para Barbara, a “justiça” estava se tornando uma “distorcida espécie em extinção” em sociedades que estavam perdendo de vista o ideal regulatório da “justiça” (HUDSON, 2000, p. 2; 2001). Destarte, foi o seu efervescente interesse nos “direitos”, no “risco”, na punição, e a necessidade de uma consideração não repressiva em relação à “diferença” (HUDSON, 2000a; 2000b; 2003c), que a entusiasmou a escrever sua obra seminal *Justice in the Risk Society* (HUDSON, 2003a). Nesse contexto, Barbara ainda considerou os desafios à “justiça” postos pela política do “risco”, o comunitarismo, o feminismo, o pós-estruturalismo, avançando em formulações teóricas que poderiam oferecer instrumentos para a reconstrução da “justiça”, levando em conta e superando as críticas iniciais.

## 7. DIREITOS HUMANOS, JUSTIÇA E “RISCO”.

Quando os direitos humanos<sup>7</sup> entram na agenda como “um valor-âncora para a justiça criminal”, Barbara expressou suas preocupações sobre o “papel dos direitos humanos nos limiares da Justiça” (HUDSON, 2004, p. 64), e sobre “a quem os direitos humanos são devidos e sob quais circunstâncias podem ser eventualmente suspensos” (HUDSON, 2003a, p. 213; 2003b). Seu interesse, com ênfase crescente, no “risco” e na “segurança”, foi desencadeado pelo modo estreito no qual [nos recentes anos] um “suspeito” tem sido tratado já quase como um criminoso.<sup>8</sup> Para Barbara, isso era evidente na legislação antiterrorismo, que também continha uma dimensão racial, porque as pessoas a quem se presumia de aparência “asiática/muçulmana” têm sido (e continuam sendo) sujeitas a elevada suspeita e a aprimoradas incursões de segurança, mesmo quando não exista nenhuma genuína razão para tanto.

Próximo ao fim de *Justice in the Risk Society*, Barbara analisou a relação entre “comunidade e justiça”, e por que toda sociedade deve assistir e incluir os grupos de pessoas atualmente privadas de qualquer espécie de justiça:

O desafio é o de lidar com pessoas que são tão diferentes que realmente estão à margem de inclusão na comunidade liberal. Isso pode ser porque elas aparentam estar à margem de nossa comunidade moral ou imaginária [...]. Devemos constantemente questionar nossas fronteiras de inclusão e de exclusão [...] e descobrir formas de fazer

---

<sup>7</sup> Disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1953 (antes, Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1950), foram incorporadas ao direito interno do Reino Unido por meio da Lei dos Direitos Humanos de 1998.

<sup>8</sup> No caso *S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM* - 30562/04 [2008] ECHR 1581 (4 de dezembro de 2008), [2009] publicado na Crim LR 355, 48 EHRR 50, 25 BHRC 557, (2009) 48 EHRR 50, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu, por unanimidade, que a indiscriminada retenção de amostras de DNA retirados de pessoas inocentes constituía uma interferência desproporcional no direito à privacidade (Artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos). Em resposta, a *Lei de Proteção das Liberdades, de 2012* foi editada para regular o uso, a retenção e a destruição de amostras de DNA e de impressões digitais (Capítulo 1, Seção 1-25).

justiça a esses “outsiders”, bem como readmitir alguns dos que atualmente classificamos como “outsiders” ao status de “insiders” (HUDSON, 2003a, p. 204)

Isso levou Barbara a considerar o desenvolvimento de uma perspectiva global de confirmação da “justiça”, da “diversidade” e da “diferença” numa época de sociedades divididas (HUDSON, 2007a; 2008b). Sua crítica passou então a se concentrar na negação da “justiça” em relação à “guerra ao terrorismo” (HUDSON e WALTERS, 2009a; HUDSON, 2009a); e na negação da justiça em relação à “regulação” dos direitos dos “estranhos” durante a intensificação da “guerra à migração e à cidadania” (HUDSON, 2009c; 2010; 2011b; 2012a, 2012b).

## **8. DIREITOS HUMANOS, TERRORISMO E “JUSTIÇA”.**

Em relação ao antiterrorismo, Barbara ficou horrorizada com os extensos períodos de detenção sem direito a julgamento, e com o uso da tortura se tornando crescentemente aceito como o “menor dos males após os ataques de 11 de setembro na América” e alhures (HUDSON, 2009b, p. 709). Barbara asseverava que os direitos humanos fundamentais [incluindo o direito absoluto de ser protegido contra a tortura, de não ser tratado de modo desumano ou degradante,<sup>9</sup> e a proteção a ser deportado ou extraditado se “suspeito de estar envolvido em terrorismo”],<sup>10</sup> só são necessários quando estamos tentados a negligenciar tais direitos, e em relação às pessoas com as quais não nutrimos qualquer simpatia:

[...] Nossos ideais precisam ser defendidos quando estamos quase propensos a desconsiderá-los, e a justiça nunca será assegurada enquanto persistir a tendência humana a definir os outros como inimigos que não merecem direitos ou proteções (HUDSON e WALTERS, 2009a, p. 604).

Em tempos de aumentado terror, as pessoas ao redor do mundo estão corretamente preocupadas com “proteção” e “segurança”, mas tais apreensões não devem ocorrer em detrimento da “justiça” (HUDSON, 2012a; 2012b). Aqueles que ameaçam “a proteção das pessoas brancas, de posses” podem estar muito além de nossa compreensão ou compaixão, mas de acordo com Barbara, mesmo aqueles a quem se alega serem os “os piores dos piores” precisam de proteções jurídicas, de modo que defender seus direitos humanos em “tempos de terror” exige que:

[...] contestemos a desumanização de qualquer pessoa. Qualquer que seja seu crime, nenhuma pessoa é destituída de humanidade, e rótulos como “mau”, animal e super-predador, que definem as pessoas inteiramente por seu atuar ilícito, devem ser

<sup>9</sup> Consoante artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Lei de Direitos Humanos do Reino Unido, de 1998, que entrou em vigor no Reino Unido em outubro de 2000.

<sup>10</sup> Se houver um real risco de sofrer tortura ou tratamento desumano ou degradante, ou mesmo punição no país de destino – vide o caso *Chahal v United Kingdom* [1996].

contestados. O universalismo dos direitos humanos representa um contradiscurso vital [...]. Enquanto o conteúdo dos direitos humanos pode representar um cerne minimalista de valores transculturais que se sobrepõem, o alcance dos direitos humanos não poderia ser mais extenso: todas as pessoas, não apenas membros de sua própria comunidade, não apenas membros de boa reputação, em qualquer comunidade, têm direitos que cada um de nós estamos moralmente obrigados a assegurar. (HUDSON, 20093a, p. 223)

## 9. DIREITOS HUMANOS, MIGRAÇÃO, RISCO E “JUSTIÇA”.

Barbara resolveu aplicar ao tema da migração aquelas ideias de “direitos”, “segurança” e “justiça” aos “estranhos” porque, nos últimos anos, temos nos tornado incredivelmente hostis em relação aos migrantes, aos refugiados e às pessoas em busca de asilo, que foram forçadas ou tiveram a iniciativa de fugir de desastres naturais e de perseguição em seu próprio país (HUDSON, 2007b; 2009c). Ao longo da história, as pessoas têm sempre migrado por variados motivos, e costumávamos admirá-las por fazer isso, mas agora nos referimos a imigrantes como “ilegais”, “criminosos” e a “fradulentos”/“inadequados” candidatos a asilo (HUDSON, 2007b; 2007c).

Assim, utilizando-se de teorias e ideias que pudessem nos tornar mais solidários àqueles totalmente “outsiders”, em “Punishing Monster-Judging Aliens: Justice at the Borders of Community” (HUDSON, 2006), Barbara perpassa tais temas indo das pessoas em nossas próprias comunidades, que não conseguimos entender, até os “estranhos” que se apresentam em nossos portões. Em “All the People in All the World” (HUDSON, 2011b), Barbara explica de maneira lógica por que não podemos evitar encontros com estranhos e por que, conquanto possamos não empreender uma busca ativa por pessoas que não podemos compreender, os migrantes e candidatos a asilo são seres humanos merecedores de “hospitalidade”, abrigo e “justiça”:

[...] vivemos numa terra que é uma esfera [...] é impossível evitar os encontros com os estranhos... O estranho não é um convidado, o encontro não foi arregimentado [...] e sua visita pode ser perigosa [...], mas a resposta não deve ser a violência, a degradação, ou a recusa em atender às suas necessidades (HUDSON, 2011b, p. 120)

## 10. OS “ACAMPAMENTOS”, OS DIREITOS HUMANOS E A “JUSTIÇA”.

Baseando-se na obra de Mike Davis (2006), Barbara considera que as “favelas” e “submoradias” têm crescido e multiplicado em relação ao aumento da migração, e destaca como tantas pessoas estão sendo crescentemente forçadas a viver precariamente ao redor do mundo. Barbara considerou que a reunião de pessoas desesperadas nas fronteiras, em “favelas” e em “guetos”, exemplifica o conceito de “acampamento”, formulado por Giorgio Agamben (1998), como sendo os espaços inóspitos onde as pessoas enfrentam uma “vida nua”, sem amparo em

normas ou no estado de direito (HUDSON, 2010; 2011b; 2012b; 2015).

Para Barbara, esses são espaços contemporâneos onde a luta por direitos humanos e facilidades básicas [todos nós concordamos] precisa ser empreendida e vencida, e onde os princípios de “hospitalidade” e “não violência” devem ser honrados (HUDSON, 2011b). É aqui – segundo Barbara – onde encontramos grandes injustiças e dilemas de justiça, sendo a pobreza o ponto de conexão, porque são os deslocamentos dos pobres, dos empobrecidos e dos indesejados da terra que são restringidos e criminalizados. A justiça e a segurança são desfrutadas, em grande medida, por cidadãos “respeitáveis” de nações afluentes, não pelos pobres (HUDSON, 2006; 2007a; 2007b).

## **11. PERSPECTIVAS COSMOPOLITAS, JUSTIÇA E EVOLUÇÃO DA CRIMINOLOGIA.**

Ao considerar as perspectivas globais e a radical diversidade encontrada nas sociedades de hoje, Barbara aprofundou seu interesse pelas perspectivas cosmopolitas, de forma que o “cosmopolitismo”, a “identidade cosmopolita”, a “justiça cosmopolita” gradualmente incorporaram-se aos seus trabalhos de 2003/2004. Aqui, sua formação em Teoria Social e Filosofia Social a levaram para além da Criminologia empírica e a se engajar com as obras de Kant, Bauman, Derrida, Habermas, Benhabib, Young e Appiah, em busca de ideais e princípios cosmopolitas (in HUDSON, 2008c, p. 281) que para ela mostravam-se altamente aplicáveis aos problemas da “justiça” e da “diferença” pelos quais ela permanecia interessada.

Barbara tinha um apreço central com a terceira proposição de Kant (1783 p. 118) pela paz no mundo, segundo a qual um “direito cosmopolita de hospitalidade universal é devido” ao “estranho”, ao “outro”, ao migrante, ao candidato a asilo, e ao vulnerável, os quais devem ser sempre recebidos em outros países com hospitalidade e não-violência (in HUDSON, 2008c; 2011b; 2015). Para Barbara, “justiça” significa dar às pessoas o que lhes é apropriado, e em termos de Justiça Cosmopolita significa ter a responsabilidade por alguém a quem possamos não conhecer pessoalmente. Isso não se baseia na ideia de que eles são como nós, porque eles não precisam se fazer compreendidos. Isso se baseia na ideia de que *todos* somos humanos e porque *todos* compartilhamos essa terra frágil, temos responsabilidade com aqueles que se mostram além de nossa simpatia ou nosso entendimento:

[...] “todas as pessoas no mundo inteiro” têm direitos em razão de serem humanas, e todos nós temos responsabilidades para com as pessoas que se situam fora de nossos agrupamentos imediatos de famílias, vizinhos, parceiros e concidadãos (APPIAH, 2006, em HUDSON, 2011b, p. 119)

Podemos ser bem diferentes em diversos modos e podemos nunca entender completamente o outro, mas entre as diferentes culturas e modos de vida há suficiente espaço para que uma conversa se inicie [e] mesmo se a conversa não levar a nenhuma

compreensão mútua ou consenso, a responsabilidade moral em relação aos estranhos remanesce (APPIAH, 2006 in HUDSON, 2015, p. 127)

Uma justiça cosmopolita [...] leva em consideração os excluídos, os empobrecidos, os sem teto, os apátridas, as pessoas sem posses e sem associação a um estado ou a uma sociedade. A justiça cosmopolita responde aos despossuídos, aos não-cidadãos, aos membros dos grupos excluídos e subordinados, aos desviantes e aos diferentes (HUDSON, 2011b, p. 119)

Barbara sustenta que temos que ser muito mais generosos nos direitos que proporcionamos às pessoas que não compreendemos ou com quem não simpatizamos, porque no momento há pouco esforço coordenado para levar as pessoas desesperadas e vulneráveis para nações mais estáveis e mais ricas. Sim, podemos responder a “certas” súplicas por ajuda humanitária, de modo a obtermos alívio *das* imagens de sofrimento humano e das pessoas lutando por suas vidas (SONTAG, 2003, p. 9), e justificar nossa expectativa de que as pessoas desesperadas devam permanecer onde estão, mas isso coloca enorme pressão e ônus nos países bem menos estáveis e afluentes do que as nações mais ricas:

[Nós] agora conhecemos mais sobre o sofrimento dos outros ao redor do mundo do que conhecíamos antes, por força de um constante fluxo de relatos dos meios de comunicação de massa sobre desastres, conflitos, discriminação e opressão [...] mas não há efetivo reconhecimento do direito de se deslocar e pouca ou nenhuma expansão das condições para o asilo [...] Há uma solidariedade popular e política pelo sofrimento humano, mas apenas – é o que parece – na medida em que os que sofrem permaneçam em seu próprio local [e] não ultrapassem as fronteiras regionais. [Como] consumidores de imagens noticiosas [nós] somos mais generosos em responder a desastres naturais - tsunamis, terremotos [e inundações] .... [do que somos em responder] a conflitos políticos e militares, ainda que os últimos estejam lesionando e deslocando mais pessoas. (HUDSON, 2015, p. 128-129)

Barbara também considerava que a lentidão em reconhecer novas categorias de perseguição, das quais as pessoas necessitam de proteção, e nossa falta de compreensão da política e das políticas por detrás dos conflitos e guerras poderiam explicar por que...

[Nós] podemos estar relutantes em doar ou – mais que isso – em pressionar para que migrantes provenientes de conflitos sejam admitidos a entrar em seus próprios países, porque é difícil entender as causas e contornos dos conflitos, conhecer por quanto tempo as pessoas precisarão de abrigo fora de seu país, e distinguir os caras bons dos maus. (HUDSON, 2015, p. 129)

Para Barbara, a “justiça cosmopolita” se opõe a ver tudo da posição/do ponto de vista do estado-nação, porque todas as pessoas no mundo devem gozar de direitos humanos fundamentais universais (HUDSON, 2007, 2008b; 2008c). Isso significa nos perguntar: estão sendo dadas as oportunidades, que todos os seres humanos devem ter, às pessoas que estão fugindo de condições onde suas vidas estão em perigo e onde elas não podem prosperar? Isso tem sido oferecido, pelos estados-nações mais ricos, às pessoas que desesperadamente buscam asilo e proteção?

Barbara não nega a importância do “Cosmopolitismo de cima para baixo”, em relação à existência do Tribunal Penal Internacional, das Convenções Internacionais e Tratados de Comércio entre Estados e Governos, porque são necessários para “reduzir desigualdades de renda e de poder, e no auxílio à persecução de violações de direitos humanos” (HUDSON, 2011b, p. 20; 2015, p. 129). O principal argumento de Barbara é que as questões acerca de “direitos”, “justiça” e “identidade” precisam se mover para além dos estados-nações até um nível global, a fim de incluir o fato de que aqueles na parte de baixo da globalização precisam ser ajudados por alianças de outras pessoas que possam reconhecer seu infortúnio:

[...] a “justiça cosmopolita de baixo para cima” ou “cosmopolitismo subalterno” (SANTOS, 2003, p. 460) é um conjunto de movimentos jurídicos, políticos e sociais que desafiam a hegemonia e contrapõem-se aos efeitos colaterais da globalização neoliberal. Envolve a vigorosa defesa dos interesses dos que estão no lado inferior do poder político e econômico. (HUDSON, 2011b, p. 20)

Dessa perspectiva “de baixo para cima” (SANTOS e RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2005, p. 13), precisamos reconhecer, endossar e aplicar o diálogo informado pelas organizações não governamentais transnacionais (ONGs), organizações da sociedade civil (OSCIPs), organizações humanitárias,<sup>11</sup> e pelos ativistas<sup>12</sup> que incansavelmente:

[...] trabalham com e para as pessoas necessitadas [...] confrontam agências estatais, encontram uma causa comum, se simpatizam com pessoas de outras partes do mundo [...] confrontam a negligência aos direitos das mulheres [e] defendem vigorosamente os direitos e o bem-estar dos migrantes (HUDSON, 2011b, p. 20)

Portanto, a justiça cosmopolita, no sentido utilizado por Barbara, é uma combinação de “Cosmopolitismo de cima para baixo” com “Cosmopolitismo de baixo para cima”. É a “justiça” cosmopolita que saúda o “estranho”, o migrante, e o candidato a asilo sem hostilidade ou violência, e lhes oferece hospitalidade e abrigo, ao invés de se manter numa postura provinciana e desacolhedora. “Justiça” significa oferecer oportunidades de desenvolvimento, oferecer proteção religiosa e cultural, oferecer proteção contra perseguições, contra a guerra, a fome, os desastres naturais e os produzidos pelos homens, ao invés de violar o direito humano de deixar o confinamento de espaços marginalizados, em meio a tendas, tanto no exterior quanto no âmbito interno de restritivas fronteiras.

## **12. UM FUTURO QUE SE PREFERE.**

Não há dúvida de que Barbara estava sempre pensando em formas de ir além das

<sup>11</sup> Por exemplo, Médicos Sem Fronteiras (MSF); Cruz Vermelha; Oxfam; *Women for Women International*; *Women in Black*; *International Rescue Committee* (IRC)

<sup>12</sup> Como a irmã do Professor Eliezer Gomes da Silva, a saudosa Eliane (Borges da Silva), membra fundadora da Associação Brasileira de Pesquisadores Negros (ABPN).

fronteiras criminológicas tradicionais de forma a gerar compaixão quando a “justiça” se mostre de escassa disponibilidade. Em 2012, ela estava “empolgada e honrada” em ser convidada a participar do que ela chamou do “projeto internacional dos seus sonhos”, com pessoas de diferentes disciplinas acadêmicas trabalhando em diferentes aspectos sobre “como tornar as fronteiras do mundo mais pacíficas”. Em março/abril de 2013, Barbara esboçou o que seria sua contribuição final, “Comunidades morais além-fronteiras: o particularismo do Direito encontra o universalismo da Ética” (HUDSON, 2015), na qual Barbara habilidosamente desenvolve argumentos adicionais em torno da falta de “moralidade” em relação a pessoas que ainda estão tentando clamar por “justiça” na posição de “estranhos” (vide ROMÁN, 2017, *supra*).

De acordo com Barbara, aqui ainda estamos nos deparando com grandes injustiças e dilemas de justiça, porque “justiça” e “segurança” são usufruídas, em grande medida, apenas por “respeitáveis” cidadãos de nações afluentes, quando são os empobrecidos e os indesejados da terra que não usufruem nem de justiça nem de segurança e cujos movimentos são criminalizados e restringidos com a edificação de barreiras físicas e aprimorados controles de fronteira. Ademais, se temas como “justiça” e “segurança” devem florescer, as instituições “eficazes” também precisam regular brutais conflitos e conquistas, e vigorosamente buscar reduzir a opressão global e as iniquidades, que têm feito crescer o “temor e o ódio”, corroído a dignidade humana e negado direitos humanos para apátridas ainda detidos nos “campos” e nas fronteiras do mundo (HUDSON, 2015).

### 13. O DURADOURO LEGADO.

É óbvio que o tema “justiça” sempre foi objeto de preocupação para Barbara, e ao escrutinar teorias, legislações, políticas e práticas, ela sempre questionava como elas poderiam afetar aqueles nos estratos mais inferiores do poder. Barbara mantinha-se conectada com aqueles que são excluídos ou marginalizados pelo discurso da “justiça”, e ela demonstrava que a natureza interdisciplinar da Criminologia é capaz de incorporar novas perspectivas:

Se você se interessa por um ideal como a justiça então é fácil reconhecer a injustiça e reconhecer os limites da justiça, que tende a ser feita para as pessoas que podemos prontamente compreender e nos solidarizar. No entanto, os direitos são exigidos quando a solidariedade acaba – os direitos são para proteger o “outro”, o “estranho” contra “nós”, a fim de limitar o que *nós* podemos fazer por meio de procedimentos, políticas e leis que impomos àqueles que não têm voz (HUDSON, 2012c).

A Criminologia é capaz de ser dinâmica e de envolver disciplina [...] engajando-se com significativos eventos nacionais e internacionais, e de estender seu escopo temático para além de seus bem explorados tópicos [...] os discursos criminológicos podem contribuir para temas de premente significado global (HUDSON e WALTERS, 2009a, p. 2).

Barbara sempre se sentiu à vontade para se interessar pela Filosofia Moral e aplicá-la

à Criminologia, porque a Criminologia, o crime, a pena, que exclui o “estranho” de nossos principais direitos comunais, de nossa justiça, envolve questões de natureza moral. Barbara sempre esteve esperançosa de que pudéssemos continuar a defender e a expandir sua ideia de “justiça” porque:

O problema de gerenciar o risco sem comprometer a justiça, e de aprimorar a segurança sem comprometer o estado de direito, é algo que [ainda] confronta nossos respectivos países. Os desenvolvimentos tecnológicos, o crescimento dos fluxos populacionais, com seu associado risco de terrorismo, de epidemias, de crimes transnacionais, exploração de vulneráveis, ainda se nos apresentam como problemas agudos. Portanto, é importante que continuemos a promover a colaboração internacional e a pesquisa crítica sobre tais temas, a fim de que a informação possa ser gerada e compartilhada com base em estratégias apropriadas para aumentar a segurança sem sacrificar o estado de direito e sem demonizar um setor particular da sociedade (HUDSON, 2007d, p. 1)<sup>13</sup>

O percurso acadêmico de Barbara nos expôs as injustiças do mundo, mas ela sempre nos apresentava, de modo criativo e apaixonado, oportunidades onde empreender mudanças e efetivamente realizar justiça àqueles afetados pelas desigualdades e hostilidades globais. Muitos de nós ainda sente uma grande perda pessoal, mas nos confortamos com o fato de que seu trabalho continuará a inspirar outras pessoas por muitos anos ainda, porque Barbara “nos forneceu importantes contribuições ao conhecimento teórico e crítico e o mérito e valor de [suas] contribuições críticas resistirão ao teste do tempo, porque são baseadas em um domínio acadêmico perspicaz, reflexivo e inovador (WALTERS, 2008, p. 22).”

## REFERÊNCIAS

BROWNE Deryck. Race Issues in Research on Psychiatry and Criminology. In: COOK Dee; HUDSON, Barbara A. (Ed.) **Racism and Criminology**. Londres: Sage, 1993.

\_\_\_\_\_. **The Rules of Behaviour of Teenage Girls: A Case Study in Social Control Theory**. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, Universidade de Essex, 1981.

\_\_\_\_\_. The rising use of imprisonment: the impact of decarceration policies. **Critical Social Policy**, v. 11, p. 46-59, 1984.

\_\_\_\_\_. **Justice Through Punishment: A critique of the ‘Justice’ Model of Corrections**, Londres: Macmillan, 1987.

\_\_\_\_\_. **Content Analysis of Social Enquiry Reports Written in the Borough of Haringey**, 1988. Trabalho não publicado.

\_\_\_\_\_. **Court Sentencing Survey: Final Report**, Londres: Middlesex Area Probation Service, 1998a

\_\_\_\_\_. Discrimination and Disparity: The Influence of Race on Sentencing. **New**

<sup>13</sup> Excerto adaptado de uma carta não publicada, enviada ao Dr. Vidar Halvorsen, do Departamento de Criminologia e Sociologia do Direito da Universidade de Oslo, em fevereiro de 2007.

**Community**, v. 16, n. 1, p. 23-24, Out. 1989.

\_\_\_\_\_. **Penal Policy and Social Justice**. Londres: Macmillan. 1993a.

\_\_\_\_\_. Racism and criminology: concepts and controversies. In: COOK, D.; HUDSON, Barbara A. (Ed.) **Racism and Criminology**. Londres: Sage, 1993b.

\_\_\_\_\_. (Ed.) **Race, Crime and Justice**. Aldershot Hants: Dartmouth Publishing Company Limited, 1996a.

\_\_\_\_\_. **Restoration, Reintegration and Human Rights: Punishment in a Socially Just Justice System**. Trabalho apresentado no Howard League Seminar "Punishment in the Year 2000", Edimburgo, fev. 1995a.

\_\_\_\_\_. Beyond proportionate punishment; Difficult cases and the 1991 Criminal Justice Act. **Crime, Law and Social Change**, v. 22, p. 59-78, 1995b.

\_\_\_\_\_. **Understanding Justice: An introduction to ideas, perspectives and controversies in modern penal theory**. Buckingham: Open University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. Social Control. In: MAGUIRE, M; MORGAN, R.; REINER, R. (Ed.). **The Oxford Handbook of Criminology** (2. Ed.) Oxford: Oxford University Press, 1997b.

\_\_\_\_\_. Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence, **Journal of Law and Society**, v. 25, n. 2, p. 237-256, 1998b.

\_\_\_\_\_. Balancing Rights and Risks: Dilemmas of Justice and Difference. In: COLLOQUIUM ON RISK AND CRIMINAL JUSTICE, 2000, Cardiff, País de Gales. **Abstracts**: Cardiff: Centre for Crime, Law and Justice, Cardiff University, 2000a, p. 2-38.

\_\_\_\_\_. Criminology, difference and justice. **Australian and New Zealand Journal of Criminology** v. 33, n. 2, p. 168-82, 2000b.

\_\_\_\_\_. Punishment, rights and difference: defending justice in the risk society. In: STENSON, K; SULLIVAN, R.R. (Ed.). **Crime, Risk and Justice: The politics of crime control in liberal democracies**, Cullompton: Willan, 2001.

\_\_\_\_\_. Critical Reflection as Research Methodology. IN: JUPP, V.; DAVIES, P; FRANCIS, P. **Doing Criminological Research**. Londres: Sage, 2002a.

\_\_\_\_\_. Punishment and Control. In: MAGUIRE, M.; MORGAN, R.; REINER, R. (Ed.). **The Oxford Handbook of Criminology** (3. Ed.) Oxford: Oxford University Press, 2002b.

\_\_\_\_\_. Restorative Justice and Gendered Violence: Diversion or Effective Justice? **British Journal of Criminology**, v. 42, n. 3, p. 616-634, 2002c.

\_\_\_\_\_. **Justice in the Risk Society**. Londres: Sage, 2003a.

\_\_\_\_\_. Balancing Rights and Risks: Dilemmas of Justice and Difference, in GRAY, N.; LAING, J.M.; NOAKS, L. (Ed.). **Criminal justice, mental health and the politics of risk**, London: Cavendish, 2003b.

\_\_\_\_\_. Understanding Justice: **An introduction to ideas, perspectives and controversies in modern penal policy** (2nd edition) Buckingham: Open University Press(2003c).

\_\_\_\_\_. The Culture of Control: Choosing the Future. **Critical Review of International Social and political Philosophy**, v., 7, n. 2, p. 49-75, 2004.

\_\_\_\_\_. Punishing Monsters, Judging Aliens: Justice at the Borders of Community. **The Australian and New Zealand Journal of Criminology**, v. 39, n. 2, p. 232-247, 2006.

\_\_\_\_\_. Diversity, crime and criminal justice. In: MAGUIRE, M.; MORGAN, R.; REINER, R. (Ed.). **The Oxford Handbook of Criminology** (4. Ed.). Oxford: Oxford University Press, 2007a.

\_\_\_\_\_. The rights of strangers: policies, theories and philosophies. In: Lee, M. (Ed.). **Human Trafficking**. Devon: Willan, 2007b.

\_\_\_\_\_. The Criminalisation of Migration. **Criminal Justice Matters**, v., 70, n. 1, p. 35-36, 2007c.

\_\_\_\_\_. **Justice in the Risk Society-Research Proposal**. Extrato de carta inédita enviada ao Dr. Vidar Halvorsen, o Departamento de Criminologia e Sociologia do Direito da Universidade de Oslo, 2007d.

\_\_\_\_\_. **Inequality and Cosmopolitanism: Justice in a society of strangers**. Curitiba, 2008a. Palestra ministrada no Programa de Mestrado em Direito da UNIBRASIL, Curitiba, Paraná, Brasil.

\_\_\_\_\_. Re-imagining justice: principles for justice for divided societies in a globalised world In: Carlen, P. (Ed.). **Imaginary Penalties** Devon: Willan, 2008b.

\_\_\_\_\_. Difference, diversity and criminology: The cosmopolitan vision. **Theoretical Criminology**, v. 12, n. 3, p. 275-292, 2008c.

HUDSON, Barbara A.; WALTERS, Reece. Introduction to the special issue on what criminology can say about the war on terror. **The British Journal of Criminology**, v. 49, n. 5, p. 603-608, 2009a.

HUDSON, Barbara A. Justice in a time of terror, **British Journal of Criminology**, v. 49, n. 5, p. 702-717, 2009b.

\_\_\_\_\_. Security and the risky other: doing justice in a world of strangers. In: Hildebrandt, M., Makinwa, A. e Oehmichen, A. (Ed.) **Controlling Security in a Culture of Fear**. Haia: Boom Legal Publishers 2009c.

\_\_\_\_\_. Regulating democracy: justice, citizenship and inequality in Brazil. In: QUIRK, H. SEDDON, T. and SMITH, G (Ed.). **Regulation and Criminal Justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. Critical Reflection as Research Methodology. In: DAVIES, P.; FRANCIS, P.; JUPP, V. **Doing Criminological Research** (2. Ed.). Londres: Sage, 2011.

\_\_\_\_\_. All the people in all the world: a cosmopolitan perspective on migration and torture In: BAILLET, C; FRANKO-AAS, K. (Ed.). **Cosmopolitan Justice and its Discontents**. Londres: Routledge, 2011b.

\_\_\_\_\_. Justiça nos limites da comunidade: Justiça e estranhos num tempo de medo. **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, v. 17, n. 19-20, p. 151-168, 2012a.

\_\_\_\_\_. Who needs justice? Who needs Security In: Hudson, B. & Ugelvik, S. (Ed.). **Justice and Security in the 21st Century**. Londres: Routledge, 2012b.

\_\_\_\_\_. **Expanding Migration & Criminological Justice Agendas**. Lancashire, Inglaterra, 2012c. Palestra ministrada no decorrer da disciplina “Human Trafficking and Modern-day Slavery”, University of Central Lancashire.

ROMÁN, Ediberto, The Purported Moral Deficiency of Borders? A Tribute to Professor Barbara Hudson. **Brazilian Journal of Law and Justice (BJLJ)**, v. 1, n.1, jul-dez., 2017.

SANTOS, B. de Sousa. **Toward a New Legal Common Sense**. London: Butterworths, 2002.

SANTOS, B. de Sousa; RODRIGUEZ-GARAVITO, C.A. (Ed.). **Law and Cosmopolitanism from Below**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SONTAG, Susan, **Regarding the Pain of Others**. New York: Picador - Farrar, Straus e Giroux, 2003.

WALTERS, Reece. Government manipulation of criminological knowledge and policies of deceit. In: HOPE, T.; WALTERS, R. **Critical thinking about the uses of research**, Londres: Centre for Crime and Justice Studies, 2008.

## O Duradouro Legado de uma Fraternal Parceria Acadêmica



Harry Harrison (esposo de Barbara), Barbara Hudson, Sue Uttley-Evans, Eliezer Gomes da Silva e Claudia Resun Gomes da Silva (esposa de Eliezer), em Montreal, Canadá, no verão de 2008, quando Barbara, Sue e Eliezer apresentaram trabalhos individuais no *Annual Meeting of the Law and Society Association*. A saudosa Barbara agora fi gura como autora “*hors concours*” do atual número da RBDJ. Sue, Editora Associada da RBDJ, é autora do artigo de revisão. Eliezer, Editor-Chefe da RBDJ, traduziu para o Português os artigos de Barbara, de Sue e do Professor Ediberto Román. O Professor Román generosamente aceitou o convite feito por Tanya Hernández, também Editora Associada da RBDJ, para ser o comentarista emérito do artigo de Barbara. Harry deu autorização para que a RBDJ republicasse o artigo de Barbara e Claudia tem dado assistência à RBDJ em assuntos de Tecnologia da Informação.

# Revista Brasileira de Direito e Justiça

## Brazilian Journal of Law and Justice Journal of Law



## Capitalismo, democracia econômica e princípio da diferença \*

Leandro Martins Zanitelli<sup>†</sup>

### RESUMO

O trabalho procura verificar se Schweickart está correto ao afirmar que o tipo de regime institucional por ele defendido, a “democracia econômica” (uma versão de socialismo de mercado), deveria ser também o preferido dos rawlsianos. Argumenta-se no sentido de que há razão para acreditar que, comparada a regimes capitalistas, a democracia econômica eleve as expectativas dos cidadãos hipossuficientes quanto a alguns bens primários presumivelmente sujeitos ao princípio da diferença de Rawls, como o emprego, o lazer, o trabalho significativo e a democracia no trabalho. Tendo em vista, no entanto, que a democracia econômica também parece propensa a reduzir expectativas no que toca à riqueza e à renda, uma conclusão peremptória acerca da superioridade de um dos tipos de regime não parece possível.

Palavras-chave: Democracia Econômica. Princípio da Diferença. Capitalismo. Rawls.

### 1. INTRODUÇÃO

Na literatura recente sobre Rawls, um tema frequentemente tratado é o dos arranjos institucionais (ou tipos de regime institucional) mais propensos à realização dos princípios da justiça rawlsiana (a “justiça como equidade”). O próprio Rawls dispensou certa atenção a esse tema em suas obras, em particular em *Justiça como Equidade: Uma Reformulação*, na qual discorre mais longamente sobre um de seus tipos de regime preferidos, o da democracia de cidadãos proprietários (*property-owning democracy*) (RAWLS, 2001, parte IV).

Parte do debate tem girado em torno das características da democracia de cidadãos proprietários e das razões pelas quais esse tipo de regime é superior ao do estado de bem-estar (do qual Rawls foi, por certo tempo, tido como apologeta). São de referir, entre outros, os trabalhos reunidos em uma coletânea organizada por Martin O’Neill e Thad Williamson (O’NEILL e WILLIAMSON, 2012) e em um número especial da revista *Analyse & Kritik* (2013). Em um desses trabalhos, David Schweickart (SCHWEICKART, 2012) argumenta em favor da superioridade de um tipo de regime de socialismo de mercado, a “democracia econômica”, frente aos regimes capitalistas em geral, entre os quais se inclui tanto o estado de bem-estar tradicional quanto a democracia de cidadãos proprietários de Rawls.

---

\* Artigo recebido em 01/12/2014 e aceito em 30/05/2015.

<sup>†</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Professor da Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.

O objetivo do presente trabalho é avaliar essa última afirmação. Tratar-se-á, todavia, de uma avaliação parcial, já que me limitarei a verificar se, à luz de um dos princípios da concepção de justiça de Rawls, o princípio da diferença, há, de fato, razão para apregoar a superioridade da democracia econômica sobre regimes capitalistas. Minha conclusão, quanto a isso, será mais cautelosa do que a de Schweickart. Argumentarei no sentido de que, embora, sob certas circunstâncias, a democracia econômica se mostre mais propensa do que o capitalismo a atender ao princípio da diferença, em outras o contrário é que pode ocorrer. É também possível, além disso, que versões dos dois tipos de regime sejam, por vezes, incomparáveis sob o princípio em questão. Quando isso ocorrer, a preocupação com a estabilidade pode desaconselhar um regime cujo “pacote” de bens primários esteja em forte desajuste com as preferências dos cidadãos.

A primeira parte do artigo faz alguns esclarecimentos e considerações metodológicas sobre a comparação entre regimes institucionais com base em princípios da justiça, em especial o princípio da diferença. Na segunda parte, composta de duas seções, encontra-se, inicialmente, uma exposição sintética da democracia econômica de Schweickart e, após, uma análise desse tipo de regime à luz do princípio da diferença.

## **2. A JUSTIÇA DE RAWLS (EM ESPECIAL, O PRINCÍPIO DA DIFERENÇA) E OS REGIMES INSTITUCIONAIS.**

Para Rawls, o objeto primeiro da justiça é a estrutura básica da sociedade, que ele define como “o modo como as principais instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens da cooperação social” (Rawls, 1999, p. 6).<sup>1</sup> A justiça, assim entendida, constitui uma base de avaliação das instituições que compõem a referida estrutura básica.

Essa atenção às instituições explica a preocupação, manifestada pelo próprio Rawls e na literatura a seu respeito, com a questão do tipo de regime institucional mais consentâneo com a justiça.<sup>2</sup> Um tipo de regime institucional é uma representação de um certo conjunto de instituições. Em *Justiça como Equidade: uma Reformulação*, Rawls enumera cinco desses tipos: o capitalismo de *laissez-faire*, o capitalismo (ou estado) de bem-estar, o socialismo de

---

<sup>1</sup> No original: “the way in which the major social institutions distribute fundamental rights and duties and determine the division of advantages from social cooperation.”

<sup>2</sup> RAWLS discorre sobre tipos de regime institucional e, mais particularmente, sobre um de seus tipos de regime preferidos, a democracia de cidadãos proprietários (*property-owning democracy*), no parágrafo 43 de “Uma Teoria da Justiça” (RAWLS, 1999) e, de maneira um pouco mais detida, na parte IV de *Justiça como Equidade: uma Reformulação* (RAWLS, 2001).

estado, a democracia de cidadãos proprietários (*property-owning democracy*) e o socialismo liberal (Rawls, 2001, p. 136). Segundo Rawls, somente os dois últimos se mostram compatíveis com os princípios da justiça como equidade (Rawls, 2001, p. 138).

A questão de saber se as instituições de fato existentes (cujas características podem corresponder, de maneira mais ou menos aproximada, às de um determinado tipo de regime) atendem a princípios de justiça é uma questão cuja natureza depende, por óbvio, do conteúdo desses princípios. Quero me deter aqui sobre o princípio da diferença, mas, para contrastar, tomemos, primeiramente, o caso do princípio das liberdades básicas que, salvo no que respeita às liberdades políticas, é indiferente ao valor que a liberdade tem para cada um (Rawls, 1996, pp. 325-326). Para verificar se um regime institucional atende a esse princípio, é suficiente, portanto, atentar para o conteúdo das leis e para o modo como elas vêm sendo aplicadas pelas autoridades.<sup>3</sup>

Considere, em contrapartida, o princípio da diferença (Rawls, 1999, pp. 65-73). Na versão que terei em vista inicialmente, esse princípio requer a maximização das expectativas dos cidadãos hipossuficientes no que se refere a um certo índice de bens primários que inclui a renda e a riqueza (para simplificar, tratarei o princípio da diferença por ora como princípio restrito a esses bens).<sup>4</sup>

Pois bem, a questão que se põe, então, é saber se um determinado regime institucional maximiza as expectativas dos cidadãos hipossuficientes quanto à riqueza e à renda. Essa é uma questão cuja resposta não depende, como é fácil perceber, apenas do conteúdo das leis ou da maneira como elas são aplicadas. Para o princípio da diferença, não importa como as instituições são delineadas, mas, tão somente, as consequências dessas instituições para as expectativas dos cidadãos hipossuficientes no que se refere à riqueza e à renda. O corolário

<sup>3</sup> Que o princípio das liberdades básicas se contente com a mera garantia legal dessas liberdades não significa que, para atendê-lo, seja suficiente proclamar as liberdades em questão (por exemplo, na constituição). Um Estado no qual as liberdades básicas são legalmente proclamadas, mas violadas pelas autoridades de maneira contumaz, não é justo. Apesar disso, pode-se dizer que o atendimento ao princípio das liberdades (exceção feita ao que concerne às liberdades políticas) pode ser verificado tão-somente com base na legislação e na atuação das autoridades encarregadas de aplicá-la, o que não ocorre com outros princípios da justiça como equidade, como o da diferença.

<sup>4</sup> Para discussões sobre diferentes interpretações do princípio da diferença, ver Parijs (2003) e Williams (2011). Como o princípio da diferença se subordina ao primeiro princípio e à primeira parte do segundo princípio da justiça (RAWLS, 1999, pp. 53-54 e 77), a maximização das expectativas dos cidadãos hipossuficientes quanto à riqueza e à renda deve ocorrer sob condições que não violem as liberdades básicas e a equitativa igualdade de oportunidades. Além disso, o requerimento de maximização não é impedimento à tributação (inclusive da riqueza e da renda dos mais pobres) para a provisão de bens públicos em uma medida a ser determinada democraticamente (RAWLS, 1999, pp. 249-251). Pode-se entender, portanto, que uma estrutura básica perfeitamente justa maximiza a riqueza e a renda dos cidadãos em desvantagem depois de garantidas as liberdades básicas e a equitativa igualdade de oportunidades e antes do pagamento de taxas para a provisão de bens públicos. Queralt (2013, pp. 133-134) desconsidera esse último ponto ao rejeitar a versão maximizadora do princípio da diferença.

disso é que dois regimes institucionais idênticos podem ser avaliados distintamente à luz do princípio da diferença caso suas consequências sejam também distintas.<sup>5</sup>

A natureza consequencialista do princípio da diferença levanta certa suspeita sobre um debate que se proponha a aferir o tipo de regime institucional mais conforme à justiça. Não se trata, como visto, apenas do fato de que dois regimes institucionais podem apresentar diferenças entre si a despeito de pertencerem ao mesmo tipo, mas sim de que, mesmo para regimes idênticos, as consequências podem ser distintas. A afirmação de que um tipo de regime é mais consentâneo com a justiça deve ser entendida, portanto, como afirmação acerca tão somente da propensão do tipo de regime em questão a surtir certos efeitos.<sup>6</sup>

Essas observações valem para o princípio da diferença e para outras partes da concepção de justiça de Rawls cuja realização dependa das consequências das instituições que compõem a estrutura básica, tal como é o caso dos princípios do valor equitativo das liberdades políticas e da equitativa igualdade de oportunidades. O princípio da diferença, contudo (tal como o venho entendendo aqui), tem a peculiaridade de requerer a maximização das expectativas dos cidadãos hipossuficientes e, como tal, não se contentar com um certo resultado em termos absolutos. Quaisquer que sejam os efeitos de um dado regime institucional sobre as expectativas dos cidadãos hipossuficientes quanto à riqueza e à renda, somente se poderá dizer que o regime em questão se conforma ao princípio da diferença caso não haja um regime alternativo cujas consequências para as mesmas expectativas sejam ainda mais favoráveis.

Uma questão que o princípio da diferença suscita é a de saber, então, qual dos regimes a considerar para fins de comparação. Para concluir que um regime atende ao princípio da diferença, é preciso, em outras palavras, definir primeiro o conjunto de regimes relevantes para a comparação. O regime que satisfaz ao princípio da diferença será aquele que, dentre os

---

<sup>5</sup> Está implícito no texto acima que as expectativas dos cidadãos hipossuficientes quanto à riqueza e à renda são uma função não apenas da lei ou do modo como ela é aplicada pelas autoridades, mas também das motivações de outros cidadãos. Isso é verdadeiro tanto para uma condição de obediência parcial à legislação como para uma condição ideal de obediência total. Por exemplo, a consequência para os cidadãos hipossuficientes de uma tributação progressiva da renda depende, entre outros fatores, da motivação de certos cidadãos (os mais ricos) a seguir produzindo a despeito da tributação.

<sup>6</sup> As observações acima se coadunam com a cautela de Rawls quanto a tomar partido entre os tipos de regime da democracia proprietária e do socialismo liberal. Quando se trata de decidir entre esses dois tipos de regime, Rawls recomenda atentar “para as circunstâncias históricas da sociedade, para as suas tradições de pensamento e prática política, e muito mais” [“to society’s historical circumstances, to its traditions of political thought and practice, and much else”] (RAWLS, 2001, p. 139). É possível, no entanto, que a hesitação tenha a ver não com a incapacidade de prever as consequências de cada tipo de regime, mas com as dificuldades de ordem política (maiores em alguns lugares, menores em outros) para fazê-los vingar. Em contrapartida, soa contraditória com o consequencialismo de certos princípios da justiça como equidade a rejeição peremptória de Rawls ao capitalismo de *laissez-faire* e ao estado de bem-estar (no caso do socialismo de estado, a alegada incompatibilidade com a justiça se deve à violação das liberdades básicas) (RAWLS, 2001, pp. 137-138).

pertencentes a esse conjunto, oferecer as mais elevadas expectativas de riqueza e renda (pondo-se de lado, por ora, outros bens primários) para os cidadãos hipossuficientes. Apesar da sua evidente importância, esse problema da base de comparação é, de um modo geral, negligenciado por Rawls e pelo restante da literatura. Fazem parte desse conjunto apenas regimes existentes? Provavelmente não, porque, em sendo assim, o princípio da diferença perderia boa parte da sua força como ideal, já que seríamos forçados a (uma vez atendidos os demais requisitos) reconhecer algum dos regimes atuais como justo (a saber, aquele sob o qual as expectativas dos cidadãos hipossuficientes fossem as mais elevadas). Mas se a comparação não deve ficar limitada aos regimes existentes, quais, dentre os não existentes, devem ser considerados?

É de notar que todo comedimento no que toca a determinar o conjunto dos regimes relevantes para a comparação vem acompanhado por uma redução em igual medida do impulso reformista da justiça. Por exemplo, suponha que, ao descrever os regimes que compõem a base da comparação, não se atribua a nenhum deles o efeito de disseminar o *ethos* igualitário de Cohen (2008), isto é, o efeito de motivar os cidadãos talentosos a, apesar de não estarem legalmente constrangidos a fazê-lo, exercerem ocupações que elevem as expectativas dos cidadãos hipossuficientes. Se nenhum dos regimes considerados para comparação tem esse efeito, será forçoso concluir que um dado regime é justo à luz do princípio da diferença, porque, entre os comparados, é o que maximiza as expectativas dos cidadãos em desvantagem. Mas se um tal regime for tido como justo, então a busca por um regime que constitua um antídoto ao egoísmo deixará de ser uma questão de justiça.

Por outro lado, quanto maior a ousadia em relação aos regimes a servir de comparação, mais difícil será para regimes atuais ou vindouros atender à demanda do princípio da diferença. Retornando ao exemplo, se atribuímos a algum dos regimes válidos para a comparação o condão de motivar os cidadãos talentosos de tal maneira que eles produzam da maneira socialmente mais útil possível sem qualquer incentivo para tanto, qualquer regime existente que fracasse em surtir esse efeito e, em consequência, torne mais acanhadas as expectativas dos cidadãos hipossuficientes, quanto à riqueza e à renda, terá de ser classificado como injusto.

Mesmo, no entanto, que o teste do princípio da diferença se mostre exigente o suficiente para que sejam considerados injustos não apenas todos os regimes institucionais atualmente existentes, mas também aqueles que, com moderado otimismo, calculemos serem capazes de sobreviver em um futuro próximo, esse princípio, ou uma versão ligeiramente modificada dele, pode ser empregado para a comparação de regimes imperfeitos (isto é, injustos

segundo a versão do princípio que tive em vista até agora). Pode-se, em outras palavras, estipular que, todo o restante sendo igual, um regime X é superior a um regime Y se as expectativas dos cidadãos hipossuficientes quanto à riqueza e à renda são mais elevadas sob o primeiro do que sob o segundo, mesmo que nenhum desses regimes seja justo no sentido de maximizar as referidas expectativas. Daqui para a frente, tratarei o princípio da diferença como princípio apto a comparações assim.

No que se refere à comparação recém-mencionada, são de especial interesse as comparações entre regimes existentes e não existentes. Propostas de reforma institucional podem ser geralmente descritas como propostas para suplantam um regime existente por outro (ainda) não existente.<sup>7</sup> A fim de avaliar tais propostas com base no princípio da diferença, é preciso, então, verificar sob qual regime, o existente ou o que se cogita adotar, as expectativas dos cidadãos em desvantagem serão mais elevadas. Aqui há uma questão importante a esse respeito envolvendo as consequências. É que, enquanto as consequências de um regime existente podem ser observadas<sup>8</sup>, o mesmo não se pode dizer de um regime ainda não em vigor. As consequências de regimes vindouros podem, por certo, ser estimadas, mas é de se indagar, então, segundo quais modelos comportamentais tal estimativa deve ocorrer. Será lícito presumir que um novo regime institucional altere o agir humano de maneira substancial o suficiente para fazer com que os padrões comportamentais capazes de explicar as consequências das instituições atuais tenham de ser suplantados? Sem querer subscrever a tese de uma “natureza humana” imutável, o mínimo que se pode dizer sobre isso é que as mesmas motivações e padrões de tomada de decisão verificados nas circunstâncias atuais devem ser presumidos ao se estimarem as consequências de uma nova ordem institucional, salvo se houver razão para concluir que uma reforma das instituições trará consigo alguma alteração a tal respeito.<sup>9</sup>

A comparação entre regimes institucionais (inclusive entre regimes existentes e não

---

<sup>7</sup> Mesmo quando a proposta de reforma almeja replicar instituições existentes em outro lugar (ou no mesmo lugar, mas em outra época), justifica-se tratar o regime proposto como não existente não apenas porque de fato ele não existe no lugar para o qual está sendo proposto, mas também porque compartilha características de regimes inéditos. Como, ao menos no que concerne a princípios de justiça como o da diferença, o que importa são as consequências de um regime institucional, e como um mesmo arranjo institucional pode ter consequências distintas em épocas e lugares distintos, um regime novo, mesmo quando replique características de regimes existentes em outra época ou lugar, tem consequências incertas em alguma medida (conquanto possivelmente não na mesma medida de regimes inéditos).

<sup>8</sup> O que não é o mesmo que dizer que podem ser facilmente observadas. As consequências de regimes existentes são, em todo caso, tema apto à investigação empírica.

<sup>9</sup> Uma questão lateral consiste em saber como avaliar uma proposta de reforma institucional cujas consequências previstas somente favoreçam as expectativas dos cidadãos hipossuficientes a longo prazo. Que taxa de desconto deve ser aplicada aos benefícios mediatos de um novo regime?

existentes) torna-se mais complicada quando se incluem outros bens, além da riqueza e da renda, entre aqueles cuja distribuição se sujeita ao princípio da diferença. Há, quanto a isso, duas possibilidades. Uma consiste em aplicar o princípio da diferença à distribuição de outros dos bens primários mencionados por Rawls, como os “poderes, prerrogativas e posições de responsabilidade” e as “bases sociais do autorrespeito” (FREEMAN, 2007, p. 113; ARNOLD, 2012; O’NEILL, 2012). A segunda possibilidade decorre do fato de se considerar a lista de bens primários como “aberta”, isto é, não exaustiva. Rawls está claramente em concordância com isso, tal como se depreende, por exemplo, da seguinte passagem:

Podemos, caso necessário, incluir no índice [de bens primários] dotações inatas cultivadas e até estados de consciência, como a dor física. A fim, no entanto, de tratar com o que é objetivamente mensurável e depender apenas de informações prontamente disponíveis e fáceis de entender, é bem melhor que tais bens não sejam incluídos. O tempo para lazer, em contrapartida, pode ser medido objetivamente e aos olhos de todos. Ele também atende à essencial condição de que os bens primários não pressuponham alguma doutrina compreensiva (RAWLS, 2001, p. 179).<sup>10</sup>

No trecho acima, Rawls não deixa dúvida de que considera o rol de bens primários encontrado em outras partes de seus trabalhos (por exemplo, em RAWLS, 1996, p. 181) como não exaustivo. Ele também esboça as condições para que algo seja tratado como bem primário, a saber: a) que o estado da distribuição do bem em questão seja objetivamente verificável; e b) que esse bem não pressuponha um certa doutrina compreensiva, isto é, não tenha particular relação com determinada concepção da boa vida.<sup>11</sup> Tendo isso em vista, podem ser tidos como bens primários sujeitos ao princípio da diferença, além do lazer, o trabalho (em geral), o trabalho significativo (desde que se defina “significativo” de tal maneira que as características do trabalho significativo sejam objetivamente verificáveis)<sup>12</sup> e o poder de gestão da empresa.<sup>13</sup>

Devido à diversidade dos bens primários subordinados ao princípio da diferença, surge o problema da comparação, à luz desse princípio, entre regimes institucionais cujo sucesso ao

<sup>10</sup> No original: “*If necessary we can also include in the index realized native endowments and even states of consciousness like physical pain. However, for the sake of having an objective measure and relying on information that is readily available and easy to comprehend, it is much better not to include such goods in the index. But leisure time has a reasonably objective measure and is open to view. It also meets the essential condition that primary goods must not presuppose any particular comprehensive doctrine.*”

<sup>11</sup> Mais sobre a “flexibilidade” do rol de bens primários encontra-se em Rawls (2001, pp.168- 176; 1996, pp. 178-187).

<sup>12</sup> Para a ideia de que a oportunidade para o trabalho significativo pode ser uma das bases sociais do autorrespeito, ver Moriarty (2009). Arnold (2012), por sua vez, afirma que uma distribuição mais equânime do trabalho significativo ou “complexo” constitui uma decorrência da inclusão do bem primário dos poderes, prerrogativas e posições de responsabilidade entre os bens regulados pelo princípio da diferença. Repare-se, entretanto, que, uma vez definido, como faz Arneson (1987, p. 517), em termos objetivos (como o trabalho “interessante, que requer inteligência e iniciativa” [“*interesting, calling for intelligence and initiative*”]), o trabalho significativo pode ser tratado como bem primário em si mesmo.

<sup>13</sup> Argumentos que apelam para o princípio da diferença em favor de uma distribuição mais igualitária do poder de gestão da empresa relacionam a democracia no local de trabalho a bens primários como poderes, prerrogativas e posições de responsabilidade e bases sociais do autorrespeito. Ver, a respeito, O’Neill (2008) e Arnold (2012).

e elevar as expectativas dos cidadãos hipossuficientes quanto aos bens em questão varie. Isso é pouco provável quando os bens primários considerados são apenas a riqueza e a renda. Dificilmente um regime X, cujas consequências para a renda dos cidadãos em desvantagem sejam superiores às de um regime Y, deixará de ter vantagem sobre esse último também em relação à riqueza. O mesmo não se pode dizer, todavia, quanto a outros bens. Não é implausível que o regime Y cause menos desemprego do que o regime X e se saia, portanto, melhor no que toca a elevar expectativas quanto aos bens primários do emprego e do trabalho significativo, mas que, em contrapartida, a riqueza e a renda dos cidadãos hipossuficientes (graças, por exemplo, a um generoso seguro-desemprego) sejam mais altas em X do que em Y.

Como tratar o problema da comparação entre regimes com consequências contraditórias em relação aos diferentes bens primários sujeitos ao princípio da diferença?<sup>14</sup> Quanto a isso, é de notar, em primeiro lugar, que o fato de os bens em questão serem incomensuráveis não significa que dois regimes com efeitos diversos sobre as expectativas dos cidadãos em desvantagem no tocante a esses bens sejam incomparáveis.<sup>15</sup> Dois bens são incomensuráveis, no sentido que se tem em vista aqui, se não há uma medida de equivalência entre eles (por exemplo, se não é possível definir quantos \$n em renda correspondem a uma redução n% do desemprego ou a uma melhora n no índice relativo à distribuição do trabalho significativo). Para concluir que a falta dessa medida de equivalência implica a incomparabilidade (à luz do princípio da diferença) de regimes, seria preciso concordar com a afirmação de que um regime que eleva as expectativas dos cidadãos hipossuficientes quanto ao trabalho e as piora quanto à renda sob hipótese alguma é melhor, pior ou igual a um regime cujos efeitos são inversos. Essa, porém, é uma afirmação pouco plausível. Se o regime X oferece aos cidadãos em desvantagem perspectivas muito melhores do que as de Y quanto ao emprego e uma (expectativa de) renda apenas ligeiramente inferior, é difícil resistir à conclusão de que X é melhor do que Y e de que os dois regimes são, portanto, comparáveis.

Naturalmente, uma coisa é dizer que alguns regimes com consequências heterogêneas em relação aos bens primários sujeitos ao princípio da diferença são comparáveis, e outra é dizer que regimes com essas características são sempre comparáveis. Tendo em vista não ser possível tratar aqui da controvérsia filosófica a respeito,<sup>16</sup> limitar-me-ei a supor que, ao menos em alguns casos, não seja possível afirmar, de dois regimes institucionais X e Y, nem que um é melhor do que o outro, nem que os dois são iguais (e que, portanto, os regimes em questão são incomparáveis). A implicação disso é que se dois regimes são incomparáveis segundo o

---

<sup>14</sup> O problema aludido acima é, em outras palavras, o de comparar regimes entre os quais não haja uma relação de dominância de Pareto. No que respeita ao princípio da diferença, um regime domina paretianamente o outro se sob ele as expectativas dos cidadãos hipossuficientes são mais elevadas quanto a pelo menos um dos bens primários sujeitos ao princípio da diferença e não menores quanto a todos os demais.

<sup>15</sup> Sobre a distinção entre incomensurabilidade e incomparabilidade, ver Chang (1997, p. 1-2).

<sup>16</sup> Sobre isso, podem-se consultar os trabalhos reunidos em Chang (1997) e Chang (2002). A própria Chang, uma defensora do alargamento da noção de comparabilidade, não deixa de reconhecer instâncias em que portadores de valores diversos são incomparáveis.

princípio da diferença (e iguais, ou também incomparáveis, em relação aos demais princípios da justiça), então a eleição entre esses regimes deixa de ser uma questão de justiça.

### **3. A DEMOCRACIA ECONÔMICA DE SCHWEICKART E O PRINCÍPIO DA DIFERENÇA.**

A segunda parte do artigo será dedicada à democracia econômica, tipo de regime institucional defendido por Schweickart (2011; 2012). Schweickart (2012) afirma que a democracia econômica é mais propensa a atender às demandas da justiça de Rawls, mais até mesmo do que a democracia de proprietários. A primeira parte desta seção resume as características da democracia econômica, enquanto que a segunda se vale das considerações precedentes para avaliar a conformidade desse tipo de regime ao princípio da diferença.

#### **3.1. A DEMOCRACIA ECONÔMICA: APRESENTAÇÃO SINTÉTICA.**

Cinco características resumem a democracia econômica (doravante, DE): a) propriedade pública dos meios de produção; b) gestão democrática da empresa (segundo a regra “uma pessoa, um voto”); c) investimento público; d) produção orientada pelo mercado; e) mercado de trabalho.

##### *a) Propriedade pública dos meios de produção*

Na DE, a propriedade privada dos meios de produção somente é admitida para empresas de pequeno porte. Nas grandes empresas, os bens de produção pertencem ao Estado, e os trabalhadores, que os controlam, devem reservar parte dos ganhos da empresa para o pagamento de um tributo pelo uso desses bens e para fazer frente à sua depreciação (SCHWEICKART, 2011, posições 1.479-1.486).

##### *b) Gestão democrática da empresa (segundo a regra “uma pessoa, um voto”)*

As empresas na DE (exceção feita, uma vez mais, às empresas de pequeno porte) são geridas pelos trabalhadores de acordo com a regra “uma pessoa, um voto”. Diretores e administradores são designados pelos trabalhadores direta ou indiretamente, por um conselho de administração com representantes eleitos (SCHWEICKART, 2011, posições 1.464-1.473).

##### *c) Investimento público*

Nas (grandes) empresas da DE, o investimento é ou autofinanciado (isto é, financiado pelos ganhos da própria empresa, que os trabalhadores podem decidir investir ao invés de repartir entre si) ou financiado mediante empréstimos públicos. Não há bancos privados, nem é admitido o financiamento pela emissão de ações a serem adquiridas por investidores privados.

Empréstimos públicos são feitos às empresas diretamente pelo Estado ou por bancos públicos, e a quantidade de fundos disponíveis para as empresas de cada região é, em princípio, proporcional à população (SCHWEICKART, 2011, posições 1.524-1.528).

*d) Produção orientada para o mercado*

Em contraste com as experiências socialistas de planejamento central, a DE é um tipo de regime de socialismo de mercado, em que a decisão sobre o que e quanto produzir é tomada no âmbito de cada empresa (SCHWEICKART, 2011, posições 1.464-1.465). As empresas são incentivadas a obter lucro até o ponto em que a renda (ou os “dividendos”) dos trabalhadores são maximizados e, para tanto, devem procurar atender às preferências dos consumidores (SCHWEICKART, 2011, posições 1.505-1.511).

*e) Mercado de trabalho*

Empresas e trabalhadores são livres quanto à contratação e ao ajuste das condições de trabalho. Isso significa que um trabalhador pode decidir abandonar uma empresa por outra e que empresas podem decidir dispensar trabalhadores, sempre obedecendo à regra de gestão democrática. Além disso, as empresas podem oferecer maior salário ou condições mais vantajosas a fim de atrair ou manter trabalhadores com certas aptidões (SCHWEICKART, 2011, posições 1.466-1.468).

### 3.2. DEMOCRACIA ECONÔMICA E JUSTIÇA RAWLSIANA.

Quais são as razões para acreditar que a DE seja superior ao capitalismo no que respeita ao princípio da diferença? Convém esclarecer, primeiro, que limitar a atenção a esse princípio se justifica aqui tendo em vista que a DE satisfaz ao princípio das liberdades básicas no que se refere à garantia legal dessas liberdades (SCHWEICKART, 2011, posição 3.940). Além disso, parece aceitável postular que a DE tenha, em geral, um efeito sobre as desigualdades de riqueza e renda que a torne no mínimo tão eficaz quanto os tipos de regime capitalistas em relação ao valor equitativo das liberdades políticas e à equitativa igualdade de oportunidades.<sup>17</sup> Logo, se ficar demonstrado que a DE é superior ao capitalismo no que se refere ao princípio da

---

<sup>17</sup> De um ponto de vista estritamente rawlsiano, bastaria que a DE se mostrasse ligeiramente superior quanto ao valor equitativo das liberdades políticas ou à equitativa igualdade de oportunidades para sobrepujar os regimes existentes em termos de justiça, tendo em vista a prioridade léxica do primeiro sobre o segundo princípio da justiça e da equitativa igualdade de oportunidades sobre o princípio da diferença (RAWLS, 1999, pp. 53-54 e 77). Penso, porém, que a comparação baseada no princípio da diferença ainda assim se justifica, ou porque a DE pode não apresentar uma vantagem nítida sobre os tipos de regime capitalistas em relação aos demais princípios da justiça como equidade, ou porque as estritas relações de prioridade entre os princípios da justiça de Rawls, em particular entre a equitativa igualdade de oportunidades e o princípio da diferença, podem não ser defensáveis. Sobre esse último ponto, ver Arneson (1999).

diferença, é bem possível que Schweickart esteja certo ao afirmar que rawlsianos devem endossar o socialismo (ao menos, o socialismo da DE).

Antes de prosseguir com a análise da DE à luz do princípio da diferença, convém recordar algumas das considerações metodológicas da parte anterior. Primeiro, tendo em vista a natureza consequencialista do princípio em questão, é preciso ter cuidado ao comparar tipos de regime institucional, pois o que importa não é propriamente o arranjo institucional corresponde a cada tipo, mas as consequências de manifestações reais do tipo em questão. A análise baseada em tipos somente se justifica à medida que um determinado tipo de regime se mostre propenso a surtir certos efeitos independentemente de circunstâncias de tempo e lugar. Segundo, há a questão da comparação entre regimes existentes e não existentes e do modo de estimar as consequências desses últimos. Tal como dito acima, à falta de uma razão para tanto, não se devem atribuir a regimes não existentes consequências motivacionais distintas das observadas sob os atuais regimes. Schweickart se mostra bastante sóbrio a esse respeito, manifestando a expectativa de que a DE seja capaz de dar lugar a um mundo melhor mediante mudanças eminentemente institucionais.<sup>18</sup>

Tendo em vista a descrição feita por Schweickart, os principais argumentos em favor da DE em relação a regimes capitalistas estão relacionados ao trabalho. Para entender esses argumentos, é preciso considerar, primeiro, certa implicação do investimento privado para os regimes capitalistas. A fim de atrair investidores, toda empresa capitalista lucrativa tem um incentivo para se expandir, já que, todo o restante sendo igual, quanto maior o volume de atividade, maiores os lucros e, em consequência, mais atrativa se torna a empresa para os que nela investem. Esse mesmo incentivo à expansão não existe nas empresas da DE, já que, para essas últimas, o aumento da produção só se mostra vantajoso à medida que haja ganhos de escala (SCHWEICKART, 2011, posições 2.275-2.276).<sup>19</sup> Caso contrário, a ampliação da atividade terá de vir acompanhada de um aumento (no mínimo) proporcional do número de trabalhadores, sem benefício para a renda de cada trabalhador individualmente considerado.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Schweickart (2011, posição 2.238): “A democracia econômica não oferece abrigo para a Utopia, mas, se fizermos algumas pequenas mudanças estruturais, um mundo bem melhor do que a maioria de nós imagina se tornará possível.” (“*Economic democracy will not usher in Utopia, but if we make a few structural changes, a far better world becomes possible than most of us can now imagine*”).

<sup>19</sup> Outro fator que reduz o estímulo à expansão é o interesse dos trabalhadores em conservar o poder sobre a gestão, que se dilui à medida que o número de trabalhadores empregados em uma empresa aumenta (SCHWEICKART, 2011, posições 2.278-2.285).

<sup>20</sup> Mas o que impede que os trabalhadores mais antigos se apropriem de parte dos lucros decorrentes do aumento da produção mediante o pagamento de salários menores aos recém contratados? Isso é, em tese, possível, já que, como dito, diferenças salariais são admitidas na DE. O ponto é importante porque, como se verá adiante no texto, boa parte das vantagens que podem ser atribuídas à DE no que toca ao princípio da diferença estão relacionadas

Pois bem, que consequências advêm do fato de o incentivo à expansão da atividade ser menor nas empresas da DE? Observe que, a exemplo das empresas capitalistas, a ineficiência é um problema para as empresas da DE. Como a produção na DE é orientada pelo mercado, empresas ineficientes sujeitam-se a ser sobrepujadas por outras. A diferença é que, na DE, esse risco é menor. Uma empresa ineficiente corre o risco de ser superada por novas empresas, mas não pelas empresas já existentes que já tenham atingido o seu limite de expansão.<sup>21</sup> Em regimes capitalistas, em contrapartida, as empresas são, em geral, estimuladas a tomar para si a fatia de mercado de uma concorrente ineficiente.

Aliada à gestão democrática, a particularidade recém referida propicia condições de trabalho mais benéficas para as empresas da DE ainda quando essas condições sacrifiquem (em alguma medida) a eficiência. Isso tem implicações para a permanência no emprego, para a duração da jornada (e, portanto, para o tempo disponível para lazer) e para a divisão do trabalho significativo, bens primários cuja distribuição se sujeita ao princípio da diferença. Examinarei cada um dos casos separadamente.

Deve-se esperar que haja mais relutância em dispensar trabalhadores nas empresas da DE? Uma razão para pensar que sim é, como afirmado, o fato de uma eventual ineficiência provocada por essa relutância não oferecer tanto risco para as empresas da DE quanto para as suas congêneres capitalistas. Outra razão é o controle da gestão pelos trabalhadores. Administradores que se mostrem implacáveis nas dispensas de trabalhadores (sobretudo quando essas dispensas forem injustificadas) têm pouca chance de manter o apoio do conselho de administração das empresas geridas democraticamente. Isso pode ser visto como consequência do autointeresse puro e simples, já que uma administração que não mostra hesitação ao fazer cortes constitui uma ameaça para os trabalhadores. Com um pouco mais de cautela, pode-se ainda aventar que um certo *esprit de corps* entre os trabalhadores contribua para a estabilidade no emprego.<sup>22</sup>

---

ao incentivo à expansão da empresa. O que é permitido dizer em relação à contratação de novos trabalhadores nas empresas da DE é que se, por um lado, essa contratação pode ocorrer sob condições que levem os trabalhadores mais antigos a se locupletarem à custa dos mais novos, por outro, a gestão democrática da empresa deve ao menos impor certos limites a essa exploração. Em todo o caso, a possibilidade de diferenciação salarial constitui uma ressalva à ideia (ver, sobre isso, a nota anterior) de que o crescimento das empresas na DE é limitado ao ponto em que o ganho marginal de escala se torna iguais a zero.

<sup>21</sup> Em condições de concorrência perfeita, sempre haverá novas empresas para suplantarem uma empresa ineficiente. É sabido, entretanto, que essas condições nem sempre se verificam.

<sup>22</sup> Schweickart (2011, posição 2.255) refere-se à “natural solidariedade engendrada pela democracia” (“*the natural solidarity engendered by democracy*”). Certa cautela se justifica, não obstante, porque, diferentemente do que ocorre nas empresas capitalistas, a solidariedade entre os trabalhadores nas empresas da DE é potencialmente contrária ao interesse de cada trabalhador na maximização dos seus dividendos. Na literatura econômica sobre as cooperativas, é interessante notar que, contra a previsão *standard* sobre o objetivo da maximização da renda *per*

Schweickart (2011, posições 2.569-2.646) apresenta um outro argumento em favor da DE no que se refere ao emprego. Segundo ele, no capitalismo, o desemprego é não apenas uma consequência cíclica, como também um meio indispensável de disciplinar a força de trabalho. Em outras palavras, a ameaça de desemprego é necessária para assegurar um bom desempenho de trabalhadores assalariados indiferentes ao sucesso da empresa. Na DE, em contraste, se, por um lado, não há nada capaz de assegurar, por si só, o pleno emprego, por outro, o fato de o desemprego não ter a mesma importância estratégica dos regimes capitalistas é propício a que o Estado atue mais eficazmente para eliminá-lo, seja orientando o investimento público à criação de postos de trabalho, seja como “empregador de último recurso” (*employer of last resort*).

Passemos ao caso do lazer (SCHWEICKART, 2011, posições 2.473-2.780). Tal como ocorre com a estabilidade no emprego, a DE possui características que favorecem a redução da jornada de trabalho e, em consequência, o aumento do tempo disponível para o lazer. Em primeiro lugar, como observado acima, a DE abranda o risco advindo de decisões contrárias à eficiência. Frequentemente, a decisão em favor do encurtamento da jornada de trabalho é uma decisão dessa natureza, já que eleva o número de trabalhadores necessário para produzir a mesma quantidade e impõe custos adicionais com treinamento.<sup>23</sup> Além disso, o controle democrático da gestão favorece uma decisão quanto à duração da jornada que atenda ao interesse dos trabalhadores pelo aumento do tempo livre (ou que faculte a cada um determinar a duração da sua jornada), ainda que com algum sacrifício da eficiência.<sup>24</sup>

Considerações similares se aplicam, por fim, ao trabalho significativo (SCHWEICKART, 2011, posição 2.771). À medida que uma divisão mais equânime das tarefas interessantes seja uma causa de ineficiência (porque eleva custos com treinamento, ou faz com que se abra mão dos ganhos de produtividade decorrentes da especialização), as empresas da DE estão, como dito, mais aptas a suportá-la. Admitindo-se que haja por parte dos trabalhadores em geral um interesse em evitar tarefas maçantes, pode-se esperar que a gestão

*capita* (WARD, 1958), há evidências de que as cooperativas sacrificam em alguma medida esse objetivo em prol da preservação do emprego. A esse respeito, ver, por exemplo, Craig e Pencavel (1993).

<sup>23</sup> Há, na verdade, duas causas possíveis de ineficiência relacionadas à duração da jornada de trabalho. Do ponto de vista da eficiência, a jornada pode ser curta demais se, em média, cada trabalhador poderia trabalhar por mais tempo sem perda de produtividade, ou sem uma perda de produtividade significativa o suficiente para compensar os custos com a contratação de um número maior de trabalhadores. Por outro lado, a jornada também pode ser longa demais se o aumento do número de horas trabalhadas acarretar uma perda significativa de produtividade. Em empresas nas quais cada trabalhador tenha a liberdade para determinar a duração da própria jornada, as duas causas de ineficiência podem se fazer presentes.

<sup>24</sup> O fato de a DE fazer com que decisões pela redução da jornada de trabalho se tornem mais comuns também pode colaborar para a redução do desemprego (SCHWEICKART, 2011, posições 2.783-2.786).

democrática da empresa contribua para que essas tarefas sejam mais equanimemente repartidas do que nas empresas capitalistas.

Pode-se afirmar, pois, que a DE possui características propícias a oferecer a todos (e, em particular, aos cidadãos em desvantagem devido a contingências sociais ou à distribuição desigual de aptidões inatas) mais estabilidade no emprego, mais tempo disponível para o lazer e distribuição mais equânime do trabalho significativo, todos eles considerados bens primários (ou meios para bens primários, como as bases sociais do autorrespeito) abarcados pelo princípio da diferença de Rawls. Além disso, caso a democracia no trabalho seja também um desses bens primários (ou meio para a realização de um), a DE tem uma vantagem óbvia sobre os regimes capitalistas.

Em contrapartida, é impossível determinar de antemão a medida da superioridade da DE com relação aos bens primários em questão. Como foi possível notar, parte substancial da vantagem atribuída à DE quanto ao emprego, ao lazer e ao trabalho significativo se baseia na suposição de que a ineficiência se mostra mais tolerável sob esse tipo de regime, devido à falta de incentivo para a expansão da empresa (ou para a expansão além do ponto em que deixa de haver ganhos de escala). Como estão sujeitas a concorrência, as empresas da DE podem ser castigadas pela ineficiência. Decisões na gestão da empresa que favoreçam a manutenção do emprego, a redução da jornada e a melhora na distribuição do trabalho significativo à custa da eficiência sempre trarão consigo um certo risco e dependerão, em consequência, do peso atribuído aos benefícios de curto prazo que essas decisões proporcionam.<sup>25</sup>

As empresas da DE também se sujeitam a apresentar uma distribuição desigual do poder de gestão, não obstante a regra “uma pessoa, um voto”. Essa desigualdade pode ser ensejada pelas especiais aptidões de alguns trabalhadores, combinada à sujeição das relações de trabalho ao mercado. Trabalhadores cujos talentos sejam raros e necessários podem, assim, sob a ameaça de abandonar a empresa, acabar exercendo maior influência sobre a gestão.<sup>26</sup> Isso é particularmente preocupante se tivermos em vista que são as expectativas dos outros trabalhadores, aqueles cujos atributos são menos cobiçados (e que) correm o risco de ser subjugados pelos talentosos), as que importam para o princípio da diferença.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> O que também pode dar lugar a decisões pela provisão dos bens primários em questão e contrárias à eficiência é, pois, uma certa “miopia” que leve os trabalhadores a negligenciar o interesse de longo prazo na continuidade da empresa.

<sup>26</sup> É evidente que isso também ocorre em empresas capitalistas. Acima, apenas se chama a atenção para o fato de que a propriedade dos meios de produção não é a única causa possível de hierarquização da gestão.

<sup>27</sup> Note que o fato de a redução das desigualdades de riqueza e renda favorecer a equitativa igualdade de oportunidades, um dos argumentos usados para defender a democracia proprietária (RAWLS, 2001, p. 138;

Deve-se ter em vista, além disso, que a DE se inclina a reduzir as expectativas dos cidadãos hipossuficientes quanto aos bens primários da riqueza e da renda. Isso é reconhecido pelo próprio Schweickart ao mencionar a constante necessidade de crescimento da produção sob o capitalismo (e os seus indesejáveis efeitos ambientais). Há várias razões para supor que a DE traga consigo um declínio geral (e inclusive, pois, para os cidadãos em desvantagem) da riqueza e da renda, algumas das quais já foram aludidas acima. Primeiro, e como já dito, a DE reduz a concorrência entre as empresas (devido à falta de incentivo para expansão) e, ao fazê-lo, dá causa a ineficiência.<sup>28</sup> Segundo, e aliado ao primeiro, a gestão democrática enseja que certas decisões conformes aos interesses dos trabalhadores (por exemplo, o interesse pela redução da jornada) sejam tomadas com sacrifício da eficiência. Terceiro, há o problema da inovação. Se tivermos em vista o fato de que o investimento em inovação constitui um meio de expansão, então a mesma falta de incentivo à expansão que ameniza a competição acaba sendo um entrave à inovação.<sup>29</sup>

Qual é a importância do fato de a economia da DE ser previsivelmente menos vigorosa, e, em consequência, reduzir a longo prazo as expectativas de renda e riqueza, para uma análise desse tipo de regime segundo o princípio da diferença? Schweickart chama a atenção, a esse respeito, para uma passagem sobre o princípio da poupança justa na qual Rawls (1999, p. 258) afirma que “além de um certo ponto [a riqueza] se torna provavelmente um obstáculo, uma distração irrelevante na melhor das hipóteses, quando não uma tentação à indulgência e ao vazio.”<sup>30</sup> Essa passagem, comenta Schweickart (2012, p. 257), mostra que a riqueza não é um valor para Rawls e que, portanto, o fato de a DE não induzir ao crescimento da riqueza, nos mesmos moldes de regimes capitalistas, deve ser tratado por rawlsianos como de somenos importância. No entanto, que a riqueza não seja, em si mesma, um valor para Rawls

FREEMAN, 2007, p. 227; em outro sentido, O’NEILL, 2012), não afasta o temor de que trabalhadores mais capacitados ditem as regras nas empresas da DE. A plena realização da equitativa igualdade de oportunidades não previne que haja trabalhadores cujas aptidões estejam sob maior demanda do que as de outros, mas apenas faz com que a diferente capacitação esteja mais relacionada à “loteria natural” (isto é, aos desiguais dotes inatos) do que a circunstâncias sociais. Sobre o princípio da equitativa igualdade de oportunidades como princípio que procura atrelar às chances de sucesso às aptidões inatas, ver Rawls (1999, p. 63).

<sup>28</sup> Naturalmente, a falta de concorrência e o risco de ineficiência dela decorrente também se verificam em regimes capitalistas devido à formação de oligopólios. A diferença quanto a isso é que, na DE, o controle democrático da gestão colabora para que certas decisões ineficientes sejam tomadas em favor dos trabalhadores.

<sup>29</sup> É impossível enfrentar aqui o já antigo e sofisticado debate microeconômico sobre a produção em cooperativas. Embora esse debate seja possivelmente útil para avaliar os méritos da DE na versão defendida por Schweickart, deve-se ter em vista o fato de que o comportamento das empresas na DE pode não coincidir com os de cooperativas existentes (mesmo daquelas que não se valham de trabalho assalariado) que se sujeitam à concorrência de empresas capitalistas.

<sup>30</sup> “(B)eyond some point it [wealth] is more likely to be a positive hindrance, a meaningless distraction at best if not a temptation to indulgence and emptiness.”

é algo que não autoriza concluir pela sua irrelevância para a comparação de arranjos institucionais. A riqueza e a renda são bens primários, no sentido de Rawls, devido ao seu papel instrumental para o exercício das capacidades morais (em particular, a capacidade para uma concepção do bem).<sup>31</sup> Não há dúvida, assim, de que, quando se comparam dois regimes institucionais à luz da justiça rawlsiana, preferível aquele sob o qual as expectativas de riqueza dos cidadãos hipossuficientes são mais altas, todo o restante sendo igual.<sup>32</sup>

Isso não significa que o princípio da diferença leve a rejeitar a DE quando comparada a regimes capitalistas, porque, se (como parece) as expectativas de riqueza e renda dos cidadãos hipossuficientes são maiores sob esses últimos, o restante, tal como visto ao longo desta seção, não é igual. Há boas razões para prever que, em regimes de DE, as expectativas dos cidadãos em desvantagem quanto a outros bens primários (poderes, prerrogativas e posições de responsabilidade, bases sociais do autorrespeito, emprego, lazer, trabalho significativo e democracia no trabalho) sejam mais elevadas. É possível, por isso, que, entre a DE e o estado de bem-estar (ou o tipo de regime capitalista preferido por Rawls, a democracia de cidadãos proprietários), o princípio da diferença, ao invés de indicar uma preferência *tout court* por um tipo de regime, sirva somente para comparar particulares versões de um e outro tipo, bem como conduza, em muitos casos, a um juízo de incomparabilidade.

Por fim, mesmo que, tendo em vista suas consequências de curto prazo, a DE e o capitalismo se mostrem incomparáveis (ou até comparáveis com vantagem para a primeira), uma questão a enfrentar é a da estabilidade da DE. Sobre isso, uma observação a fazer é que essa estabilidade depende das preferências dos cidadãos pelos bens primários (como lazer, democracia no trabalho e trabalho significativo) que a DE oferece em maior profusão. Essas

---

<sup>31</sup> Sobre a relação entre a noção de bem primário e as duas capacidades morais fundamentais, as capacidades para um senso de justiça e para uma concepção de bem, ver Rawls (2001, p. 169).

<sup>32</sup> Na sua comparação entre a DE e a democracia de cidadãos proprietários, Schweickart enfrenta o problema das desigualdades de riqueza (que ele admite serem tendencialmente menores na democracia de cidadãos proprietários do que na DE, mas, em todo o caso, menores sob ambos os tipos de regime do que sob o Estado de bem-estar). Do ponto de vista do princípio da diferença, entretanto, o que importa não são as diferenças de riqueza em si mesmas, mas se essas diferenças são ou não necessárias para maximizar as expectativas dos cidadãos hipossuficientes. Assim sendo, não serve, por si só, como argumento em favor da DE (nem, tampouco, da democracia de cidadãos proprietários) o de que ela reduz as desigualdades de riqueza e renda se, em regimes capitalistas, essas desigualdades, apesar de maiores, acabarem elevando as expectativas dos cidadãos em desvantagem em relação aos bens primários em questão. Essa conclusão será inescapável à medida que limitarmos nossa atenção ao princípio da diferença entendido como princípio atinente à riqueza e à renda. Pode-se, por outro lado, argumentar em favor de um tipo de regime que reduza desigualdades com base em outros princípios da justiça que não o da diferença (por exemplo, os princípios do valor equitativo das liberdades políticas e da equitativa igualdade de oportunidades) ou até com base no princípio da diferença mesmo, caso se entenda que a redução da desigualdade ajude a elevar expectativas quanto a outros bens primários, tal como quando se alega, por exemplo, que uma desigualdade material robusta tem como efeito o de minar as bases sociais do autorrespeito (PENNY, 2013).

preferências precisam ser intensas o suficiente para que uma eventual falta de crescimento ou até diminuição da riqueza e da renda não causem maior descontentamento e, com isso, acabem tornando a solução institucional uma questão instável.<sup>33</sup>

#### 4. CONCLUSÃO

Neste trabalho, tratei do potencial de um tipo de regime de socialismo de mercado, a democracia econômica (DE) de Schweickart (2011; 2012), para satisfazer ao princípio da diferença de Rawls. Depois de algumas considerações metodológicas na primeira parte sobre a comparação de regimes institucionais com base em princípios da justiça (em particular, o princípio da diferença), a segunda parte apresentou os pontos principais da proposta de Schweickart e avaliou suas possíveis consequências para a distribuição de bens primários. A mais importante conclusão é que a democracia econômica não é definitivamente superior a regimes capitalistas no que se refere ao princípio da diferença, mas pode, em determinadas circunstâncias, mostrar-se superior ou incomparável com esses regimes, devido à sua tendência a elevar as expectativas dos cidadãos hipossuficientes quanto a outros bens primários que não a riqueza e a renda. Por fim, ponderou-se que a estabilidade de um regime de DE pode depender de que as suas consequências (quando comparadas às de outros regimes) não estejam em substancial desajuste com as preferências dos cidadãos. Isso equivale a dizer que o sucesso a longo prazo de um regime de DE depende da intensidade das preferências dos cidadãos por bens primários como o lazer, o trabalho significativo e a democracia no trabalho.

#### REFERÊNCIAS

ANALYSE & KRITIK. 2013. Zurique: v. 35, n. 1.

ARNESON, R. J. Meaningful work and market socialism. **Ethics**, v. 97, n. 3, pp. 517-545, 1987.

\_\_\_\_\_. Against Rawlsian equality of opportunity. **Philosophical Studies**, v. 93, pp. 77-112, 1999.

<sup>33</sup> Duas observações adicionais. Primeiro, repare que, tanto no caso da DE quanto no dos regimes capitalistas, a combinação de riqueza, renda e outros bens primários não depende exclusivamente de decisões individuais. Assim como os cidadãos de regimes capitalistas podem em geral desejar que haja mais tempo disponível para lazer (ainda que com certo sacrifício de riqueza e renda) mas, devido a circunstâncias institucionais, falhar em coordenar suas ações de modo a alcançar esse objetivo, a DE pode, por razões análogas, deixar de atender às aspirações dos trabalhadores quanto à riqueza e à renda. Segundo, não se deve confundir o que é dito acima com a afirmação de que, na comparação entre regimes que oferecem diferentes “pacotes” de bens primários com base no princípio da diferença, deva-se considerar superior o regime que mais se conforme às preferências dos cidadãos. Isso seria incorreto pela simples razão de que o princípio da diferença é um princípio de maximização das expectativas (dos cidadãos em desvantagem) quanto a bens primários, e não um princípio para a satisfação de preferências. O que se pondera acima é que, entre dois regimes cujas consequências são a curto prazo distintas e (devido à diversidade de bens primários envolvidos), incomparáveis à luz do princípio em exame, um regime cuja combinação de bens primários desatenda às preferências dos cidadãos é um regime tendencialmente mais instável.

- ARNOLD, S. The difference principle at work. **Journal of Political Philosophy**, v. 20, n. 1, pp. 94-118, 2012.
- CHANG, R. Introduction. In: CHANG, R. (org). **Incommensurability, incomparability, and practical reason**. Cambridge: Harvard University Press, 1997, pp. 1-34, 1997.
- \_\_\_\_\_. The possibility of parity. **Ethics**, v. 112, n. 4, pp. 659-688, 2002.
- COHEN, G. A. **Rescuing justice and equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- CRAIG, B; PENCAVEL, J. The objectives of worker cooperatives. **Journal of Comparative Economics**, v. 17, pp. 288-308, 1993.
- FREEMAN, S. R. **Rawls**. Nova York: Routledge, 2007.
- MORIARTY, J. Rawls, self-respect, and the opportunity for meaningful work. **Social Theory and Practice**, v. 35, n. 3, p. 441-459, 2009.
- O'NEILL, M. Three Rawlsian routes towards economic democracy. **Revue de Philosophie Économique**, v. 8, n. 2, pp. 29-55, 2008.
- \_\_\_\_\_. Free (and fair) markets without capitalism: Political values, principles of justice, and property-owning democracy. In: O'NEILL; M; WILLIAMSON, T. (orgs.). **Property-owning democracy: Rawls and beyond**. Edição Google Play. Malden: Blackwell, 2012, cap. 4.
- O'NEILL, M.; WILLIAMSON, T. (orgs.). **Property-owning democracy: Rawls and beyond**. Edição Google Play. Malden: Blackwell, 2012.
- PARIJS, P. van. Difference principles. In: FREEMAN, S. R. (org.). **The Cambridge companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 200-240.
- PENNY, R. Incentives, inequality and self-respect. **Res Publica**, v. 19, n. 4, pp. 335-351, 2013.
- QUERALT, J. The place of the market in a Rawlsian economy. **Analyse & Kritik**, v. 35, n. 1, pp. 121-140, 2013.
- RAWLS, J. **Political liberalism**. Nova York: Columbia University Press, 1996.
- \_\_\_\_\_. **A theory of justice**. 2. ed. Cambridge: Belknap Press, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Justice as fairness: A restatement**. Cambridge: Belknap Press, 2001.
- SCHWEICKART, D. **After capitalism**. 2. ed. Edição Kindle. Lanham: Rowman & Littlefield, 2011.
- \_\_\_\_\_. Property-owning democracy or economic democracy? In: O'NEILL; M; WILLIAMSON, T. (orgs.). **Property-owning democracy: Rawls and beyond**. Edição Google Play. Malden: Blackwell, 2012, cap. 10.
- WARD, B. The firm in Illyria: Market syndicalism. **American Economic Review**, v. 48, n. 4, pp. 566-589, 1958.
- WILLIAMS, A. Linguistic protectionism. In: GOSSERIES, A.; VANDERBORGHT, Y. (orgs.). **Arguing about justice: Essays for Philippe Van Parijs**. Louvain-la-Neuve: Presses Universitaires de Louvain, 2011, pp. 395-402.

# Revista Brasileira de Direito e Justiça

## Brazilian Journal of Law and Justice Journal of Law





## **De um direito penal antropocêntrico a um direito penal antropomórfico: a propósito da “*cultural defense*”\***

Maristella Amisano Tesi†

### **RESUMO**

É possível, em Direito Penal, uma forma qualquer de “*cultural defense*” como causa de exclusão da culpabilidade? Nos ordenamentos jurídicos contemporâneos deixar de punir alguém pelas características do acusado (e não pela análise da conduta realizada) – como é típico da *cultural defense* - não coaduna com os princípios que constituem o fundamento do direito de punir. Procuraremos abordar essa questão à luz de duas perspectivas. Em primeiro lugar, temos que fornecer alguma plausibilidade científica à ideia de crime culturalmente orientado. Só depois disso, poderemos discutir se existem – ou se seriam apropriados – mecanismos jurídicos adequados para a utilização da cultura do agente como meio de defesa.

Palavras-chave: Direito Penal. Exclusão de culpabilidade. Exculpantes. Antropologia e Direito. Cultura.

### **1. INTRODUÇÃO – DESAFIOS JURÍDICOS DA SOCIEDADE MULTICULTURAL.**

Na sociedade moderna, parece que as normas regulam – cada vez mais – todos os comportamentos sociais. O direito parece estar prestes a entrar em todos os aspectos da vida humana, quase como se a sociedade devesse se resignar a ficar presa dentro da gaiola de uma onipresente e penetrante dimensão jurídica. A nossa sociedade se tornou uma *law-saturated society* (RODOTÀ, 2012) uma sociedade excessivamente repleta de normas e regras.

A sociedade complexa, projetada por Friedrich von Hayek (1978), hoje, mais que nunca, mostra sua importância. Vários modelos de sociedade se sobrepõem uns aos outros. E isso não muda. Pelo contrário, o processo fica mais evidenciado quando a complexidade adquire contornos culturais e jurídicos. Os homens têm atributos biológicos e culturais próprios. As migrações levaram muitas pessoas a se estabelecerem em sociedades diferentes das de origem e com pressupostos culturais às vezes até muito distantes uns dos outros. As sociedades se tornaram, assim, multiculturais.

Uma sociedade multicultural é, com certeza, algo muito apreciável. Mas não podemos nos enganar: sociedade multicultural não é a sociedade onde as várias e diversas culturas

---

\* Artigo recebido em 10/11/2014 e aceito em 25/04/2015.

† Professora Associada da Universidade de Calábria, Itália.

coexistem umas perto das outras em regime de igualdade. Frequentemente, as culturas das minorias coexistem dentro da cultura dominante, sem serem reconhecidas ou aceitas. Quando a sociedade multicultural se reflete no direito, tudo se torna ainda mais complexo. É neste ambiente que nasce o delito culturalmente orientado: a cultura dominante não aceita alguns hábitos da cultura da minoria e a discrepância tem consequências no sistema do direito (BERNARDI, 2006), onde por “consequências” não se deve entender uma modificação do direito, mas a simples apresentação do problema da compatibilização, sem alteração alguma do direito vigente.

O ponto de partida é que os enormes fluxos migratórios das últimas décadas fizeram com que dentro do mesmo contexto social coexistam enclaves de culturas diferentes. Nessa moldura, sustenta-se (RENTELN, 2004, 2005) que o paradigma jurídico monocultural não pode mais prevalecer. O legislador, civil e penal, não pode mais pedir a adesão de todos a um único código de conduta, pois deve atentar para o reconhecimento de hábitos culturais diferentes. Nesse compasso, um problema jurídico se apresenta quando um fato considerado penalmente relevante na cultura hospedeira é, pelo contrário, aprovado na cultura de um determinado grupo minoritário. Pense, por exemplo, na poligamia, nas práticas de mutilação dos genitais femininos, nos casamentos entre parentes de sangue. Em matéria civil, cogita-se da modulação do ressarcimento de danos em função de como a cultura da vítima percebe o dano. Especificamente em matéria penal, tais reflexões de antropologia do direito, levaram à discussão sobre a existência – ou não – de uma *cultural defense*, uma causa de exculpação do delito, tendo-se em consideração aspectos da cultura do agente. A discussão gira em torno de possíveis mecanismos jurídicos capazes de adaptar o contexto cultural, ético normativo em que se insere o réu.

Estabelecidas, neste contexto introdutório, as bases da “*cultural defense*”, faz-se necessário concentrar nossa atenção, na seção seguinte, ao conceito de cultura.

## 2. POR UM CONCEITO DE CULTURA

A importância de uma definição homogênea de cultura parece evidente, na medida em que a identidade cultural, de fato, é o foco de toda a reflexão relativa aos delitos culturalmente orientados ou motivados. No entanto, a palavra “cultura” tem uma acepção muito complexa. Não é suficiente dizer que a cultura é algo que o cidadão adquire como membro de uma dada sociedade; que cada cultura tem igual dignidade e que as culturas não são mônadas isoladas, mas interagem entre si (DE MAGLIE, 2010). Tratam-se de elementos que efetivamente contribuem na definição do conceito de cultura, mas ainda não captam inteiramente sua

essência. Cada pessoa integrada a uma mesma cultura pode apreendê-la de maneira diferente, assim como a interação entre culturas pode levar à ausência daqueles conflitos que, pelo contrário, constituem a base do delito culturalmente orientado.

Para a ciência antropológica, a cultura não é somente o patrimônio de conhecimentos que cada pessoa possui, mas é também o complexo de valores, tradições, hábitos, crenças e hábitos mentais que denotam cada comunidade social (SACCO, 2007, p. 13). Além disso, segundo a ciência antropológica, as culturas são afetadas pela diversidade inerente à natureza das coisas. Tudo o que é real é dominado pela diversidade, e isso vale tanto para a realidade material quanto para a realidade cultural (SACCO, 2007, p. 43). De fato, a diversidade vem da variação. Nem podemos lamentar isso. A diversidade pode implicar na incompatibilidade, até mesmo em conflito, mas é o preço a ser pago.

Em qualquer sociedade, exceto nas formas mais embrionárias e primitivas, é comum que coexistam diversas culturas. Mais complexo é entender como reage uma cultura quando sabe da existência da outra. É improvável que os operadores das duas comunidades comparem as suas culturas e as considerem uniformes, enriquecendo uma com elementos da outra e vice-versa. Mais provavelmente, a comparação entre as duas culturas diferentes criará uma contenção orientada à sobrevivência de uma só das duas culturas. Por isso a “desaculturação” é considerada o destino do homem (SACCO, 2007, p. 69). Uma das culturas resultará dominante e não surpreende que quem considera superior a sua cultura também considere superior o seu direito. A superioridade ética cria o dever de intervenção: “não é legal permitir desvios éticos no nosso mesmo *habitat*, nem – quando for possível a intervenção- num *habitat* distante” (SACCO, 2007, p. 69).

Tentarei aglutinar as duas conclusões às quais cheguei.

A definição de cultura não é nada simples e tem características muito subjetivas: pense na cultura oriental oposta à cultura ocidental, na cultura rural oposta à industrial e em todas as nuances que podem colorir estas mesmas categorias. Examinando os delitos culturalmente orientados, costuma-se dizer que por “cultura” entende-se aquela de uma nação ou de um povo que ocupa um determinado território. No entanto, essa definição é simplista: se fosse assim, nem poderíamos falar de delitos culturalmente orientados. Pelo menos no que concerne ao âmbito espacial de validade jurídica, estamos no caminho da normalização. O problema é que o direito não é diferente de todos outros fenômenos sociais e culturais (eis que cultura e direito se interligam): direito, língua, conhecimento, regras de vida e outros produtos da atividade humana material e intelectual constituem, em conjunto, cultura. Não obstante, entre os

elementos indicados, língua e direito têm uma característica especial: se duas pessoas comem alimentos diferentes ou usam tratamentos diferentes para curar as suas doenças, o pluralismo das soluções não incomoda a sociedade (SACCO, 2007, p. 43). Por outro lado, os membros da mesma sociedade não podem se entender usando línguas diferentes. Similarmente, qualquer norma jurídica, para ter validade, deve ser compartilhada.

De fato, a comunidade humana não fala uma língua só. Mas isso contraria o objetivo da língua, que é a comunicação. Os seres humanos não observam um direito único, mas isso contraria o objetivo do direito que é garantir um mecanismo de solução de conflitos igual e previsível para pessoas diferentes. A uniformidade será perdida se as soluções previstas por duas hipóteses idênticas forem múltiplas. (SACCO, 2007, p. 42)

### 3. CULTURA E DIREITO

Chego a um ponto crucial desta reflexão, que ajudará também a sair da dificuldade de conceituar ou definir cultura. Conceituar ou definir o que é cultura tem, sem dúvida alguma, a sua importância, mas não podemos esquecer que estamos no âmbito jurídico e que o direito transpõe a cultura de um determinado contexto social. Entre cultura e direito se estabelece uma relação bilateral, onde um é influenciado pelo outro. Até porque o direito – como já vimos – constitui-se num dos elementos que compõem aquele conjunto que vem definido como cultura. Mas, quando essa relação de reciprocidade se torna norma, o intérprete só pode notar em qual forma e grau aquele determinado elemento cultural, que se tornou direito, transpõe fatos que constituem elementos de outras diversas culturas. Portanto, o direito é o resultado da cultura dominante, não tendo esse adjetivo conotação negativa alguma. Não se trata de colonialismo cultural, mas sim de homogeneidade necessária para que se criem os princípios expressos no e pelo direito. Em princípio, como a fonte do direito reside na vontade dos cidadãos, a nova regra funda-se no consentimento geral. Entretanto, não se pode negar que a unificação do direito tem seus custos. Um código nacional reflete a opinião dos juristas do país, se inspira na jurisprudência já enraizada e se abre a soluções reclamadas por questões sociais generalizadas e reiteradas. Frequentemente, não haverá nada de imprevisível ou socialmente agressivo, mas é claro que um código, que tem como sua finalidade gerar uniformidade, necessariamente sufocará algumas regras, substituindo-as por outras. Essa é a realidade do direito.

Preciso avançar um pouco mais. Já ressaltéi que o conceito de cultura é muito complexo e o mesmo acontece com a sociedade multicultural. A respeito desta última – e independentemente da definição correta de cultura – seu dado mais significativo é a coexistência de culturas diversas num mesmo contexto sociogeográfico. Nesses casos, criam-se condições para o que os antropólogos denominam de “pluralismo jurídico”, indicando com

essa expressão a concorrência do direito dos códigos que é usado nos Tribunais e o direito usado e gerenciado por um dado grupo singular ou minoritário.<sup>1</sup> No entanto, para os juristas, as coisas não correm da mesma forma. Quando há situações de divergência cultural, cada ordenamento estatal se vê diante das seguintes alternativas: a cultura dominante assimila a cultura da minoria (modelo da assimilação francês) ou a cultura dominante não abre qualquer espaço relevante para a visibilidade das multiculturas.

A questão se torna ainda mais complexa se considerarmos que existe um descolamento entre o direito e o conhecimento do direito e o conhecimento do direito é o conhecimento dos dados reais. O legislador escreve, o intérprete lê e escreve, o juiz considera e julga, o cidadão cumpre ou desvia. Existem, em cada ordenamento, normas “crípticas”, ou seja, praticadas, mas não conscientes. Normas desconhecidas que têm um papel muito importante na interpretação: fazem com que se situem em níveis diferentes o direito aplicado e a norma escrita (SACCO, 2007, p. 24). Tudo isso atua com a mescla de diferentes planos, em alguns dos quais a cultura do agente pode não ter qualquer valor.

Como já vimos, cultura e direito não podem ser considerados conceitos desconectados: a cultura humana, o direito; as culturas humanas, os direitos. A reflexão antropológica irá nos dizer quanto acreditar na cultura humana (no singular) e quanto reconhecer as culturas humanas (no plural).

É logicamente possível que se note a multiplicidade das culturas de fato e se reconheça as que tenham a aspiração de unidade; ou que seja medido quanto é marcada a unidade das culturas dos homens e se deseje a variedade (SACCO, 2007, p. 41). Além da confiança no estudo da antropologia como fonte de cada resposta, é importante ver os profundos laços entre direito e cultura. Mas qual cultura? A primeira resposta é: a cultura dominante, aquela que estabelece os princípios que merecem proteção através da criação do direito. Podem acontecer fatos que são crimes segundo a cultura dominante, mas que são totalmente lícitos na cultura à qual o réu pertence. É isso que consideramos de delitos *culturalmente orientados*. Daí a indagação que será problematizada nas seções seguintes: é possível utilizar como defesa o fato de que o comportamento típico e antijurídico lícito na cultura do réu? Em resumo, é possível uma forma qualquer de *cultural defense*?

---

<sup>1</sup> Dentro da mesma antropologia, o conceito de pluralismo jurídico apresenta nuances diferentes. Pode-se falar em pluralismo quando o Estado cria regras diferentes para os cidadãos segundo a religião, a origem cultural. Também quando o mesmo cidadão tem que obedecer a normas diferentes e contrastantes. Existe também um pluralismo legal radical, segundo o qual é direito tudo o que os homens acham que é: o direito seria uma opinião, uma aspiração e não uma norma.” (SACCO, 2007, p. 83)

Procuraremos abordar essa questão à luz de duas perspectivas. Em primeiro lugar, temos que fornecer alguma plausibilidade científica à ideia de crime culturalmente orientado. Só depois disso, poderemos discutir se existem – ou se seriam apropriados – mecanismos jurídicos adequados para a utilização da cultura do agente como meio de defesa.

#### **4. POR UM CONCEITO DE *CULTURAL DEFENSE***

Antes de prosseguir com minha reflexão, acho útil expor os argumentos em torno da ideia de *cultural defense*. Em primeiro lugar, há o interesse jurídico de se evitar erros causados por uma enganosa interpretação dos fatos reais. Afinal, a cultura pode influenciar o comportamento, dependendo da leitura que cada um de nós faça dos elementos objeto da sua avaliação (RENTELN, 2004, p.52; VAN BROECK, 2001, p. 5; DE MAGLIE, 2006 p. 219). Além disso, o direito à cultura é reconhecido no direito internacional dos direitos humanos: artigo 27 do Pacto internacional sobre os direitos civis e políticos de 1966 (CAPOTORTI, 1992, p. 102).

Quem se expressa em favor da *cultural defense* é principalmente Renteln, que considera que sempre devem ser levadas em consideração, nos processos, provas relativas ao *background* cultural dos membros das minorias historicamente presentes num dado território e também dos grupos de novos migrantes. Sem embargo, Renteln faz uma advertência muito importante: admitir nos processos a prova da cultura de origem não significa necessariamente usá-la para um resultado favorável ao acusado. A *cultural defense* não significa que respeitar as diferenças sempre prevaleça sobre outros direitos e valores. A cultura é um direito e tem que ser equilibrado com outros direitos de igual importância. O próprio Renteln reconhece as dificuldades do legislador para abrir espaço à *cultural defense* (RENTEL, 2004, p. 70). O legislador poderia estabelecer exceções, mas isso pode ser criticado, pois a efetiva garantia das culturas minoritárias seria subordinada à vontade da cultura dominante. Na verdade, é o que parece acontecer sempre: o direito como produto da vontade expressa da maioria. Renteln tem a preocupação de que uma minoria cultural possa receber concessões e outra não, violando o princípio de igualdade. Além disso, as derrogações poderiam ser somente pelas práticas culturais já conhecidas e não pelas desconhecidas.

Nas seções anteriores, observei que o crime culturalmente orientado traz o seu significado no mais amplo e complexo conceito de cultura. Anotei também que, como definição, considera-se culturalmente orientado aquele delito motivado por razões culturais pertencentes ao grupo social minoritário. É considerado grupo cultural dominante aquele que expressou os princípios que se tornaram direito. Nas seções seguintes vou começar a abordar

casos penais, dos Estados Unidos, em que se cogitou versarem sobre crimes culturalmente definidos. Vou começar dos casos que foram considerados crimes culturalmente orientados nos Estados Unidos porque tal categoria nasceu naquele contexto. Muitos são os exemplos na literatura e vale pena analisar alguns desses casos que parecem ser significativos e fecundos para a nossa reflexão. Cada caso é diferente, na medida em que em cada caso a cultura tem um papel diferente e em cada caso o convencimento judicial pode levar a resultados diferentes.

Veremos que em alguns dos casos examinados a *cultural defense* foi acolhida plenamente, em outros foi reconhecida para diminuir a pena, em outros casos ainda a *cultural defense* não foi levada em conta de forma alguma. Tentarei comentar cada caso especulando sobre como poderia ter sido encaminhado num país de *civil law*, como a Itália e o Brasil. Examinarei os mecanismos jurídicos existentes nos ordenamentos de *civil law*, tentando encontrar elementos úteis para verificar se a *cultural defense* pode ter relevância por meio dos institutos jurídicos já existentes ou se seria útil uma norma apropriada.

## **5. A CULTURAL DEFENSE NA JURISPRUDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS.**

Os Estados Unidos formam uma sociedade multicultural por definição e tem sido um importante palco para a discussão acerca dos problemas da convivência social na pluralidade de culturas diferentes. Surge nos Estados Unidos uma das primeiras abordagens sobre o problema do reconhecimento (no artigo 27 do Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos de Nova York de 1966) do “direito às diferenças culturais”, que seria o direito dos membros das minorias culturais de se comportar conforme sua identidade cultural e étnica. É lá também que se tem colocado, com ênfase, o problema da delimitação dos contornos da diversidade cultural. Afinal, se de um lado não se tem dúvida sobre a existência do direito à diversidade cultural, por outro lado o desafio maior está em se estabelecer um equilíbrio entre tal direito e os demais direitos fundamentais tutelados pelo direito penal.

Antes dos casos mais famosos e significativos, queria ressaltar que a *cultural defense*, embora tenha sido teorizada há pouco tempo, existe desde quando as culturas começaram se entrelaçar. Desde 1800 há notícias de processos onde a defesa pediu que fosse levada em conta a cultura do réu. No ano de 1888 quatro “*native Americans*”, executando uma sentença de morte exarada por um conselho tribal, matam um médico (ele também era da mesma tribo) por ter sido considerado culpado por ter deixado morrer envenenadas vinte pessoas da tribo, não as curando adequadamente (MAGUIGAN, 1995, p. 63). Já naquela época, os juízes consideraram o fato de os agentes serem indígenas, decidindo que as tradições e superstições de sua tribo

justificavam uma condenação por ‘*manslaughter*’ (homicídio culposo) e não por ‘*murder*’ (homicídio doloso).<sup>2</sup>

Sem embargo, a despeito de a tese da defesa cultural (*cultural defense*) ganhar força nos Estados Unidos, até hoje não há nenhuma norma jurídica, no direito penal norte-americano, que reconheça a *cultural defense*. No silêncio da lei, a doutrina distingue entre *cultural evidence* e *true cultural defense*. A *true cultural defense* é quando o réu pode invocar, como defesa, as tradições culturais e as crenças de sua etnia de origem. Mais comum é o recurso à *cultural evidence*, que remete à valoração das provas com conotações culturais, ou seja, como demonstração de alguns hábitos de uma determinada cultura que podem ter relevância em juízo. Por exemplo, se for demonstrado que, numa certa cultura, o adultério é considerado crime hediondo, o crime cometido por um marido em estado de violenta emoção por ter descoberto o adultério da esposa poderia possibilitar uma “*cultural defense*”, ainda que sob a roupagem de “*insanity*”, diante da falta de positividade jurídica do novo instituto.

#### 5.1 STATE VS. KARGAR (1993); STATE VS. KRASNIQUI (1898-1992)

No caso *State vs. Kargar* de 1993, o senhor Kargar, um afegão residente nos Estados Unidos, foi denunciado com a acusação de grave abuso sexual de seu filho de dezoito meses. Uma vizinha noticiou tê-lo visto mais de uma vez beijando o pênis do filho. A conduta foi comprovada e até admitida pelo próprio culpado, que, no entanto, alegou que, em seu país de origem, aquela conduta seria totalmente lícita e, mais ainda, representaria uma demonstração de amor incondicional, pois, beijando as partes pudendas do próprio filho, o pai demonstraria todo o seu amor incondicional. A conduta não teria, portanto, nenhuma conotação sexual.

Não cabe aqui analisar, com profundidade, o precedente judicial estadunidense. Só quero observar que, após uma condenação em primeiro grau, o acusado foi absolvido porque se considerou que a conduta não causou prejuízo relevante para a vítima. Aparentemente,

---

<sup>2</sup> “*Murder is the killing of any person with malice aforethought, either express or implied by law. Malice in this definition, is used in a technical sense, including not only anger, hatred, and revenge, but every other unlawful and unjustifiable motive. It is not confined to ill-will towards one or more individual persons, but is intended to denote an action flowing from any wicked and corrupt motive, a thing done dolo malo, where the fact has been attended with such circumstances as carry in them the plain indications of a heart regardless of social duty, and fatally bent on mischief. And therefore malice is implied from any deliberate or cruel act against another, however sudden. “Manslaughter is the unlawful killing of another without malice; and may be either voluntary, as when the act is committed with a real design and purpose to kill, but through the violence of sudden passion, occasioned by some great provocation, which in tenderness for the frailty of human nature the law considers sufficient to palliate the criminality of the offence; or involuntary, as when the death of another is caused by some unlawful act accompanied by any intention to take life”.* (MOENSSENS, BACIGAL, ASHDOWN, HENCH, **Criminal Law - Cases and Comments**, VIII ed., New York, 2008, p. 415).

utilizou-se o argumento como artifício procedimental para justificar um comportamento que, segundo a cultura do acusado, não tinha conotação sexual e, por isso, não merecia punição.

No caso *State vs. Krasniqui* (1898-1992), Krasniqui é um imigrante albanês levado à justiça por abusar sexualmente de sua filha de quatro anos. É que durante uma competição de artes marciais na qual participava outro filho, Krasniqui foi visto tocar repetidamente os genitais da menina, o que fez com que a polícia fosse acionada. Ao longo do processo, Krasniqui invocou o testemunho de um antropólogo cultural que explicou que na Albânia tocar os filhos nas partes íntimas não implica em conotação sexual alguma, não tendo o acusado percebido que a aquela conduta poderia não ser adequada para os outros participantes da manifestação esportiva. Embora o acusado residisse nos Estados Unidos havia mais de trinta anos, o antropólogo cultural explicou que a integração dele e da sua família na cultura e na sociedade americana era muito limitada, sendo os hábitos da cultura de origem prevalentes. Krasniqui foi absolvido e os juízes concluíram que “o caso foi o resultado de um mal-entendido cultural, étnico e religioso” (PASQUERELLA, s.d, p. 28). No entanto, em sede civil, Krasniqui foi destituído de seu poder familiar e os filhos foram encaminhados a uma família norte-americana substituta, que os criou. Estabeleceu-se, então, grande controvérsia, pois de um lado a cultura de origem foi levada em conta e, por outro lado, os filhos foram retirados de seu ambiente familiar de origem, de tradição muçulmana, para serem criados por uma família católica de norte-americanos.

Nos dois casos examinados, as coisas não teriam sido muito diferentes num ordenamento de *civil law*. Tanto Kargar quanto Krasniqui teriam sido provavelmente absolvidos por ausência de dolo. Como não tinha conotação sexual nenhuma, o delito não se realizou, pois o dolo não se aperfeiçoou. Não precisaria ser tratado como questão de *cultural defense*, mas de ausência de elemento subjetivo do delito.

## 5.2. PEOPLE VS. METALLIDES (1974)

No caso *People vs. Metallides*, de 1974,<sup>3</sup> um imigrante de origem grega, Metallides, matou um amigo depois de ter descoberto que ele tinha estuprado a sua filha. A defesa demonstrou que na cultura de origem do acusado o conceito de honra implicava em vingança pela gravíssima afronta sofrida. O elemento cultural foi considerado pelos juízes americanos com base na “*temporary insanity defense*”, sendo o acusado absolvido.

Se analisássemos o mesmo caso no âmbito de um sistema de *civil law*, a invocação da

<sup>3</sup> *People v. Metallides*, No. 73-5270, Florida Circuit Court, 1974; Renteln, **The Cultural Defense**, cit., p. 25.

*cultural defense* não pareceria ter sentido. Qualquer um pode ter uma reação violenta descobrindo que a sua filha foi estuprada por um amigo, mas nada justificaria uma absolvição. Em países como a Itália, em cuja legislação os estados emocionais e passionais não podem ter relevância sobre a capacidade de entender e de que querer, que é a base da imputabilidade.

### 5.3. PEOPLE VS. KIMURA (1975); PEOPLE V. CHEN (1987)

Em 1975, Fumiko Kimura,<sup>4</sup> mulher de ascendência japonesa residente na Califórnia, depois de saber que o marido tinha uma amante, pulou no oceano, junto com os dois filhos de quatro e seis anos. Os meninos faleceram, enquanto a mãe foi salva pela equipe de resgate, sendo acusada de *murder* (homicídio doloso). A senhora Kimura se defendeu dizendo que ela tinha praticado o ‘*oyako-shinju*’, uma espécie de homicídio-suicídio de pais e filhos que vem da ideia de que os filhos são uma extensão dos pais e que não é apropriado que os filhos vivam numa família interrompida, dentro da qual sofreriam pela desintegração da unidade familiar. A comunidade japonesa de Los Angeles obteve 25.000 assinaturas para pedir que a mulher fosse absolvida, pois a *oyako-shinju* seria uma prática honorável e que teria de ser julgada com clemência. Provavelmente pela influência das manifestações da comunidade nipônica, a senhora Kimura concordou com uma sanção negociada (*plea bargain*) por *manslaughter* (homicídio culposo) sendo reconhecida a *insanity defense* (inimputabilidade por perturbação mental) pelo trauma sofrido por causa do adultério do marido. A pena foi de um ano de reclusão e cinco anos em *probation* (liberdade condicional). Essa sentença foi muito discutida, pois a clemência parecia vir do sentimento de piedade por uma mulher traída, e não pelo reconhecimento da cultura de origem. De fato, é improvável que em qualquer ordenamento de *civil law* a acusada recebesse pena tão baixa, ainda que considerando atenuantes.<sup>5</sup>

Foi no caso *People v. Chen*, de 1987,<sup>6</sup> que o aspecto cultural parece ter tido maior peso do que a piedade pela esposa traída. Neste caso, Dong Lu Chen matou a esposa que tinha lhe confessado um adultério. Ele se defendeu dizendo que na cultura chinesa o homicídio da esposa adúltera restaura a honra não somente do marido, mas dos pais destes. Só que na China, quando

<sup>4</sup>*People v. Kimura*, No. A-09113 (L.A. Sup. Ct. 1985). Ex pluribus, RENTEL. **The Cultural Defense**, cit., p. 25; COLEMAN, Lambelet. Individualizing Justice through Multiculturalism: the Liberal’s Dilemma. **Columbia Law Rev.**, vol. 96, 1996, p. 1109; WOO, *The People v. Fumiko Kimura: But Which People?* **International Journal of the Sociology of the Law**, 1989, p. 415. In the Italian doctrine: DE MAGLIE. **Società multiculturally**, cit., p. 217.

<sup>5</sup> Muito similar foi o caso “*People vs. Wu*”, de 1988.

<sup>6</sup>*People v. Chen*, No. 7774/87 (N.Y. Supr. Court 1989); COLEMAN, Lambelet. **Individualizing...**, cit., p. 1108; CHIU, **The Cultural Defense**, cit., p. 1053; RENTELN. **The Cultural Defense**, cit., p. 34; GOLDSTEIN, *Cultural Conflicts: Should the American Criminal Justice System formally Recognise a “Cultural Defense”?* **Dickinson Law Review**, 1994, p. 152.

acontece um adultério, a comunidade está presente, chegando a uma mediação entre as famílias e isso evita o homicídio. Nos Estados Unidos, o isolamento cultural de Chen e a ausência da comunidade de compatriotas levou ao trágico evento. No julgamento foi admitido como testemunha um perito em cultura chinesa que confirmou a tese de Chen, influenciando para que a condenação fosse de apenas cinco anos de *probation* (livramento condicional). Segundo os sistemas de *civil law* esse desfecho soaria como profundamente injusto, enquanto no precedente citado pode-se dizer que a cultura de origem do acusado chegou a ter relevância fundamental.

#### 5.4 PEOPLE VS. PODDAR (1969-1974)

Poddar<sup>7</sup> era um indiano da casta dos ‘intocáveis’, os ‘harijan’. Estudando em Berkeley, encontrou uma moça, com quem começou a sair. Durante um réveillon ela o beijou e ele se apaixonou por ela, descobrindo posteriormente que ela não tinha interesse em namorar com ele. Assim, Poddar caiu em profunda depressão e iniciou uma terapia psicanalítica onde chegou a dizer que queria matar a moça. O psiquiatra considerou Poddar realmente perigoso e avisou à polícia de Berkeley, o que não impediu que Poddar conseguisse matar a moça com uma faca, rendendo-se em seguida. A defesa de Poddar, invocando “*mental insanity*”, tentou esclarecer que na cultura de origem do acusado, o relacionamento entre homens e mulheres é bem diverso do vivido na cultura norte-americana, especialmente sendo ele um “intocável”. Na cultura da Índia, um beijo constitui um comprometimento e quando a moça manifestou não ter interesse num relacionamento mais sério, a reação de Poddar teria sido exacerbada por conta da cultura de origem do acusado. Claro que também foi reconhecida uma fragilidade emocional do Poddar, num contexto em que sofrer uma recusa seria considerado mais grave para um indiano da casta dos intocáveis do que para um americano médio. Nesse caso, o reconhecimento do *background* cultural foi essencial para a obtenção da *diminished capacity* (semi-imputabilidade). Não posso afirmar que a cultura de origem do acusado teria a mesma influência, no julgamento do caso num sistema de *civil law*. Em verdade, arrisco afirmar que o mencionado elemento cultural poderia ser lido de maneira oposta, agravando a pena.

### 6. ANÁLISE CRÍTICA DA CULTURAL DEFENSE

Concluídas a exposição e análise de vários casos em que se arguiu a *cultural defense*, podemos tentar esboçar um primeiro posicionamento: o crime culturalmente motivado pode ser

---

<sup>7</sup> *People v. Poddar*. 103 *Cal Rptr* 84 (1972); RETELN. *The Cultural Defense*, cit., p. 31; BUCKNER-FIRESTONE, Where the Public Peril Begins: 25 Years after Tarasoff. *The Journal of Legal Medicine*, 2002, 21, p. 2.; SORIO, I reati culturalmente motivati: la cultural defense in alcune sentenze statunitensi. *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Novembre 2008, p.11.

entendido de várias maneiras, dificultando o alcance de uma definição e uma solução comuns. Em verdade, o próprio relativismo inerente ao conceito de crime culturalmente motivado nos faz pensar em uma difícil legitimação do mesmo, não somente no nível jurídico, mas também no nível social. Esse é só o primeiro limite. Há muitos outros.

Até agora considerei como crime culturalmente orientado aquele cometido por um fundamento cultural de um grupo minoritário. No entanto, se formos legitimando a *cultural defense*, aí deveríamos admiti-la também quando - dentro da mesma cultura dominante - se constituam grupos nos quais um dado comportamento, ilícito à luz do ordenamento jurídico, seja considerado lícito ou até desejável pelo grupo social. Até chegar ao ponto de concluir que o que a cultura do réu lhe impõe constituiria sempre uma justificativa do seu comportamento (RENTEL, 2004). Seria como afirmar que a *cultural defense* teria relevância toda a vez que existisse um conflito entre a cultura do acusado e a cultura que fundou o direito penal. Assim raciocinando, cada pessoa teria um próprio “direito penal”, portador dos seus próprios valores, sem necessidade alguma de que os mesmos valores sejam compartilhados numa finalidade de segurança e paz social. Isso soa inaceitável, pois nega a própria função do direito penal. A cultura não é um microcosmo de valores fechados e imutáveis, mas sim fluido e dinâmico.

Reconhecer a *cultural defense* significa encorajar reconstruções de estereótipos e preconceitos culturais (frequentemente envoltos em questões de gênero, raça/etnia e classe socioeconômica), quase como caricaturas, inexatas e impermeáveis a qualquer contaminação ética ou jurídica. Nem se pode negar, além disso, que cada pessoa pode até se desviar dos seus modelos culturais. Mais uma vez, o risco seria o de atribuir relevância legal à cultura interior, pessoal, do réu. Em suma, admitir-se no ordenamento jurídico a *cultural defense* seria como admitir que, no juízo sobre a responsabilidade criminal do réu, sejam aplicadas regras alheias e diferentes das regras do direito penal estatal. Direito que, assim pensando, não teria mais razão de ser.

Sob perspectiva crítica diversa, em torno da razoabilidade da *cultural defense*, impõe-se uma indagação crucial: O direito à cultura se constitui em direito fundamental? Se a resposta for positiva, estaria em qual relação de equilíbrio com outros direitos fundamentais possivelmente contrários? Ora, as mesmas normas internacionais estabelecem o direito à cultura. Então, tal direito existe. Mas é direito fundamental? Geralmente distingue-se entre direitos humanos e direitos fundamentais. Os direitos humanos pertencem a cada pessoa porque é pessoa. Entre os direitos fundamentais, ao contrário, é incluída a igualdade de valor de todas as diferenças pessoais, incluídas as culturais. A cultura, então, não é direito humano. É direito

fundamental e, especialmente por isso, merece tutela. O direito à cultura é direito fundamental, mas não pode se exercer com modalidades lesivas das imunidades invioláveis de cada pessoa. Trata-se, então, de direito fundamental que sucumbe diante de direitos mais amplos, que tocam a pessoa humana na sua vida ou integridade. Portanto, admitido que temos que reconhecer a relevância da cultura dentro de cada ordenamento, temos que saber como podemos e devemos fazê-lo.

Nos ordenamentos anglo-saxões - onde o problema é mais forte - foi tentado o caminho das causas de exclusão ou diminuição da culpabilidade. Pensou-se em uma causa de exclusão da culpabilidade. O problema é que tem que ser feita uma distinção entre *cultural defense* cognitiva e *cultural defense* volitiva. A *cultural defense* cognitiva intervém quando a cultura do réu o impede de entender que a sua conduta constitui crime. Ao contrário, a *cultural defense* volitiva envolve os casos nos quais o réu sabe que a sua conduta, no país que o hospeda, é crime, mas assim mesmo ele age, pois sente-se obrigado pela sua cultura de origem.

Uma eventual causa de exclusão da culpabilidade pode valer para as duas situações? Se a *cultural defense* cognitiva parece ter espaços mais amplos, a volitiva implicaria dar relevância ao motivo, ou seja, à motivação que causou o crime. Mas na maioria dos ordenamentos de *civil law* não se pode aceitar uma causa de exclusão da culpabilidade tão vaga, nem se pode dar ao motivo uma relevância que geralmente não tem.

Vou tentar, então, uma diferente aproximação à questão. Tentarei colocar essa exclusão de responsabilidade nas discriminantes. Uma hipótese pode ser aquela do exercício regular de direito. Mas, para aplicar essa causa de justificação, é preciso encontrar um direito reconhecido pelo ordenamento e que prevaleça para outros que sucumbem. Assim fazendo, se cai num círculo vicioso: o direito é expressão da cultura dominante, que não pode reconhecer como direitos os valores que pertencem a culturas diferentes e que lesam os valores que, ao contrário, segundo a própria cultura, constituem direitos. E isso é inerente ao mesmo conceito de direito: conceito que não é universal, mas sim cultural. Assim, dificilmente poderá ser utilizada um *discrímen* para justificar um fato motivado por uma diferente sensibilidade cultural.

Vou continuar nesse caminho para verificar se outros institutos, diversos das discriminantes, podem ser utilizados para fornecer legitimação às motivações culturais.

Vou começar pela imputabilidade. Utilizar a inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado para evitar a culpabilidade por um delito

culturalmente orientado seria inaceitável do ponto de vista da cultura dominante e, além disso, teria o significado de desprezar a cultura de origem do réu. E isso seria até em oposição ao princípio da *cultural defense*.

Que tal a ignorância da lei criminal? Em todos os ordenamentos de *civil law* tem vigência o princípio da *ignorantia legis non excusat*. Não pode ser usada a ignorância da lei como desculpa. Tendo o caminho da ausência de dolo. Em princípio, como o dolo implica a representação e a vontade do fato típico, que aquele fato não seja crime na cultura de origem do réu não tem relevância alguma. Vou tomar um exemplo que vem do ordenamento italiano. Na Itália existe uma sociedade dentro da sociedade, expressão da cultura nômade da Bulgária, que se chama “Rom”. Para os *Roma*,<sup>8</sup> furtar os *não-Roma* não é crime; mais que isso, é considerado bom e até recomendável. No entanto, pelo Código Penal italiano, o *Rom* que furta, representando e querendo a subtração de um objeto ao proprietário legítimo, comete o crime de furto, não tendo relevância nenhuma que pela cultura do réu não seja crime. O dolo se verificou.

Em geral, não se pode justificar a relevância da *cultural defense* com a ausência de dolo. Mas podem acontecer casos específicos onde o dolo não se verificou em concreto. No caso do senhor afegão, que costumava beijar o pênis do filho para demonstrar-lhe o seu amor, pode-se pensar numa ausência de dolo. Praticar atos sexuais significa praticar atos considerados sexuais em qual cultura? A primeira resposta é: na cultura dominante que deu origem ao direito naquele dado contexto social. Todavia, o dolo está em relação com a representação e a vontade de realizar atos que tem conotação sexual. No referido caso, o dolo não se aperfeiçoou. O réu não pensou em nenhuma conotação sexual, não havendo dolo. Num caso assim, a cultura de origem coincide com os princípios do ordenamento expresso da cultura dominante.

Existe uma evidência factual e contemporânea de como a irrefletida aceitação da *cultural defense* pode trazer problemas de difícil solução. Tem-se noticiado que, na Bolívia, algumas comunidades têm utilizado uma forma de justiça popular, com pretensão amparo em concessões normativas do direito oficial, que pode consistir no linchamento ou na simples surra de um condenado pela coletividade, sem o processo da justiça comum. Os justiceiros se apoiam, equivocadamente, na ideia de Justiça Comunitária, aprovada pela Constituição da Bolívia de 2009. A ideia da Constituição era legitimar a justiça popular de modo que convivessem de

---

<sup>8</sup> Nota do Editor: Segundo a antropóloga Mirian Alves de Souza, da Universidade Federal Fluminense, Brasil, que defendeu a tese de doutorado *Ciganos, Roma e Gypsies: projeto identitário e codificação política no Brasil e Canadá*, Roma é o plural de rom, que em romani significa cigano”. Conf. [http://www.ch.ufcg.edu.br/arius/01\\_revistas/v19n1/00\\_arius\\_v19\\_n1\\_2013\\_edicao\\_completa.pdf](http://www.ch.ufcg.edu.br/arius/01_revistas/v19n1/00_arius_v19_n1_2013_edicao_completa.pdf), p. 10, acessada em 05/02/2017.

forma harmoniosa a justiça comum e a justiça praticada pelas tribos ancestrais. A legislação boliviana permite que a comunidade decida como julgar e punir responsáveis por contravenções, de acordo com as tradições dos antepassados, mas as condenações permitidas são o exílio do criminoso com sua família e o pagamento de um tributo na forma de trabalhos para a comunidade e, em alguns casos, chicotadas. Nada de linchamento. Os crimes de sangue não podem ser julgados pela justiça comunitária. No entanto, nos últimos tempos, tem-se observado que as regras da Constituição boliviana não são levadas em conta, com suas ressalvas e limites, de sorte que roubos, furtos e violência sexual são punidos com o linchamento. Houve casos até de pessoas queimadas vivas (MORTE...,2015). Mas parece claro que um linchamento, decidido e executado pela comunidade tribal, não corresponde à imagem que séculos de civilização fizeram do direito. Aceitar a *cultural defense* pode abrir lacunas onde a experiência cultural ainda não passou por aquele processo de civilização que levou à previsão de garantias constitucionais, à implementação de uma legislação penal racional e humanitária. A conclusão parece dura, mas acho a única possível, querendo manter as garantias típicas da forma democrática da justiça.

Em resumo, a não ser em casos específicos, não podem ter ingresso no ordenamento penal instrumentos para fornecer legitimação à *cultural defense*. Qualquer que seja a motivação que levou ao crime trata-se de crime. Outra coisa é dosar a pena conforme a motivação cultural. A cultura de uma pessoa faz parte da construção de si e bem pode ser avaliada entre os motivos que levaram ao crime e às condições de vida do réu. Nesse sentido, a cultura pode ter relevância para dosar a sanção ao fato criminoso. A cultura de origem de cada pessoa influencia profundamente os valores e as convicções de cada um, assim como o jeito de perceber e interpretar a realidade. Todavia, em nenhum caso a cultura pode se tornar fundamento legalmente relevante para reivindicar a legitimidade de qualquer conduta lesiva da vida, da integridade física ou da liberdade alheia. Pensar de uma maneira diferente poderia dar ingresso a um direito penal não baseado no fato, mas no autor.

## **7. CONCLUSÃO – A “CULTURAL DEFENSSE” COMO “NÃO-DIREITO”.**

Analisei, nas suas características essenciais, a *cultural defense*, onde a importância do fato criminoso se rende às características do próprio réu. Ora, é indiscutível que o homem seja o centro, o foco do direito, assim como da sociedade, mas o que quero questionar é a possibilidade de moldar o direito não tendo como base o genérico homem, mas *aquela* homem que praticou o crime. Nos ordenamentos jurídicos contemporâneos deixar de punir alguém pelas características do acusado (e não pela análise da conduta realizada) – como é típico da

*cultural defense* - não coaduna com os princípios que constituem o fundamento do direito de punir.

Cheguei assim a uma importante conclusão: na *cultural defense* há a substituição de uma visão não genérica do homem (*antropomórfico*) por outra que evidencie as suas peculiaridades (*antropocêntrico*). Ocorre que, quando jogamos cartas, é preciso conhecer as regras do jogo em si. Da mesma forma, o direito penal tem as próprias regras e não necessariamente alguma é melhor que a outra. Por isso, em princípio, um direito que leve em conta as especificidades típicas do réu (culturais, sociais, ideológicas...) poderia até ser melhor que um direito que as ignore. Cada pessoa tem características próprias que a diferencia das outras. São muitas características, um poliedro de tons que constituem o mesmo ser humano. Quais dessas devem ser levadas em conta pelo direito? Todas ou somente algumas? E qual seria o critério da seleção? Para responder seria preciso impor outras regras. Em suma: outro direito. Mas, para fazer tudo isso, temos que ter certeza que o novo direito será melhor do que o atual. Não deve ser igual, deve ser melhor.

Para saber se o novo direito seria melhor que o vigente, temos que pensar que dar legitimação à *cultural defense* significaria considerar lícito um comportamento cada vez que houver um conflito entre a cultura do agente e a cultura que produziu o direito vigente. Nesse caso, cada um criaria um direito próprio e isso faria com que qualquer um virasse inimigo de quem tem um direito diferente.

Juntando as peças do quebra-cabeça que estamos montando, a conclusão é que a *cultural defense* é uma forma de *não-direito*, de dissolução do direito penal. E aí nem é mais para escolher entre um direito igual ou melhor do direito vigente. Agora é para escolher entre direito e não- direito. E a escolha só pode ser uma só.

## REFERÊNCIAS

BERNARDI, Alessandro. **Modelli penali e società multiculturali**, Torino: Giapichelli, 2006.

BUCKNER-FIRESTONE. Where the Public Peril Begins: 25 Years after Tarasoff. **The Journal of Legal Medicine**, 2002, 21, p. 2 e ss.

CAPORTORTI, Francesco. Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici. **Rivista Internazionale sui diritti dell'Uomo**, 1992, p. 102 e ss.

CHIU. the Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation, and Guilty Liberalism, 82 **Cal. L. Rev.** 1053, 1994.

COLEMAN, Lambelet. Individualizing Justice through Multiculturalism: the Liberal's

Dilemma. **Columbia Law Rev.**, vol. 96, 1996.

DE MAGLIE, Cristina de. **I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali**. Pisa: Ets, 2010.

\_\_\_\_\_. Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense, in DOLCINI, Emilio (ed.). **Scritti in onore di Giorgio Marinucci**, Milano, 2006.

GOLDSTEIN, Cultural Conflicts: Should the American Criminal Justice System formally Recognise a “Cultural Defense”? **Dickinson Law Review**, 1994, p. 152.

HAYEK, F. von. **Law, Legislation and Liberty, vol. 1, Law and order**. Chicago: University of Chicago Press, 1978.

MAGUIGAN, Cultural Evidence and Male Violence: Are Feminist and Multiculturalist Reformers on a Collision Course in Criminal Courts? **New York University Law Review**, v. 70, p. 63, 1995.

MOENSSSENS, BACIGAL, ASHDOWN, HENCH. **Criminal Law - Cases and Comments**, VIII ed., New York: Foundation Press, 2008.

MORTE anunciada. Bonecos em ruas significam sentença popular contra suspeitos de crime; justificação é comum entre indígenas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Brasil, 25/01/2015.

PASQUERELLA, *The Krasniqi Case*, in AA.VV., **Diversity Week Teaching Manual**, found in [www.uri.com](http://www.uri.com) (University of Rhode Island), p. 28.

RENTEL, Alison. **The cultural defense**. New York: Oxford University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. The Use and Abuse of the Cultural Defense. **Canadian Journal of Law and Society**, V. 20, 1, 2005.

RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole**. Milano: Feltrinelli, 2012. SACCO, Rodolfo. **Antropologia giuridica**, Bologna: Mulino, 2007.

SORIO, Caro. I reati culturalmente motivati: la cultural defense in alcune sentenze statunitensi. **Stato, Chiese e pluralismo confessionale**, Novembre 2008.

VAN BROECK, Jeroen. The Cultural Defense, and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences). **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, 2001, n. 1, p. 5.

WOO, Deborah. The People v. Fumiko Kimura: But Which People? **International Journal of the Sociology of the Law**, 1989, p. 15.

### PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Estados Unidos. N.Y. Supr. Court. People v. Chen, No. 7774/87, 1989.

Estados Unidos. L.A. Sup. Ct. People v. Kimura, No. A-09113, 1985.

Estados Unidos. Florida Circuit Court. People v. Metallides, No. 73-5270, 1974.

Estados Unidos. People v. Poddar, 103 **Cal Rptr** 84, 1972.

# Revista Brasileira de Direito e Justiça

## Brazilian Journal of Law and Justice Journal of Law



## **A concretização da dignidade coletiva por meio do dano moral coletivo \***

Michelle Amorim Sancho Souza<sup>†</sup>

### **RESUMO**

O dano moral coletivo se apresenta como uma forma de concretização da dignidade coletiva, ao reparar a ofensa contra os direitos coletivos *lato sensu*. Assim, a existência do dano moral coletivo - que decorre do conceito constitucional de dignidade coletiva - é analisado a partir da evolução jurisprudencial dos Tribunais Superiores. Para tanto, a pesquisa empreende uma revisão da literatura e análise dos precedentes sobre dano moral coletivo, do STF (Supremo Tribunal Federal) e o STJ (Superior Tribunal de Justiça), inseridos em seus sítios eletrônicos. O estudo argumenta que a concretização da dignidade coletiva, inclusive com o arbitramento de indenização pelo dano causado, coibindo atos atentatórios aos direitos coletivos *lato sensu*, reforça na comunidade a noção de pertencimento.

Palavras-chave: Dano moral coletivo. Dignidade coletiva. Direitos coletivos. Tutela coletiva.

### **1. INTRODUÇÃO**

Atualmente há uma preocupação constante por parte do Poder Judiciário com a efetivação da tutela coletiva, pois, para proteger direitos cuja titularidade pertence à pessoa humana, foi necessário o desenvolvimento de mecanismos processuais a fim de propiciar meios reparatórios, educativos e preventivos para combater lesões feitas a essa espécie de direitos fundamentais. Por não mais persistir a visão clássica relativa ao processo, as ações coletivas passaram a ocupar um lugar de primazia junto à função jurisdicional.

Nesse contexto, surge o dano moral coletivo, expressão extrapatrimonial do dano social, como forma de concretizar a dignidade coletiva e reparar a ofensa contra os direitos coletivos *lato sensu*, os quais estão descritos ao longo do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, o objetivo deste estudo é demonstrar a existência do dano moral coletivo, cuja fundamentação decorre da existência do conceito constitucional da dignidade coletiva; examinar a evolução jurisprudencial dos Tribunais Superiores no tocante ao tratamento dessa matéria e, por fim, fixar os parâmetros para a condenação a esse dano, a fim de que o magistrado

---

\* Artigo recebido em 15/11/2014 e aceito em 26/04/2015.

<sup>†</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Juíza no estado do Maranhão, Brasil.

arbitre a quantia monetária em um patamar constitucionalmente adequado.

A técnica de pesquisa utilizada no desenvolvimento deste artigo foi, essencialmente, a revisão bibliográfica, com enfoque na busca realizada nos sítios eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal a respeito da expressão dano moral coletivo. Dessa forma, o trabalho aborda no primeiro tópico a análise da dignidade da pessoa humana e, posteriormente, o desenvolvimento do conceito constitucional da dignidade coletiva como sustentáculo dos direitos coletivos *lato sensu*. Em seguida, as espécies de direitos coletivos, bem como os mecanismos processuais existentes para a sua tutela. Finalmente, o dano moral coletivo é verificado a partir de sua fundamentação constitucional, estudo dos casos concretos para fomento ou não de sua existência e diretrizes para a fixação de seu arbitramento pelo magistrado.

Feitas essas considerações, tencionamos, portanto, demonstrar a relevância do dano moral coletivo como forma de concretizar a dignidade coletiva, a qual não pode ser lesionada sob pena de desprezo aos valores da sociedade brasileira.

## **2. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA à DIGNIDADE COLETIVA.**

Com o final da Segunda Guerra Mundial, o ser humano retorna ao seu local de primazia na ciência do Direito e há, conseqüentemente, uma preocupação dos ordenamentos jurídicos europeus, notadamente o alemão e o italiano, para a concretização da dignidade da pessoa humana (BARROSO, *on-line*). É claro que esse conceito não remonta o seu início ao século XX, porém a dignidade humana representa o conceito central do Estado constitucional e democrático contemporâneo (BARZOTTO, 2010, p. 39-40).

Dessa forma, embora não seja o objetivo primordial deste artigo, podemos definir a dignidade humana como valor-fonte do qual brotam todos os direitos e deveres fundamentais (MIRANDA, 2008, p. 197). Foi elencada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil no artigo 1º, III, da Constituição Federal (CF), bem como é mencionada em outros dispositivos constitucionais, como o reconhecimento da dignidade tanto de crianças e adolescentes (artigo 227, CF) quanto de idosos (artigo 230, CF).

Feita essa inicial delimitação conceitual, Ingo Sarlet (2009) identifica cinco dimensões dessa definição, quais sejam: ontológica, social,<sup>1</sup> histórico-cultural, autonômica e prestacional.

---

<sup>1</sup> Ressaltamos que a dimensão social ou coletiva da dignidade da pessoa humana não se confunde com o conceito da dignidade coletiva, porque enquanto aquela é o reconhecimento do outro como ontologicamente digno, isto é, conforme Costa (2009, p. 59) “há um dever geral de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos”, esta é um valor pertencente a todo o povo brasileiro, consoante será demonstrado ao longo do trabalho.

*A concretização da dignidade coletiva por meio do dano moral coletivo*

Em síntese, essas dimensões podem ser expressas na lição de Jesús González Pérez (2011, p. 27) como:

La dignidad de la persona no admite discriminación por razón de nacimiento, raza o sexo; opiniones e creencias. Es independiente de la edad, inteligencia y salud mental; de la situación en que se encuentre y de las cualidades, así como de la conducta y comportamiento.

Portanto, a sedimentação da dignidade humana no pós-guerra levou, inevitavelmente, ao fortalecimento do núcleo primeiro de proteção dos direitos fundamentais, por isso a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 esboça, logo em seu início, que a dignidade, inerente a todos os membros da família humana, é o fundamento da liberdade. No entanto, a tutela da liberdade, por si só, não é capaz de proteger a visão holística que devemos ter do ser humano, o qual sem a promoção de saúde, educação, moradia, defesa do consumidor, meio ambiente, entre outros direitos igualmente fundamentais, não pode ter uma existência digna. Nessa ótica, leciona Luísa Cristina Pinto e Netto (2009, p. 54):

A dignidade da pessoa humana não se efetiva e garante apenas com a liberdade, como também não se torna plena somente com a garantia de prestações estatais materiais, os direitos fundamentais devem ser efetivados em seu conjunto coerente em prol da plenitude da dignidade da pessoa humana.

Essa passagem do estado liberal até o social sedimentou a ideia de que o intervencionismo estatal (BONAVIDES, 2007), por meio da consagração nos atuais discursos constitucionais de inúmeros direitos sociais, econômicos e culturais, é necessário para a promoção do gênero humano. Havia uma ficção no liberalismo de que o indivíduo autocrático da sociedade burguesa era autossuficiente. No entanto, “surgiu a imagem de um indivíduo simultaneamente necessitado do Estado e responsável na comunidade social” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 68). Portanto, nessa mesma forma de Estado, que na atualidade se encontra em uma possível crise (NETTO, 2009), começa a surgir a preocupação não somente com o indivíduo particularmente considerado, mas com o desenvolvimento de sua existência em sociedade.

A solidariedade, reconhecida desde Aristóteles (apud MORRIS, 2002) como característica inerente ao ser humano, nos conduz à existência de direitos fundamentais, cuja titularidade pertence à coletividade. Seriam, pois, o terceiro núcleo de proteção dos direitos fundamentais, os quais são “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade” (BONAVIDES, 2008, p. 569), preocupados, em suma, com a construção de uma sociedade mais solidária, consoante artigo 3º, I, CF.

Atrelado a isso, a fundamentação para o reconhecimento desses direitos perpassa,

obrigatoriedade, pela dignidade coletiva, que lhe dará suporte dogmático-jurídico para a tutela coletiva. Ressaltamos que tal definição não está somente atrelada ao terceiro núcleo de proteção dos direitos fundamentais, mas, no presente artigo, daremos ênfase a essa relação.

Dessa forma, como o povo, na lição de Pontes de Miranda (1987, p. 178), é o detentor do poder estatal, será titular de uma dignidade própria, a qual, por meio da consciência jurídica, será refletida pelo texto constitucional na positivação da identidade brasileira. É a dignidade coletiva “o valor essencial, protegido por toda a comunidade, a qual engloba todos os anseios captados pela consciência jurídica e espalhados na identidade constitucional (SOUZA, 2012, p. 67-68). Por isso a necessidade de inculcar a noção de pertencimento do brasileiro à comunidade pátria que é titular de seu direito.

É claro que tanto a dignidade humana quanto a coletiva coexistem harmoniosamente no sistema jurídico, porque aquela é pressuposto desta, juntamente com a consciência jurídica e a identidade constitucional, as quais formam o tripé de sustentação de novo conceito. Então, a sociedade passa a ser vista como titular de direitos e deveres fundamentais, porém sem se encontrar em um contexto totalitário, já que as individualidades continuam a ser preservadas por meio do reconhecimento inequívoco da dignidade da pessoa humana. Assim, como cada um de nós participou da construção do ordenamento jurídico, há um dever de proteção que emana da coletividade, caso essa dignidade social seja malferida, tal qual ocorre, por exemplo, com a inconstitucionalidade por omissão.

A preocupação no desenvolvimento da dignidade coletiva neste trabalho é fundamentar a existência dos direitos coletivos *latu sensu*, bem como, em caso de sua violação, a possibilidade de fixação do dano moral coletivo. A partir da compreensão do conceito de dignidade coletiva, avançaremos para o estudo dos direitos coletivos no ordenamento jurídico brasileiro e os seus instrumentos de tutela perante o Poder Judiciário.

### **3. OS DIREITOS COLETIVOS E OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA.**

Na classificação de Karel Vasak (*apud* BONAVIDES, 2008, p. 569), os direitos relacionados à defesa do meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao desenvolvimento são exemplos de direitos coletivos, porque envolvem a pessoa humana como destinatária.

O atual discurso constitucional aborda, juntamente com os clássicos direitos de defesa e à prestação, os coletivos, os quais podem ser encontrados no artigo 5º, quando se trata, exemplificativamente, da defesa do consumidor (artigo 5º, XXXII, CF) e da proteção ao

patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico-cultural no contexto da ação popular (artigo 5º, LXXIII, CF).

A partir das ilustrações dos mais variados direitos coletivos, verificamos que todos possuem, além da titularidade coletiva, a tutela da solidariedade. Nesse sentido, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 72) explicam que:

Uma situação diferente se configura com o surgimento dos denominados novos direitos coletivos que são direitos de natureza coletiva, muitas vezes denominados de “direitos difusos” que começaram a ser garantidos no século XX, sobretudo após a Segunda Guerra mundial e constituem verdadeiros direitos de titularidade coletiva ou mesmo difusa. (grifos do autor)

Destacamos, então, que a solidariedade, aqui utilizada como sinônimo de fraternidade, tenciona não fomentar o coletivismo jusfundamental (NABAIS, *online*), mas a própria noção de dignidade coletiva, porque aquela é compreendida como uma manifestação da justiça, ao ocorrer tanto na ação em favor do bem individual quanto do bem comum (LORENZO, 2010). Trata-se, indubitavelmente, de princípio constitucional insculpido no artigo 3º, I, CF. Além disso, não podemos confundir a solidariedade com dignidade coletiva, tendo em vista que esta é formada pelos valores fundamentais de certa coletividade, os quais merecem uma proteção de toda a sociedade, enquanto a solidariedade é uma característica necessária para a vida em comunidade.

Tendo em conta essas diferenciações preliminares para o entendimento acerca dos direitos coletivos *lato sensu*, nos termos do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) temos que são espécies desses direitos: os difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos.

Para Teori Zavascki (2011), os direitos transindividuais compreendidos como as duas primeiras espécies, não apresentam titularidade individualizada, e são materialmente indivisíveis. Assim, os direitos difusos são verificados a partir de uma circunstância de fato que une os seus destinatários, ainda que indeterminados, tal qual ocorre com as agressões perpetradas contra o meio ambiente. Em relação aos direitos coletivos *stricto sensu*, a titularidade é vista por meio de uma relação jurídica-base, em que categoria ou classes de pessoas estão ligadas à parte contrária, como ocorre com o reajuste abusivo de mensalidades escolares.<sup>2</sup> Já os individuais homogêneos são acidentalmente coletivos, porque a titularidade é

---

<sup>2</sup> Importante destacarmos que o Supremo Tribunal Federal (STF), no enunciado da súmula 643, sedimentou o entendimento de ser possível que o Ministério Público tenha legitimidade para propor ação civil pública (ACP) cujo fundamento seja a ilegalidade no reajuste das mensalidades escolares.

determinada ou determinável, porquanto os interesses dos titulares possuem uma origem comum, embora seja imprescindível à tutela dispensada ser coletiva para fins de obtenção da proteção constitucionalmente mais adequada (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2011).

Assim, para existir uma defesa constitucionalmente adequada dos direitos coletivos pelo Poder Judiciário, o ordenamento jurídico pátrio possui um subsistema processual específico para a tutela coletiva, formado notadamente pelo CDC, Lei n. 7.347/1984 – Lei da Ação Civil Pública (LACP) e Lei n. 4.717/1965 – Lei da Ação Popular (LAP), pois o Código de Processo Civil (CPC) apenas reconhece a possibilidade da coisa julgada entre as partes, não prejudicando terceiros, de acordo com o artigo 506, CPC, fato esse que impossibilita, em um primeiro momento, uma solução processual apropriada para as demandas coletivas. Assim, apresentamos a lição de Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 49-50) a respeito da visão tradicional do processo civil:

Era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.

Nesse sentido, a tutela coletiva representa a segunda onda idealizada pelos autores citados (CAPPELLETTI; GARTH, 1998) para o acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, CF), pois, a partir do instante em que há o fortalecimento do Ministério Público como função essencial à Justiça (artigo 127, CF), a legitimação reconhecida ao cidadão para a interposição da ação popular (artigo 5º, LXXIII, CF c/c artigo 1º, LAP)<sup>3</sup> e das associações de classe e da Defensora Pública para a defesa coletiva (artigo 1º, LACP), a função jurisdicional estará mais próxima de efetivar o dano moral coletivo.

Observamos nessas demandas a universalização da jurisdição, tendo em vista que, sendo procedente a ação coletiva, a sentença terá efeitos *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator da decisão, consoante disposição contida no artigo 16, LACP.<sup>4</sup> Essa

---

<sup>3</sup> A LAP, em seu artigo 1º, § 3º, esclarece que a prova da cidadania será feita mediante o título eleitoral ou documento que a ele corresponda. Infelizmente, o dispositivo em comento trouxe um conceito restrito de cidadania, ao atrelar esse fundamento de nossa República (artigo 1º, II, CF) ao exercício do voto. Para José Afonso da Silva (2009, p. 104) a cidadania vai além de ser meramente titular de direitos políticos, pois significa afirmar que o indivíduo é reconhecido como integrante da sociedade estatal.

<sup>4</sup> Ressaltamos que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admite que a coisa julgada em ACP possa ir além dos limites da competência territorial do órgão prolator, pois deve respeitar os limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, bem como se aproxima tal instituto, no plano coletivo, de uma norma legal, devido à sua abrangência (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.377.400-SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorridos: Estado de Santa Catarina e Município de Lages. Relator: Ministro Og

característica é inerente ao processo coletivo em virtude do interesse que tutela, qual seja, um direito, cujo destinatário é a sociedade. Por isso que o provimento jurisdicional também deverá ser acompanhado pela sociedade inteira.

Feitas essas considerações sobre os aspectos processuais da tutela coletiva no Brasil, seguimos para a análise do dano moral coletivo.

#### **4. O DANO MORAL COLETIVO**

Inicialmente, esclarecemos que a conceituação do dano moral coletivo aqui desenvolvida parte de um enfoque constitucional relacionado à dignidade coletiva. Posteriormente, analisamos a evolução jurisprudencial dessa temática, com base nos principais casos analisados pelo STJ e STF e, por fim, examinamos a discussão relativa à quantificação desse dano pelo Poder Judiciário.

A ciência jurídica ainda não encontrou outra forma mais eficaz de reparação do dano extrapatrimonial<sup>5</sup>, como, por exemplo, o decorrente de um ilícito penal<sup>6</sup> ou de ofensa aos direitos da personalidade, que não seja por meio, principalmente, da pecúnia.<sup>7</sup> Somente o dano material, nessa perspectiva, é possível de se verificar, de fato, o prejuízo econômico causado ao lesado.

A partir dessa ideia inicial, destacamos que o dano, seja moral, seja patrimonial, ocorre quando há uma conduta ou ausência de comportamento que, diante do nexos causal, gera um resultado ofensivo ao patrimônio, individual ou coletivo, ambos protegidos pelo ordenamento jurídico do lesado. Ele é, portanto, associado à ideia de responsabilidade, a qual, em regra, no Brasil, é subjetiva.<sup>8</sup> Então, o dano moral, de acordo com o artigo 5º, X, CF, ocorrerá quando houver ofensa à inviolabilidade do direito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. O poder constituinte originário trouxe expressamente como direito fundamental a

---

Fernandes. Brasília, 18 de fevereiro de 2014 e BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.391.198-RS. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Espólio de Laíde José Rossato. Advogados: Ana Cláudia Busanello e outros. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 13 de agosto de 2014).

<sup>5</sup> No presente artigo, as expressões dano moral e extrapatrimonial serão utilizadas como sinônimas, segundo as lições de Cahali (2011, p. 20).

<sup>6</sup> De acordo com o artigo 387, IV, Código de Processo Penal (CPP) é um dos requisitos da sentença penal condenatória a fixação, pelo magistrado, de um valor mínimo para fins de reparação pelos danos causados pela infração penal. Além disso, os artigos 63 a 68 do CPP tratam da ação civil *ex delicto*.

<sup>7</sup> De fato, consoante leciona Cahali (2011, p. 636), a condenação em que se busca reparar o dano moral é representada por uma quantia monetária, sem prejuízo de outras cominações secundárias, como as previstas no artigo 78, CDC.

<sup>8</sup> Destacamos que, por exemplo, na seara administrativa, é admitida a responsabilidade objetiva nos casos de dano nuclear (artigo 21, XXIII, d, CF); na seara do consumidor, quando houver responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, consoante artigo 12, CDC, e na seara ambiental, por força do artigo 14, Lei n. 6.938/1981.

possibilidade de utilização do dano moral como reparação à lesão ao núcleo primeiro de proteção dos direitos fundamentais. Aliado a isso, tal comando constitui-se em explícita cláusula pétreia (artigo 60, § 4º, IV, CF).

Por meio dessa premissa constitucional, verificamos que é nítida a dimensão individual trazida no texto constitucional do dano moral. No entanto, por estar inserido no capítulo relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos, não há óbice para o reconhecimento da existência do dano moral coletivo atinente aos demais núcleos de proteção dos direitos fundamentais, notadamente os dos direitos relacionados à solidariedade, porque o texto constitucional consagra mecanismos de tutela coletiva ao longo do artigo 5º, tal qual ocorre com o mandado de segurança coletivo (artigo 5º, LXX, CF) e a ação popular (artigo 5º, LXXIII, CF). O dispositivo constitucional acima citado não encerrou a possibilidade de utilização do dano moral quando houver ofensa aos demais direitos fundamentais. Trouxe, na verdade, uma cláusula de abertura,<sup>9</sup> ao permitir tal condenação em caso de violação da dignidade coletiva e, conseqüentemente, dos direitos coletivos *lato sensu*.

Além disso, o atual discurso está permeado de dispositivos relativos à preocupação com os direitos coletivos *lato sensu*, já que há proteção da improbidade administrativa (artigo 37, § 4º, CF), do meio ambiente (artigo 225, CF), das crianças e adolescentes (arts. 227 e 228, CF) e dos idosos (artigo 230, CF), as quais podem vir a resultar em um dano social.

Para complementar, no âmbito da legislação infraconstitucional, ao concretizar a existência do dano moral coletivo, a LACP, em seu artigo 1º, prevê a possibilidade de ação de responsabilidade pelos danos morais ocasionados aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. O CDC contempla como direito básico do consumidor a possibilidade de reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, nos termos do artigo 6º, VI.

Assim, podemos inferir que o dano moral coletivo é aquele decorrente de mácula à dignidade coletiva, pois, se a comunidade política pátria elegeu valores que foram positivados na identidade constitucional brasileira, ao ocorrer uma lesão a essa camada axiológica, a sociedade estará apta a exigir a reparação da ofensa por meio do dano moral coletivo.

---

<sup>9</sup> O artigo 5º, § 2º, CF traz a cláusula de abertura dos direitos fundamentais ao enunciar que os direitos e garantias expressos no atual discurso não excluem outros decorrentes do regime, dos princípios adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Além disso, segundo Jorge Miranda, (2008, p. 176), não há um rol taxativo de direitos fundamentais, porque estes não são apenas os trazidos formalmente no texto constitucional, mas podem ser direitos provenientes de outras fontes, conforme perspectiva mais ampla da Constituição material.

Nessa linha de raciocínio, Bittar Filho (2014) corrobora o nosso pensamento ao afirmar que:

[...] com supedâneo, assim, em todos os argumentos levantados, chega-se à conclusão de que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).

O dano moral coletivo, portanto, se afigura como categoria autônoma na teoria do dano,<sup>10</sup> ao ter por sujeito ativo a coletividade lesada e não somente o indivíduo; por sujeito passivo a pessoa física, jurídica ou os próprios membros da coletividade que violam a sua

---

<sup>10</sup> Em julgado recente, o STJ reconheceu ser o dano moral coletivo uma categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com os tradicionais atributos da pessoa humana, relativos à dor, ao sofrimento ou ao abalo psíquico. Nesse sentido, vide DIREITO COLETIVO E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA RESTRITIVA ABUSIVA. AÇÃO HÍBRIDA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, DIFUSOS E COLETIVOS. DANOS INDIVIDUAIS. CONDENAÇÃO. APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DANOS MORAIS COLETIVOS. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE, EM TESE. NO CASO CONCRETO, DANOS MORAIS COLETIVOS INEXISTENTES.

1. As tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques. Não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direitos coletivos em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Isso porque embora determinado direito não possa pertencer, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer.

2. No caso concreto, trata-se de ação civil pública de tutela híbrida. Percebe-se que: (a) há direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles contratantes que tiveram tratamento de saúde embarçado por força da cláusula restritiva tida por ilegal; (b) há direitos coletivos resultantes da ilegalidade em abstrato da cláusula contratual em foco, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais do plano de saúde; (c) há direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros do plano de saúde, coletividade essa formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis.

3. A violação de direitos individuais homogêneos não pode, ela própria, desencadear um dano que também não seja de índole individual, porque essa separação faz parte do próprio conceito dos institutos. Porém, coisa diversa consiste em reconhecer situações jurídicas das quais decorrem, simultaneamente, violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Havendo múltiplos fatos ou múltiplos danos, nada impede que se reconheça, ao lado do dano individual, também aquele de natureza coletiva.

4. Assim, por violação a direitos transindividuais, é cabível, em tese, a condenação por dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico).

5. Porém, na hipótese em julgamento, não se vislumbram danos coletivos, difusos ou sociais. Da ilegalidade constatada nos contratos de consumo não decorreram consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embarçado ou por aquele que desembolsou os valores ilícitamente sonegados pelo plano. Tais prejuízos, todavia, dizem respeito a direitos individuais homogêneos, os quais só rendem ensejo a condenações reversíveis a fundos públicos na hipótese da *fluid recovery*, prevista no artigo 100 do CDC. Acórdão mantido por fundamentos distintos.

6. Recurso especial não provido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.293.606-MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorridos: Plano de Assistência de Saúde Complementar da Santa Casa de Juiz de Fora. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 02 de setembro de 2014).

própria dignidade; seu objeto consiste na tutela da dignidade coletiva, a qual não pode ser vilipendiada, notadamente, por meio da ofensa dos direitos coletivos *lato sensu*. Assim, as ações coletivas são o instrumento processual adequado para se requerer essa condenação, a qual se mostra, indubitavelmente, presumida – *in re ipsa* –, já que haverá patente ofensa à dignidade coletiva. No mesmo sentido, Mario Peña Chacón (2012, p. 106) explica que:

Al amparo de esta concepción amplia de daño social, la figura se configuraría por acciones y/o omisiones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, tanto por hechos lícitos como ilícitos, siempre y cuando se vea afectado de bienestar general por daños injustos que afecten intereses o derechos de incidencia colectiva, daños que pueden tener connotaciones patrimoniales y extrapatrimoniales [...]

Tal entendimento ficou consubstanciado na V Jornada de Direito Civil, no enunciado n. 456, senão vejamos:

Enunciado n. 456. A expressão “dano” no artigo 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

Apenas a título de ilustração, a expressão dano moral coletivo é aqui utilizada como a manifestação extrapatrimonial do dano social (CHACÓN, 2012), que engloba qualquer ofensa aos direitos coletivos *lato sensu*. Dessa forma, embora no enunciado acima mencionado apareça a categoria dos danos sociais de maneira independente, compreendidos, certamente, como uma ofensa a um interesse difuso (PEREIRA, 2014), adotaremos o pensamento de que o dano social ocorre quando houver violação à dignidade coletiva e a sua expressão extrapatrimonial será denominada de dano moral coletivo.<sup>11</sup>

Tendo em conta esse aparato doutrinário e legislativo, pode-se reconhecer a existência do dano moral coletivo no ordenamento jurídico brasileiro como uma decorrência da proteção da dignidade coletiva, destacamos que, no ano de 2006,<sup>12</sup> capitaneado pelo Ministro Teori Zavascki, o STJ reconheceu que o dano moral estaria atrelado à noção de dor, sofrimento psíquico, o que somente seria verificado no dano moral individual por ser incompatível com a transindividualidade, na qual há indeterminabilidade dos sujeitos.

<sup>11</sup> Explica Xisto de Medeiros Neto (2012, p. 201) que o dano moral coletivo também pode ser denominado de dano genérico ou, simplesmente, dano difuso ou coletivo.

<sup>12</sup> Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 598.281-MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorridos: Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Canaã LTDA. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para o Acórdão: Relator: Teori Zavascki. Brasília, 02 de maio de 2006). No mesmo sentido, vide Zavascki, 2011.

Em 2008,<sup>13</sup> trouxe-se à tona, novamente no STJ, a possibilidade de fixação ou não de dano moral coletivo para o caso de uma determinada rede televisiva que teria divulgado, em horário vespertino, cenas violentas e sexuais, as quais teriam causado ofensa ao direito das crianças e adolescentes. Infelizmente, embora no voto da Ministra Nancy Andrighi tenha se feito menção ao deferimento desse pleito, no colegiado não foi enfrentada a tese do dano moral coletivo, pois a ação civil pública foi anulada, tendo em vista que a perícia teria sido realizada por um comissário do próprio juízo da infância e da juventude. No entanto, somente em 2012 e 2013, a 3ª e 2ª Turmas do STJ, respectivamente, reconheceram em três situações emblemáticas a existência de dano moral coletivo, ao se posicionar de maneira contrária ao entendimento que a Corte vinha adotando.<sup>14</sup>

A primeira situação de fixação do dano moral coletivo ocorreu no âmbito do direito do consumidor, no Recurso Especial n. 1.221.756-RJ,<sup>15</sup> ao ter sido condenada determinada

<sup>13</sup> Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AJUIZAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - REPRISÉ DE NOVELA EM HORÁRIO VESPERTINO - ALEGAÇÃO DE NÃO SUPRESSÃO SUFICIENTE DE CENAS DE SEXO E VIOLÊNCIA - REJEIÇÃO DE REQUERIMENTO DE REALIZAÇÃO DE PROVA SOB O FUNDAMENTO DE QUE MATÉRIA PREJUDICADA - INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL - ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - RECURSO ESPECIAL PROVIDO - ANULAÇÃO DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Acolhida a alegação de que não apreciada pelos Embargos de Declaração a alegação de que havia necessidade de realização de prova pericial nos termos em que requerida, anula-se o Acórdão dos Embargos de Declaração, para que outro Acórdão seja proferido pelo Tribunal de Origem, permanecendo as demais matérias preliminares e de fundo por ora sem julgamento - Prevalência dos votos dos Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS E ARI PARGENDLER, nos termos do voto deste último, seguido pelo voto do Min. SIDNEI BENETI, vencida a Min. NANCY ANDRIGHI, que não conhecia do Recurso Especial. Recurso especial provido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 636.021-RJ. Recorrente: TV Globo Ltda. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Relator para o Acórdão Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 02 de outubro de 2008).

<sup>14</sup> Em 2008, no Recurso Especial n. 960.926, já foi possível identificar na seara da improbidade administrativa a necessidade de fixação do dano moral coletivo no contexto da improbidade administrativa. Tal entendimento, posteriormente, foi reforçado ao atrelar a ofensa ao direito fundamental à saúde no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.003.126, ao reconhecer a legitimidade do Ministério Público Federal para ajuizar ACP com o objetivo de requerer indenização por danos morais coletivos em decorrência de emissões de declarações falsas de exclusividade de distribuição de medicamentos usadas para burlar procedimentos licitatórios. Esses dois julgados, portanto, são o início para a discussão relativa ao dano moral no contexto dos direitos coletivos *lato sensu*.

<sup>15</sup> Ementa: RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS - RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO - EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO - MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROPORCIONAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.

II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.

III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus,

instituição financeira a pagar a quantia de cinquenta mil reais por não possuir instalações adequadas para o atendimento de idosos, portadores de necessidades especiais e com dificuldades de locomoção. Nessa situação apresentada, o atendimento desses consumidores era feito no segundo andar, sendo, pois, necessário ao cliente subir três lances de escada, o que gerava grande comprometimento do acesso às funções bancárias e daí a necessidade de uma indenização coletiva.

Em seguida, o dano moral coletivo foi não apenas reconhecido, mediante pagamento de quantia em dinheiro, como também foi cumulativamente foi imposta a recomposição do meio ambiente. A decisão contida no Recurso Especial n. 1.328.753-MG,<sup>16</sup> com base, em suma,

---

em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea "c" quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.

VI - Recurso especial improvido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.221.756-RJ. Recorrente: Banco Itaú Unibanco S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 02 de fevereiro de 2012).

<sup>16</sup> Ementa retirada do Informativo n. 526, de 25 de setembro de 2006: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. CUMULAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE RECOMPOSIÇÃO DO MEIO AMBIENTE E DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. *Na hipótese de ação civil pública proposta em razão de dano ambiental, é possível que a sentença condenatória imponha ao responsável, cumulativamente, as obrigações de recompor o meio ambiente degradado e de pagar quantia em dinheiro a título de compensação por dano moral coletivo.* Isso porque vigora em nosso sistema jurídico o princípio da reparação integral do dano ambiental, que, ao determinar a responsabilização do agente por todos os efeitos decorrentes da conduta lesiva, permite a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar. Ademais, deve-se destacar que, embora o artigo 3º da Lei 7.347/1985 disponha que "a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer", é certo que a conjunção "ou" – contida na citada norma, bem como nos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei 6.938/1981 – opera com valor aditivo, não introduzindo, portanto, alternativa excludente. Em primeiro lugar, porque vedar a cumulação desses remédios limitaria, de forma indesejada, a Ação Civil Pública – importante instrumento de persecução da responsabilidade civil de danos causados ao meio ambiente –, inviabilizando, por exemplo, condenações em danos morais coletivos. Em segundo lugar, porque incumbe ao juiz, diante das normas de Direito Ambiental – recheadas que são de conteúdo ético intergeracional atrelado às presentes e futuras gerações –, levar em conta o comando do artigo 5º da LINDB, segundo o qual, ao se aplicar a lei, deve-se atender “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, cujo corolário é a constatação de que, em caso de dúvida ou outra anomalia técnico-redacional, a norma ambiental demanda interpretação e integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*, haja vista que toda a legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos há sempre de ser compreendida da maneira que lhes seja mais proveitosa e melhor possa viabilizar, na perspectiva dos resultados práticos, a prestação jurisdicional e *aratio essendi* da norma. Por fim, a interpretação sistemática das normas e princípios ambientais leva à conclusão de que, se o bem ambiental lesado for imediata e completamente restaurado, isto é, restabelecido à condição original, não há falar, como regra, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica, no futuro, de restauração *in natura* nem sempre se mostra suficiente para reverter ou recompor integralmente, no âmbito da responsabilidade civil, as várias dimensões do dano ambiental causado; por isso não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação integral do dano. Cumpre ressaltar que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal, ecológica e patrimonialmente falando, sensível ainda à diversidade do vasto universo de vítimas, que vão do indivíduo isolado à coletividade, às gerações futuras e aos processos ecológicos em si mesmos considerados). Em suma, equivoca-se, jurídica e metodologicamente, quem confunde prioridade da recuperação *in natura* do bem degradado com impossibilidade de cumulação simultânea dos deveres de repristinação natural (obrigação de fazer), compensação ambiental e indenização em dinheiro (obrigação de dar), e abstenção de uso e nova lesão (obrigação de não fazer) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.328.753-MG.

no artigo 5º, Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), fixou o entendimento de que, em caso de dano ambiental, por ser a responsabilidade objetiva e haver uma necessidade de reparação integral, o artigo 3º, LACP, permite a título de condenação o arbitramento de dano moral coletivo e a recomposição do meio ambiente, sem incorrer em ofensa às disposições processuais da tutela coletiva.

Posteriormente, na seara dos direitos da criança e do adolescente, ficou consubstanciado tanto que o Ministério Público possuía legitimidade ativa para promover a ação civil pública para fins de compensação por dano moral difuso, quanto que seria possível destinar essa condenação ao Fundo Municipal dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes no valor de quinhentos salários-mínimos, quando crianças e adolescentes forem submetidos a tratamento desumano e vexatório, ocorrido durante rebelião na unidade de internação.<sup>17</sup>

O STF já teve a oportunidade de reconhecer a existência do dano moral coletivo em demanda relativa à terceirização em atividade-fim,<sup>18</sup> porque esse fato esbarra na liberdade de

---

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Augustinho Câmara. Relator: Ministro Herman Benjamin Brasília, 28 de maio de 2013).

<sup>17</sup> Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REBELIÃO EM CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO. EXISTÊNCIA DE INTERESSES DIFUSOS OU COLETIVOS RELATIVOS A ADOLESCENTES. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. INTELIGÊNCIA DO artigo 201 DO ECA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. EXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS DIFUSOS. REVISÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS NA ORIGEM COM CARÁTER PROTETATÓRIO. MULTA DO artigo 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA.

1. O Tribunal de origem, a partir dos elementos de convicção dos autos, condenou a recorrente ao pagamento de indenização por danos morais difusos ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, por tratamento desumano e vexatório aos internos durante rebeliões havidas na unidade. Insuscetível de revisão o referido entendimento, por demandar reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula 7/STJ.

2. O Ministério Público é parte legítima para "promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência", nos termos do artigo 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. A revisão do quantum indenizatório fixado a título de danos morais encontra óbice na Súmula 7/STJ, somente sendo admitida ante o arbitramento de valor irrisório ou abusivo, circunstância que não se configura na hipótese dos autos.

4. Confirmado o intuito protetatório dos embargos de declaração opostos para rediscutir matéria devidamente analisada pelas instâncias ordinárias, deve ser mantida a aplicação da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Agravo regimental improvido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1368769-SP. Recorrente: Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo do Adolescente. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 06 de agosto de 2013).

<sup>18</sup> Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. OMISSÃO. DISCUSSÃO SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA DAR SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. A liberdade de contratar prevista no artigo 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa.

contratar (artigo 5º, II, CF), a qual não é ampla. Além disso, ressaltamos que esse tema é objeto, hodiernamente, de repercussão geral, a fim de sedimentar em quais hipóteses é lícita a utilização dessa técnica para o desenvolvimento da atividade-fim, sob pena de ensejar inúmeras condenações em danos morais coletivos.

Percebemos, então, que, em virtude da evolução jurisprudencial realizada, inicialmente, o STJ se mostrou contrário à possibilidade de arbitramento do dano moral coletivo, porque o atrelava à necessidade de sofrimento psíquico. Com o passar do tempo, verificamos que a proteção da dignidade coletiva e, até mesmo, da tutela coletiva restaria esvaziada sem a assimilação de um componente axiológico, sedimentando-se o reconhecimento, pelos Tribunais Superiores, do dano moral coletivo e tornando passível de condenação a violação de direitos coletivos *lato sensu*.

Finalmente, em relação ao *quantum* a ser fixado pelo juiz a título de dano moral coletivo, deve ser considerado, de pronto, por força do artigo 944, CC, a extensão do dano, como, por exemplo, a reversibilidade ou não da situação que ocasionou ofensa à dignidade coletiva. Além disso, o preceito violado é fundamental para determinar o grau de ofensividade da conduta aos valores da sociedade, pois, consoante lição de Xisto Tiago de Medeiros Neto (2012, p. 201).

Em síntese, a lesão a interesses coletivos, à vista do nosso ordenamento jurídico, enseja reação e resposta equivalente a uma reparação adequada à tutela almejada, traduzida essencialmente por uma condenação pecuniária, a ser arbitrada pelo juiz – orientado pela função sancionatória e pedagógica dessa responsabilização –, a qual terá destinação específica em prol da coletividade.

Acerca das funções do dano moral coletivo, sobretudo a sancionatória e preventiva, destacamos que tais noções implicam na necessidade de reconhecer que essa espécie de dano implica na punição do agressor ao persuadi-lo a não mais agredir a coletividade, tendo ainda o cunho socioeducativo, que é vislumbrado quando há a imposição de tal reparação ao ofensor e a demonstração pública que tais condutas não são socialmente aceitas (FREIRE, 2009, p. 74).

---

2. O *thema decidendum*, *in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do artigo 5º, inciso II, da CRFB. Patente, outrossim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.

3. Embargos de declaração providos, a fim de que seja dado seguimento ao Recurso Extraordinário, de modo que o tema possa ser submetido ao Plenário Virtual desta Corte para os fins de aferição da existência de Repercussão Geral quanto ao tema ventilado nos termos da fundamentação acima (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 713.211-MG. Embargante: Celulose Nipo Brasileira S/A. Embargado: Ministério Público do Trabalho. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 14 de abril de 2014).

Assim, em analogia ao Enunciado n. 455 da V Jornada de Direito Civil,<sup>19</sup> as circunstâncias do caso concreto devem ser sopesadas, a fim de respeitar, concomitantemente, a natureza sancionatória, preventiva e educativa dessa espécie de dano.

Compactuamos com a ideia de que o dano moral coletivo poderá ser arbitrado de ofício pelo magistrado,<sup>20</sup> pois embora a jurisdição seja inerte (artigo 2º, CPC), essa espécie de dano não depende de comprovação, por isso a fixação da indenização poderá ser verificada pelo juiz no âmbito das ações coletivas e destinada a reparar a ofensa feita à coletividade.

Para arrematar, compete, portanto, ao magistrado, destinar os recursos oriundos dessas compensações para os fundos dos direitos coletivos correspondentes, a fim de que haja medidas preventivas ao combate da lesão à dignidade coletiva e fomento desses valores sociais para toda a comunidade política pátria, com o intuito de nela inculcar nela a ideia de pertencimento.

## 5. CONCLUSÃO

É inegável o fato de que, em virtude de o ser humano, ontologicamente digno, viver em sociedade, esta é dotada de uma camada axiológica, que deve ser defendida por todos, pois transportamos para a identidade constitucional brasileira os valores mais importantes do ordenamento jurídico pátrio, como os direitos coletivos *lato sensu*. Dessa forma, a dignidade coletiva, compreendida como o valor essencial, a ser protegida por toda a comunidade, a qual engloba todos os anseios captados pela consciência jurídica, não pode ser lesada, sob pena de arbitramento do dano moral coletivo.

O dano moral coletivo, portanto, surge da necessidade de imputar uma condenação, sobretudo, pecuniária, aos sujeitos que ofendem a dignidade coletiva e, conseqüentemente, os direitos coletivos. Daí a importância dos Tribunais Superiores nesse arbitramento, já que o processo não é mais visto em uma ótica exclusivamente individual. A tutela coletiva passa a representar uma parcela significativa das demandas, pois esses direitos, tais como a improbidade administrativa, direito do consumidor e defesa do meio ambiente, envolvem a pessoa humana como destinatário.

---

<sup>19</sup> Enunciado n. 455, artigo 944: Embora o reconhecimento dos danos morais se dê, em numerosos casos, independentemente de prova (*in re ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência.

<sup>20</sup> Em sentido contrário, o STJ já decidiu que não seria possível a fixação do dano moral coletivo de ofício. Vide BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Reclamação n. 13.200. Reclamante: Banco Bradesco S/A. Reclamado: Segunda Turma Julgadora Mista do Estado de Goiás. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 08 de outubro de 2014.

De fato, em um primeiro momento, embora o STJ tenha compreendido ser o dano moral somente aquele capaz de incutir dor ou sofrimento, hodiernamente a 2ª e 3ª Turma já se manifestaram a respeito do reconhecimento dessa espécie de dano nas searas do direito ambiental, consumidor e da criança e do adolescente. Esse avanço jurisprudencial foi acompanhado pela mais alta corte de justiça brasileira no caso das terceirizações ilícitas.

No tocante à quantia monetária a ser paga, esta deverá ser feita a um dos fundos dos direitos coletivos *lato sensu*, mediante verificação da extensão do dano e as circunstâncias do caso concreto, a fim de que haja, por meio dessa condenação, uma função preventiva e educativa. Poderá, ainda, ser arbitrada de ofício pelo juiz, por ser uma espécie de dano presumido.

Concluimos que a concretização da dignidade coletiva perpassa, obrigatoriamente, pelo arbitramento do dano moral coletivo, já que o Poder Judiciário, no atual contexto do Estado Constitucional, necessita reforçar na comunidade pátria a noção de pertencimento e coibir qualquer ato atentatório aos direitos coletivos *lato sensu*.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)> Acesso em: 13 jan. 2014.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento: uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio. (Org.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39-67.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no contexto jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Do estado liberal ao estado social**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHACÓN, Mario Peña. Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos. In: LECEY, Eladio e CAPPELLI, Sílvia. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 103-124.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Dano moral (extrapatrimonial) coletivo: leitura constitucional, civil e trabalhista – estudo jurisprudencial**. São Paulo: LTR, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie e ZANETI JÚNIOR, Hermes. Curso de processo civil: processo coletivo. Vol. 04. 6. ed. Bahia: Juspodivm, 2011.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LORENZO, Wambert Di. **Teoria do estado de solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1967. Tomo I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV**. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/85067982/Jose-Casalta-Nabais-Algumas-Reflexoes-Criticas-sobre-Direitos-Fundamentais>>. Acesso em: 06 out. 2014.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional**. Bahia: JusPodivm, 2009.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. **Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-novos-danos-danos-morais-coletivos-danos-sociais-e-danos-por-perda-de-uma-chance>>. Acesso em: 06 out. 2014.

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PÉREZ, Jesús González. **La dignidad de la persona**. 2. ed. Espanha: Thonson Reuters, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Tradução de Ingo Sarlet e outros. 2. ed. Porto Alegre: 2009.

SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Conceito constitucional da dignidade coletiva e efetivação dos direitos sociais**. 110f. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Fundamental). Universidade Federal do Ceará, Brasil, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

### PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 598.281- MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorridos: Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Canaã LTDA. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para o Acórdão: Relator: Teori Zavascki. Brasília, 02 de maio de 2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 960.926- MG. Recorrente:

Ministério Público Federal. Recorridos: Manuel Ferreira Brandão e outro. Relator: Ministro Castro Abreu. Brasília, 18 de março de 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 636.021- RJ. Recorrente: TV Globo Ltda. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para o Acórdão Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 02 de outubro de 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.003.126-PB. Recorrente: Laboratório Pfizer Ltda. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 1º de março de 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1221756- RJ. Recorrente: Banco Itaú Unibanco S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 02 de fevereiro de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.328.753-MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Augustinho Câmara. Relator: Ministro Herman Benjamim. Brasília, 28 de maio de 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1368769-SP. Recorrente: Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo do Adolescente. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 06 de agosto de 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.377.400-SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorridos: Estado de Santa Catarina e Município de Lages. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 18 de fevereiro de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.391.198-RS. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Espólio de Laíde José Rossato. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 13 de agosto de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.293.606-MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorridos: Plano de Assistência de Saúde Complementar da Santa Casa de Juiz de Fora. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 02 de setembro de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Reclamação n. 13.200. Reclamante: Banco Bradesco S/A. Reclamado: Segunda Turma Julgadora Mista do Estado de Goiás. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 08 de outubro de 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 713.211- MG. Embargante: Celulose Nipo Brasileira S/A. Embargado: Ministério Público do Trabalho. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 14 de abril de 2014.

# Revista Brasileira de Direito e Justiça

## Brazilian Journal of Law and Justice Journal of Law





## Considerações sobre eficiência tributária para uma tributação no século XXI\*

André Luiz Costa-Corrêa†

### RESUMO

Nas democracias, a tributação é a forma necessária de custear os serviços e programas públicos indispensáveis aos cidadãos nos Estados Sociais. No entanto, a tributação, além de não poder retirar a condição de desenvolvimento econômico de uma sociedade pela máxima tributação (tributação confiscatória), não pode ser incapaz de possibilitar os recursos necessários para uma redistribuição da renda e para equalização das diferenças sociais, sob pena de se transformar em um elemento agravante das distorções econômico-sociais em uma sociedade. Assim, a implementação de uma eficiente política tributária consubstancia-se no mecanismo eficaz para possibilitar o atingimento dos fins do Estado Democrático e Social de Direito. Nesse contexto, o artigo apresenta uma revisão bibliográfica em torno da eficiência em matéria tributária, e como alcançá-la no Brasil, de modo a transformar os tributos em mecanismos eficazes para a diminuição das desigualdades sociais.

Palavras-chave: Tributação. Eficiência. Política tributária. Desenvolvimento Social.

### 1. INTRODUÇÃO

A legitimação do Estado de Direito, fundada em uma concepção de contrato social, renovou-se nos últimos anos pela perspectiva da democracia, pois sua legitimação passou “a fundar-se no neocontratualismo e na afirmação procedimental da liberdade, da justiça e da segurança jurídica, o que postula a intermediação dos princípios formais da ponderação e da razoabilidade, da igualdade, da transferência, da clareza e da eficiência, que se irradiam pelo elenco dos princípios fundamentais” (TORRES, 2006, p. 69) e, conseqüentemente, nas próprias atividades administrativa e legislativa do Estado. Principalmente porque tem se comprovado, apesar das ressalvas de Lisboa e Latif (2014, p. 43), que a democracia é o regime político que tem sido capaz de gerar mais benefícios para a sociedade do que quaisquer outros modelos de governo. Sobretudo porque na democracia, dentre outras razões, (a) permite-se que os inevitáveis conflitos sociais sejam negociados e encaminhados sem maiores violências (o que possibilita o desenvolvimento e a consolidação de instituições econômicas, políticas e culturais; bem como a acumulação da aprendizagem da convivência); (b) preservando a liberdade individual e o direito de propriedade, possibilita-se que a criatividade e a iniciativa das pessoas

---

\* Artigo recebido em 12/01/2015 e aceito em 26/01/2015.

† Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, CIESA, Amazonas, Brasil.

e demandas dos diversos setores sociais, possibilita-se o surgimento de sociedades mais igualitárias e, por isso mesmo, mais produtivas, e; (d) possibilita-se que a sociedade aprenda a fazer bom uso da riqueza e a distribuir os benefícios do crescimento econômico de maneira equitativa (SCHWARTZMAN, 2014, p. 01-02 e 33).<sup>1</sup>

No tocante ao processo de redemocratização do Brasil no final da década de 1980 é importante ressaltar que este culminou com o momento em que os índices de concentração de renda, desigualdade social e marginalização de enormes contingentes populacionais atingiram os piores níveis em nossa história (MEIRA, 2014, p. 35; LISBOA e LATIF, 2014, p. 37). Sendo esta situação agravada, em parte, pelas distorções e desigualdades regionais, pela falta de universalização de saúde, educação e saneamento básico pelo baixo crescimento econômico e pela hiperinflação no período. Em face disso, a Assembleia Constituinte tentou resolver esses problemas pela delimitação/organização de um amplo Estado Social e Democrático por meio da Constituição vigente – em especial, por meio de inúmeras normas programáticas<sup>2</sup> que aumentaram de forma significativa as obrigações dos entes federativos e, também, da própria sociedade brasileira. No entanto, a concretização desse modelo de Estado construído pela Carta Constitucional de 1988 exigiu e continua a exigir uma ampla gama de fontes de financiamento tributário porque o Estado se viu obrigado, no processo de correção macroeconômico nos meados dos anos 1990, a diminuir sua participação em empresas e setores econômicos. Como os tributos são naturalmente os meios necessários para a satisfação das necessidades eleitas no pacto social (OLIVEIRA, 2014, p. 508), houve o aumento significativo da tributação em relação

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, Schwartzman defende que: “sem ir mais longe, basta mencionar que, no mundo inteiro, os países mais ricos e desenvolvidos são também os mais democráticos. E embora se discuta se é a riqueza que gera a democracia ou a democracia que gera a riqueza, as experiências europeia e norte-americana indicam que, enquanto as democracias mais consolidadas têm uma história consistente de progresso, as tentativas de resolver os problemas sociais e econômicos pela via autoritária levaram invariavelmente ao fracasso, quando não à tragédia. As experiências mais recentes da Ásia poderiam sugerir a hipótese oposta, mas as principais economias asiáticas – Japão, Coreia do Sul, Índia, Indonésia – são democracias, e na própria China se observa uma forte relação entre o crescimento econômico e social, a ampliação progressiva das liberdades e o fortalecimento do sistema legal e institucional” (SCHWARTZMAN, 2014, p.1-2).

<sup>2</sup> Segundo Meira, tais propósitos foram declinados no preâmbulo da Carta Constitucional vigente (“nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”) e na fixação de que a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político seriam o fundamento do Estado Democrático de Direito; bem como, em estabelecer, enquanto objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos (sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação) (MEIRA, 2014, p. 37).

ao PIB, o que gerou e tem gerado uma profunda discussão, desde então, sobre a abordagem da justa distribuição desse ônus sobre a sociedade brasileira.

Apesar da grave situação social e da necessidade de implementação de fortes políticas de redistribuição de renda, desde a promulgação da Carta Democrática de 1988, manteve-se, quase integralmente, no sistema constitucional vigente, o regime tributário anterior, isto é, preservou-se o trinômio dos fatos tributários sobre consumo, renda e patrimônio. Distribuíram-se as competências tributárias entre os entes federativos e mantiveram-se os regimes de compensação de desigualdades regionais por meio da redistribuição de rendas tributárias e da possibilidade de distinções tributárias setoriais ou regionais. Além disso, o atual modelo tributário manteve a tributação regressiva e indireta de muitos dos tributos vigentes no sistema tributário anterior (MEIRA, 2014, p. 57; PINTOS-PAYERAS, 2008, p. 53), criou outras espécies tributárias regressivas, cumulativas e/ou indiretas (como, por exemplo, as contribuições de intervenção no domínio econômico, para iluminação, etc.), bem como estimulou as guerras fiscais para obtenção de investimentos privados. Por outro lado, no atual sistema tributário houve o fortalecimento dos direitos e garantias dos contribuintes (em especial, pela ampliação do rol destes) e a ampliação das imunidades tributárias (FISCHER, 2014, p. 592).

Destarte, pouco substanciais foram as mudanças no sistema tributário nacional, apesar da compreensão do seu caráter caótico, do “rentismo institucionalizado” das políticas fiscais (LISBOA e LATIF, 2014, p. 38 e 48)<sup>3</sup> e da incapacidade em fazer frente às necessidades de financiamento do Estado e de desenvolvimento econômico e social dos brasileiros. Importante ressaltar, também, que o modelo atual de tributação visa resolver aquelas questões sociais centrando-se na distribuição da carga tributária em relação à(s) capacidade(s) econômica e/ou contributiva da sociedade e dos contribuintes e na necessidade de personalização dos impostos (MEIRA, 2014, p. 38) – além da observância de inúmeros direitos e garantias tributárias como,

---

<sup>3</sup> Lisboa e Latif ressaltam que: “no Brasil, o rentismo tem se revelado bastante estável, apesar de seus resultados sub-ótimos. Sua longa prevalência pode decorrer de vários fatores. Em primeiro lugar, a prática desses reflete crenças generalizadas sobre a natureza de um processo de desenvolvimento bem-sucedido. Por estar longe da fronteira tecnológica, segundo o nacional desenvolvimentismo, seria necessária uma política alternativa para a convergência da renda per capita dos países desenvolvidos. Essa política implicaria a proteção temporária da indústria doméstica em relação à competição externa, de modo a viabilizar ganhos de produtividade e a posterior competitividade com os países desenvolvidos. Em segundo lugar, há incerteza sobre políticas públicas e práticas alternativas – por exemplo, sobre as consequências particulares da liberalização do comércio na economia do país e os grupos eventualmente afetados. Terceiro, o rentismo cria grupos politicamente vocais que dependem dessas políticas e reagem às mudanças propostas. Em quarto lugar, a falta de transparência dos impostos e das políticas dificultam o debate democrático sobre as opções existentes e seus custos de oportunidade. Por fim, por muitos anos, o nacional desenvolvimentismo foi bem-sucedido em gerar ciclos de crescimento econômico, não obstante as frequentes crises periódicas – caracterizadas por desequilíbrio fiscal, inflação elevada e crises nas contas externas – atribuídas a choques exógenos” (LISBOA e LATIF, 2014, p. 48).

por exemplo, a que veda a tributação com efeito confiscatório e a que estabelece que a tributação tem que ser igual para os contribuintes que se encontrem em situação equivalente (art. 150, II e IV, da Constituição Federal de 1988).

Ocorre que a tributação, apesar de conseguir cada vez mais recursos ao Estado e de possibilitar uma relativa redistribuição de renda (em especial, por programas sociais de redistribuição de renda ou de inclusão social por financiamento público – como, por exemplo, FIES, PROUNI, *Ciência sem fronteiras*, etc.), não tem conseguido deixar de ser um entrave ao desenvolvimento econômico e social do país – apesar dos recentes avanços tecnológicos de fiscalização e controle das obrigações tributárias e da melhoria sensível da “inteligência fiscal” – porque o peso da tributação ainda recai com maior intensidade sobre a população mais pobre do que sobre a parcela mais rica da sociedade (o que mantém ou agrava as mencionadas injustiças sociais), eis que a sonegação ainda é elevada e o aumento da tributação não tem possibilitado uma melhoria das políticas públicas na mesma proporção do crescimento da arrecadação tributária.<sup>4</sup>

Pelo exposto, se não é possível uma visão catastrófica do sistema tributário nacional, tão pouco é possível uma visão panglossiana de que “nunca na história desse país” o sistema tributário foi tão capaz para resolver os problemas sociais e econômicos da atual e futuras gerações. Pelo contrário. Há muito o que avançar, em especial no tocante à eficiência da tributação para a melhoria das condições econômicas e sociais – principalmente porque a questão da eficiência “tem papel relevante no momento de aplicação dos princípios e regras jurídicas” na seara tributária (TORRES, 2006, p. 69) e porque, diferentemente de Saraiva Filho (2006, p. 293), aquela tem profunda inter-relação com as normas e políticas tributárias necessárias ao funcionamento da economia e das redes de proteção social. Pode também ser fundamental para a resolução dos complexos problemas da globalização de empregos e das mudanças climáticas que serão enfrentadas nesse século.

Sem embargo, a ponderação de Meira (2014, p. 36) também deve ser aplicada a este estudo, posto que esta análise visa tão somente apresentar algumas reflexões sobre a questão da eficiência da política tributária brasileira como resposta às necessidades sociais não atendidas

---

<sup>4</sup> Segundo Mota (MOTA, Ricardo Ferreira. Tributação indireta e análise econômica (e interdisciplinar) do direito, in **Revista Tributária e de Finanças públicas**, ano 21, vol. 108, jan./ fev., 2013, p. 159 – apud MEIRA, 2014, p. 47), “examinando o gasto público total com saúde, de 1995 a 2004, verifica-se que ele cresceu somente 14,5%, enquanto a carga tributária e o PIB, como visto, no período de 2000 a 2010, subiram, respectivamente, 264,49% e 212,32%. O gasto público com saúde representou 3,89% do PIB, reduzindo-se para 3,66% em 2004, sendo menor que o gasto provado com saúde, que se manteve estável, correspondendo a 4,64% do PIB, nos dois anos referidos”.

*Considerações sobre a eficiência tributária para uma tributação no século XXI*

– ou, não integralmente atendidas – desde 1988 no Brasil. E, principalmente, este estudo visa lançar algumas “luzes” – mesmo que difusas e não tão fortes – sobre qual a política tributária que o Brasil deveria adotar para que, no século XXI, a questão do financiamento das políticas públicas seja respondida a contento pela tributação.

**2. EFICIÊNCIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: DELIMITAÇÕES E PONDERAÇÕES SOBRE A SUA EXTENSÃO.**

Várias são as concepções do que seja “eficiência em matéria tributária”. Sobretudo, porque o conteúdo do que seja eficiência, em um plano pragmático, depende da função de seu uso. Tanto que pode ter significados distintos se utilizados em campos de ação privados ou públicos (FISCHER, 2006, p. 261). E, diferentemente de Gabardo (2002, p. 22), compreende-se que a delimitação do que seja “eficiência em matéria tributária” é relativamente menos complexa do que compreender o que seja “eficiência”, na medida em que se compreende que aquela expressão não apresenta um conteúdo tão ambíguo quanto este termo e, sobretudo, porque aquela expressão identifica tão somente uma circunscrição imposta ao princípio da eficiência administrativa. Isto é, “eficiência em matéria tributária” nada mais é do que a aplicação do princípio da eficiência na esfera de atuação tributária do Estado.

Para se compreender ontologicamente o que seja “eficiência em matéria tributária” é necessário um processo crítico de desmistificação do conteúdo desta expressão (FISCHER, 2006, p. 262). Para tanto, é possível identificar o conceito de “eficiência em matéria tributária” pela fixação do sentido do termo “eficiência” e pela sua conseqüente decomposição na área tributária. Todavia, nesse método deve-se levar em consideração a advertência de Gabardo (2002, p. 23) de que a identificação acadêmica do que seja “eficiência” não deve se prender às explicações linguísticas, visto que o termo pode apresentar os mais variados significados e significações em razão do *locus* em que é empregado. Sobretudo porque “a perspectiva científica determina a visão empregada, que se altera de acordo com os juízos valorativos do intérprete” porque “a própria opção por uma ênfase na natureza axiológica do termo (com destaque para o elemento “meio”) ou na sua essência teleológica (com destaque para o elemento ‘fim’) traz distintas conotações”. Ou, também, pode-se compreendê-lo pela adequação do princípio da eficiência administrativa ao campo tributário – ressaltando-se que esta adequação não é menos fácil que a realizada pelo método anterior, apesar de ser menos complexa (COSTA-CORREIA, 2006).

No tocante ao último método, compreende-se que é possível extrair três significados/significações distintas para o que seja “eficiência em matéria tributária” pela

adequação do princípio da eficiência administrativa. Um sentido/conteúdo idealista, que indica que a aplicabilidade da eficiência é desejável à atividade administrativa e tributária do Estado, apesar de seu sentido jurídico ser tão fluido e programático que torna difícil o seu controle – configurando-se, assim, mais como um princípio axiológico do Poder Público do que como uma norma basilar de conteúdo concreto a ser aplicada pela Administração Pública (MELLO, 1999, p. 75; BASTOS, 2002, p. 539- 540). Um sentido/conteúdo pragmático que expressa a obtenção dos melhores resultados com os meios escassos que dispõe e aos menores custos (ARAÚJO e VIDAL, 2001, p. 275-276; JUSTEN FILHO, 2005, p. 84-86; TAVARES, 2002, p. 875; GASPARINI, 1995, p. 50).

Isto é, obter a maior arrecadação com o menor custo possível a fim de possibilitar (pela organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais) a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas e de igualdade aos consumidores (SILVA, 2005, p. 337). Ou seja, o sentido pragmático de eficiência expressa a ideia de “fazer acontecer com racionalidade”, estando, por isso, mais vinculado a uma ideia econômica do que jurídica. Por fim, um sentido proposital que indica a necessidade de a Administração Pública exercer suas atividades de forma mais adequada, razoável ou eficaz possível como forma de se atingir o interesse social.

Destarte, no sentido proposital é imposto

[...] à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre na busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social (MORAES, 2003, p. 791).

Assim, eficiência em matéria tributária pode estar relacionada diretamente com a adequação dos gastos dos valores arrecadados. Neste sentido, a eficiência em matéria tributária pode ser definida como “a obrigação da Administração Pública de utilizar os recursos públicos do Estado com a maior pertinência e adequação possível em prol da sociedade” (MARTINS, 2006a, p. 31). Isto é, verifica-se eficiência em matéria tributária quando a política tributária – por meio de seus mecanismos e instrumentos legais – é capaz de gerar desenvolvimento e justiça fiscal, fazendo com que a arrecadação seja mera consequência natural e necessária para geração proporcional de serviços públicos à comunidade, em relação às obrigações tributárias que lhe são impostas, sem se ferir a capacidade contributiva dos cidadãos. Logo, eficiência em matéria tributária pode ser, assim, sinônimo de transparência, normalidade e legalidade no conjunto das ações do administrador público, quando este buscar tonificar resultados práticos,

*Considerações sobre a eficiência tributária para uma tributação no século XXI*

sem formalismos ou burocracias que acarretem desperdícios dos valores arrecadados (ABRÃO, 2006, p. 83). No entanto, eficiência em matéria tributária pode estar relacionada, também, com a máxima arrecadação possível. Tanto que, para Machado (2006, p. 54-55), a eficiência em matéria tributária passa a consistir...

[...] na realização da atividade de tributação de forma a propiciar o máximo resultado, vale dizer, a maior arrecadação, sem prejuízo para a realização do objetivo essencial do Estado que consiste na preservação do ordenamento jurídico como instrumento da realização do bem comum, e com o mínimo de sacrifício para os contribuintes.

Compreende-se que eficiência em matéria tributária não pode ser tão somente a busca incessante do aumento da arrecadação em si, pois esta é limitada pelos próprios direitos e garantias fundamentais do contribuinte (FISCHER, 2006, p. 267). Pode-se compreender a eficiência em matéria tributária pela ótica contrária da máxima arrecadação, isto é, pelo prisma da economicidade (FISCHER, 2006, p. 267). Ou seja, eficiência em matéria tributária pode significar a obtenção de maior receita com o menor gasto (seja sob o ponto de vista da instituição e regulamentação dos tributos, seja pela atividade administrativa). Nesse sentido, aproxima-se do princípio da praticidade porque visa legitimar a utilização pelo legislador de técnicas normativas (como, por exemplo, substituição tributária e ficções e presunções legais) que possibilitem uma arrecadação mais ágil e menos onerosa, que evitem a sonegação e que possibilitem interpretações e aplicações constitucionalmente adequadas da legislação por parte dos agentes públicos para o mais adequado aproveitamento técnico e funcional das tarefas administrativas (FISCHER, 2006, p. 268-270).

Eficiência em matéria tributária não implica, por decorrência lógica, uma tributação mínima. Sobretudo, porque em um Estado Social o desenvolvimento econômico e social requer uma tributação condizente com as necessidades sociais<sup>5</sup> e, portanto, não compatível com valores mínimos de arrecadação. Compreende-se que tais posições não são divergentes porque a eficiência em matéria tributária, enquanto princípio, deve ser examinada sob os aspectos: (a) da capacidade dispenditiva do Estado – a qual está vinculada à correta utilização dos recursos arrecadados; (b) da justiça da tributação pela geração de desenvolvimento econômico e social – o qual é mensurado pela “exata detecção dos limites da capacidade contributiva e das imposições e estímulos necessários para que a sociedade progrida” (MARTINS, 2006a, p. 31);

---

<sup>5</sup> Importante ressaltar que se concorda com Fischer que “uma sociedade com as dimensões e a complexidade social, cultural e econômica como a sociedade brasileira, certamente, demanda gastos bastante consideráveis e, conseqüentemente, uma tributação na mesma medida” (FISCHER, Octavio Campos. Princípio da eficiência e a tributação no Brasil, in **Princípio da eficiência em matéria tributária** – org. Ives Gandra da Silva Martins. Pesquisas Tributária – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 260-290, p. 269).

e (c) do justo combate à sonegação – a fim de evitar com que a tributação possibilite ausência de competitividade. E porque somente haverá eficiência em matéria tributária se os três aspectos forem observados conjuntamente. Ressalte-se, inclusive, que qualquer desfiguração de um dos três aspectos acaba por provocar descompassos em todos eles e, conseqüentemente, impede de se observar a eficiência em matéria tributária (MARTINS, 2006a, p. 31).

Por esta razão, mesmo em um Estado Tributário e Social, não é possível que as despesas sejam o Norte a ser perseguido e que os tributos sejam os únicos meios necessários para seu custeio. Destarte, a lógica correta deve ser a definição eficiente dos gastos possíveis para que se possa determinar o quanto será necessário arrecadar para fazer frente a estes, e não o contrário (ou seja, estabelecer o quanto se pode arrecadar, para determinar no que será gasto). Eficiência em matéria tributária não pode ser sinônimo da máxima arrecadação de valores, tampouco da mínima. A tributação será eficiente se não retirar nem mais ou menos recursos do que os necessários para o custeio eficaz e eficiente dos gastos públicos em uma dada sociedade.

Em outro sentido, Goldschmidt e Velloso (2006, p. 190-196) ponderam que a eficiência em matéria tributária pode ser analisada sob o prisma de “eficiência-legalidade” e da “eficiência-vetor”. No primeiro prisma, defendem os autores que sendo um Estado de Direito regido pela legalidade, os administradores estariam pautados em sua conduta pela legalidade e, por conseguinte, agiriam de forma eficiente sempre que se amoldassem aos ditames legais. Assim, a “eficiência-legalidade” se consubstanciaria tanto como garantia do administrado como limite ao exercício da atividade dos agentes administrativos – configurando-se como um verdadeiro “instrumento de estagnação ou inércia” do agir público, visto que pela “eficiência-legalidade” não se permite que os agentes públicos inovem, reformulem ou aprimorem o sistema, impondo-lhes “a acéfala tarefa de cumprimento/observância do sistema posto, do ordenamento legal (GOLDSCHMIDT e VELLOSO, 2006, p. 190).<sup>6</sup> E, no segundo prisma, a

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, Goldschmidt e Velloso ressaltam, ainda, que “tal circunstância, a par de trazer consigo o inerente peso da desmotivação, prejudica, senão aniquila, em sua quase totalidade, as possibilidades de otimização de processos, tomado esse termo em seu sentido mais amplo, como atinente ao direito material e procedimental, abrangente da atividade pública como um todo. O fiscal, por exemplo, não pode deixar de exigir o emaranhado de livros, declarações e documentos que a lei considera obrigatórios, ainda que encontre uma forma mais barata e dinâmica de cumprir sua obrigação de verificação. Não pode, igualmente, deixar de adotar determinada prática por considerá-la incoerente, tautológica, exagerada, irrelevante ou mesma injusta, ainda que tenha em mente a solução ideal (mais racional e eficiente), e ainda que seja nítido que está desperdiçando tempo e dinheiro da Administração Pública”. Isto porque “a racionalidade e a otimização de processos pressupõem, como regra, a possibilidade de reformulação. E, nesse contexto, o venerado – por justas e históricas razões – princípio da legalidade possui, como contraponto do dever de fazer o que consta da lei, a obrigação de não-fazer aquilo que não consta [...]. Sua atividade criativa é estritamente proibida na exata medida em que a estrita legalidade lhe obriga a agir, no direito tributário impositivo, de forma plenamente vinculada” (GOLDSCHMIDT e VELLOSO, 2006, p. 190-215, p. 191).

*Considerações sobre a eficiência tributária para uma tributação no século XXI*

eficiência pode ser analisada enquanto “vetor” para a “constante busca pelo aprimoramento” (GOLDSCHMIDT e VELLOSO, 2006, p. 192). Nesse caso, a eficiência “dirige-se, fundamentalmente, ao Poder Legislativo, em cuja atividade legiferante devem ponderar sempre os critérios de custo-benefício, eficácia das medidas *versus* ônus inerentes” (2006, p. 192). Por esta razão, compreendem que a eficiência em matéria tributária mantém “íntima relação com o princípio da proporcionalidade, representando um instrumento de controle e adequação dos meios aos fins” (2006, p. 195).

Em outros termos, para Goldschmidt e Velloso (2006, p. 195), a eficiência em matéria tributária se verifica na necessidade dos Poderes Públicos agirem cientes dos fins das normas, de modo a lhes conferir o seu melhor desempenho, “conciliando agilidade, redução de custos (economicidade), simplificação e transparência, atentos às exigências de comodidade, proporcionalidade, confiança e continuidade (postulado esse que, vale dizer, tem como contrapartida o direito do administrado de exigir uma atuação eficiente, em todas as suas formas)” – e, “do ponto de vista legislativo, a eficiência é alcançada, ainda, com a estruturação de uma autêntica política tributária, voltada ao crescimento econômico e à otimização da arrecadação, com um mínimo de interferência ou imposição de ônus, burocráticos e financeiros, ao contribuinte”.

Haverá eficiência em matéria tributária quando o legislador, no momento de criação ou regulamentação de tributos, visar a organização do sistema tributário de modo a que este contribua, otimize e promova, ao máximo, o desenvolvimento da sociedade, e não simplesmente o mero aumento da tributação (FISCHER, 2006, p. 268). Isto é, quando o conjunto de normas jurídicas, que orienta o sistema tributário nacional (em especial, quanto à competência tributária e à regulação das condutas ou o modo de agir do Fisco e dos contribuintes), em seus aspectos fiscais e extrafiscais, otimizar a fiscalização e a arrecadação dos tributos por meio da observância dos princípios constitucionais (especialmente, o princípio da capacidade contributiva) e da justa distribuição das receitas tributárias, e possibilitar o desenvolvimento econômico e social do País (SARAIVA FILHO, 2006, p. 302).

Em suma, a eficiência em matéria tributária somente é observada quando o sistema tributário, como um todo, apresenta uma organização racional, imparcial, neutra, transparente, eficaz, sem burocracia e de menor dispensa econômica dos meios e recursos (humanos, materiais e institucionais) necessários para a instituição, apuração, fiscalização, possível devolução e aplicação dos recursos advindos das normas tributárias. E também, quando possibilitem ou não impeçam a realização dos serviços e atividades públicas ou privadas que

possibilitem o bem comum pela realização completa dos anseios, necessidades e interesses sociais (COSTA-CORRÊA, 2006, p. 241).

#### *Limites à eficiência em matéria tributária*

Primeiramente, é importante salientar que se concorda com Machado (2006, p. 53), quando afirma que o questionamento quanto aos limites da eficiência em matéria tributária leva invariavelmente à ideia de que esta deve ser sinônima de “máxima arrecadação”. Porém, conforme mencionado alhures, compreende-se que tal defesa é fundada em uma visão utilitarista errônea porque, na verdade, o objetivo da tributação é proporcionar os meios necessários à realização do bem comum, isto é, a tributação é apenas e tão somente uma atividade-meio ou “instrumental” (MACHADO, 2006, p. 53) para que o Estado possa viabilizar sua atividade-fim que é a prestação de serviços à comunidade, com o intuito de proporcionar a diminuição das distorções sociais entre seus membros que lhes impedem uma igual promoção e preservação de sua dignidade humana.

Assim, o limite à eficiência em matéria tributária se encontra tanto nos demais princípios jurídicos que informam a tributação no Brasil (MACHADO, 2006, p. 55), como nos próprios direitos e garantias fundamentais dos contribuintes (FISCHER, 2006, p. 271). E, nesse sentido, os limites podem ser tanto os princípios da legalidade e da isonomia<sup>7</sup> (MACHADO, 2006, p. 55, como os princípios republicano, da economicidade e da razoabilidade (VARGAS, 2006, p. 217-218), ou ainda os princípios da capacidade contributiva, do efeito confisco, da isonomia e da proporcionalidade entre o nível da arrecadação e a extensão e qualidade dos serviços públicos, diretos ou indiretos, retornados à sociedade (MARTINS, 2006, p. 31-32).

Não obstante, o limite à eficiência em matéria tributária passa, também, pela eficaz e correta identificação dos fatos economicamente dignos passíveis de tributação que possibilitem uma tributação seletiva, progressiva, extrafiscal e em consonância com os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes e com os limites da ética, da moral e da capacidade solidária de se arcar com a carga direta e indireta da tributação que possibilite, ao término, os valores necessários ao exercício das atividades e funções públicas e da Justiça fiscal (COSTA-CORRÊA, 2006, p. 241). Ademais, se a eficiência em matéria tributária passa pela necessidade de se buscar atribuir um sentido à matéria tributária que conceda maior eficácia às normas constitucionais e que favoreçam a integração política e social na sociedade, pode-se afirmar que

---

<sup>7</sup> Hugo de Brito Machado ressalta, porém, que “mesmo em uma singela política de arrecadação é imprescindível a observância de todos os princípios jurídicos, em especial o princípio da legalidade” (MACHADO, 2006, p. 50-68, p. 57).

*Considerações sobre a eficiência tributária para uma tributação no século XXI*

o próprio programa constitucional é um limite à eficiência tributária (VARGAS, 2006, p. 217-218). E, em razão do tributo ser justo (MARTINS, 2006a, p. 45; COSTA-CORRÊA, 2006, P. 252), o tributo não pode ser “nem arbitrário, nem excessivo, nem mal gasto” – porque “só há, de rigor, princípio de eficiência na política tributária de um país, se houver o mesmo princípio de eficiência na política dispenditiva desses recursos” (MARTINS, 2006a, p. 46).<sup>8</sup>

Destarte, “o princípio da eficiência deve ser invocado sempre que houver descontrolo, ineficiência ou corrupção nos gastos públicos” (MARTINS, 2006, p. 47) para que o tributo não deixe de ser eficiente e para que não se transforme em um mal em si (FERNANDES, 2014, p. 516). Nesse sentido, a legitimidade da imposição tributária depende do controle dos gastos públicos porque “só a gestão eficiente e responsável da despesa pública pode legitimar a cobrança dos tributos” (TORRES, 2006, p. 75). Além do que, a Constituição Federal vigente prevê, inclusive, que o controle da execução orçamentária deve observar os princípios da legalidade, economicidade e legitimidade dos gastos do governo (TORRES, 2006, p. 77), razão pela qual só o controle rápido, eficiente, seguro, transparente e valorativo dos gastos públicos é que legitima o tributo, enquanto preço da liberdade (TORRES, 2006, p. 77).

Apesar de Machado (2006, p. 63) compreender que a eficiência pode e deve ser cobrada na realização do gasto público, não parecer ser possível se sustentar que a ilegitimidade da cobrança de tributo seja fundada apenas na inobservância desse princípio na realização do gasto público. É de se concluir que não se pode pensar na liberação do contribuinte fundada na ilegitimidade do tributo em decorrência de gastos públicos indevidamente realizados (MACHADO, 2006, p. 63-64). Por isso, defende que “a solução para a questão da inobservância do princípio da eficiência na realização do gasto público se há de buscar no âmbito da política” – porque “o direito ainda não nos oferece instrumento adequado para o desempenho dessa difícil tarefa” (MACHADO, 2006, p. 64).

Sendo o poder de tributar limitado tanto pela distribuição das competências disciplinadas no texto constitucional como pelas garantias asseguradas constitucionalmente ao contribuinte – as quais, configuram-se como um “sistema normativo aberto” na medida em que

---

<sup>8</sup> Segundo Ives Gandra da Silva Martins, “não há, pois, princípio de eficiência na política tributária impositiva se não houver a mesma eficiência na política dispenditiva do Estado. Não há eficiência parcial. Ou uma política é integralmente eficiente, ou é claramente ineficiente. Ou se tem os dois, ou não se tem nenhum, não havendo eficiência na política tributária, se não houver eficiência na política dispenditiva. Se esta for perdulária, incorreta, corrupta, automaticamente exigir-se-á da sociedade mais do que deveria pagar para receber serviços públicos e a carga desmedida, por melhor que seja o sistema, consagrará o oposto do princípio da eficiência. Cobrar-se-á dos ‘condôminos’ mais do que uma boa ‘política condominial ou tributária’. Para o justo tributo deve haver a justa aplicação, no interesse da sociedade, dos recursos dele provenientes” (MARTINS, 2006, p. 29-49, p. 46-47).

o art. 150 da Constituição Federal de 1988 prescreve que, além das garantias enumeradas, existem outras (VARGAS, 2006, p. 218-219) – o poder de tributar é limitado, também, pela “garantia da eficiência” ou pela “garantia da destinação adequada da arrecadação dos tributos” porque, sendo a relação obrigacional tributária bilateral e decorrente da relação causal entre tributação e gastos públicos, o contribuinte tem o dever fundamental de pagar tributos e o direito fundamental de o fazer nos limites estabelecidos na Constituição e de exigir que os valores arrecadados sejam aplicados em conformidade com o programa constitucional na contraprestação de serviços públicos (VARGAS, 2006, p. 219; KANAYAMA, 2014, p. 483). Nesse sentido, Vargas (2006, p. 222) ressalta que...

[...] o Estado só tem legitimidade para tributar em razão de sua função de prestador de serviços, e não um prestador de serviços qualquer, mas um eficiente prestador de serviços. A partir do momento em que não presta os serviços ou o faz de maneira deficiente, perde a legitimidade para tributar; a competência tributária vai se tornando materialmente inconstitucional na mesma proporção em que os serviços públicos não são prestados ou o são de modo deficiente.

Não obstante, é importante a ressalva de Fischer (2006, p. 271-272) de que existem fins e valores que são prioridades em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro. E, principalmente que...

[...] o orçamento é o local apropriado para se iniciar o caminho rumo à realização dos mesmos. Se há completa liberdade orçamentária e, inclusive, se ele não possui um forte grau de vinculação, então é necessário dizer que a própria força normativa da Constituição perde muito de sua relevância. É dizer, a otimização da Carta Magna passa pela otimização na alocação das receitas: utilizá-las de tal forma que possibilitem ao máximo a realização de um Estado Democrático de Direito, de uma sociedade livre, justa e solidária.

Ademais, a coletividade possui sempre a possibilidade de discutir o modelo de Estado posto e, conseqüentemente, a necessidade e utilidade de se pagar determinados tributos. Sobretudo, porque “todos têm simultaneamente o dever de suportar financeiramente o Estado e o direito (o direito-dever) de ter uma palavra a dizer sobre os impostos que estamos dispostos a pagar” (NABAIS, 2005, p. 135), ou melhor, “como dever fundamental, o imposto não pode ser encarado nem como mero poder para o Estado, nem como um mero sacrifício para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida organizada em estado fiscal” (NABAIS, 1998, p. 679). Assim, caso o Estado prefira gastar seus recursos com fins não compatíveis com o ordenamento jurídico (FISCHER, 2006, p. 272), os contribuintes podem invocar o “princípio da eficiência em matéria tributária” a fim de deslegitimar materialmente os tributos exigidos pelo Estado. Sobretudo, porque o sistema constitucional brasileiro não possibilita que a tributação seja plenamente justificada, direta e exclusivamente, no dever de solidariedade social (COSTA-CORRÊA, 2006, p.251).

Por isso, compreende-se como possível a discussão da legitimidade da carga tributária no Brasil em razão da ineficiência administrativa e tributária do Estado – sendo que tal discussão deve passar não somente pela questão do controle da capacidade dispenditiva do Estado, mas, também, pela análise da legitimidade do dever de solidariedade fiscal. Isto é, se este ainda se funda nos interesses coletivos ou se foi suplantado pela necessidade do Estado em manter outras atividades e funções não necessárias ao cumprimento dos interesses e necessidades sociais e ao exercício das funções essenciais do Poder Público (COSTA-CORRÊA, 2006, p. 252). Vale dizer, compreende-se que a ineficiência em matéria tributária deslegitima as imposições tributárias porque a eficiência é conteúdo e limite axiológico do dever de solidariedade e da matriz conceitual do mínimo existencial e da capacidade econômico-contributiva (COSTA-CORRÊA, 2006, p. 252).

Afinal, se ao Estado cabe a tributação justa para prover as necessidades e interesses público-coletivos e para o correto e eficiente exercício das funções públicas, aos particulares cabe a certeza de que a tributação imposta é tão somente a necessária para solver as despesas advindas do cumprimento e exercício daqueles. Assim, todos e quaisquer ônus tributários que sejam necessários para a manutenção das estruturas de poder e desmandos dos governantes são tidos como injustos e decorrentes do excesso dispenditivo do Estado, devendo, por isso, sua exigência ser tida como ilegítima por ser ineficiente e contrária à preservação do mínimo existencial e da capacidade econômico-contributiva (COSTA-CORRÊA, 2006, p. 253). Não obstante, concorda-se com o argumento de Saraiva Filho (2006, p. 291-292) de que o enfrentamento de tal questão requer, para sua solução, uma efetiva ponderação entre os valores em choque (como, por exemplo, eficiência e democracia). Segundo o referido autor:

[...] se a valorização dos motivos ou a escolha do objeto do ato enquadrar-se, de algum modo, dentro da eficiência imaginada pelo legislador, de modo que se possa encontrar uma razoabilidade dentro do senso de eficiência, mesmo que, eventualmente, possa existir uma divergência de opinião a respeito, o ato deve ser mantido, em respeito também à democracia e ao princípio da separação dos Poderes, de modo que o juízo de eficiência do magistrado não deve substituir o tino de eficiência do legislador, mesmo porque não quer a Constituição transformar o juiz em administrador de segundo grau quanto ao exame do mérito administrativo (SARAIVA FILHO, 2006, p. 292).

### **3. DISTINÇÃO ENTRE POLÍTICA TRIBUTÁRIA E POLÍTICA DE ARRECADAÇÃO: PARÂMETRO PARA A TRIBUTAÇÃO EFICIENTE EM UM ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

Para Martins (2006a, p. 33),

[...] a política tributária deve ter variada finalidade, a saber: justiça fiscal, nortear a alocação de recursos, promover o desenvolvimento econômico, assegurar o pleno emprego, combater a inflação, assegurar o equilíbrio do balanço dos pagamentos

internacionais, atender às finalidades sociais, permitir a coordenação fiscal entre as finalidades política, jurídica e administrativa dos governos.

Destarte, “o que distingue, pelo prisma da eficiência, uma política de arrecadação de uma política tributária é que a primeira gera pouco desenvolvimento econômico e social, além de injustiça tributária, e a segunda propicia o crescimento econômico e social e a justiça fiscal” (MARTINS, 2006a, p. 37).

Sob ótica diversa, Machado (2006, p. 57) articula a distinção entre políticas tributária e de arrecadação é que

[...] enquanto em uma autêntica política tributária, que envolve a busca de efetividade da função extrafiscal do tributo, o objetivo visado é a mudança de determinado comportamento, ou de determinada situação na economia, e a eficiência é medida pelo grau de realização desse objetivo, em uma singela política de arrecadação o objetivo visado é simplesmente o aumento do volume de dinheiro arrecadado.

Para Torres (2006, p. 73-74),

[...] o que distingue uma autêntica política tributária de uma singela política de arrecadação, pelo prisma da eficiência, é a adesão, por parte da legislação, da jurisprudência e da administração, à pluralidade dos princípios de legitimação do ordenamento tributário” – “[...] nomeadamente a igualdade, a razoabilidade, a ponderação, a praticabilidade, a simplificação, a concorrência, a economicidade e a transparência.

Já para Goldschmidt e Velloso (2006, p. 197), a distinção entre uma autêntica política tributária e uma singela política de arrecadação se faz necessária porque aquela

[...] visa, desde Adam Smith até a magnífica obra de Fritz Neumark, à transparência, à facilitação do cumprimento das obrigações tributárias, à simplificação das formas (livros, guias, declarações, relatórios, demonstrações), com vistas à diminuição de custos de administração e aumento de arrecadação.

Sobretudo porque qualquer política tributária deve ser

[...] pensada e orientada para: (a) o fomento do trabalho (e, dentro disso, ressalta-se a mobilidade da mão de obra, o volume da força de trabalho, a facilitação do ingresso de nova mão-de-obra, a capacidade laboral e a disposição ao trabalho), dado que este é o fator que delimita primeiramente o volume e a velocidade do crescimento econômico; (b) o fomento do investimento (pela redução dos impostos sobre as sociedades e a possibilidade de compensação de perdas); (c) e a geração de poupança interna (que, na unanimidade das vozes dos economistas, constitui pilar fundamental do crescimento econômico)(GOLDSCHMIDT e VELLOSO, 2006, p. 198).

Enquanto que, por outro lado, uma política de arrecadação consiste na superposição aleatória de incidências e obrigações tributárias e revela “exclusiva preocupação com o contínuo aumento dos ingressos, sem procurar conferir logicidade, coerência e solidez (com vistas à perpetuação) ao sistema tributário” (GOLDSCHMIDT e VELLOSO, 2006, p. 198).

*Considerações sobre a eficiência tributária para uma tributação no século XXI*

Segundo Vargas (2006, p. 230), “uma autêntica política tributária é aquela que vê na arrecadação dos tributos um meio de alcançar os objetivos sociais desenhados no programa constitucional, ou seja, vinculando o poder de tributar ao poder/dever de prestar serviços públicos adequados, bem como aos fins extrafiscais da tributação e à capacidade contributiva do contribuinte”. Enquanto que uma política de arrecadação “tem a arrecadação dos tributos como um fim em si mesmo, sem outro objetivo que não seja o de arrecadar”.

Não obstante, compreende-se que a distinção entre política tributária e política de arrecadação passa pela fixação de 04 (quatro) premissas. A saber:

A primeira premissa já foi fixada, mesmo que de forma superficial. Tributar e arrecadar serão entendidas como situações distintas; não pelo lado prático, visto que ambas destinam a proporcionar meios financeiros para o Estado, mas pela carga axiológica, visto que ambas apresentam ou se fundamentam em valores distintos – a tributação, mais no valor justiça; enquanto que a arrecadação, no valor prático da captação financeira. Todavia, tal distinção não pode e nem deve dizer que as situações possuam conteúdos (limites) estanques, ou seja, a tributação também possui a finalidade fiscal, da mesma forma que a mera arrecadação pode visar a implementação da Justiça fiscal – porém, em ambos os casos, tais conteúdos axiológicos são secundários.

A segunda premissa é decorrente da primeira, podendo, por isso, ser entendida como uma premissa menor. Nesta, explicita-se a certeza de que normas fiscais justas são criadas de forma a evidenciar seu lado tributário, enquanto que as normas de arrecadação “criam apenas uma coisa tributária – ou melhor um tumulto tributário”

A terceira premissa identifica que a tributação gera um ganho social maior para a coletividade do que a mera tributação, visto que é comprovado [...] que se beneficiam, a rigor, mais aqueles países que têm política tributária do que aqueles que têm apenas arrecadatória – porque ‘a verdadeira política tributária termina propiciando desenvolvimento econômico e Justiça fiscal, que acabam, por consequência, gerando mais receitas, menores traumas sociais e maior competitividade econômica.

A quarta premissa evidencia que não se pode diferenciar tributação de arrecadação pela inconformidade na grandeza da carga tributária, visto que [...] sendo as normas tributárias normas de rejeição social, a carga tributária sempre será desmedida para os contribuintes porque: (a) entendem que os objetivos e necessidades são mal colocados; (b) acreditam que existem gastos supérfluos; (c) sentem que são sempre apenados; (d) verificam a existência de tratamento prático diferencial aos sonegadores; (e) atestam que a fiscalização é facilitadora de impunidades e ilegalidades e (f) comprovam que ocorre aumento da receita mesmo com sonegações (COSTA-CORRÊA, 2006, p. 243-244).

Por conseguinte, uma política tributária adequada será aquela que organizar a totalidade das normas tributárias, fiscais e extrafiscais, de forma racional, imparcial, neutra, transparente, eficaz, sem burocracia e de menor dispensa econômica dos meios e recursos (humanos, materiais e institucionais) necessários ao cumprimento total da redistribuição de riquezas, para a implementação do conteúdo concreto do princípio da solidariedade fiscal (a saber, preservação do mínimo existencial, vedação de confisco e aplicação da capacidade contributiva objetiva) e da efetivação dos direitos e garantias constitucionais.

A instituição de uma política tributária deve ser o fim precípua da própria tributação, posto que a constituição desta não impede que a mesma, no passar dos tempos, transforme-se em política de arrecadação e faça com que o sistema tributário aumente sua ineficiência – na medida em que a melhoria da eficiência em arrecadação promoverá a maior incidência das normas tributárias e, por consequência, forçará uma parcela dos contribuintes para a informalidade, aumentando a ineficiência da política tributária e a transformando, paulatinamente, em mera política de arrecadação (FISCHER, 2006, p. 271).

#### **4. REFLEXÕES SOBRE COMO TORNAR A TRIBUTAÇÃO MAIS EFICIENTE E SE TRANSFORMAR EM UM EFICIENTE MECANISMO PARA A DIMINUIÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS.**

O tributo é o preço que se paga para se viver em uma sociedade. E, a abdicação desta parcela de propriedade é o que possibilita a manutenção da liberdade dos indivíduos por meio da existência do Estado e dos serviços públicos promovidos por este para a equalização das desigualdades sociais (NABAIS, 1998; CAMPELLO, 2014, p. 645). Destarte, os tributos possibilitam as condições para implementação do Estado Moderno (VITA, 2014, p. 663).

Assim, a tributação tem sido um instrumental apontado tanto pelos liberais quanto pelos socialistas para a diminuição das desigualdades sociais e para a redistribuição da renda na sociedade hodierna (PIKETTY, 2014, p. 11-12), seja pela tributação de fatos anteriormente não tributados, pelo estímulo à poupança e investimento pela tributação do consumo ou pela adoção de tributação progressiva sobre a renda e o patrimônio (PIKETTY, 2014, p. 28 e 39-40). Isto se dá porque o Estado não deve ser um mero Estado Fiscal, mas sim um verdadeiro Estado Tributário (NABAIS, 1998). Isto é, não deve tributar como um fim em si mesmo, mas tributar para a efetivação das políticas e gastos sociais que tenham como finalidade precípua a diminuição das desigualdades sociais (KANAYAMA, 2014, p. 498).

A adoção do dever de solidariedade fiscal e da necessidade de se respeitar a capacidade contributiva dos contribuintes, pela negação de excessos de tributação e pela necessidade de se impor uma tributação progressiva em razão da diferença da capacidade em contribuir entre os contribuintes, suplantou o modelo que via na tributação uma obrigação *ex imperium lege* (fundada na coatividade e que possibilitava a ampliação desmedida da tributação até o limite da indignidade humana), para a implantação de um modelo em que, em razão da solidariedade fiscal, o dever tributário dos contribuintes é de concorrer para a efetivação de políticas e gastos sociais pelo Estado e não mais de responsabilidade irrestrita, solidária e obrigatória pelos custos do Estado (COSTA-CORRÊA, 2006, p. 253).

*Considerações sobre a eficiência tributária para uma tributação no século XXI*

Num Estado Social e Democrático de Direito, repartem-se pelos tributos os custos das políticas públicas e não a totalidade dos gastos do Estado, pois política fiscal tem de ser política de justiça, e não mera política de interesses (TIPKE e YAMASHITA, 2002, p. 28). Ou seja, os gastos públicos devem ser limitados pela possibilidade de arrecadação tributária eficiente dos recursos necessários da sociedade para tal fim – admitindo-se, excepcionalmente, a retirada de valores monetários da sociedade para que, em seguida e por meio de políticas públicas, tais recursos sejam devolvidos à mesma parcela social obrigada pelo seu financiamento tributário (COSTA-CORRÊA, 2006, p. 254). Isso porque a tributação e o controle de sua destinação são relevantes instrumentos de realização, promoção e financiamento do Estado Social e Democrático de Direito (FISCHER, 2014, p. 593).

Assim, o valor da solidariedade fiscal e a correlata obrigatoriedade fiscal só existem quando o valor coletivo supera o valor individual, personalista e egoísta do Estado de arrecadar (SACCHETO, 2005, p. 11-22; COSTA-CORRÊA, 2006, p. 254). É que a existência de um dever fundamental de pagar tributos não livra o Estado de seus compromissos junto à sociedade, nem minimiza o poder de controle que esta possui perante os modos e meios de aplicação dos recursos tributários arrecadados (GRECO, 2005, p. 182).

*Interrupção do direcionamento da atividade econômica pela tributação*

Preliminarmente, é importante ressaltar que “os governos, por mais competentes que sejam, não conseguem substituir a infinidade de decisões e iniciativas individuais que dão força e dinamismo às sociedades e economias contemporâneas” (SCHWARTZMAN, 2014, p. 11) – razão pela qual “as tentativas de criação de grandes sistemas de planejamento centralizado levam, quase sempre, à criação de máquinas burocráticas caras e incompetentes, quando não a políticas desastrosas e ao sufocamento das iniciativas individuais” (SCHWARTZMAN, 2014, p. 11). E que “os regimes democráticos não necessitam de grandes planos, mas de políticas setoriais bem estudadas e definidas, que possam desenvolver ações eficazes em áreas como educação, inovação, transporte público, energia, meio ambiente, proteção social, saúde, segurança pública e administração de complexos urbanos metropolitanos” (SCHWARTZMAN, 2014, p. 12) – sendo que “poucos governos nacionais ou locais na América Latina têm capacidade para lidar plenamente com essas questões [...] e, quando essa capacidade existe, ela costuma estar mais desenvolvida nas áreas de política econômica, administração financeira e política fiscal do que nas demais” (SCHWARTZMAN, 2014, p. 12).

Verifica-se no Brasil uma gama de setores regulados que fazem com que a intervenção pública seja muito mais detalhada do que em outros países. Tanto que possibilitou a constituição

de modalidades tributárias específicas para direcionar recursos fiscais para as políticas públicas nessas áreas e para a manutenção dos interesses daqueles (LISBOA e LATIF, 2014, p. 39). Além disso, períodos temporários de elevado crescimento econômico contribuíram para o fortalecimento das políticas de intervenção pública, de sorte que “os incentivos, proteções e privilégios proliferam no Brasil e vão muito além dos incentivos fiscais habituais e das transferências de recursos públicos” (como, por exemplo, empréstimos subsidiados, protecionismo, controle de preços e regras de conteúdo nacional) – o que dificulta a correta percepção dos custos sociais destas e a sua revogação ou diminuição.<sup>9</sup>

No Brasil, a institucionalização desses instrumentos rentistas, junto com outras políticas fiscais, proporcionou elevação na inflação, baixo crescimento econômico, deterioração nas contas públicas e, mais recentemente, agitação social pela ampliação das políticas sociais. Em face disso, o Estado brasileiro encontra-se no atual momento em uma encruzilhada: como aumentar os gastos sociais sem aumentar a tributação? Para essa questão, a resposta seria aumentar as políticas rentistas? Não, porque no Brasil tais práticas já são elevadas, pouco transparentes e não tem gerado o retorno social desejado (LISBOA e LATIF, 2014, p. 80).

Outro ponto que merece reflexão é a questão da proteção de setores econômicos – seja por meio de barreiras comerciais, seja pela adoção de tributação elevada para a importação de bens e serviços ou pela fixação de coeficientes de conteúdo nacional em bens e serviços – porque a manutenção de tais práticas “rentistas”, apesar de possibilitar inicialmente ganhos mínimos de produtividade, geram e mantêm empresas ineficientes e acabam por acarretar custos sociais elevados para os demais setores da economia (LISBOA e LATIF, 2014).

Assim, compreende-se que a melhor solução seria a interrupção de todas as políticas rentistas, apesar de se reconhecer que determinadas isenções (MEIRA, 2014, p. 58) ou a redução significativa das alíquotas de impostos indiretos sobre produtos fundamentais de consumo poderia gerar um forte complemento de renda para as famílias mais pobres, auxiliando, inclusive, os programas de transferência de renda das políticas públicas. É que, fundamentalmente, “o que distingue as boas práticas das más não são seus formatos, mas sim se o governo, em sua atuação direta ou indireta, se orienta ou não pelos interesses mais gerais da sociedade, a partir

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, Lisboa e Latif ressaltam que: “a descentralização dos mecanismos de concessão de benefícios, que muitas vezes não passam pelo orçamento público, a pouca transparência dos impactos das políticas, o reduzido acesso aos dados para a análise independente dos resultados e os seus custos muitas vezes difusos para a sociedade, traduzidos em menor eficiência dos processos ou maiores custos de produção, dificultam a deliberação democrática das políticas públicas, resultando em elevada carga tributária e a provisão deficiente de bens públicos.” (LISBOA e LATIF, 2014, p. 39-40).

*Considerações sobre a eficiência tributária para uma tributação no século XXI*

do mandato político que recebeu, e se o faz com a melhor utilização dos recursos disponíveis na sociedade” (SCHWARTZMAN, 2014, p. 27).

*Direcionamento social pela tributação*

A busca da melhoria das condições sociais passa pela ampliação da igualdade de oportunidades dos membros de uma sociedade. Como a tributação é um importante instrumento para a correção das distorções sociais e para a diferenciação social/funcional (VITA, 2014, p. 662), a imposição de tributos tem que levar em conta a capacidade contributiva dos contribuintes. Por consequência, a tributação deve ser temperada e balanceada, com maior ou menor intensidade, para não ser isonômica e injusta, mas, sim, para tributar de forma equivalente às distorções da capacidade econômica e contributiva de seus membros.

Somente a não uniformidade da tributação é que possibilita a melhoria das condições sociais dos contribuintes econômica e socialmente menos favorecidos, pois a distinção de espectros de capacidade contributiva e econômica deve impor uma tributação distinta e progressivamente mais próxima das distinções sociais a fim de possibilitar a redistribuição de renda na sociedade (inclusive, pela prestação de serviços públicos ou por ações afirmativas tributárias – FISCHER, 2014, p. 593), pela melhoria das condições econômicas e sociais das parcelas menos favorecidas e, conseqüentemente, a construção das condições necessárias ao mínimo existencial viabilizador da autonomia do ser humano (CAMPELLO, 2014, p. 638).

Entretanto, é importante ressaltar que apesar das distinções entre as faixas de capacidade econômica e contributiva dos membros de uma sociedade, acredita-se que a isonomia tributária é importante instrumento para a eficiente tributação. Desde que seja aplicada apenas e tão somente na identificação das alíquotas para tipos ou espécies de produtos ou serviços a serem tributados quando de sua produção ou consumo. Isto é, a distinção da tributação deve se dar no tocante às faixas de tributação de patrimônio ou renda, não nos tributos de produção ou consumo. Em outros termos, alimentos ou serviços podem e devem ter alíquotas diferenciadas em relação à sua essencialidade de consumo ou em relação à indução ou não de seu consumo, porém as mesmas espécies de produtos ou serviços deveriam ser tributados sempre na mesma alíquota. Assim, alimentos e serviços básicos deveriam ter alíquotas menores do que as de produtos eletrônicos, carros, viagens, etc.

Tal posição, além de aumentar a eficiência, equidade, certeza, conveniência e economia de recolhimento dos tributos, possibilitaria que houvesse uma tributação diferenciada em relação às faixas de capacidades econômica e contributiva. Além disso, a certeza de que

determinado grupo de produtos ou serviços (por exemplo, alimentos ou ensino) é tributado com a mesma alíquota, independentemente do seu preço ou do seu caráter luxuoso, faria com que contribuintes que apresentem capacidades econômica e contributiva mais frágeis pudessem, paulatinamente e com a melhoria das condições sociais, consumir produtos ou serviços de melhor “qualidade” ou mais “luxuosos” – diminuindo-se, assim, a distância social com a parcela com maior capacidade econômica e contributiva. Entretanto, para que a diferenciação da tributação em faixas de essencialidade ou seletividade que levem em consideração a equivalência das capacidades econômicas e contributivas é necessário que a tributação seja fundamentalmente proporcional e progressiva (MEIRA, 2014, p. 44). P. 44). Assim, produtos menos essenciais devem ter alíquotas mais elevadas em relação aos mais essenciais ou que tenham seu consumo privilegiado por questões extrafiscais.

#### *Tributação direta versus tributação indireta*

É importante frisar que a adoção de tributação indireta para aumento da carga tributária causa gravames irreparáveis à sociedade e à economia, como, por exemplo, carestia de bens, produtos ou mercadorias e serviços essenciais à sociedade, diminuição da atividade econômica e do investimento e aumento da evasão fiscal (MEIRA, 2014, p. 45-46). Além disso, a expansão de gastos sociais subsidiados ou financiados pela tributação indireta provoca uma regressividade que atinge principalmente as camadas sociais que não se beneficiam desses programas sociais por possuírem indicadores de renda superiores aos exigidos para o gozo de tais benefícios sociais (MEIRA, 2014, p. 56). No entanto, o papel da tributação para a redução das desigualdades sociais é ambíguo: por um lado, confere os recursos financeiros necessários para ampliação dos programas sociais, mas, por outro lado, diminui os efeitos desses programas sociais pela regressividade e pela incidência indireta sobre o consumo de bens e serviços. Assim, a tributação deveria ser baseada em uma tributação direta, tributando-se mais renda e patrimônio do que produção e consumo.

Nesse sentido, concorda-se com Campello (2014, p. 650), quando afirma que “os tributos devem ser avaliados como um elemento do sistema geral de propriedade que eles mesmos ajudam a criar”, porque o Estado, sustentado pelos tributos, é a instituição fundamental para o exercício do direito de propriedade e, sobretudo, porque...

[...] apelar para um nível natural do direito de propriedade justificador de uma renda bruta pré-tributária seria ilegítimo na medida em que essa renda é produto de um sistema do qual o tributo é inseparável. Isto porque o direito de propriedade é consequência desse sistema, que é mantido pelos tributos (CAMPELLO, 2014, p. 651).

Além disso, a tributação direta...

[...] (re)cria redes de vinculação de codificações majoritárias, em que a política observa a economia e verifica o desalinhamento entre uma maioria pobre e uma minoria rica, tentando reequilibrar estes fatores através da replicação das comunicações de transferência de capitais desta minoria para maioria, instrumentalizados pelos tributos, que funcionam como programas de propósito específico no sistema econômico (VITA, 2014, p. 666).

Isto é, a tributação direta possibilita recriar formas de transferência de capital de parcelas sociais com capital para parcelas da sociedade sem capital, ou seja, a tributação direta, em certo sentido, faz com que as faixas econômicas periféricas e centrais se equilibrem (VITA, 2014, p. 666). Mais ainda, essa solidariedade distributiva oriunda da tributação direta (re)estabelece as condições para o funcionamento da democracia porque dá “condições para que a maioria seja, de fato, ouvida, vez que o Estado deve ser um representante desta, mesmo que nunca deva se olvidar da minoria” (VITA, 2014, p. 666).

#### *Transparência e controle da arrecadação tributária*

As normas tributárias são normas de rejeição social, isto é, as pessoas cumprem as obrigações tributárias porque temem os efeitos do descumprimento destas e não porque gostam de pagar tributos. Entretanto, a arrecadação tributária poderia ser melhorada se os contribuintes definissem o destino do dinheiro ou se fosse mais transparente a relação entre as receitas e despesas públicas, isto é, onde os valores arrecadados estão sendo gastos (KANAYAMA, 2014, p. 492). Assim, é possível aprimorar a arrecadação tributária – pela diminuição do desconforto dos contribuintes – se for aprimorada a percepção do uso eficiente dos recursos públicos, (b) se houver a diminuição da discricionariedade dos gastos públicos e a consequente vinculação (*earmarking*) das receitas públicas com efetivos gastos sociais ou (c) se houver *accountability* tributário (KANAYAMA, 2014, p. 492).

Com relação à vinculação das receitas públicas a gastos é necessário pontuar que, além da restrição constitucional imposta à utilização deste expediente *numerus clausus*, não basta a simples vinculação de receitas a determinados gastos ou programas sociais para que se verifique um efetivo aprimoramento da arrecadação tributária. É fundamental que os gastos ou programas sociais prometidos sejam efetivamente realizados, isto é, que os recursos arrecadados sobre uma rubrica vinculante sejam realizados pelo Poder Público; que os recursos arrecadados sejam somados aos valores anteriormente direcionados para tais gastos ou programas sociais. Do contrário, tal medida se transformará em mero mecanismo arrecadatário e, com o passar do tempo, o apoio popular à tributação será revisto o que poderá levar, inclusive, à revogação de tais

medidas. Veja o exemplo da CPMF (contribuição provisória sobre movimentações financeiras),<sup>10</sup> que inicialmente contava com o apoio popular porque teria seus recursos destinados à melhoria da saúde pública, mas que, tendo seus recursos complementares direcionados ao custeio das despesas já existentes, perdeu o apoio popular e não teve prorrogada a sua cobrança.

Compete ao Estado apresentar, de forma pública e transparente, os motivos que levam à instituição ou à majoração dos tributos, a fim de que a sociedade possa constatar se os motivos são verdadeiros, legítimos e constitucionais (KANAYAMA, 2014, p. 499). Além disso, a transparência na política tributária reduziria a pressão “rentista desenvolvimentista” e, por consequência, possibilitaria uma forte redução nos sistemas de incentivos e de benefícios fiscais, além de uma maior eficiência tributária pela maior isonomia da distribuição do custo tributário entre os vários contribuintes em nossa economia. Poderia até melhorar a crise de legitimidade instalada desde 2013 na medida em que a população atestaria que os recursos arrecadados não são suficientes para atender todas as demandas sociais – em especial, no que diz respeito à melhoria significativa dos serviços de educação e saúde.

A transparência quanto à relação arrecadação-dispêndio evitaria a entropia da percepção do papel do estado na sociedade pós-moderna, porque o tributo deixaria “de ser visto como um elemento de dispêndio de capital ineficiente para ser um elemento de liberdade, garantindo o acesso de todos a serviços públicos e uma rede de proteção social, com participação ativa dos sujeitos da sociedade (democracia)” (VITA, 2014, p. 665). Por outro lado, reduziria a pressão da sociedade quanto à qualidade dos serviços públicos providos aos cidadãos e possibilitaria à sociedade compreender os avanços e retrocessos sociais causados pela tributação.

## 5. CONCLUSÃO

Se é certo que a arrecadação tributária no Brasil tornou-se mais eficiente com a institucionalização de determinados mecanismos (como, por exemplo, a Lei de Responsabilidade Fiscal – a qual exige a implementação de práticas gerenciais e planejamento para estimar a arrecadação com métodos adequados e transparentes), torna-se necessário que o controle, transparência e a responsabilidade dos gastos públicos sejam melhor institucionalizados no Brasil para que os contribuintes possam efetivamente não só se planejarem quanto aos custos

---

<sup>10</sup> Nota do Editor a leitores não brasileiros: CPMF era uma contribuição fiscal, aplicada no Brasil entre 1997 e 2007, e que incidia sobre quase todas as movimentações bancárias.

tributários de suas atividades, mas possam fiscalizar, cobrar e responsabilizar os gestores pelo desperdício dos valores arrecadados (NOGUEIRA, 2014, p. 736) a fim de tornar a tributação mais eficaz para o desenvolvimento econômico e social para a atual e futuras gerações.

## REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Carlos Henrique. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 83-96.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ÁVILA, Humberto. Limites à tributação com base na solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética: 2005, p. 68- 88.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro** – atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- CAMPELLO, Geórgia Teixeira Jezler. O tributo como meio de efetivação da justiça e do Estado Social. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014, p. 637-658.
- COSTA-CORRÊA, André L. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 233-259.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- FISCHER, Octavio Campos. Princípio da eficiência e a tributação no Brasil. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 260-290.
- \_\_\_\_\_. Tributação, ações afirmativas e democracia, O tributo como meio de efetivação da justiça e do Estado Social. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014, p. 591-599.
- GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 4ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 1995.
- GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social, In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética: 2005, p. 141-167.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Tributação, democracia e liberdade: o tema do orçamento impositivo no ordenamento jurídico brasileiro. In: GRUPENMACHER, Betina

Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014, p. 603-636.

GOLDSCHMIDT, Fabio Brun e VELLOSO, Andrei Pitten. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 190-215.

GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade social e tributação. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética: 2005, p. 168-189.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. Responsabilidade da atividade financeira e necessária relação entre receitas e despesas públicas. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014, p. 479-501.

LISBOA, Marcos de Barros e LATIF, Zeina Abdel. Democracia e crescimento no Brasil. In: SCHWARTZMAN, Simon (org.). **A via democrática: como o desenvolvimento econômico e social ocorre no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 37-90.

MACHADO, Hugo de Brito. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 50-68.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 29-49.

\_\_\_\_\_. **Teoria da imposição tributária**. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: LTr, 1988.

\_\_\_\_\_, **Uma teoria do tributo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MEIRA, José de Castro. Constituição, tributos e carga tributária. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014, p. 35-59.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal, *in* **Solidariedade social e tributação** – Coord. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra Godoi. São Paulo: Dialética: 2005, p. 110-140.

NOGUEIRA, Jozélia. Tributação, justiça fiscal e social. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014, p. 735-761.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Maniqueísmo jurídico-tributário: o tributo como instrumento de dominação. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e**

**pública**. São Paulo: Atlas, 2000.

PIKETTY, Thomas. **A economia das desigualdades** – trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Actual, 2014.

PINTOS-PAYERAS, José Adrian. **A carga tributária no Brasil**: um modelo para análise dos impactos das políticas tributárias na arrecadação e distribuição. Disp. em: [http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio\\_TN/XIIIpremio/sistemas/1tosiXIIIPTN/Carga\\_Tributaria\\_Brasil.pdf](http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XIIIpremio/sistemas/1tosiXIIIPTN/Carga_Tributaria_Brasil.pdf) Acessado em 08.01.2015.

SACCHETTO, Claudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética: 2005, p. 09-52.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 291-309.

SCHWARTZMAN, Simon. Democracia, desenvolvimento e governabilidade, SCHWARTZMAN, Simon (org.). **A via democrática**: como o desenvolvimento econômico e social ocorre no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 01-36.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes** (*Besteuerungsmoral und Steuermoral*) – tradução, apresentação e notas Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002.

TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Existe um princípio estrutural da solidariedade? In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética: 2005, p. 198-207.

\_\_\_\_\_. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 69-82.

VARGAS, Jorge de Oliveira. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 216-232.

VITA, Jonathan Barros. As novas funções dos tributos no sistema social: distributividade como forma de promoção da democracia e da liberdade. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014, p. 659-678.

YAMASHITA, Douglas. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética: 2005, p. 53-67.

# Revista Brasileira de Direito e Justiça

## Brazilian Journal of Law and Justice Journal of Law



## For a Borderless Legal Journal

### About the Editorial Project of RBDJ/BJLJ and its Inaugural Issue

Eliezer Gomes da Silva\*

#### 1. ABOUT THE EDITORIAL PROJECT OF THE RBDJ/BJLJ – BORDERLESS AUTHORS AND READERS.

In the “*hors concours*” article, which is part of the inaugural issue of the *Revista Brasileira de Direito e Justiça*, or *Brazilian Journal of Law and Justice*,<sup>†</sup> emeritus Professor Barbara Hudson, who is the first author to receive well-deserved homage from the new Journal, wrote the following passage in her scientifically based, ethically oriented and globally applicable reflection: “we may well be different in important ways and may never completely understand each other but, as Appiah claims, cosmopolitans believe that between different cultures and ways of life, there is enough overlap for a conversation to begin” (HUDSON, *infra*, p.177).

The RBDJ/BJLJ was created with this cosmopolitan, ethical, and humanitarian vision: the possibility of an authentic sincere dialogue among Law students of various countries, about various themes, and aligned in a truly universal community of authors and readers of Law. The Journal aims to be a rigorously scientific, genuinely Brazilian Journal with *open borders* for global interchanges between students and professors of Law, between legal scholars, researchers, and practitioners of Law, and between Law, Philosophy, Politics, and Social Sciences in general. In addition to this purpose, linguistic openness, academic integration, and ethical-humanitarian commitment will play a decisive role in the articles published in the RBDJ/BJLJ.

With regard to linguistic openness, each article will be simultaneously published in English and in Portuguese (or in Spanish, a manageable language for speakers of Portuguese, if manuscripts are originally written in Spanish, not solely in the original language of the manuscript, as is common in some Brazilian or Latin American legal journals that publish texts

---

\* Editor-in Chief of the *Revista Brasileira de Direito e Justiça/Brazilian Journal of Law and Justice*. Ph.D. in Law (São Paulo University), MPhil in Criminology (University of Cambridge), MPhil in Linguistics (Federal University of Rio de Janeiro). Adjunct Law professor at the State University of Ponta Grossa, invited Law professor (graduate program at the State University of the Northern Paraná, Brazil). Member of the Brazilian Ministério Público.

<sup>†</sup> Registered trademarks under the National Institute of Industrial Property, INPI, Brazil (Proc. n. 907363636 and 907363644, RPI n. 2391, 23/11/2016, p. 3205).

of foreign authors. The bilingualism of the journal will help to break the “north-south” academic barrier and serves at least four editorial and academic goals.

First, the bilingualism is attractive for qualified Brazilian and Latin American researchers because it presents the possibility of having Portuguese or Spanish articles translated into English after the article has undergone the double-blind peer review process. Conversely, to researchers from other countries who submit their manuscripts in English, RBDJ/BJLJ will offer them the possibility of having their manuscripts translated into Portuguese, attracting the potential attention of a considerable audience of Portuguese-speaking readers but without requiring a previous connection with Brazil.

Second, the reception of articles in English or Spanish facilitates effective and increased collaboration of foreign researchers in the review process of manuscripts submitted to RBDJ/BJLJ.

Third, linguistic openness facilitates the presentation of high-level research in a bilingual Brazilian journal and helps to promote the Brazilian journal (and its authors in various academic contexts worldwide, with gradual insertion in international indexes).

Fourth, the reciprocal knowledge and use of Brazilian pieces of research by foreign researchers and the knowledge and use of foreign pieces of research by Brazilian researchers can lead to the formation of international research networks.

Notwithstanding, RBDJ/BJLJ also intends to cross other borders. As the journal’s title indicates (with the inclusion of “Law” and “Justice”, an important feature of the editorial profile of RBDJ/BJLJ is its attempt to articulate theoretical and dogmatic pieces of research and discussion (*direito*/law with social, political, and philosophical dimensions using an ethical and value-based framework (*justiça*/justice. Indeed, the Journal intends to stimulate the production of a scientific knowledge of Law that is not tied either to purely abstract thinking or to purely abstract or dogmatic reflections, while counterbalancing the political dimension of the legal science (and its correlations with values such as justice, equality, and democracy and/or the concrete operational aspects of the legal institutions (effectiveness of rights).

Another important consideration for the editorial line of RBDJ/BJLJ is the fact that because the Journal is intended to be an international journal, the published articles will discuss themes that, despite their local origins, can be well understood and analysed by a global community of readers. Readers will be capable of associating, criticizing, and discussing themes of analogous interest – *mutatis mutandis* – in their own countries. Consequently, the

RBDJ/BJLJ will favour texts that are “cosmopolitan”, in the sense that they can stimulate a fruitful dialogue and the free flow of ideas, regardless of the article’s national origin or the institutional affiliation of its authors.

With such prerequisites, it is no wonder that articles submitted to the Journal tend to have a very high rejection rate. A reduced number of articles go through a triple filter: the first editorial filter, related to the adequacy to the differentiated profile of the journal; the second filter by the internal body of specialized assistant editors; and the third filter by a council of anonymous reviewers that individually and independently assess the scientific merit of the manuscripts submitted to the Journal (double-blind peer review).

The double-blind peer review, a process performed by a Scientific Editorial Board, integrates researchers of various institutions and places with different backgrounds and with the purposeful scarcity of members located in the State of Paraná, Brazil, or even south of Brazil (that would be the natural area of influence of Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG – the university responsible for the publication of the journal). Double-blind peer review is thus conducted by an Editorial Board with the exogenous character of a truly scientific journal, indicating that RBDJ/BJLJ takes its “borderless” character seriously, not only in relation to the circulation of the printed material but also in relation to the editorial and scientific decisions about the acceptance or rejection of manuscripts. Therefore, RBDJ/BJLJ does not intend to belong to UEPG or to its local editors. The selection of texts will not be intended to reflect issues of the editors’ personal preferences or academic affinities but will result from assessments of an intraregional and international network of researchers.

The bulk of articles published in RBDJ/BJL will be new articles, selected by the double-blind peer review method, but RBDJ/BJL will also publish, in the “*hors concours*” section, texts written by invited scholars. The phrase “*hors concours*” refers to the fact that the scholar’s article is not submitted to blind review, as a tribute to the invited author and an acknowledgement of the importance of his/her work. The contribution of the scholar can either be an original manuscript or, with his/her authorization, reprints of some of his/her acclaimed texts. The published text will be followed by a gentle discussion and a rereading, or a short commentary on the “*hors concours*” text. In this way, the Journal will honour scholars’ consolidated intellectual trajectories and try to link them to the contributions of new researchers, providing a fruitful dialogue between scholars of different generations.

## 2. ABOUT THE EDITORIAL PROJECT OF THE RBDJ/BJLJ – BORDERLESS EDITORS.

The RBDJ/BJL is obviously the result of the efforts of an enlarged and idealist editorial staff that deserves direct mention and sincere gratitude.

First, it is important to mention that the RBDJ/BJLJ only became a reality because of the support and enthusiasm of Professor Tanya Hernández of Fordham University School of Law in New York, and Professor Susan (“Sue”) Uttley-Evans of the University of Central Lancashire Law School in the United Kingdom. Their help is the first indication that solidarity, friendship and cooperation certainly contribute to the success of editorial partnerships. Tanya and Sue were tireless in gathering editors from different countries for the first issue of the Journal. Tanya and Sue were our partners in the first and last hour.

As an example, as soon as Tanya knew about problems with the financial sustainability of the Journal, she asked her research assistant, John Summerlin, to join the editorial project and edit the English translation of the articles so that the final texts could sound more natural to native English speakers. John graciously accepted the invitation and completed with task with the highest competence, for which the RBDJ/BJLJ expresses its special gratitude. Sue, in turn, suggested that we choose, as the “*hors concours*” article, the text of Professor Barbara Hudson. Then, she contacted Leanne Webber, coordinator of the original publication of the article, as well as with Routledge, Taylor & Francis Group, the original publisher, to gain authorisation for the reprint of the inspiring article, as well as its translation into Portuguese (which I had the honour of personally carrying out). Tanya had the great idea of inviting Ediberto Román to comment on Barbara’s article, and Román (to whom we thank for the prompt acceptance of our invitation to collaborate) proved that Tanya’s choice was exceptional.

These are only some of the reasons why, without Tanya Hernández or Sue Evans, the first issue of the RBDJ/BNJL would not have been consistent with its scientific, ethic, humanitarian, and global vision. Further, it is particularly rewarding to see growing friendships despite the distance, amidst the challenges of an ambitious academic enterprise, and in the modest structural context in which it was created. The cooperation between the three main Editors proved that Professor Hudson was right when she wrote “because the world is a sphere and not a flat plane, people cannot separate themselves from each other: every step away from someone brings a person closer to someone else.” (HUDSON, *infra* p. 174).

It is also important to mention, with equal emphasis, that RBDJ/BJLJ was only feasible because of the enthusiastic support of a highly qualified group of intellectuals from different

universities of Brazil and from other Latin American countries, who not only agreed to formally participate as members of the Scientific Editorial Board but also to act as anonymous reviewers of the Journal. Because they deserve full acknowledgement and gratitude for their contributions, we mention their names here, in addition to their mention in the credits of the first pages of the Journal.<sup>‡</sup> The Editor got to know many of them through his participation in the “SELA” group (*Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política/Seminar in Latin American on Constitutional and Political Theory*), a “north- south” academic interchange maintained by the Yale Law Faculty for more than twenty years that gathers legal scholars from many countries of the American continent and Europe for annual seminars and publications.

To all the anonymous reviewers (both the permanent members of the Scientific Editorial Board and the “ad hoc” reviewers asked to collaborate in the absence of the permanent reviewers and consultants) we express our utmost gratitude for the generous donation of their precious time that could have been used on their own work, in favour of a silent, anonymous contribution to the improvement of the work of a fellow researcher. It is perhaps the most noble of what the blind review process can provide: altruism and solidarity among researchers, in favour of the progress of science.

My colleagues on the Law Faculty of the State University of Ponta Grossa (UEPG), Paraná, Brazil, who worked as Assistant Editors, were also very important in securing the

---

<sup>‡</sup> Alberto Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, Brazil; Alexandre Morais da Rosa, Universidade Federal de Santa Catarina, Brazil; Ana Maria de Oliveira Nusdeo, Universidade de São Paulo, Brazil; Ana Paula Goncalves Pereira de Barcellos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brazil; Andityas Soares de Moura Costa Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil; Ángel R. Oquendo, University of Connecticut, United States; Caio Mario da Silva Pereira Neto, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo; Cielo Mariño Rojas, Universidad Externado de Colombia, Colombia; Diego Werneck Arguelhes, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brazil; Edson Damas da Silveira, Universidade do Estado do Amazonas, Brazil; Esteban Restrepo Saldarriaga, Universidad de Los Andes, Colombia; Evandro Charles Piza Duarte, Universidade de Brasília, Brazil; Fabiana Del Padre Tomé, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil; Gisele Ricobom, Universidade Federal da Integração Latino-americana, Brazil; Guilherme Scotti Rodrigues, Universidade de Brasília, Brazil; Guido Aguila Grados, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru; Janaina Conceição Paschoal, Universidade de São Paulo, Brazil; João Luis Nogueira Matias, Universidade Federal do Ceará, Brazil; José Luis Sardón, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Peru; Julieta Lemaitre Ripoll, Universidad de los Andes, Colombia; Lucas S. Grosman, Universidad de San Andrés, Argentina; Marcelo Ferrante, Universidad Torcuato di Tella, Argentina; Márcio Ricardo Staffen, Faculdade Meridional - IMED, Brazil; Marcos Jorge Catalan, Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Brazil; Maria Luiza Pereira de Alencar Feitosa, Universidade Federal da Paraíba, Brazil; Mariana Mota Prado, University of Toronto, Canada; Maurício Stegemann Dieter, Universidade de São Paulo, Brazil; Moisés da Fontoura Pinto Neto, Universidade Luterana do Brasil, Brazil; Paulo de Tarso Brandão, Universidade Federal de Santa Catarina, Brazil; Pedro Salazar Ugarte, Universidade Nacional Autónoma de México, México; Renata Ovenhausen Albernaz, Universidade Federal de Pelotas - UFPEL - RS, Brazil; Ronaldo Porto Macedo Junior, Universidade de São Paulo, Brazil; Samuel Rodríguez Ferrández, Universidad de Murcia, Spain; Susan Mary Uttley, University of Central Lancashire, Reino Unido; Tanya Hernández, Fordham University, United States.

quality of the texts approved. Alexandre Almeida Rocha, Dircéia Moreira, Jeaneth Nunes Stefaniak, Jefferson Marcos Biagini Medina, Kleber Cazzaro, Murilo Duarte Costa Correa and Zilda Maria Consalter were key in helping the Editor-in-Chief pass the submitted articles through a first filter of quality (“desk-review”) before subsequent blind review by many qualified members of the Scientific Editorial Board. This first filter ensures that the Scientific Editorial Board receives only potentially qualified contributions and assesses the adequacy of the text, articulation of ideas and presentation of data.

Our special thanks to Vicente Paulo Hajaki Ribas, Director of the Law Faculty of UEPG and to Lucia Cortes, Director of the UEPG University Press, for the essential institutional support of the differentiated project of the journal from the beginning.

Finally, our special thanks to the Postgraduate Programme in Law at UENP (State University of Northern Paraná), institutional partner of this Journal, as well as to Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), represented by its president, Marcos Bittencourt Fowler, which helped us overcome the final hurdles in publication of the first issue of a new scientific legal journal of open access, with scarce funding, human resources, and material support, supported by a public university in an age of political and economic crisis in Brazil.

### **3. ABOUT THE INAUGURAL ISSUE OF THE RBDJ/BJLJ – ETHICAL AND SOCIAL-POLITICAL DIMENSIONS OF LAW, IN A BORDERLESS LEGAL COMMUNITY.**

The “hors-concours” article, written by Professor Barbara Hudson (“Moral Communities across the Border: the Particularism of Law Meets the Universalism of Ethics”), is an excellent choice for the inaugural issue. This is true not only because of the outstanding contributions of Professor Hudson and her academic links to Brazil in the last years of her life but also because the chosen article is timeless. The article discusses migration from the point-of-view of “cosmopolitan justice”, a very unorthodox and innovative approach for a critical contemporary issue. Upon reading Hudson’s article, some people might consider it excessively optimistic and idealistic, but these features – if effectively recognized – will only lend the article more strength, as they offer an indispensable counterpoint to discuss the problem of migration in the present day. Humanity and hospitality matter, especially in the contemporary global scene of horror, conflict, disbelief, and hopelessness.

Because Professor Hudson’s article was written before the flights of refugees from Syria, before Brexit, and before the victory of Donald Trump, few scholars are more qualified than Professor Ediberto Román to revisit Hudson’s thoughts and offer us his views about the

feasibility, challenges and ethical perspectives related to cosmopolitan justice as applied to global migrations in the present day. The biobibliographical profiles of Professor Hudson and Professor Román well demonstrate that they are examples of scholars that the Journal intends to publish and honour: those who bring together high-level scientific reflection and sincere social, ethical, and humanitarian commitment. The review article, “Doing Justice to Difference: Moving Towards a Cosmopolitan Vision of Justice – Barbara Hudson’s Legacy”, written by our Associate Editor, Susan Uttley-Evans, completes this trilogy of articles about “cosmopolitan justice”, inspired by the tribute paid to Professor Hudson.

The first article that went through the double-blind peer review process is written by Leandro Zanitelli, from the Federal University of Minas Gerais entitled “Capitalism, Democracy, and the Difference Principle”. Far beyond the already overused “social inclusion versus (neo)liberalism” contrast, Professor Zanitelli brings a fruitful analysis of legal, political and institutional possibilities of the so-called “material democracy” in a scholarly and innovative article that collates current reflections of Schweickart with classical texts of Rawls. When the scarcity of resources is inversely proportional to the raising of demands, democracy is asked to commit sustainable resources to values such as social justice and equal opportunities.

The second article is an interesting contribution from Maristella Tesi, of the University of Calabria, Italy entitled “From an Anthropocentric Criminal Law to an Anthropomorphic Criminal Law”. The article addresses the ongoing issue of an increasingly globalized (and supposedly diversified) world with different sorts of cultural interchange, notably catalysed by migrations; the article also examines the extent to which cultural anthropology is (or should be) relevant to the general theory of criminal law, especially when issues of responsibility are at stake. Tesi discusses the foundations and limits of the consideration of the so called “cultural defense” in theory and practice in systems of justice worldwide. Specifically, she explores the idea that a cultural affinity imperative that is strong in determining *mens rea* and *actus reus* could have an impact (total or partial) on the criminal responsibility of those who commit crimes in the context of intercultural traditions.

André Luiz Costa-Corrêa of the University Center of Higher Education in Amazonas, Brazil, in his article “Considerations on Tax Efficiency for Taxing in the 21<sup>st</sup>. Century”, explores a new perspective of Tax Law, arguing that its contribution is as an instrument to reduce social inequality. In fact, considering the frequency of tax law texts that either are developed around “state reasons” to tax, or around constitutional provisions that taxpayers can invoke “against the State” to appease its tax power, Dr. Costa-Corrêa’s article appropriately

highlights the social ends of taxing and the State's responsibility for human development, as well as implementation within the demands of the democratic rule of law.

Michelle Amorim Sancho Souza, a judge in the state of Maranhão, Brazil, wrote an article: "The Accomplishment of Collective Dignity through Collective Moral Damage". The article provides us with an excellent civil topic: the legal protection of a "collective moral community" (as Hudson would say) that surpasses the classic Civil Law notions (in Brazil and elsewhere) of the supposedly individual nature of victimization for unlawful acts. In contemporary risk societies, where actions involving diffuse and collective interests gain special dimension (notably in legal issues related to consumerism, environment and a wide list of groups in situations of oppression, discrimination or vulnerability), the idea of a collective legally protected moral dignity that could result in sanctions to the perpetrators is certainly an important contribution for new theoretical horizons in civil law, civil procedure, constitutional law and the human rights framework. "Regarding the pain of others" demands legal responses not only to violations of individual rights but also to a whole class of "invisible" people who are silently and equally hurt by the violation of rights.

Thus, the first issue of an editorial project in Law is born in Brazil, but the project intends to host a universal community of authors, readers, reviewers, promoters, and supporters. Our special thanks to the authors of the first issue (Ediberto Román, invited commentator, Leandro Zanitelli, Maristella Tesi, Michelle Souza and André Costa-Corrêa), who have been enormously patient and generous in waiting for the publication. It was worth the wait. Their contributions are directed toward improvement of the Law as a science but also to the development and legal protection of people and their rights to decent lives, for themselves and for those around them.

Let us combine our efforts, citizens and legal scholars of the world, so that ethics, empathy, and the global dimension of human rights can inspire and illuminate the scientific discussions in a "Borderless" Legal Journal, as the *Revista Brasileira de Direito e Justiça/Brazilian Journal of Law and Justice* intends to be.

At last, a personal note: all the efforts of this enterprise are dedicated to the memory of my beloved sister, Dr. Eliane Borges da Silva, who died in April of this year. For all that she lived for and fought for, in academic and professional venues, for a more fair, more equal, and more democratic world, especially for women and black people in Brazil.

# Revista Brasileira de Direito e Justiça

## Brazilian Journal of Law and Justice Journal of Law





## **Moral communities across the border: The particularism of law meets the universalism of ethics\* †**

Barbara Hudson (*in memoriam*)‡

### **ABSTRACT**

Much of the moral and political debate about the rights of migrants has concerned their rights once admitted to a state. Although these issues around the rights of migrants once within the destination country are obviously of great importance, in this chapter I want to focus on the border itself and on the border posts and camps that spring up along the world's frontiers. It is here that, in the name of national sovereignty and security, universal moral claims are disregarded and the rights derived from them glaringly ignored.

Keywords: Borders. Migration. Cosmopolitanism. Hospitality. Justice. Ethics. Human Rights.

### **1. INTRODUCTION**

In his editor's introduction to Seyla Benhabib's essay *Another Cosmopolitanism* and the commentaries on it (BENHABIB 2006), Robert Post highlights the dilemma of reconciling the particularism of law with the universalism of ethics. Law in democratic societies, he explains, depends for its authority and effectiveness on being the outcome of the will of a particular people, and it obtains within a particular territory. This territory may be a single state, or a regional grouping of states such as the European Union (EU), but it has a defined boundary within which it is in force. Ethics, on the other hand, does not draw its authority from the consent of a particular population; rather, it stakes its claims in the name of all humankind, drawing its

---

\* Originally published as a posthumous chapter of **Rethinking Control for a Globalized World – A Preferred Future**, edited by Leanne Weber (Routledge, Taylor & Francis Group, London and New York, 2015). We express our gratitude to Routledge, to Leanne Weber, as well as to Harry Harrison, Barbara's widower, for generously giving BJLJ permission to republish this what must be one of Barbara's last pieces of writing. We acknowledge Susan Uttley, associate editor of BJLJ (with whom the Chief-Editor has shared the special friendship of Barbara) for the liaison with the publisher and the editor of Barbara's original chapter.

† Original editor's introductory note: "This is the latest available version of this chapter by the late Barbara Hudson. No doubt Barbara intended to make some minor changes following the workshop that was held at the Monash Prato Centre in Italy in May 2013, but we will never know what those changes would have been. The original text is published as originally submitted apart from minimal copy-editing and changes made in compliance with Barbara's handwritten notes that were found on a hard copy of this draft. Barbara's close colleague Susan Uttley-Evans has provided some additional notes of clarification where needed."

‡ Emeritus Professor of Criminology at the University of Central Lancashire in the UK, until her death in September 2013. Citizen of the world, with a cosmopolitan mind, Barbara developed a strong academic link to Brazil in the last years of her life. She visited Brazil every year, delivering various talks and lectures, and teaching as a visiting professor at the LLM program held at the Northern University of Paraná (UENP). For a comprehensive review of Barbara Hudson's scholarship, see Sue Uttley-Evans' article, in the current issue of BJLJ.

authority from universal concepts, such as the moral equality of all people.

Post sees the development of the human rights conventions and agreements which have proliferated since the Nuremberg Trials as a way of reconciling the authority and enforceability of positive law and the claims entailed in humanity rather than citizenship. ‘Human rights’, he says, ‘aspire to embody universal ethical obligations within the form of law’ (POST 2006, 2). This chapter is concerned with this dilemma, advancing the claims of the *moral community*, by which is meant the community of people towards whom each of us has a moral responsibility. Although this responsibility might vary by degree according to the nature of relationships between persons, it is posited here that this responsibility extends in principle to *all the people of the world* (HUDSON, 2011).

While it can be argued that one may have a greater or perhaps more immediate responsibility towards family members, members of one’s own geographical or political community, or those with whom one has direct involvement in care and protection (for example, in the relationship between doctors and their patients), responsibility to the wider community is never absent. In large part, this responsibility beyond one’s immediate community of associates is recognized at a formal, international level through charters and treaties such as the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and the Geneva conventions on refugee status and on the treatment of prisoners of war and of the wounded and through the development of international law concerning human right abuses, particularly genocide and ‘crimes against humanity’. While the weaknesses and deficiencies in these provisions are well documented, such initiatives do form the core of what is recognized as international, or sometimes ‘cosmopolitan’, law which gives protection to individuals beyond the borders of citizenship and association and regulates relations between nation-states.<sup>1</sup>

The tensions between positive law and ethics are evident in relation to migration. Migration policies and processes centre on questions of who can be admitted and who cannot; who can gain citizenship, permanent residency without citizenship, or only temporary visitation rights; who while in the territory is entitled to access services such as health care, employment, housing and welfare payments; and who may be deported and to where – all determinations that exemplify conflicting claims of those seeking admittance in the name of universal moral obligation. While there are pendulum swings in the balances struck between these conflicting claims in different times and locations, in the past 20 or so years there seems to be a clear trend

---

<sup>1</sup> Original editor’s note: “See Mitsilegas, this volume [Mitsilegas, 2015] for a discussion of the borders of law”.

towards greater emphasis on the claims of territorial law rather than universal ethics.

This chapter discusses ideas and theories of ethics and rights which are relevant to strengthening the moral claims of universal obligation, and it proposes some policy innovations that might support these claims. In contemporary debates, the idea of cosmopolitan law and ethics is usually attributed to Kant's (1793) *Perpetual Peace* essays. He elaborates three principles to prevent conflict in the world: first, that people need their 'republics'; second, that there should be international bodies to regulate relations between nation-states; and third, that there should be a cosmopolitan right of 'hospitality', by which he means the right of the stranger to be received without hostility in another's territory. These essays have received more attention from social, political and ethical theorists in recent years. Social and political writers such as Habermas (1998, 2003), Held (2001) and Benhabib (2004, 2006) have concentrated mainly on the first two principles, while moral philosophers and theorists, notably Bauman (1991, 1993) and Derrida (2000, 2001, 2003), have been mostly concerned with the idea of hospitality to the stranger. Although all three principles are relevant to the issue of the moral community and international borders, my primary interest is in this third principle (Hudson 2011).

Much of the moral and political debate about the rights of migrants has concerned their rights once admitted to a state. For example, Carens (1987), Bauböck (1994) and Benhabib (2004, 2006) argue for citizenship to be more easily available to those who are residents but not nationals so that they may enjoy political and civil rights as well as the right of residence. Another emerging idea is that of 'hereism' or 'presentism' – that these rights should be available to all those present in a territory, even if they are not intending to become citizens or long-term residents (DEMBOUR and KELLY 2011). Although these issues around the rights of migrants once within the destination country are obviously of great importance, in this chapter I want to focus on the border itself and on the border posts and camps that spring up along the world's frontiers. It is here that, in the name of national sovereignty and security, universal moral claims are disregarded, and the rights derived from them glaringly ignored.

## **2. (WHY) ARE BORDERS NECESSARY?**

Our news media, as well as the academic literature, provide compelling evidence that even fundamental rights to life and to freedom from arbitrary arrest are not respected at international borders. It has been persuasively argued that international borders – as supported by the current policies of the most powerful nations and groups of nations – are expensive to maintain; do not achieve the objectives of migration control specified in policy and legislation; and, most importantly for the concerns of this chapter, do not respect the rights or protect the

lives and security of migrants who approach them (HAYTER, 2004, AAS, 2011; BELL, 2012). Whether the rights that should be protected include unconditional freedom of movement is arguable. The UDHR states that all should have the freedom to leave their territory of birth, and it would seem obvious that such a right cannot be exercised without a corresponding right to enter another's territory. Carens (1987, 2010) argues that a right to leave implies a right to enter – in other words, freedom of movement in both directions. However, Moellendorf (2002) claims that freedom to move across countries is implied by the principle of equality of opportunity, which he argues (contra RAWLS, 2001) should be upheld at both the international and the national levels.

Maintaining borders leads to arbitrary detention, leaves people to perish while attempting to cross borders and denies rights to food and shelter at borders; it has been claimed that these derelictions of the duty to uphold universal human rights amount to state crimes (GREWCOCK, 2007). Other writers have argued for borders to become more 'porous' (BENHABIB, 2004), with initial entry and access to citizenship made much easier than is the case at present in the affluent nations. Another argument against immigration controls is that proposed by Unger (2005), among others, who suggests that only if there were freedom of entry into the affluent nations could these states adopt trade and aid policies that were genuinely and significantly beneficial to the poor nations.

It is not difficult, therefore, to argue for the dismantling of international borders and the free movement of peoples within and between nations and regions. The 'no borders' position is, at the very least, an important critique of the present international regime of nation-states and immigration policies (HUDSON, 2007). Moreover, however much present borders may be regarded as inviolable and to be defended, they are in fact artificial: they do not necessarily follow 'natural' boundaries such as major rivers or mountain ranges; they change over time; and they very rarely contain within them people of common ethnicity, common history and common culture (DIENER and HAGEN 2010).

The first proposition of Kant's (1983) *Perpetual Peace* essays, however, is that people need their republics, and his second posits an organization of independent nation-states whose role is to regulate relations between nation-states whose role is to regulate relations between nations and to promote and uphold the *cosmopolitan right* of hospitality of all individuals. Kant advocates this organization of independent states in preference to anything approaching a world government: a world government would concentrate a monopoly of force into one governing body and would need to be so powerful to enforce its rule yet so remote from people's lives

and concerns as to be a tyranny, leaving people without voice or power.<sup>2</sup> In contemporary writing, this Kantian position has come to be known as *cosmopolitan federalism* and is supported by theorists such as Held (2001), Habermas (2003) and Benhabib (2004, 2006). While at times it may be difficult to tell whether writers actually support the need for the continued existence of single states or merely presuppose their continued existence, some important arguments are made in favour of retaining the model of separate states and, therefore, of borders.

Although Kant's (1983) *Perpetual Peace* essays concern the regulation of encounters between 'strangers' rather than rules within a single state, they are consistent with the principle of his (until recently) more familiar work on law and morality within a community: that the rules adopted should be those that could be agreed to by all reasonable persons.<sup>3</sup> Law, for Kant and also for Habermas (1996), while it depends for its enforceability on the institutions and resources of the state, derives its moral authority from being the expression of a democratic will.

It is of course impossible to know how Kant would have regarded modern constitutional monarchy. However, his first principle lays down that the form of government for states should be republican: it should be government by the people, not by autocrats or oligarchs. Benhabib (2006) endorses this argument about the importance of the sovereign state as the forum for the formation and expression of the democratic will and follows Arendt's idea of the state as the context for the 'right to have rights' (see also BENHABIB, 2004). Arendt saw rights as necessarily exercised through citizenship, having witnessed the stripping away of the rights of Jewish people and other 'undesirables' through the progressive removal of the signifiers of citizenship by the Nazi regime in Germany. For Arendt (1968), the person 'naked in their humanity' has no way of exercising their rights and therefore effectively has no rights.<sup>4</sup>

The cosmopolitan federalism advocated by Kant, Habermas, Benhabib and other is, in fact, a federalism of states. Rights are made effective and enforced by states and are only binding on states that are signatories to the relevant agreements. In this regards, even democratic states might adopt supposedly universal rights if they are not called for by the democratic will

---

<sup>2</sup> Original editor's note: "See Barker, this volume [Barker, 2015], for proposals on alternative forms of networked governance."

<sup>3</sup> Original editor's note: "Developed notably by Habermas (1984, 1987) and other adherents of discursive rationality to the principle that laws and rules should be those that actually are agreed to (HUDSON 2003, TORRESI, chapter 5) [TORRESI, 2015]".

<sup>4</sup> Original editor's note: "Barbara indicated in her notes that she intended to strengthen the arguments from Arendt."

of their population: exemplary here are the continued use of the death penalty in the United States (US); and the desire in the United Kingdom (UK) to derogate from the European Convention on Human Rights and introduce a 'British Bill of Rights'.

Further, states may not protect the same rights for all their citizens. Even in the most rights-regarding, apparently socially progressive countries, such as those of Western Europe, North America and Australia, gender, sexuality and religious rights have been introduced slowly and patchily; and minority ethnic and cultural groups such as the Roma in the Eastern Europe, North Africans, Afro-Caribbean's, Indonesians and other visible minorities, continue to suffer discrimination and abuse. 'Majoritarian populism' is one of the main difficulties for democracy in protecting minorities: governments are dependent on electoral support to remain in power and are therefore often reluctant to support the rights of unpopular groups or to espouse unpopular causes. This tendency towards majoritarian populism is a principal reason why the idea of separate republics has to be complemented by the idea of the cosmopolitan rights of all individuals.

If the right to have rights is inextricably linked to the idea and possession of citizenship in a nation-state, then clearly those who are stateless, those who are outside the nations of which they are citizens, or those who are citizens of states that are not signatories to human rights treaties and conventions or that may be signatories but do not enforce the rights prescribed are in a perilous condition. It is this lack of protected rights for non-citizens and those whose governments do not afford protection of fundamental rights that the treaties, conventions and agreements were introduced to remedy.

Contemporary writers have developed this idea of a cosmopolitan law, which they argue should be the responsibility of the international institutions to foster and safeguard. The development and ratification by lawyers and politicians of conventions on the treatment of prisoners and civilians during war, the non-refoulement (non- return) of migrants to countries where they might be tortured or put to death, and the introduction of the International Criminal Court (ICC) are examples of the growth of cosmopolitan law, which expresses universal human rights but depends on the separateness of states for their enforcement. Armies and militias breach national sovereignty if they pursue their enemies across the border; killers, rapists, torturers and enslavers risk prosecution if they enter territories where treaties and conventions on human rights violations are respected and their breach may be punished. The particularism of law may indeed limit access to justice for non-citizens, but it can also limit the space in which those perpetrating tyranny, oppression and injustices may operate.

While the border defines and delimits the community *inside*, and thus also establishes the boundaries of its law and its power (that is, sovereignty), it is also thereby the signifier of where the *outside* begins. For those fleeing conflict, persecution or other causes of forced migration, reaching the border is an all-important goal. Refugees and migrants are escaping *from* as well as journeying *towards*. There has been general rejoicing at the dismantling of some borders, which prevented people from leaving their countries of origin, notably the borders between Hungary and Austria, which started the breakup of the Soviet bloc in the 1980s, culminating in the joyful celebrations at the dismantling of the Berlin Wall. But there have also been new and strengthened borders created with the dissolution of the former Union of Soviet Socialist Republics into separate states and the fracturing of former Yugoslavia into independent countries. The 'free world' of the West has been highly critical of states that try to prevent their citizens from leaving, but as more states have stopped keeping their citizens in, new barriers to leaving have been established, notably at the southern and eastern borders of the EU. The UK 'outsources' migration control processes to former colonial territories, such as India and Pakistan; the EU and Australia use boat patrols to prevent people coming across the Mediterranean and the seas dividing Australia from Indonesia and Other East Asian states, respectively.

While some outsourcing takes the form of establishing offices of the destination countries to process applications and is therefore aimed at keeping people from moving to particular countries or regions and while the boat patrols in Australia and the Mediterranean are largely focused near points of entry, some developments clearly prevent leaving rather than entry. Walled enclaves and guarded camps in North Africa where potential migrants can be detained graphically illustrate the way in which leaving, as well as arriving, is now being prevented. Rodier (2006), in a report to the European Parliament, described the arrest of 100 'prospective emigrants' from Senegal, noting the use of the term 'illegal emigration' as well as 'illegal immigration' (HUDSON, 2007).

The 'security wall' constructed along the dividing line between Israel and the West Bank territories is justified by Israel primarily as a defence against terrorist incursions. However, it also makes life within the West Bank more difficult (NEWMAN, 2010). The wall sets in concrete (literally) post-1967 'facts on the ground' by enclosing areas seized during the Arab-Israeli war and occupied by settlements since, and its route takes in many tracts of land that were formerly Palestinian orchards and olive groves. Furthermore, as well as restricting Palestinian entry into Israel, it makes leaving the West Bank territories for anywhere else more

difficult, regardless of whether travel is to access medical treatment, attend educational institutions, or engage in other activities of normal life.

If, with Post (2006), we see human rights – as doctrine and as law – as an attempt to transcribe the ethical ideal of a universal moral community where obligations to those outside our own communities of association are prescribed by a universal ethics, then it can reasonably be argued that states, and their borders, are necessary to provide the organization of authority and legitimacy for fundamental, universal human rights (cosmopolitan law) to be realized. The moral claims of universal ethics are, however, largely ignored and even denied by the present migration policies of the most powerful states. To the extent that borders have become less important and state sovereignty is being diminished by the forces of globalization, this is, as has by now been well documented, only to the advantage of the powerful and affluent, who can move their money, corporations and residences, and sell their skills, wherever they will make the best returns. For the disadvantaged, this liberalization creates more ‘human waste’ (BAUMAN 2004) of those who are unemployed, those whose work cannot provide a living for themselves and their families, or those who are caught up in conflicts for scarce resources or face persecution when areas are riven with inter-communal conflicts resulting from a sense of loss of tradition and authority. From the perspective of morality, borders may be necessary, but the primacy of national sovereignty and the anarchy of powerful corporations and social groups need to be curbed in the interest of fulfilling moral obligations to the powerless, the persecuted and the poor.

### **3. KEEPING PEOPLE IN THEIR PLACE: THE AGE OF THE CAMP.**

Several writers have seen the EU as something of a ‘cosmopolitan laboratory’, where nationality and sovereignty are becoming pooled, or tamed, as Benhabib (2004, 2006) argues (and see BECK, 2006). At the time of writing, this is perhaps less marked, with not only ‘Eurosceptics’ in the UK but also citizens in formerly committed Europhile nations such as France and the Netherlands becoming somewhat disaffected, and public opinion in Germany becoming hostile towards paying what it sees as unreasonable amounts of money to support financially feckless Southern nations, particularly Greece, Cyprus and Italy. These and other recipient countries often seem to see the EU as necessary but as unsympathetic and as the merciless imposer of unsustainable and damaging austerity measures.

As more of the poorer Eastern European nations have joined the Union, there is growing resentment and calls for restrictions against ease of entry for nationals of these countries into the richer Northern and Western member states, and for no access to income

support, health care, education and housing benefits for those who do enter. Any support that exists for rescue measures for the debts of Greece, Spain, Portugal, Cyprus and Ireland is almost wholly expressed in terms of economic risks to the richer countries – unruly disintegration of the Euro currency, falling credit ratings and the increased pressure caused by the immigration of the jobless – and there is little evidence of feelings of responsibility to help fellow members of a moral community.

In Europe, as in the rest of the world, such ease of movement as there is for people between states is within regions; if those most in need of leaving try to cross regional boundaries, they face barriers, destitution, detention and deportation, which have been condemned by the United Nations (UN), human rights organizations and of course academics. Most migration takes place either within countries or between developing countries (O’Neil 2010). Within developing countries, industrialization and urbanization draw people from the countryside to the rapidly growing cities. The shantytowns of the southern hemisphere are full of people seeking a precarious living coming in from rural areas of their own and neighbouring countries, people who are moving from poorer to more affluent parts of their own countries and from poorer to more affluent neighbouring states. Refugees fleeing poverty, conflict, traditional areas cleared for mining, timber and ‘agribusiness’, climate change or natural disasters gather in shantytowns, slums and camps in ever-increasing numbers (DAVIS, 2006).

The tensions between, on the one hand, the idea of the state as a near-homogeneous community of territory, history, ethnicity and culture and, on the other hand, the realities of diversity and difference as borders change, people mix and move, and groups gain and lose power, have always produced conflicts and disparities between actual populations and those who are thought properly to belong to a state. These disparities have led to some of the most grotesque wars and atrocities, prompting responses to protect victims and to try to establish ‘never again’ conditions.

Adelman (1999) identifies three distinct responses to the successive waves of conflict and displacement that occurred during the twentieth century: population exchanges and border adjustments, international humanitarian protection, and regional solutions. The first of these refugee regimes emerged after the First World War in response to the disintegration of the Ottoman Empire, the displacement of people during the war and the redrawing of boundaries after the war. The second regime – international humanitarian aid – was primarily a response to the plight of Jewish and other groups targeted by the Nazi regime and to their consequent displacement after the Second World War. This phase saw the introduction of the Geneva

conventions, which recognized the rights of all people as individuals to protection and relief. The conventions first applied only to those affected by the Nazi regime, but under later protocols they were extended to cover refugees and displaced persons throughout the world. It is this second phase that can, perhaps, be seen as the beginning of a stream of cosmopolitan law, laying down a right of refuge and protection of life for all persons, regardless of statehood.

O'Neil gives three examples of when this humanitarian regime was in evidence in contexts other than that of people who suffered under the German Nazi regime: the flights from the oppressive and murderous regimes in Uganda (1972), in Chile (1973) and in Iran (1979). People fleeing these regimes were, she explains, responded to as persons in humanitarian need, rather than having to satisfy the conditions for refugee status under the UN Refugee Convention (O'NEIL, 2010, p. 44). However, from the 1980s, this response crumbled in the face of ever-increasing flow of forced migration as coups and conflicts, as well as the globalization and modernizing trends described by Davis, Bauman and other, intensified (DAVIS, 2006; BAUMAN 1998, 2004, 2007). The weight of numbers of people needing refuge, and the complexity of events – alongside the growing insecurities of the more affluent and liberal nations over terrorism, pressure on resources, and cultural identity and community cohesion – seem to have all but extinguished the humanitarian international impulse. People may need security and assistance, but they must stay in their place.

At the end of the twentieth century and into the twenty-first, the refugee, the forced migrant, is supposed to stay, if not within their country, certainly within their region. In the contemporary period, the predominant response to those in need of refuge is the camp – official camps and spontaneous, ramshackle camps; tented camps and encampments of huts and other temporary buildings; and camps where people cluster under trees and any shelter they can find, lacking even the most basic facilities. These camps spring up in response to wars, conflicts and disasters of various kinds; some are administered by the UN, some by local and national governments and some by international charities.

The idea of a 'camp' is usually understood as something temporary, but many of the world's camps take on a longer-than-intended or even permanent nature. The UK charity Oxfam reviewed relief operations in Haiti two years after the 2010 earthquake and reported that camps intended as short-term emergency measures were still fully occupied and assuming an air of (semi)permanence (HUDSON, 2012). In 2012, the UN High Commissioner for Refugees (UNHCR) reported that Dadaab, in northeast Kenya, had reached its twenty-first anniversary and had become the world's biggest refugee camp. It was set up following the Somali Civil

War in 1991, designed to hold up to 90,000. However, by 2012, its population had increased to more than 463,000, the numbers being swollen by various periods of turbulence, especially the 2011 famine, drought and violence that devastated Somalia (UNHCR 2012).

Some camps, such as Kibera in Kenya, develop into shanty cities. Kibera started as a refugee camp for Nubians from the Kenyan- Sudanese border who crossed into Kenya during the First World War as their own country was torn apart by violence. Over the years, it has become one of the most densely crowded spaces in the world, with a population of more than one million, its people crowded together mostly in tiny, corrugated iron shelters (KIBERA UK n.d.). Conflicts within Kenya, as well as those pulling people in from outside, affect life in Kibera. In the violence that followed the Kenyan elections in December 2007, for example, many people fled to Kibera, including those from both sides of the conflict ([www.Kibera.org.uk](http://www.Kibera.org.uk)). Movements from other conflicts similarly bring opponents together rather than providing them with safety from each other. Tutsis fleeing their Hutu attackers in the Rwandan genocide have found themselves in the same camps as Hutus escaping capture and punishment.

Refugee camps to which Palestinians fled after the wars in 1948 and 1967 have also become permanent shantytowns. In Lebanon, refugees registered with the United Nations Relief and Works Agency (UNRWA) live in 12 official camps. While some Palestinians have moved out of the camps and into towns and cities, others have collected in ‘gatherings’ – unofficial settlements often located near these official camps. The UNRWA cannot provide services in these unofficial camps, even such basic services as the disposal of solid waste, because the agency is not the official occupant of the land. Palestinian refugees in Lebanon are not formally citizens of any state, so not only do they not have the rights of Lebanese, but they also do not have the rights of foreigners who are members of other states but are living and working in Lebanon (UNRWA, 2013).

Palestinians who moved to Jordan after the 1948 war were given Jordanian citizenship in 1954, but those who entered following the 1967 war have not been granted citizenship and so are stateless. With the build-up of tensions in Jordan after the wave of arrivals from 1968, the king declared martial law in September 1970 (often referred to as Black September), and most non-citizen Palestinians left. Many of this second wave of Palestinian refugees fleeing Jordan in 1970 became the occupants of the ‘gatherings’ in Lebanon, swelling the refugee populations there. In Gaza after the 1967 war a similar pattern emerged as that seen in Lebanon, with official camps organized and managed by the UNRWA, and more informal, less well-

organized settlements, which are now indistinguishable from the slums of Gaza City. Now, a new wave of refugees from Syria is threatening the resources and stability of Lebanon and Jordan. The number of refugees entering Jordan has almost doubled the population of that small country, while in Lebanon, as well as in the influx of numbers, stability is threatened because of the already febrile entanglement of Lebanese and Syrian politics and factions.

The political, religious and communal conflicts in volatile areas of the world (such as Africa and the Middle East) are being responded to in similar fashion to natural disasters (such as earthquakes and tsunamis) – by the construction of ‘temporary’ within-region camps. With migration caused by natural disasters, most people want to return to their normal lives, so reconstruction and in place is what they want. Criticism of the operations in Haiti, for example, is not directed at the objectives of keeping populations together and rebuilding their ruined homes, but at the slowness with which this has progressed and sometimes at the over-emphasis on security at the expense of assistance to the people who are affected (HUDSON, 2012).

When flight is prompted by political, inter-communal conflict or civil war, people need to escape. Keeping them within the region too often traps them in the situation – they are *outside* their own country but not properly *inside* any other. Many therefore cluster at the borders in emergency camps or makeshift shelters; if they go as far as the towns and cities of the country whose borders they cross they are most likely to be found living in overcrowded, squalid apartments or sleeping on the streets or on wasteland. Over time, shantytowns develop or sections of cities degenerate into ghettos. Rather than crossing borders into another community, forced migrants gather in places that become, in effect, border zones; people are trapped outside their own country but cannot really arrive anywhere else. Even migrants who are accommodated in camps that have some level of security – with temporary accommodation that provides reasonable shelter and access to sanitation, medical treatment and food aid established and administered by UN organizations or charities such as Médecins Sans Frontières (MSF, 2013) or Oxfam (2013) – are, nonetheless, effectively stateless, removed from the country in which they do have citizenship, but not citizens of the state they have entered.

Agamben’s theorization of ‘the camp’ closely aligns with the gatherings, encampments, slums and shantytowns in which (mainly) forced migrants are found. Those in the camps can only live what he describes as ‘bare life’, an existence outside any rule of law, which can guarantee neither justice nor security, and where, as Agamben defines it, life can be taken with no one being called to account (AGAMBEN, 1998; HUDSON, 2012). Those living in camps after flight across the borders of Syria and of conflict zones in Africa and elsewhere

are dependent for their existence and well-being on donations to charity and on states providing funds to UN agencies. Camp residents face incursions by hostile militias and marauding gangs; women and children – particularly but not exclusively – face rape and sexual trafficking; and local populations may be kindly or hostile.

Bauman (2004) similarly describes the camps and gatherings as ‘lawless spaces’, in many places containing people who find themselves on a journey that may never end, staying in camps indefinitely, like the Palestinians. The UNHCR (2012) report on Dadaab says that the population includes up to 10,000 third-generation refugees who were born in the camp. Referring to the camps that sprang up in Kenya during the troubles of 1991-1992, Bauman (2004) points out that they appear on no maps, and no state acknowledges responsibility for their inhabitants.

For those who manage to escape their region and reach Europe, Australia or the US, what awaits them is not the protection of a law-governed, rights-respecting state, but detention, destitution, disbelief and humiliation (O’NEIL, 2010). Those wishing to cross into the UK, gathered in the infamous ‘jungle’ outside Calais, those who reach the shores of Malta, Greece or southern Italy, or those trying to cross the border between Mexico and the US must exist, as Agamben describes, while trying to evade the attention of police and border officials. And if they venture into the towns, they face hostility from local populations. They live ‘bare lives’ on both sides of the border.

#### **4. COSMOPOLITAN ETHICS: THE MORAL COMMUNITY BEYOND THE BORDER.**

While borders between countries within a region of the world may have become more porous, such porosity is variable with time and placed. For example, not all EU countries are members of the Schengen area, which allows for movement without passport controls; and borders between neighbouring countries in Africa, South America and the Middle East may be strengthened in times of instability or conflict and loosened in times of peaceful cooperation. The continued existence of borders does, however, mean that state sovereignty remains the main organizing principle underpinning world affairs. There are what may be regarded as institutions of an embryonic cosmopolitan federalism, such as the UN Security Council, the ICC, the UNHCR, the UNRWA, and the body of ‘cosmopolitan law’, but they operate through member states, and charitable organizations must operate through permissions and cooperation of the countries in which they are located. Relief agencies in Syria are not allowed, according to the Syrian government, to provide services within opposition-held areas, so attempting to

take in medical supplies or other necessities is difficult and dangerous.

Kant's (1983) third principle – that of a cosmopolitan right of hospitality to the stranger – is as important as the other two; and without it, sovereign states individually and acting together can deny safety and well-being to those in need. This principle of hospitality is therefore at the heart of contemporary formulations of cosmopolitan ethics (BAUMAN, 1993; DERRIDA, 2000; APPIAH, 2006). It is this ethical principle, however, which is least in evidence in global affairs.

Kant's idea of this cosmopolitan right to hospitality differs from his theory of justice and morality in states within the 'common European mind' because it is not predicated on people's commonalities of culture and experience, but on their shared predicament of being occupants of a fragile and unpredictable world. Further, because the world is a sphere and not a flat plane, people cannot separate themselves from each other: every step away from someone brings a person closer to someone else. Encounters with strangers are thus inevitable and must be governed so as to reduce conflict and danger. Deriving an ethical precept from a situation that is shared by all the people of the world means that it envisages all these people as a moral community (HUDSON, 2011). For Kant, although single states have sovereignty, and much of the organization needed to secure peace will be conducted between states, the cosmopolitan right of hospitality that is not confined within borders counterbalances these state-centred relationships.

In contemporary times, the term 'hospitality' conveys the idea of a guest being afforded the best one has to offer, more than simple refuge. In Kant's version, and as developed by Bauman, Benhabib and Derrida, among others, it is made clear that hospitality in the global context is somewhat different. Bauman (1991) draws on Simmel's notion of the uninvited guest, while Derrida (2003, 2000) argues that the hospitality given to the uninvited stranger will be 'conditional' rather than open-ended, and Benhabib (2004) talks of a right of refuge but not abode.

These interpretations are consistent with Kant's proviso that the right to be received in another's territory does not include the right to occupy that territory and that the person (or state) receiving the stranger has the right to refuse hospitality if that stranger does not act in a peaceable manner, save only to offer such admittance as to avoid their loss of life. It should, however, be borne in mind that Kant was writing at a time of imperialism and the slave trade: visitation was of people from the powerful nations to less-developed lands. Today, travelers in need of refuge are more likely to be the powerless arriving in the lands of the powerful. The

conditions of ‘conditional hospitality’ should, therefore, be much more generous than currently obtains in the powerful destination nations.

The idea of a duty of hospitality to strangers does not, of course, originate with Kant. It can be traced back to Diogenes, who called for a politics that concerns itself with the stateless, the outcast, the despised – and this duty is present in most cultures. The idea of the moral community as a community that encompasses all humankind is not something new and startling.

While the moral community is clearly not the same as the political or national community, the word ‘community’ being in both terms implies that there *is* something common to both. This is, of course, the idea of a sphere of moral concern and obligation. As has been said, however, the insecurities and anxieties arising from global mobility and loss of national identity and national sovereignty have given renewed impetus to the desire to maintain a nation’s community as distinct and discrete from other nations and other people (Bauman 2007). So, a key question is this: How can a sense of moral community as ‘all the people of all the world’ be fostered?

Rorty (1993, 1999) emphasizes the importance of narratives that take a long, sentimental journey through the experiences of others, anticipating that the human capacity for empathy and the similarities in human hopes and dreams, whatever their culture, will bring about sympathetic understanding and so engender concern for the fate of the stranger. This may happen, but cosmopolitan responsibility to the ‘Other’ cannot depend on it. What if no understanding, no reciprocity, is reached, if the degrees of difference between the visitor and the one in place are irreconcilable (HUDSON, 2003, 2006)? If no understanding, no feeling that ‘if I were in their shoes, I might do the same’ can be achieved, this is surely the point where fundamental, universal human rights are most needed; they are needed when sympathy cannot guarantee good treatment.

Cosmopolitanism is, as Appiah (2006) suggests, ‘ethics in a world of strangers’. He explains that unlike other forms of universalism, cosmopolitanism does not assume that ‘underneath’ we are all the same. We may well be different in important ways and may never completely understand each other but, as Appiah claims, cosmopolitans believe that between different cultures and ways of life, there is enough overlap for a conversation to begin. For cosmopolitan ethics, even if the conversation does not lead to any mutual understanding or consensus, the moral responsibility to the stranger remains.

## **5. REGARDING THE PAIN OF OTHERS**

I have argued in this chapter that although critique of international borders suggests

that they (a) ignore the human rights of migrants, (b) inflict destitution, deprivation and humiliation on would-be entrants, and (c) create new barriers to exit and entry and strengthen existing ones, nevertheless – though they may vary in degree of openness and closure and indeed in location as new countries emerge and old alliances crumble – they are likely to remain. Moreover, although present political discourse may discuss border mainly in terms of people's entry, borders are also important for those seeking to exit – to escape wars, tyrannies or discrimination.

I have argued, further, that although in many parts of the world (Europe and South America, for example) national borders may be becoming more porous, regional borders have become less penetrable. Most immigration now takes place within regions, to places with more perceived opportunities to earn a livelihood for oneself and one's family and to escape the causes of forced migration – natural as well as human. Regions are now expected to contain their own conflicts, which places considerable pressure on countries that receive large waves of migration, as well as trapping people in the situation that they are trying to escape. Such regional movements leave people stateless – they are outside their own state – yet embedded within a regime of aid that is organized through states, dependent on the permission of host states or conflict-torn states to enter and operate or mandated by the UN. The cosmopolitan morality of human rights and relief of the suffering of the individuals regardless of citizenship is developed nowhere near sufficiently to counterbalance the present worldwide system of states and the ideology of national sovereignty.

It might have been expected that this countervailing cosmopolitan morality would become more prominent with the growth of mass media and communications technology. But while most people now know more about the suffering of others throughout the world than ever before, via a seemingly constant stream of hear- rending mass media reports of disasters, conflicts, discrimination and oppression, there is no effective recognition of the right to move and little or no expansion of asylum conditions strong enough to dilute the idea that nations should be able to control whom they admit into their countries. There is popular and political sympathy for suffering humans, but only, it seems, for as long as they stay in their place, as long as they do not cross regional borders.

Susan Sontag (2003) wrote that although people see footage of the suffering of others, they see this through an already-in-place interpretive frame. The dominant interpretive frame currently seems to be one of sympathy for the human plight, combined with fear that the people concerned will come 'over here', overwhelming 'our' resources and damaging the integrity of

‘our’ national identity and culture. Accordingly, there is much more support for fundraising to help people in their own part of the globe than to help them move away from the troubled and damaged regions in which they live.

Consumers of news footage are more generous in response to natural disasters than to conflict: famines in Africa, tsunamis in the South Asian seas, and the earthquake in Haiti raised much more money than is currently being donated to the crisis in Syria, although the latter is injuring and displacing more people. Citizens in more fortunate places may be reluctant to give or – even more – to press for migrants from the conflict to be allowed to enter their own countries, perhaps because it is difficult to understand the causes and contours of the conflicts, to know how long people will need shelter outside their country, and to distinguish the good guys from the bad guys.

Changing the interpretive framework is, of course, challenging; one element that is needed to do so is what has been termed ‘cosmopolitanism from below’, or ‘subaltern cosmopolitanism’ (SANTOS and RODRIGUEZ-GARAVITO, 2005). Cosmopolitan federalism, from this perspective, requires a federalism of non- governmental organizations (NGOs), charities and other non-state bodies to balance the state-based structure of the UN. Subaltern cosmopolitanism also calls for associations of more loosely aligned groups, a global civil society where alliances between workers, environmental activists, human rights campaigners and others allow for the recognition of interests in common with counterparts from different countries and regions, as well as community groups who campaign for the right to stay of migrants they have come to know as friends and neighbours.<sup>5</sup> The creation of a moral community across borders also depends on the advocacy of those who are categorized as ‘other’, as ‘risky’, as those we seek protection from rather than give protection to. Drucilla Cornell draws attention to the ‘Women in Black’, who demonstrate on behalf of those on the opposite side of conflicts in which their states are involved (HUDSON, 2009). She quotes one woman from Serbia:

I do not see why we should not worry about ‘our people’ and ‘their people’ in the same way, because this exclusion of the other is at the roots of fascism, in the division between ours and theirs, me and the others and normal and abnormal. (CORNELL 2004, 114).

## 6. CONCLUDING COMMENTS

While there may be advances in peaceful and humane treatment at the borders, this is

---

<sup>5</sup> Original editor’s note: “See Barker, this volume [Barker, 2015]”.

manly restricted to complying with the basic human rights standards of the region in question. For example, a report by the EU Agency for Fundamental Rights (FRA, 2013) on the conduct of the EU1's southern borders (Cyprus, Greece, Italy, Malta and Spain) emphasizes the need for border personnel to have life-saving equipment for land and sea rescues, and for resources – whether provided by the border state or by NGOs – to provide immediate humanitarian aid; for fairer screening processes, with more opportunities for would-be entrants to tell their stories; and for all border guards to have training in fundamental human rights. On the other hand, the insecurities apparent in the present phase of globalization, with competition for resources, economic downturn in some of the most powerful countries, climate change, conflicts, and breakdowns in law and order in main regions of the world, seem to leave little room for optimism about the prospects for peace at international borders or for greater hospitality to be shown to those who wish to move beyond the borders of their regions.

If rights are universal ethics written into law, and if they therefore depend on membership of a state in order to be activated, then, as Agamben (1998) says, the refugee, the stateless person, the person outside their state but not effectively inside another should be the focus of rights: the stranger at the border should embody the regime of rights. Yet the refugee, the forced migrant, instead represents the challenge of rights, perhaps the challenge that brings about the end, the defeat, of the rights regime (DOUZINAS, 2000). Rather than the sympathetic or symbolic figure of universalist ethics, the refugee becomes the asylum seeker, whose arrival is greeted not with hospitality but with the validation or rejection of particularist law. If borders are to provide access to sanctuary and to opportunity, the interpretive frame needs to be changed: there needs to be a strong countervailing universal morality based on the principle that rights are due to all individuals as individuals, not only as citizens of particular states. The particularism of law must be more strongly balanced by the universalism of ethics.

## REFERENCES

- AAS, K. "Crimmigrant" bodies and bona fide travelers: surveillance, citizenship and global governance', *Theoretical Criminology*, 15(3), 331-46, 2011.
- ADELMAN, H. 'Modernity, globalization, refugees and displacement', in A. Ager (ed.), *Refugees: perspectives on the experience of enforced migration*, London: Continuum, 1999.
- AGAMBEN, G. *Homo sacer: sovereign power and bare life*, trans. D. Heller-Roazen, Stanford, CA: Stanford University Press, 1998.
- APPIAH, K. *Cosmopolitanism: ethics in a world of strangers*, London: Allen Lane, 2006.
- ARENDT, H. *The origins of totalitarianism*, New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1968.

BARKER, V. The role of civil society in transforming border control. In: WEBBER, Leanne (ed.). **Rethinking Border Control for a Globalizing World – a preferred future**. London and New York: Routledge, pp. 133-152.

BAUBÖCK, R. **Transnational citizenship: membership and rights in international migration**. Aldershot: Edward Elgar, 1994.

BAUMAN, Z. **Modernity and ambivalence**, Cambridge: Polity Press, 1991.

\_\_\_\_\_. **Postmodern ethics**. Oxford: Blackwell, 1993.

\_\_\_\_\_. **Globalization: the human consequences**. Cambridge: Polity Press, 1998.

\_\_\_\_\_. **Wasted lives: modernity and its outcasts**. Cambridge: Polity Press, 2004.

\_\_\_\_\_. **Liquid modernity: living in an age of uncertainty**. Cambridge: Polity Press, 2007.

BECK, U. **The cosmopolitan vision**. Cambridge, Polity Press, 2006.

BELL, E. **No borders: immigration and the politics of fear**. Chambéry, France: Université de Savoie, 2012.

BENHABIB, S. **The rights of others: aliens, residents and citizens**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. **Another cosmopolitanism**. New York: Oxford University Press, 2006.

CARENS, J. Aliens and citizens: the case for open borders. **Review of Politics**, 49(2), 251-73, 1987.

\_\_\_\_\_. **Immigrants and the right to stay**. Cambridge, MA: MIT Press, 2010.

CORNELL, D. **Defending ideals: law democracy and political struggles**. London and New York: Routledge, 2004.

DAVIS, M. **Planet of slums**. London and New York: Verso, 2006.

DEMBOUR, M.-B., and KELLY, T. Introduction. In: DEMBOUR, M.B.; KELLY, T. (eds.). **Are human rights for migrants? Critical reflections on the status of irregular migrants in Europe and the United States**. Abingdon: Routledge, 2011, pp. 16-20.

DERRIDA, J. **Of hospitality: Anne Dufourmantelle invites Jacques Derrida to respond** (trans. R. Bowlby). Stanford, CA: Stanford University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. On cosmopolitanism (trans. M. Dooley). In: CRITCHLEY, S.; KEARNEY, R. (eds.). **On cosmopolitanism and forgiveness**. London: Routledge, 2001, pp. 1-24.

\_\_\_\_\_. Autoimmunity – real and symbolic suicides: a dialogue with Derrida. In: BORRADORI, G. (ed.). **Philosophy in a time of terror: dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida** (pp. 85- 106), Chicago: University of Chicago Press, 2003, pp. 85-106.

DIENER, A. and HAGEN, J. (eds). **Borderlines and borderlands: political oddities at the edge of the nation-state**. Plymouth, UK: Rowman & Littlefield, 2010.

DOUZINAS, C. **The end of human rights**. Oxford: Hart, 2000.

FRA, **Fundamental rights at Europe's southern sea borders**. Vienna: European Union Agency for Fundamental Rights, 2013. Available online at

<http://fra.europa.eu/en/publication/2013/fundamental-rights-europes-southern-sea-borders> (accessed 19 April 2013).

GREWCOCK, M. Shooting the passenger: Australia's war on illicit migrants'. In: LEE, M. (ed.), **Human trafficking**. Cullompton, UK; Willian, 2007, pp. 178-209.

HABERMAS, J. **The theory of communicative action, Vol. 1: Reason and the rationalization of society** (trans. T. McCarthy), Cambridge: Polity Press, 1984.

\_\_\_\_\_. **The theory of communicative action, Vol. 2: Lifeworld and system: a critique of functionalist reason** (trans T. McCarthy). Cambridge: Polity Press, 1987.

\_\_\_\_\_. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy** (trans. W. Rehg). Cambridge: Polity Press, 1996.

\_\_\_\_\_. **The inclusion of the other: studies in political theory**, edited by C. Croning and P. de Grief. Cambridge: Polity Press, 1998.

\_\_\_\_\_. Fundamentalism and terror: a dialogue with Jürgen Habermas. In: BORRADORI, G. (ed.). **Philosophy in a time of terror: dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida**. Chicago: University of Chicago Press, 2003.

HAYTER, T. **Open borders: the case against immigration controls**, 2 ed. London: Pluto Press, 2004.

HELD, D. **Violence, law and justice in a global age**. Brooklyn: Social Science Research Council. Available at <http://essays.ssrc.org/sept11/essays/held.htm> (accesses 30 October 2013).

HUDSON, Barbara. **Justice in the risk society: challenging and reaffirming justice in late modernity**. London: Sage, 2003.

\_\_\_\_\_. Punishing monsters, judging aliens: justice at the borders of community, **Australian and New Zealand Journal of Criminology**, 39 (2), 232-47, 2006.

\_\_\_\_\_. The rights of strangers: policies, theories, philosophies. In: LEE, H. (ed.). **Human trafficking**. Cullompton, UK: Willan, 2007.

\_\_\_\_\_. Justice in a time of terror, **British Journal of Criminology**, 49(5), 702-17, 2009.

\_\_\_\_\_. All the people in all the world: a cosmopolitan perspective on migration and torture. In: BAILLIET, C.; AAS, K. (ed.). **Cosmopolitan justice and its discontents**, 2011, pp. 116-33)

\_\_\_\_\_. Who needs justice? Who needs security? In: HUDSON, B; UGELVIK, S. (ed) **Justice and security in the 21<sup>st</sup> century: risks, rights and the rule of law**. London: Routledge, 2012, pp. 6-23.

KANT, I. **To perpetual peace and other essays** (trans. T. Humphrey). Cambridge, Hackett, 1983.

KIBERA, UK. **Kibera UK – the gap year company: facts and information about Kibera**.

Cheltenham, UK, n.d. Available online at <http://www.kibera.org.uk/facts-info/> (accessed 12 April 2013).

MITSILEGAS, V. The law of the border and the borders of law – rethinking border control from the perspective of the individual. In: WEBER, Leanne (ed.), **Rethinking Border Control for a Globalizing World – a preferred future**. London and New York: Routledge, 2015, pp. 15-31.

MOELLENDORF, D. **Cosmopolitan justice**. Boulder, CO: Westview Press, 2002.

MSF - MÉDECINS SANS FRONTIÈRES. **Reports, 2008-13**. London: Médecins Sans Frontières (Doctors Without Borders), 2013. Available online at: <https://www.msf.org.uk/reports>.

NEWMAN, D. (2010). The renaissance of a border that never died: the green line between Israel and the West Bank. In: DIENER, A.; HAGAN, J. (ed.). **Borderlines and borderlands: political oddities at the edge of the nation-state**. New York: Rowman & Littlefield, 2010, pp. 87-106

O'NEIL, M. **Asylum, migration and community**. Bristol: Policy Press, 2010.

OXFAM. **Our work: conflict and disasters**, 20 Oxford: Oxfam, 2013. Available online at <http://policy-practice.oxfam.org.uk/our-work/conflict-disasters> (accessed 12 April 2013).

POST, R. Introduction. In: BENHABIB, S. **Another cosmopolitanism**. New York: Oxford University Press, 2006, p. 1-12.

RAWLS, J. **The laws of people**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.

RODIER, C. **Analysis of the external dimension of the EU's asylum and immigration policies**. Brussels: European Parliament, 2006.

RORTY, R. Human rights, rationality, and sentimentality. In: SHUTE, S.; HURLEY, S. (ed.). **On human rights: the Oxford Amnesty Lectures 1993**. New York: Basic Books, 1993, p. 111-34.

\_\_\_\_\_. **Philosophy and social hope**. London: Penguin, 1999.

SANTOS, B. and Rodriguez-Garavito, C. (eds.) **Law and cosmopolitanism from below**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SONTAG, S. **Regarding the pain of others**. London: Hamish Hamilton, 2003.

TORRESI, Tiziana. Superseding citizenship. In: WEBER, Leanne (ed.). **Rethinking Border Control for a Globalizing World – a preferred future**. London and New York: Routledge, 2015, pp. 64-79.

UNGER, R. **What should the left propose?** London: Verso, 2005.

UNHCR - United Nations High Commissioner for Refugees. **'Dadaab – world's biggest refugee camp 20 years old: making a difference'**, 21 February, Geneva: UNHCR. Available online at <http://www.unhcr.org/4f439dbb9.html> (accessed 12 April 2013).

UNRWA - United Nations Relief and Works Agency. Brussels: UNRWA. Available online at <https://www.unrwa.org/etemplate.php?id=65> (accessed 12 April 2013). [Original editor's note: The exact source could not be ascertained].

WEBER, Leanne (ed.). **Rethinking Border Control for a Globalizing World – a preferred future**. London and New York: Routledge, 2015.

# Revista Brasileira de Direito e Justiça

## Brazilian Journal of Law and Justice Journal of Law





## **The Purported Moral Deficiency of Borders? A Tribute to Professor Barbara Hudson\* †**

Ediberto Román‡

### **ABSTRACT**

In her final work, Professor Hudson writes a provocative and timely essay addressing the tension between the right Western sovereigns bestow on their members and the purported threshold or floor of basic rights held by all according to ethical norms codified in international agreements. Her central query of whether “borders are necessary” seems to be a valid theoretical question the West must come to terms with if in fact it is going to give teeth to international, or ethics-based norms as perhaps she would put it.

**Keywords:** Borders. Migration. Cosmopolitanism. Justice. Ethics. Human Rights. Barbara Hudson.

In her final work, Professor Hudson writes a provocative and timely essay addressing the tension between the right Western sovereigns bestow on their members and the purported threshold or floor of basic rights held by all according to ethical norms codified in international agreements. In a time when Western countries such as the United States, with President Donald Trump focusing on anti-immigrant rhetoric and proposals, such as building the so-called “wall” at the Mexican border, which arguably propelled him to the most unlikely of presidential victories, and Germany and France, among other Western states, struggling with what to do with the influx of Syrian refugees, Professor Hudson’s challenge to the virtue and value of sovereignty seems politically unlikely to be accepted anytime soon. The force of her argument however does not seem to be aimed at political expediency, instead, she appears to highlight the inconsistency between basic human rights purportedly held by all, and the use of sovereignty as a basis to limit the applicability of said rights in particular circumstances or by certain nation-states. Her central query of whether “borders are necessary” seems to be a valid

---

\* Much thanks goes to Professor Tanya Hernández for this opportunity to opine on Professor Hudson’s brilliant work.

† Submission date: 16/Aug/2017; Acceptance date: 16/Aug/2017.

‡ Professor of Law in the Florida International University College of Law, and author of law review articles. He also authored *The Other American Colonies: An International and Constitutional Law Examination of the United States’ Nineteenth and Twentieth Century Island Conquests* (Carolina Academic Press, 2005), which was nominated for the Law & Society Association’s James Willard Hurst Prize for Best Work in Legal History.

theoretical question the West must come to terms with if in fact it is going to give teeth to international, or ethics-based norms as perhaps she would put it.

At its core, Hudson's essay poses a politically vexing challenge to the West if in fact these countries are to actually live by universal minimum norms held by all. Hudson focuses on border protection efforts to prove her central thesis: borders are in fact unnecessarily and useless. Hudson questions the value and virtue of sovereignty in a world increasingly recognizing minimum rights associated entry and exit to and from nation-states. One of Hudson's primary arguments concerning border control efforts is:

[...] international borders – as supported by the current policies of the most powerful nations and groups of nations – are expensive to maintain; do not achieve the objectives of migration control specified in policy and legislation; and, most importantly for the concerns of this chapter, do not respect the rights or protect the lives and security of migrants who approach them. (HAYTER, 2004; AAS, 2011; BELL 2012).<sup>1</sup>

Further bolstering her critique, Hudson observes:

Maintaining borders leads to arbitrary detention, leaves people to perish while attempting to cross borders and denies rights to food and shelter at borders; it has been claimed that these derelictions of the duty to uphold universal human rights amount to state crimes. (GREWCOCK, 2007).<sup>2</sup>

As a result of the above and related arguments, Professor Hudson concludes: “It is not difficult, therefore, to argue for the dismantling of international borders”.<sup>3</sup> From a theoretical standpoint, particularly focusing on the universality of international law goals, it is difficult to challenge Professor Hudson's conclusion. Professor Hudson goes on to make a forceful point when she argues borders and the very notion of the nation-state not only creates structures for inclusion, it necessarily creates lines of exclusion.<sup>4</sup>

Professor Hudson consequently creates a powerful argument for a re-envisioning rights and the very notion of membership, which is not linked to territoriality, but instead should be focused on universal ethically-based principles of equality of all. She uses the importance of basic human rights as the predicate rationale for such a vision. Throughout the essay, Hudson uses numerous examples of human rights abuses reoccurring within the framework of the

---

<sup>1</sup> HUDSON, Barbara. Moral communities across the border: the particularism of law meets the universalism of ethics. In: WEBER, Leanne (Ed.) **Rethinking Control for a Globalized World – A Preferred Future**. London and New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2015, p. 118.

<sup>2</sup> HUDSON, loc. cit.

<sup>3</sup> HUDSON, loc. cit.

<sup>4</sup> “While the border defines and delimits the community *inside*, and thus also establishes the boundaries of its law and its power (that is, sovereignty), it is also thereby the signifier of where the *outside* begins.” (Ibidem, p. 120).

nation-state. Her use of refugee problems in Africa and Asia are particularly persuasive, and certainly highlight the limits of the existing human rights framework. Using the writings of theorists like Immanuel Kant, Hudson envisions an arguably preferable framework: a cosmopolitan ethics-based framework for universal rights, particularly associated with the right to enter and leave a land.<sup>5</sup> Put another way, this ethics-based framework would create a duty of hospitality to strangers.<sup>6</sup>

Despite the shortcomings of the border framework, in the end, Professor Hudson remains a realist and concludes borders, and thus the nation-state framework used to determine what peoples may enter and leave a land, will likely not be abandoned.<sup>7</sup> In many respects, Hudson's criticisms of borders and thus the use of the nation-state to determine membership resembles the critiques of legal scholar Linda Bosniak in her book *The Citizen and the Alien*.<sup>8</sup> Much like Hudson, Bosniak questions Western commitment to equality and international norms, observing:

The Quest for unmitigated inclusion within the community can therefore serve as a regulative ideal, but in actuality, such inclusion is a fantasy. [...] However ostensibly committed we are to norms of universality, we liberal national subjects are chronically divided over the proper location of boundaries—boundaries of responsibility and boundaries of belonging.<sup>9</sup>

It is because of these shortcomings, Bosniak advocates for a rejection of borders and thus the nation-state as the basis for determining the rights of those seeking to migrate. In my own book on the subject of Western norms of membership, *Citizenship and Its Exclusions: A Classical, Constitutional, and Critical Race Critique*,<sup>10</sup> I took issue with the pragmatic aspects, or lack thereof, of Bosniak's proposal for the elimination of the nation-state.<sup>11</sup> Indeed, the rejection of the nation-state as the basis for facilitating migrant rights more closely resembled the iconic *Star Trek's* vision of a worldwide federation of states.<sup>12</sup> It is for these pragmatic reasons this author previously rejected calls for the abandonment of the nation-state, and thus borders, as a means to protect migrant rights.

---

<sup>5</sup> Ibidem, p. 126-127.

<sup>6</sup> Loc. cit.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 128.

<sup>8</sup> BOSNIAK, Linda. **The Citizen and the Alien: Dilemmas of Contemporary Membership**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>10</sup> ROMAN, Ediberto. **Citizenship and Its Exclusions: A Classical, Constitutional, and Critical Race Critique**. New York: New York University Press, 2010.

<sup>11</sup> Loc. cit.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 153.

Professor Hudson, for her part ultimately takes somewhat of a middle ground, recognizing the shortcomings of, and abuses associated with, borders, but in the end recognizes said borders are not likely to be abandoned. It is here perhaps where the reader will be left a bit wanting of further guidance. Ultimately, Professor Hudson recognizes the shortcomings of international borders, but does not believe they will be abandoned. Ultimately, Hudson argues:

[...] as Agamben (1998) says, the refugee, the stateless person, the person outside their state but not effectively inside another should be the focus of rights: the stranger at the border should embody the regime of rights.<sup>13</sup>

This is obviously where the untimely passing of a brilliant thinker leaves us all wanting for more analysis, thought, and education from Professor Hudson. Her important work addressing not only the shortcomings of the current structure of rights and limits of the nation-state as well as international law rights regimes, but also the need to re-envision a rights regime based on equality will unquestionably provoke further discussion and debate. As many realist, critical legal theory, and critical race theory scholars have introduced in recent decades, important legal and theoretical contributions examining current political norms and legal regimes do not always come with unassailable answers or conclusions. At times, the exposing or further examination of shortcomings leads, as Professor Hudson recognized within this very essay, to further examination and exploration. It for this reason, as well as her important contribution of reminding us that the limits of the border is not only an issue of migrating from a land, it is also an issue of those seeking to migrate away from a land due to among other reasons, discrimination or other forms of persecution. In the end, Professor Hudson provided the academy and policy-makers important issues to ponder and hopefully resolve in a fashion that few if any have thus far found. And while I certainly pray she rests in peace, I am confident her important work will continue to motivate scholars to explore these issues for decades to come.

## REFERENCES

BOSNIAK, Linda. **The Citizen and the Alien: Dilemmas of Contemporary Membership**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

HUDSON, Barbara. Moral communities across the border: the particularism of law meets the universalism of ethics. In: WEBER, Leanne (ed.) **Rethinking Control for a Globalized World – A Preferred Future**. London and New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2015.

ROMÁN, Ediberto. **Citizenship and Its Exclusions: A Classical, Constitutional, and Critical Race Critique**. New York: New York University Press, 2010.

---

<sup>13</sup> HUDSON, 2015, p. 130.

# Revista Brasileira de Direito e Justiça

## Brazilian Journal of Law and Justice Journal of Law





**Doing Justice to Difference:  
Moving Towards a Cosmopolitan Vision of Justice  
Barbara Hudson's Legacy \***

Susan Uttley-Evans<sup>† ‡</sup>

**ABSTRACT**

Professor Barbara Hudson's visits to Brazil, especially as a visiting Professor on the Masters Programme in Law and Social Inequality at the State University of Northern Paraná (UENP), alongside the enduring friendships she forged, greatly infused her thinking on inequality and Cosmopolitan Justice in societies of strangers and in a time of fear. Her ability to clarify the labyrinthine of complex theories, arguments and methods of criminology-socio-legal enquiry are certainly evident throughout her work. Here, my contribution has evolved from the ethos of this journal, and from what Barbara often expressed as being the main themes underpinning her values and academic scholarship, which she asserted should be put into a proper context.

Keywords: Borders. Migration. Cosmopolitanism. Justice. Ethics. Human Rights. Barbara Hudson.

**1. INTRODUCTION/BRIEF BACKGROUND**

As a World-renowned critical thinker, writer and keynote speaker, whose sense of justice and injustice knew no bounds, Barbara was rightly described as "*being amongst seven of the most influential British scholars of the last forty year*" (WALTERS, 2008, p. 22), who truly enjoyed working with early career researchers and fostering new directions in criminological endeavour, especially as a visiting Professor on the Masters Programme in Law and Social Inequality at the State University of Northern Paraná (UENP), Brazil. Those visits alongside the enduring friendships she forged, greatly infused her thinking on inequality and Cosmopolitan Justice in societies of strangers and in a time of fear (HUDSON, 2008a; 2012a).

Barbara wrote with exceptional clarity and was never impressed with the need to

---

\* Submission date: 19/Nov/2017; Acceptance date: 19/Nov/2017.

<sup>†</sup> Associate Editor of the *Revista Brasileira de Direito e Justiça/Brazilian Journal of Law and Justice*. Course Leader and Senior Lecturer in Criminology and Criminal Justice. Lancashire Law School, University of Central Lancashire (UCLan), United Kingdom.

<sup>‡</sup> Celebrating the contribution of Professor Barbara A. Hudson, Emeritus Professor, Lancashire Law School, University of Central Lancashire (UCLan). Barbara died suddenly in September 2013, whilst holidaying in Chania, Crete, Greece.

crouch critical thinking in ‘verbal foliage’, nor was she enthralled when she encountered what she described as ‘academic arrogance’. Consequently, her interdisciplinary scholarship gained enduring popularity for its accessibility and understandability (HUDSON, 1996; 2003d). Her ability to clarify the labyrinthine of complex theories, arguments and methods of criminology-socio- legal enquiry are certainly evident throughout her work. Whilst her never-ending patience and guidance on the ‘joys’ of critical reflection undoubtedly assisted nervous students in transcending ‘their dread of writing their methodological chapter’ and applying critical analysis to a wide-range of topics (HUDSON, 2002a; 2011a).

Despite the fact Barbara was an eloquent speaker on punishment and social injustices; penological theory; punishment and exclusion; contemporary theories of justice and inequalities, she was always incredibly self-conscious when it came to talking about herself and her many achievements<sup>1</sup> – modestly never quite believing people genuinely wanted to listen, absorb and apply what she had to say.

Here, my contribution does not profess to be a polished critique of her extensive works, although Barbara always actively encouraged us to do so. It has evolved from the ethos of this journal, and from what Barbara often expressed as being the main themes underpinning her values and academic scholarship, which she asserted should be put into context, because situations do not last for all time.

## 2. THE EARLY YEARS.

I smile as I indicate the ‘early’ years, because Barbara always said she was “a late starter” in academia not being awarded a BSc in Economics from the University of London until 1976. By 1977, she had an MA in Sociology and Social Philosophy from the University of Kent at Canterbury, and from 1977 to 1981, she was a part-time Lecturer and PhD student of the late Professor Stanley Cohen in the Sociology Department of the University of Essex. By September 1981, she had submitted her ground-breaking PhD Thesis on, *The Rules of Behaviour of Teenage Girls: A Case Study in Social Control Theory*.<sup>2</sup> Here, her theoretical interest, derived from ‘Philosophy as well as Sociology, [in the traditional Sociological

---

<sup>1</sup> As I invited her to do on the Module Key Thinkers in Criminology: topic being ‘Hudson– Doing Justice to Difference’, presented in March 2013 at UCLan.

<sup>2</sup> Barbara applied Michel Foucault’s (1972) notion of ‘discourse’ to operationalise the Interpretative frameworks used by teenage girls in adopting rules for themselves as they grew into women’. This was “based on interviews with fifty teenage girls; interviews with Teachers, Probation Officers, Social Workers and Youth Workers”; and analysis of the Magazines read by the girls was used to illustrate that forms of behaviour were evaluated in terms of ‘femininity’ and ‘adolescence” (HUDSON, 1981, p. i). A little-known fact is that Barbara was once an ‘Agony Aunt’ for *Jackie* a weekly British magazine for girls, published between 1964-1993.

“problem of order” sense]’, and her empirical interest derived from “her experiences as a Social Worker as well as her developing a feminist consciousness” (HUDSON, 1981, p. ii).<sup>3</sup>

### **3. CRIMINAL JUSTICE POLICY, SENTENCING ‘SERIOUSNESS’ AND DISCRIMINATION.**

Between 1981 and 1984, Barbara was a Research Officer in the Centre of Youth, Crime and Community at Lancaster University, where she was engaged as a consultant to Social Services and, from 1984 to 1989, she was a Research Officer for the Probation Service in the Middlesex area. Ultimately, the initial aim of her research was to enable Social Workers and Probation Officers improve their Court Reports and the Programmes they provided for dealing with juveniles, at a time when the United Kingdom [UK] had the highest rate of imprisonment of young people in Western Europe (HUDSON, 1984; 1987).

Barbara always contended that when she embarked on her first book (HUDSON, 1987), she did not really know whether in the end she could prove her instinct – that crime and sentencing are very complex issues and to have one big idea [‘seriousness’ of the current offence] must have its difficulties. This hunch had emanated from her extensive analysis of Greater London sentencing decisions,<sup>4</sup> examining disparities and discrimination between groups,<sup>5</sup> which regularly identified contradictory findings, and could only be explained by her looking at disparities and discrimination within groups (HUDSON, 1987; 1988; 1989a:27).

Barbara was never ingenuous to the possibility of ‘discrimination’ within ‘white privileged’ criminal justice decision-making (HUDSON, 1989, p. 26) because she had identified, in practice, that the intersectionality of non-legal factors<sup>6</sup> really did make a negative difference when it came to sentencing certain defendants (HUDSON, 1989 p. 94). In terms of ‘justice’, detaching those ‘non-legal’ factors from the legal variables, at the sentencing stage, meant ignoring the discriminatory use of discretion that the most disadvantaged and vulnerable members of society often experience when they encounter ‘gate-keepers’ of the criminal justice system:

---

<sup>3</sup> “[...] in the lives of teenage girls, and particularly in their problems of making sense of the confusing jumble of conflicting expectations held of them by adults in society” (HUDSON, 1981, p. iii)

<sup>4</sup> Barbara attended several Magistrates’ and Crown Courts in the Greater London area over a three-year period. Alongside consulting official statistics and scrutinising some 8,000 sentencing decisions, she actually read cases, which in those days was a ground-breaking form of enquiry.

<sup>5</sup> Linked first to gender, then race in the ‘one factor at a time way’ research was conducted in those early days.

<sup>6</sup> Including gender, ‘race’, employment status and lower socio-economic minority groups.

Recognition of the significance of ‘non-legal’ factors in definitions of crime, arrest, prosecution and sentencing; understanding of the negotiated, discretionary, processual nature of criminal justice, and frank acknowledgement of the inevitability of discrimination offers more hope for some reduction in the imprisonment of members of disadvantaged groups than the pretence that the law enforcement/criminal justice system could ever eliminate discrimination linked to non-legal characteristics and dispense ‘justice’ based on legal factors alone. (HUDSON, 1987, p. 128-129)

#### **4. SENTENCING, POLICY FROM ‘SOCIAL ILLS’ INTO ‘CRIME PROBLEMS’.**

By 1989, Barbara had completed her agency research and accepted a Senior Lecturer post on the Law Degree at the University of Northumbria in Newcastle, where she went onto to become a Reader and then Professor. In *Discrimination and Disparity: The Influence of Race on Sentencing* (HUDSON, 1989b); *Penal Policy and Social Justice* (HUDSON, 1993a); *Race, Crime and Justice* (HUDSON, 1996a), and *Social Control* (HUDSON, 1977), Barbara was still examining the sentencing of the poor, ethnic minorities and the powerless. She was, however, also considering the big political shift from seeing things as a ‘social problem’ to seeing them as a ‘crime problem’.

Barbara often remarked that the most thought-provoking chapter in *Racism and Criminology* (HUDSON, 1993b) was ‘Race Issues in Research on Psychiatry and Criminology’ (BROWNE, 1993), because it reasserted the unjust racist policy of incarcerating mentally vulnerable people of ethnic origin, “for longer periods, in the name of public protection” (HUDSON, 1987, p. 93). Over time, some policy makers believed providing ‘support’ in the wider community was preferable to controlling, treating and segregating these ‘problematic’ peoples in institutionalised settings (Hudson, 2002, pp 243-244). However, Barbara’s research identified the ‘criminalisation’ and immediate imprisonment of the destitute and of those with unresolved mental-health concerns, when their acts of ‘criminality’ could have been viewed as desperate cries for compassionate medical assessment, care and support, not immediate incarceration, which intensified their already fragile state (HUDSON, 1993a).

#### **5. CRITIQUING NEW THEORIES AND MODELS OF JUSTICE.**

By 1999, Barbara was Professor of Law at UCLan, where she immersed herself in and continued to examine new theories and models of ‘justice’. Initially, she considered the rise, applicability and controversies surrounding the range of ‘Restorative Justice’ approaches, as introduced for young offenders and then extended to adult offenders as well (HUDSON, 1998; 2002c). Barbara highlighted perceived failings in responding to ‘serious crimes’ and advanced arguments in relation to the applicability of ‘Restorative Justice’ to sexual, racial and ‘domestic’ violence offences (HUDSON, 1998, 2002c). However, Barbara maintained the greater potential

of 'Restorative Justice' for providing "satisfactory outcomes in more serious cases" (HUDSON, 2002c, p. 621), "remained less easy to envisage", as it is not always possible "to reach some equilibrium between the victim, the offender and the community" (Hudson, 1995a, p. 10). Moreover, the most intractable obstacle facing restorative Justice was the fact that in many Countries, including the UK there needs to be:

[...] recovery of a culture of social inclusion which underpins and supports the development of process [and policies] that are reintegrative rather than eliminative, and where the goal is the enhancement of social justice (Hudson, 1998b: 256) [...] which means the equitable distribution of rights and benefits, duties and responsibilities; and governance in the interests of all rather than in the interests of some groups or subsections of society at the expense of others (HUDSON, 1995a, p. 1).

## **6. JUSTICE AND THE DOMINANCE OF 'RISK'.**

Barbara became increasingly concerned with the dominance of risk in sentencing and in criminal justice policies generally, which appeared to be at the expense of 'justice' values such as "fairness, consistency and proportionality" (HUDSON, 1993a; 1995b; 2000a, p. 4; 2003b). Her focus was on those who were categorised as 'different', as 'risky others', and this led Barbara to write about the increased vulnerability to imprisonment of minorities and women, who were often categorised as being at greater risk of reoffending, even if their offences were of a non-violent nature (HUDSON, 1995b; 2000a).

To Barbara, 'justice' was becoming like a "distorted endangered species" in societies which were losing sight of the regulative ideal of 'justice' (HUDSON, 2000:2; 2001). Thus, it was her fervent interest in 'rights', 'risk', punishment and the need for a non-repressive respect for 'difference' [HUDSON, 2000a; 2000b; 2003c], which enthused her seminal work *Justice in the Risk Society* (HUDSON, 2003a). In this context, Barbara further considered the challenges to 'justice' posed by the politics of 'risk', communitarianism, feminism and post-structuralism, and she brought forward theoretical formulations, which could offer resources for reconstructing 'justice', which took account of and moved on from those initial critiques.

## **7. HUMAN RIGHTS, JUSTICE AND 'RISK'.**

When human rights<sup>7</sup> came onto the agenda as an "anchoring value for criminal justice" (HUDSON, 2004:64), Barbara expressed anxieties about the "role of human rights being at the boundaries of Justice" (HUDSON, 2004, p. 66), and to "whom human rights are owed and

<sup>7</sup> Provisions of the 1953 European Convention on Human Rights [ECHR] (formally the 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), were incorporated into the domestic law of the United Kingdom by the 1998 Human Rights Act.

under what circumstances they may be suspended” (HUDSON, 2003a: 213; 2003b). Her interest in the increased emphasis on ‘risk’ and ‘security’, was sparked by the narrow way in which [over recent years] a ‘suspect’ has been treated almost like an offender.<sup>8</sup> For Barbara, this is was clearly evident in anti-terrorism legislation, which also has a racial dimension, because people purported to be of ‘Asian/Muslim’ appearance have been, and continue to be, subjected to escalating suspicion and enhanced security activities, even when there is no genuine cause for it.

Towards the end of *Justice in the Risk Society*, she was considering the relationship between ‘community and justice’, and why any society should care about and include the sorts of people who are currently being denied any justice:

The challenge [is] dealing with people who are so different that they really are beyond inclusion in the liberal community. This may be because they appear to be outside our moral and imaginative community [...] We should constantly question our boundaries of inclusion and exclusion [...] and find ways of doing justice to these ‘outsiders’ as well as readmitting some of those we presently clarify as outsiders to the status of insiders (HUDSON, 2003a, p. 204)

That led her to consider the development of a global perspective on upholding ‘justice’, ‘diversity’ and ‘difference’ in an age of divided societies (HUDSON, 2007a; 2008b). Her critique then focused on the denial of ‘justice’ in relation to the ‘war on terrorism’ (HUDSON and WALTERS, 2009a; HUDSON, 2009a); and denial of ‘justice’ in relation to ‘regulating’ the ‘rights of ‘strangers’ during the escalating ‘war on migration and citizenship’ (HUDSON, 2009c; 2010; 2011b; 2012a, 2012b).

## **8. HUMAN RIGHTS, TERRORISM AND ‘JUSTICE’.**

In relation to anti-terrorism, Barbara was horrified by the way extended periods of detention without the right to a trial, and the use of ‘torture’ had become increasingly accepted as the “lesser of two evils post events of 9/11 attacks in America” and elsewhere (HUDSON, 2009b, p. 709). Barbara asserted that fundamental human rights [including, the absolute right to be free from being tortured, not being treated in an inhuman or degrading manner,<sup>9</sup> and

<sup>8</sup> In [S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM - 30562/04 \[2008\] ECHR 1581](#) (4 December 2008), [2009] Crim LR 355, 48 EHRR 50, 25 BHRC 557, (2009) 48 EHRR 50, the ECHR unanimously ruled the blanket retention of DNA profiles taken from innocent people constituted a disproportionate interference with their right to private life (Article 8 of the European Convention on Human Rights [ECHR]). In response, the [Protection of Freedoms Act 2012](#): was enacted to cover the use, retention and destruction of DNA and fingerprint profile (Chapter 1, S.1-25).

<sup>9</sup> As per Article 3 European Convention on Human Rights (ECHR) and the United Kingdom’s Human Rights Act (HRA)1998, which came into effect in the UK in October 2000.

freedom from being deported or extradited if, ‘suspected of being involved in terrorism’],<sup>10</sup> are only needed in the circumstances when we are tempted to neglect them, and for people we have no sympathy towards:

[...] Our ideals need to be defended when we are most likely to disregard them, and justice is never secure as long the human tendency to define others as enemies undeserving of rights and protections persists (HUDSON and WALTERS, 2009a, p. 604)

In heightened times of terror people around the World are rightly concerned about ‘safety’ and ‘security’, but those apprehensions should not be at the expense of ‘justice’ (HUDSON, 2012a; 2012b). Those who threaten ‘the propertied white person’s security’ might well be beyond our comprehension and compassion, but according to Barbara, even the alleged “worst of the worst” need legal protections and defending their human rights in ‘times of terror’ demands that we:

[...] challenge the dehumanisation of anyone. Whatever their crime, no person is devoid of humanity, and labels such as ‘evil’, animal and super-predator which define people entirely by their wrongdoing should be contested. The universalism of human rights is a vital counter-discourse [...]. While the content of human rights may be a minimalist core of overlapping cross-cultural values, the reach of human rights could not be more extensive: all persons, not just members of one’s own community, not just members in good standing in any community, have rights that each of us is morally obliged to uphold. (HUDSON, 2003a, p. 223)

## **9. HUMAN RIGHTS, MIGRATION, RISK AND ‘JUSTICE’.**

Barbara, then applied those ideas of ‘rights’, ‘security’ and ‘justice’ to ‘strangers’ and migration, because in recent years we have become incredibly hostile to migrants, refugees and asylum-seekers who have been forced, or shown the initiative to flee from natural disasters and persecution in their own country (HUDSON, 2007b; 2009c). Throughout history, people have always migrated for mixed motives, and we used to admire them for doing so, but now we talk in terms of ‘illegal’, ‘criminal’ immigrants and ‘bogus’/‘failed’ asylum seekers (HUDSON, 2007b; 2007c).

So, Barbara considered theories and ideas that might make us more sympathetic to those total ‘outsiders’, and in ‘Punishing Monster-Judging Aliens: Justice at the Borders of Community’, she moves through those issues from people in our own communities, who we cannot understand, towards the ‘stranger’ at our gates (HUDSON, 2006). In ‘All the People in All the World’, Barbara logically explains why we cannot avoid encounters with strangers

---

<sup>10</sup> If there is a real risk of facing torture or inhuman or degrading treatment or punishment in the destination country –see *Chahal v United Kingdom* [1996].

(HUDSON, 2011b), and whilst we might not actively seek-out encounters with people we cannot possibly understand, migrants and asylum seekers are fellow- human beings deserving of ‘hospitality’, sanctuary and ‘justice’:

[...] we live on an earth which is spherical [...] [so] it is impossible to avoid encounters with strangers [...] The stranger is not a guest, the encounter is unsought [...] and their visitation might be dangerous [...] [but our] response must not be violence, degradation, or refusal to meet the needs of the stranger (HUDSON, 2011b, p. 120)

## **10. THE ‘CAMPS’, HUMAN RIGHTS AND ‘JUSTICE’.**

Drawing on the work of Mike Davis (2006) Barbara considers how ‘slums’ and ‘shantytowns’ have grown up and multiplied in relation to increased migration, and highlights how so many people are increasingly being forced to live precarious lives throughout the World. Barbara found the clustering of desperate people at borders, in ‘shanty towns’ and in the ‘ghettoes’ as examples of Giorgio Agambem’s (1998) conception of the ‘camp’ in that they are dreadful spaces where people endure a ‘bare life’ having no reliance on rights or the rule of law (in HUDSON, 2010; 2011b; 2012b; 2015).

To Barbara, these are contemporary spaces where the struggle for the basic human rights and facilities [we all take for granted] needs to be addressed and won, and where the principles of ‘hospitality’ and ‘non-violence’ must be honoured (HUDSON, 2011b). According to Barbara, here we find great injustices and dilemmas of justice, and poverty is the linking factor, because it is the poor, impoverished and unwanted of the earth whose movements are restricted and criminalised. Justice and security are enjoyed in large measure by ‘respectable’ citizens of affluent nations, but the poor of the earth enjoy neither (HUDSON, 2006; 2007a; 2007b)

## **11. COSMOPOLITAN PERSPECTIVES, JUSTICE AND ADVANCING CRIMINOLOGY.**

Considering global perspectives and the radical diversity found in today’s societies, infused Barbara’s interest in Cosmopolitan perspectives and the terms “cosmopolitanism, ‘cosmopolitan identity’, and cosmopolitan justice”, crept into her work from 2003/2004. Here, her background in Social Theory and Social Philosophy led her to go beyond empirical Criminology and engage with the works of “Kant, Bauman, Derrida, Habermas, Benhabib, Young and Appiah”, for cosmopolitan ideas and principles (in HUDSON, 2008c, p. 281) that to her seemed highly applicable to the problems of ‘justice’ and ‘difference’ with which she remained concerned.

Barbara was centrally concerned with Kant’s (1983, p. 118) third proposition for peace

around the World-in that a “cosmopolitan right of universal hospitality is owed” to the ‘stranger’, the ‘Other’, the Migrant, the Asylum-seeker and the vulnerable, who should always be received into other Countries with hospitality and non- violence (in HUDSON, 2008c; 2011b; 2015). For Barbara, ‘justice’ means giving people what is appropriate for them, and in terms of Cosmopolitan Justice it means taking responsibility for someone we may not know personally. That is not on the basis they are like us, because they do not need to make themselves understood. It is on the basis we are all human and because we all share this fragile earth, we have a responsibility to those whom seem beyond our sympathy and understanding:

[...] ‘all people in all the world’ have rights by virtue of being human, and we all have responsibilities to persons outside our immediate groupings of families, neighbours, associates and fellow citizens (Appiah, 2006 in Hudson, 2011b, p. 119)

We may well be different in important ways and may never completely understand each other but, between different cultures and ways of life, there is enough overlap for a conversation to begin [and] even if the conversation does not lead to any mutual understanding or consensus, the moral responsibility to the stranger remains (Appiah, 2006 in Hudson, 2015, p. 127)

Cosmopolitan justice [...] takes into account the outcast, the impoverished, the homeless and stateless, the person without possessions and without membership of a state or society. Cosmopolitan justice responds to the powerless, the non-citizen, to members of excluded and subordinate groups, to the deviant and the different. (HUDSON, 2011b, p. 119)

Barbara maintains we have to be much more generous in the rights we give people we do not understand or sympathise with, because now there is little concerted effort to bring desperate and vulnerable people into wealthier more stable Countries. Yes, we might respond to ‘certain’ requests for humanitarian aid, so as to gain relief from the images of human suffering and people fighting for their lives (SONTAG, 2003, p. 9), and justify our expectation that desperate people should stay where they are, but that puts enormous pressure and burdens on Countries far less stable and less affluent than richer nations:

[We] now know more about the suffering of others through-out the world than ever before, via a seemingly constant stream of hearting rendering mass media reports of disasters, conflicts, discrimination and oppressions [...] [but] there is no effective recognition of the right to move and little or no expansion of asylum conditions...there is political and public sympathy for human suffering, but only, it seems, for as long as they stay in their place [and] do not cross regional borders.

[As] consumers of news [we] are more generous in response to natural disasters-tsunamis, earthquakes [and floods], [...] [than we are to political and] military conflicts...although the latter are injuring and displacing more people (HUDSON, 2015, p. 128-129).

Barbara also contends that being slow to acknowledge new categories of persecution from which people need protection, and our lack of understanding of the politics and policies behind conflict and wars could be the reason why:

[...] [We] may be reluctant to give or-even more-to press for migrants from the conflict to be allowed enter our countries [because] it is difficult to understand the causes and contours of the conflicts, to know how long people will need shelter outside their country, and to distinguish the good guys from the bad guys (HUDSON, 2015, p. 129)

For Barbara, ‘cosmopolitan justice’ opposes seeing everything from the position/point of view of the nation state, because all the people in the World should be afforded universal fundamental human rights (HUDSON, 2007, 2008b; 2008c). This means us asking: are people who are fleeing from conditions where their lives are endangered and where they cannot flourish being given the opportunities that all humans should have? Are the people, who desperately need asylum and protection being offered it by richer nation-states?

Barbara does not deny the importance of ‘Cosmopolitanism from above’, in relation to having the International Criminal Court, international Conventions and trade Treaties between States and Governments, because they are needed in order “to reduce inequalities in income and power, and to assist in the prosecution of human rights abuses” (HUDSON, 2011b:20; 2015:129). Her main argument is that questions of ‘rights’, ‘justice’ and ‘identity’ need to move beyond the nation-states to a global level, so as to embrace the fact, that those on the downside of globalisation need to be helped by alliances of others who can recognise their plight:

[...] ‘Cosmopolitan justice ‘from below’ or ‘subaltern cosmopolitanism’ (Santos, 2002:460) is a range of legal, political and social movements which challenge the hegemony and counteract the ill-effects of neo- liberal globalisation. It involves championing those on the downside of political and economic power (HUDSON, 2011b, p. 20)

From that “bottom-up” perspective (SANTOS and RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2005:13), we need to acknowledge, endorse and apply the informed dialogue from transnational nongovernmental organisations (NGOs), civil societies organisations (CSOs), humanitarian organisations,<sup>11</sup>and from activists<sup>12</sup> who tirelessly:

[...] work with and for people in need [...] challenge state agencies, find a common cause, sympathise with people from other parts of the world [...] challenge the sidelining of women’s rights, [and] campaign for the rights and welfare of migrants (HUDSON, 2011b, p. 20)

Therefore, Cosmopolitan justice, in the sense intended by Barbara is a combination of Cosmopolitanism from above and Cosmopolitanism from below. It is Cosmopolitan ‘justice’

<sup>11</sup> For example, *Médecins Sans Frontières* (MSF); the Red Cross; Oxfam; Women for Women International; Women in Black; International Rescue Committee (IRC).

<sup>12</sup> Such as the sister of Professor Eliezer Gomes da Silva, the late Eliane (Borges da Silva) a founding member of the Brazilian Association of Black Researchers (ABPN).

which greets the ‘stranger’, the migrant, and the asylum-seeker without hostility or violence, and offers them hospitality and sanctuary, rather than being territorial and unwelcoming. ‘Justice’ means offering opportunities for prosperity, offering religious and cultural freedom, and offering freedom from persecution, war, famine, natural and human-made disasters, rather than violating their right to leave the confinement of marginalised and tented spaces outside of and within restrictive borders.

## **12. A PREFERRED FUTURE.**

There is no doubt Barbara was always thinking about ways in which we could move beyond traditional criminological boundaries, to yield compassion when ‘justice’ is in short supply. In 2012, she was “excited and honoured” to be invited to participate in what she called “her dream international project” with people from different academic disciplines-working on different aspects of ‘how to make the World’s borders more peaceful’. By March/April 2013, Barbara drafted what was to become her final contribution, ‘Moral Communities across the border: the particularism of law meets the universalism of ethic’ (HUDSON, 2015), in which she skilfully develops further arguments around the lack of ‘morality’ surrounding people who are still trying to claim ‘justice’ from the position of ‘strangers’ (see ROMAN, 2017).

According to Barbara, here we are still finding great injustices and dilemmas of justice, because ‘justice’ and ‘security’ are enjoyed in large measure by ‘respectable’ citizens of affluent nations; it is the impoverished and unwanted of the earth who enjoy neither and whose movements are criminalised and restricted by the erection of physical barriers and enhanced border controls. Moreover, if issues of ‘justice’ and ‘security’ are to flourish, ‘effective’ institutions also need to regulate brutal conflicts and conquests, and vigorously aim to reduce global oppression and inequalities, which have given rise to ‘fear and hatred’, eroded human dignity, and denied human rights to stateless people still detained in ‘camps’ and at the borders of the World (HUDSON, 2015).

## **13. LASTING LEGACY.**

It is obvious, that the issue of ‘justice’ was always of concern for Barbara, and as she interrogated theories, legislation, policies and practices, she always questioned how they affected those on the downside of power. She remained connected with those who are excluded from, or marginalised by the discourse of ‘justice’, and she certainly evidenced that the interdisciplinary nature of Criminology is capable of embracing new perspectives:

If you are interested in an ideal like justice-then it is very easy to recognise injustice and to recognise the limits to justice, which tend to be for people we can readily

understand and sympathise with'. But rights are needed for when sympathy runs out-rights are to protect the 'them', the 'Other', the 'stranger' against 'us'-so as to limit what we can do via the procedures, policies and laws which we impose on those who have no say in the matter [Hudson, 2012c]

[...] Criminology is capable of being a dynamic and evolving discipline [...] engaging with significant [national] and international events, and by extend[ing] its thematic scope beyond its well-worn topics [...], criminological discourses can contribute to issues of pressing global significance (HUDSON and WALTERS, 2009a, p. 2)

Barbara would never apologise for being interested in and applying Moral Philosophy to Criminology, because crime, punishment, excluding the 'stranger' from our communal principle rights, and justice are moral issues. Barbara was always hopeful we would continue to defend and expand upon her idea of 'justice' because:

The problem of managing risk without undermining justice, and enhancing security without undermining the rule of law, is something that [still] confronts [our respective] countries. Technological developments, increases in population flows with their associated risks of terrorism, epidemics, transnational crime and exploitation of vulnerable peoples still presents us with acute problems. Therefore, it is important that we continue to foster international collaboration and critical research into these issues, so that information can be generated and exchanged on appropriate strategies for increasing security without undermining the rule of law and without demonising one particular section of society (HUDSON, 2007d, p. 1)

Barbara's scholarship certainly exposed injustices, but she always creatively and passionately presented opportunities where we could bring about change and bring about justice for those affected by global inequalities and hostilities. Many of us still feel a great sense of personal loss, but take comfort in the fact her work will continue to inspire others for many years to come, because Barbara "provided important contributions to theoretical and critical knowledge and the merit and value of [her] critical contributions will stand the test of time, because they are based on thoughtful, reflective and innovative scholarship" (WALTERS, 2008, p. 22).

## REFERENCES

BROWNE Deryck. Race Issues in Research on Psychiatry and Criminology. In: COOK Dee; HUDSON, Barbara A. (Ed.) **Racism and Criminology**. London: Sage, 1993.

\_\_\_\_\_. **The Rules of Behaviour of Teenage Girls: A Case Study in Social Control Theory**. Ph.D. Thesis (Sociology) – Department of Sociology, University of Essex, 1981.

\_\_\_\_\_. The rising use of imprisonment: the impact of decarceration policies. **Critical Social Policy**, v. 11, p. 46-59, 1984.

\_\_\_\_\_. **Justice Through Punishment: A critique of the 'Justice' Model of Corrections**, London: Macmillan, 1987.

\_\_\_\_\_. **Content Analysis of Social Enquiry Reports Written in the Borough of Haringey**, 1988. Unpublished paper.

\_\_\_\_\_. **Court Sentencing Survey: Final Report**, London: Middlesex Area Probation Service, 1998a

\_\_\_\_\_. Discrimination and Disparity: The Influence of Race on Sentencing. **New Community**, v. 16, n. 1, p. 23-24, Oct. 1989.

\_\_\_\_\_. **Penal Policy and Social Justice**. London: Macmillan. 1993a.

\_\_\_\_\_. Racism and criminology: concepts and controversies. In: COOK, D.; HUDSON, Barbara A. (Ed.) **Racism and Criminology**. London: Sage, 1993b.

\_\_\_\_\_. (Ed.) **Race, Crime and Justice**. Aldershot Hants: Dartmouth Publishing Company Limited, 1996a.

\_\_\_\_\_. **Restoration, Reintegration and Human Rights**: Punishment in a Socially Just Justice System. Unpublished paper presented. Howard League Seminar "Punishment in the Year 2000", Edinburgh, Feb. 1995a.

\_\_\_\_\_. Beyond proportionate punishment; Difficult cases and the 1991 Criminal Justice Act. **Crime, Law and Social Change**, v. 22, p. 59-78, 1995b.

\_\_\_\_\_. Understanding Justice: An introduction to ideas, perspectives and controversies in modern penal theory. **Buckingham: Open University Press, 1996**.

\_\_\_\_\_. Social Control. In: MAGUIRE, M; MORGAN, R.; REINER, R. (Ed.). **The Oxford Handbook of Criminology** (2. Ed.) Oxford: Oxford University Press, 1997b.

\_\_\_\_\_. Restorative Justice: The Challenge of Sexual and Racial Violence, **Journal of Law and Society**, v. 25, n. 2, p. 237-256, 1998b.

\_\_\_\_\_. Balancing Rights and Risks: Dilemmas of Justice and Difference. In: COLLOQUIUM ON RISK AND CRIMINAL JUSTICE, 2000, Cardiff, Wales. **Abstracts**: Cardiff: Centre for Crime, Law and Justice, Cardiff University, 2000a, p. 2-38.

\_\_\_\_\_. Criminology, difference and justice. **Australian and New Zealand Journal of Criminology** v. 33, n. 2, p. 168-82, 2000b.

\_\_\_\_\_. Punishment, rights and difference: defending justice in the risk society. In: STENSON, K; SULLIVAN, R.R. (Ed.). **Crime, Risk and Justice: The politics of crime control in liberal democracies**, Cullompton: Willan, 2001.

\_\_\_\_\_. Critical Reflection as Research Methodology. IN: JUPP, V.; DAVIES, P; FRANCIS, P. **Doing Criminological Research**. London: Sage, 2002a.

\_\_\_\_\_. Punishment and Control. In: MAGUIRE, M.; MORGAN, R.; REINER, R. (Ed.). **The Oxford Handbook of Criminology** (3. Ed.) Oxford: Oxford University Press, 2002b.

\_\_\_\_\_. Restorative Justice and Gendered Violence: Diversion or Effective Justice? **British Journal of Criminology**, v. 42, n. 3, p. 616-634, 2002c.

\_\_\_\_\_. **Justice in the Risk Society**. London: Sage, 2003a.

\_\_\_\_\_. Balancing Rights and Risks: Dilemmas of Justice and Difference, in GRAY, N.; LAING, J.M.; NOAKS, L. (Ed.). **Criminal justice, mental health and the politics of risk**, London: Cavendish, 2003b.

\_\_\_\_\_. **Understanding Justice: An introduction to ideas, perspectives and controversies in modern penal policy** (2nd edition) Buckingham: Open University Press(2003c).

\_\_\_\_\_. **The Culture of Control: Choosing the Future. Critical Review of International Social and political Philosophy**, v., 7, n. 2, p. 49-75, 2004.

\_\_\_\_\_. **Punishing Monsters, Judging Aliens: Justice at the Borders of Community. The Australian and New Zealand Journal of Criminology**, v. 39, n. 2, p. 232-247, 2006.

\_\_\_\_\_. Diversity, crime and criminal justice. In: MAGUIRE, M.; MORGAN, R.; REINER, R. (Ed.). **The Oxford Handbook of Criminology** (4. Ed.). Oxford: Oxford University Press, 2007a.

\_\_\_\_\_. The rights of strangers: policies, theories and philosophies. In: Lee, M. (Ed.). **Human Trafficking**. Devon: Willan, 2007b.

\_\_\_\_\_. The Criminalisation of Migration. **Criminal Justice Matters**, v., 70, n. 1, p. 35-36, 2007c.

\_\_\_\_\_. **Justice in the Risk Society-Research Proposal**. Extracted adaptation from unpublished letter to Dr. Vidar Halvorsen, Department of Criminology and Sociology of Law, University of Oslo, 19 February 2007, 2007d.

\_\_\_\_\_. **Inequality and Cosmopolitanism: Justice in a society of strangers**. Curitiba, 2008a. Lecture given at the Masters Programme in Law, UNIBRASIL, Curitiba, Paraná, Brasil.

\_\_\_\_\_. Re-imagining justice: principles for justice for divided societies in a globalised world In: Carlen, P. (Ed.). **Imaginary Penalties** Devon: Willan, 2008b.

\_\_\_\_\_. Difference, diversity and criminology: The cosmopolitan vision. **Theoretical Criminology**, v. 12, n. 3, p. 275-292, 2008c.

HUDSON, Barbara A.; WALTERS, Reece. Introduction to the special issue on what criminology can say about the war on terror. **The British Journal of Criminology**, v. 49, n. 5, p. 603-608, 2009a.

HUDSON, Barbara A. Justice in a time of terror, **British Journal of Criminology**, v. 49, n. 5, p. 702-717, 2009b.

\_\_\_\_\_. Security and the risky other: doing justice in a world of strangers. In: Hildebrandt, M., Makinwa, A. e Oehmichen, A. (Ed.) **Controlling Security in a Culture of Fear**. The Hague: Boom Legal Publishers 2009c.

\_\_\_\_\_. Regulating democracy: justice, citizenship and inequality in Brazil. In: QUIRK, H. SEDDON, T. and SMITH, G (Ed.). **Regulation and Criminal Justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. Critical Reflection as Research Methodology. In: DAVIES, P.; FRANCIS, P.; JUPP, V. **Doing Criminological Research** (2. Ed.). London: Sage, 2011.

\_\_\_\_\_. All the people in all the world: a cosmopolitan perspective on migration and torture In: BAILLET, C; FRANKO-AAS, K. (Ed.). **Cosmopolitan Justice and its Discontents**. London: Routledge, 2011b.

\_\_\_\_\_. Justiça nos limites da comunidade: Justiça e estranhos num tempo de medo. **Discursos**

**Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, v. 17, n. 19-20, p. 151-168, 2012a.

\_\_\_\_\_. Who needs justice? Who needs Security In: Hudson, B. & Ugelvik, S. (Ed.). **Justice and Security in the 21st Century**. London: Routledge, 2012b.

\_\_\_\_\_. **Expanding Migration & Criminological Justice Agendas**. Unpublished guest lecture for CJ3027, 'Human Trafficking and Modern-day Slavery'. University of Central Lancashire [UCLan], Lancashire, England, November 2012

ROMÁN, Ediberto, The Purported Moral Deficiency of Borders? A Tribute to Professor Barbara Hudson. **Brazilian Journal of Law and Justice (BJLJ)**, v. 1, n.1, Jul./Dec., 2017.

SANTOS, B. de Sousa. **Toward a New Legal Common Sense**. London: Butterworths, 2002.

SANTOS, B. de Sousa; RODRIGUEZ-GARAVITO, C.A. (Ed.). **Law and Cosmopolitanism from Below**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SONTAG, Susan, **Regarding the Pain of Others**. New York: Picador - Farrar, Straus e Giroux, 2003.

WALTERS, Reece. Government manipulation of criminological knowledge and policies of deceit. In: HOPE, T.; WALTERS, R. **Critical thinking about the uses of research**, London: Centre for Crime and Justice Studies, 2008.

## Lasting Legacy of a Fraternal Academic Partnership



Harry Harrison (Barbara's husband), Barbara Hudson, Sue Uttley-Evans, Eliezer Gomes da Silva, and Claudia Resun Gomes da Silva (Eliezer's wife), in Montreal, Canada, in the summer of 2008, when Barbara, Sue and Eliezer presented their individual papers at the *Annual Meeting of the Law and Society Association*. The late Barbara now figures as the "hors-concours" author of the current issue of BJJ. Sue, Associate Editor of the BJJ, is the author of the review essay. Eliezer, Chief-Editor of the BJJ, has translated into Portuguese the articles of Barbara, Sue, and Ediberto Román. Professor Ediberto Román generously accepted the invitation made by Tanya Hernández, Associate Editor of the BJJ, to write the outstanding commentary on Barbara's article. Harry gave BJJ permission to republish Barbara's text and Claudia has assisted BJJ with Information Technology issues.

## Capitalism, Economic Democracy and the Difference Principle \*

Leandro Martins Zanitelli<sup>†</sup>

### ABSTRACT

The article examines if Schweickart is right when he asserts that his preferred institutional regime, the “economic democracy”, should also be preferred by Rawlsians. There are grounds to believe that, when compared to capitalist regimes, economic democracy raises worst-off citizens’ expectancies regarding certain primary goods whose distribution is arguably subjected to Rawls’s difference principle, such as employment, leisure time, meaningful work and workplace democracy. Since, however, economic democracy is also prone to reducing levels of income and wealth, a definitive conclusion on the superiority of one of the types of regime seems unwarranted.

Keywords: Economic Democracy. Difference Principle. Capitalism. Rawls. Primary Goods.

### 1. INTRODUCTION

Recent literature on John Rawls has frequently covered the subject of institutional arrangements (or types of institutional regimes) that are more prone to the realization of Rawls’ principle of justice (*Justice as Fairness*). Rawls himself dedicated a fair amount of effort to this idea in his works, particularly in *Justice as Fairness: A Restatement*, in which he exhaustively explores one of his preferred regimes, the property-owning democracy (RAWLS, 2001, IV).

Part of the debate has revolved around the characteristics of property-owning democracy and the reasons why that kind of regime is superior to the welfare state (of which Rawls was, for a certain time, considered an advocate). Among others, one should refer a collection of works organized by Martin O’ Neill and Thad Williamson (O’ NEILL & WILLIAMSON, 2012) on a special issue of *Analyse & Kritik* (2013). In one, David Schweickart (SCHWEICKART, 2012) argues in favor of the superiority of a market socialism-based regime, the *economic democracy*, over capitalist regimes in general, which include both the traditional welfare state and the property-owning democracy.

The goal of this work is to assess the above claim. It is, however, a partial assessment, limited to verifying, under the premise of Rawls’ Justice in Fairness, if in fact there are reasons

---

\* Submission date: 01/Dec/2014; Acceptance date: 30/May/2015.

<sup>†</sup> Ph.D. (Law), Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil, Assistant Professor at Federal University of Minas Gerais, Brazil.

to promote the economic democracy's superiority over other capitalist regimes. To that end, this work's conclusion is more cautious than Schweickart's. It shall be argued that even though, under certain circumstances, economic democracy appears to be more prone to attend the difference principle than capitalism, the opposite is also true, under other circumstances. Furthermore, it also possible that particular versions of both kinds of regime are just incomparable, under the difference principle. In such cases, stability issue may hinder the regime whose combination of primary goods is significantly unbalanced with the citizens' preferences.

The work is organized as follows. The first part presents some clarification and methodological considerations on the comparison between institutional regimes, based on principles of justice, particularly the difference principle. In the second part, which is composed of two sections, there will be a brief exposition on Schweickart's economic democracy and then an examination of this kind of regime under the difference principle.

## **2. THE JUSTICE OF RAWLS (MAINLY, THE DIFFERENCE PRINCIPLE) AND THE INSTITUTIONAL REGIMES.**

According to Rawls, the primary focus of justice is society's basic structure, which he defines as "the way in which the major social institutions distribute fundamental rights and duties and determine the division of advantages from social cooperation" (RAWLS, 1999, p. 6). Under this perspective, justice constitutes a basis of evaluation of the institutions that comprise said basic societal structure.

This emphasis on institutions explains the preoccupation, exhibited by Rawls himself and in the literature pertaining to him, towards the question of which kind of institutional regime is the most just.<sup>1</sup> An institutional regime consists of a certain body of institutions. In *Justice as Fairness: A Restatement*, Rawls enumerates five kinds of regimes: *laissez-faire* capitalism, welfare (or state) capitalism, state socialism, property-owning democracy, and liberal socialism (RAWLS, 2001, p. 136). According to Rawls, only the latter two are compatible with the principles of justice as fairness (RAWLS, 2001, p. 138).

The question of knowing whether or not the existing institutions (whose characteristics correspond, in a more or less approximate manner, to those of a determined type of regime) adhere to the principles of justice is fundamentally dependent on the content of said principles.

---

<sup>1</sup> Rawls discusses types of institutional regimes and, more specifically, one of his favorites, the *property-owning democracy*, in the 43rd paragraph of *A Theory of Justice* (RAWLS, 1999), and, in a more detailed manner, in the 4th part of *Justice as Fairness: A Restatement* (RAWLS, 2001).

*Capitalism, Economic Democracy and the Difference Principle*

The difference principle should now be examined, but, for contrasting purposes, let us first consider the principle of basic liberties, which, notwithstanding to what political liberties are concerned, satisfies itself through a mere legal guarantee of liberties (RAWLS, 1996, pp. 325-326). In order to verify whether or not an institutional regime attends the principle of liberties (except, once again, to what political liberties are concerned), it is sufficient to observe the content of law and the manner in which it is enforced by authorities.<sup>2</sup> Let us now consider, on the other hand, the difference principle (RAWLS, 1999, pp. 65-73). In the version initially portrayed, the principle requires maximizing expectations of worst-off citizens, in relation to a certain index of primary goods, such as income and wealth (to simplify, the work will now refer to the difference principle as one restriction of such goods).<sup>3</sup>

Therefore, the question to be posed is: how can one determine if a certain institutional regime maximizes the expectations of worst-off citizens, in relation to wealth and income? This is a question whose answer does not depend, obviously, solely upon the content of law or in the manner in which it is enforced. For the difference principle, it does not matter how the institutions are outlined, but only the consequences of such institutions with regard to the expectations of worst-off citizens, in relation to wealth and income. The corollary of that is that two identical institutional regimes can be distinctly assessed, under the difference principle, if their consequences are also distinct.<sup>4</sup>

The consequentialist nature of the difference principle raises doubt in a debate that revolves around the question of knowing which kind of institutional regime is most compatible with justice. It is not just about, as seen above, the fact that two institutional regimes can display

---

<sup>2</sup> If one claims that the principle of basic liberties is satisfied by mere legal guarantee, it does not mean that, in order to fully attend the principle, it is sufficient to proclaim such liberties (*e.g.*, in the Constitution). A state in which basic liberties are legally proclaimed, but recurrently violated by authorities, is not fair. Nevertheless, one can say that the principle of liberties (except political liberties) can be attended only by law and its enforcement, which is not the case for other principles of justice as fairness, such as the difference principle.

<sup>3</sup> For discussions on different interpretations of the difference principle, see Parijs (2003) and Williams (2011). Given the fact that the difference principle is subjected to the first principle and to the other part the second principle of justice (RAWLS, 1999, pp. 53-54 and 77), the maximization of less-fortunate citizens' expectations, pertaining wealth and income, should provide conditions that do not violate basic liberties and equal opportunity. In addition to that, the requirement of maximization is no obstacle to taxing (of wealth and income of the worst-off) for providing public goods, on a democratically determined measure (RAWLS, 1999, pp. 249-251). One can therefore understand that a perfectly just basic structure maximizes wealth and income of worst-off citizens, once basic liberties and equal opportunities are guaranteed and before tax payment, which is destined to the provision of public goods. Considering the latter issue, Queralt (2013, pp. 133-134) is inclined to reject the difference principle's maximizing version.

<sup>4</sup> It is implicit in the text above that the expectations of worst-off citizens, in relation to wealth and income, is based not only upon law, or the manner in which it is enforced by authorities, but also on other citizens' motivations. This is particularly true to a condition of both partial and total (ideal) compliance to law. For example, the consequences of a tax law that progressively taxes income, to worst-off citizens, depends upon, among other factors, the motivation of certain citizens (the wealthier ones) to continue to produce under such legislation.

differences among each other, despite being of the same type, but also that, even for identical regimes, the consequences can be distinct. The assertion that a certain type of regime is more compliant to justice should therefore be understood (at least as far as the difference principle and other such consequentialist principles are concerned), as an affirmation solely pertaining to the given regime's tendency to show results.<sup>5</sup>

These observations are valid under the difference principle and other parts of Rawls' concept of justice, which depend upon the consequences of the institutions that comprise the basic structure, *e.g.* the case of the principle of equal value of political liberties and equality of opportunities. The difference principle, however (as understood here), has a peculiarity of requiring the maximization of worst-off citizens' expectations and, as such, it is not satisfied with a certain result in absolute terms. Whichever are the effects of a given institutional regime on the expectations of worst-off citizens, in relation to wealth and income, one will only be able to state that such regime complies with the difference principle if there is no alternative regime whose consequences to the same expectations would be even more favorable.

The maximizing question of the difference principle begs the question of which regimes are being considered as possibilities. In other words, in order to conclude that a regime attends the difference principle, it is first necessary to define the group of relevant regimes for establishing the comparison. The regime that satisfies the difference principle is the one that provides, among others from the same group, the highest wealth and income expectations (among other primary goods) to the worst-off citizens.

In spite of its evident importance, the issue regarding the basis for comparison (or group of regimes to be considered for the difference principle's test) is, in a broad sense, neglected by Rawls and by the rest of the literature. Would that group only include existing regimes? Probably not, because, if so, the difference principle would lose a substantial amount of its strength as an ideal, so that one would be forced (once the other requisites are met) to recognize any of the current regimes as a fair one (such as that under which the worst-off citizens' expectations were the highest). But if the comparison should not be limited to existing

---

<sup>5</sup> The above observations are consistent Rawls' precaution on the matter of taking sides between property-owning democracy and liberal socialism. When deciding between regime types, Rawls recommends looking "to society's historical circumstances, to its traditions of political thought and practice, and much else" (RAWLS, 2001, p. 139). It is possible, however, that this hesitancy relates not to the incapability of foreseeing the consequences of each type of regime, but to the difficulties of political order (which are greater in some places, and fewer in others) to make such regime succeed. In contrast, Rawls' peremptory denial of *laissez-faire* capitalism and welfare state (in the case of state socialism, the alleged incompatibility with justice is due to the violation of basic liberties) appears to be contradictory to the consequentialism of certain principles of justice, such as equity (RAWLS, 2001, pp. 137-138).

*Capitalism, Economic Democracy and the Difference Principle*

regimes, which among the non-existing should then be considered? It is noted that all the paucity, to what determining a group of relevant regimes for the comparison is concerned, is accompanied by an equal-measure reduction on the reforming impulse of justice. For example, let us suppose that, by describing the regimes that meet the basis for comparison, one does not find that any of them have the effect of disseminating Cohen's equalitarian *ethos* (2008), that is to say, the effect of motivating talented citizens to exert occupations that raise worst-off citizens' expectations. If none of the regimes considered for comparison have such effect, one is forced to conclude that a given regime is fair, under the difference principle (because, among the compared ones, it is the one which maximizes the worst-off citizens' expectations), even if it is incapable of motivating talented citizens to put production effort towards the betterment of the worst-off. But if such a regime is regarded as fair, then the search for a regime that offers an antidote to selfishness will no longer be a matter of justice.

On the other hand, the more audacious the regime comparison, the harder it will be for current or long-lasting regimes to fulfil the difference principle's demand. Back to the example, if we attribute the power of motivating talented citizens to any of the valid regimes compared, in such a way that they produce in the utmost social and useful manner without requiring any incentive whatsoever, any existing regime that failed in displaying that effect and that, consequently, lowered the worst-off citizens' expectations, in relation to wealth and income, should then be regarded as unfair.

However, even if the difference principle's maximization test is demanding enough so that one considers not only all of the existing institutional regimes, but also those that, with moderate optimism, are regarded as capable of occurring in a near future, such principle, or a slightly modified version of it, can be applied for the comparison of imperfect regimes (that is to say, unfair according to the version of the principle which we so far have had at sight). In other words, one can stipulate that, if all the rest is the same, a regime X is superior to a regime Y if worst-off citizen's expectations, in relation to wealth and income, are higher under the former, when compared to the latter, even if none of these regimes are fair in the sense of maximizing the mentioned expectations. From here on, the difference principle shall be examined as a regulating principle for such comparisons.

In so far as comparing imperfect regimes is concerned, comparisons between existing and non-existing regimes are of special interest. Propositions of institutional reform can generally be described as propositions to supplant an existing regime with elements of a non-

existing regime.<sup>6</sup> In order to assess such propositions under the basis of difference principle, it is necessary to verify under which regime, the existing or the reformed one, the worst-off citizens' expectations are higher. Reform, however, raises questions regarding the analysis of consequences. While the consequences of an existing regime can be observed,<sup>7</sup> the same thing cannot be said regarding the consequences of non-established one. Surely the latter can be estimated, but then one would question under which behavioral models such estimation should occur. Will it be licit to presume that a new institutional regime will alter the human endeavor substantially, to the extent that behavioral patterns that are able to explain the consequences of current institutions will be replaced? Without any pretense of subscribing to the thesis of an immutable "human nature", the least one can say about this is that the very motivations and patterns of decision making, verified in current circumstances, should be presumed when estimating the consequences of a new institutional order, unless there are any reasons to conclude that an institutional reform is able to bring about a deep change in the human endeavor.<sup>8</sup>

The comparison between institutional regimes (existing and non-existing included) becomes more complex when other goods, beyond wealth and income, are included among those whose distribution is subjected to the difference principle. To that matter, there are two possibilities. One consists of applying the difference principle to the distribution of other primary goods that are mentioned by Rawls, such as "powers, prerogatives and positions of responsibility" and the "social basis for self-respect" (FREEMAN, 2007, p. 113; ARNOLD, 2012/ O'NEILL, 2012). The second possibility derives from the fact of considering that list of primary goods as an open, or non-exhaustive, one. Rawls clearly agrees with such possibility, as can be verified by the following excerpt:

If necessary, we can also include in the index realized native endowments and even states of consciousness like physical pain. However, for the sake of having an objective measure and relying on information that is readily available and easy to comprehend, it is much better not to include such goods in the index. But leisure time

---

<sup>6</sup> Even when the reform proposition aims to replicate existing institutions in another place (or in the same place, but in a different time), it is justifiable to regard the proposed regime as non-existing, not only because it does not in fact exist in the place for which it is being proposed, but also because it shares characteristic of unprecedented regimes. Since the relevant matter is the consequences of an institutional regime, at least to what the principles of justice, such as the difference principle, is concerned, and given the fact that a single institutional arrangement can have distinct consequences in different times and places, a new regime will have uncertain consequences to some extent, even when it replicates characteristics of existing ones in a different time or place.

<sup>7</sup> Which is not the same thing as saying that they can easily be observed. The consequences of existing regimes are, in all cases, subject to empirical investigation.

<sup>8</sup> A lateral question consists of knowing how to assess a proposition for institutional reform, whose foreseen consequences only favor, in the long term, the worst-off citizens' expectations. What discount rate should be applied to the future benefits of a new regime?

*Capitalism, Economic Democracy and the Difference Principle*

has a reasonably objective measure and is open to view. It also meets the essential condition that primary goods must not presuppose any particular comprehensive doctrine (RAWLS, 2001, p. 179).

In the excerpt above, Rawls undoubtedly considers the set of primary goods, found in other parts of his works (*e.g.* RAWLS, 1996, p. 181), a non-exhaustive one. He also sketches the conditions for something to be considered a primary good, namely: a) that the state of distribution of a given good is objectively verifiable; and b) that the idea that something is a good does not presuppose a particular comprehensive doctrine, that is to say, does not carry a particular relation with a certain conception of good life.<sup>9</sup> With that in mind, not only leisure, but also labor (in general), significant labor (as long as “significant” is defined in such a manner that the characteristics of significant labor are objectively verifiable)<sup>10</sup> and the power of managing a company can be taken as primary goods, susceptible to the difference principle.<sup>11</sup>

Due to the diversity of primary goods, the issue of comparison arises. Specifically, it must be considered that the various types of institutional regimes have wildly varying levels of success elevating worst-off citizens’ expectations, depending on which primary goods are considered. This variance is much less likely when income and wealth are the only two primary goods considered in a difference principle analysis. For example, regime X, whose consequences to worst-off citizens’ income are superior to those of regime Y, will almost certainly maintain its advantage if the only other good being considered is wealth. The same cannot be said, however, when other primary goods are added to the equation. It is not implausible that the regime X causes less unemployment than the regime Y and, therefore, stands out in raising expectations pertaining to the primary goods of employment and significant labor, but, on the other hand, the wealth and income of worst-off citizens (*e.g.* thanks to a generous unemployment insurance) are higher in X than on Y.

How can one address the issue of comparing regimes that display contradictory consequences where diverse primary goods, all susceptible to the difference principle, are

<sup>9</sup> More on “flexibility” of the set of primary goods can be found in Rawls (2001, pp. 168-176; 1996, pp. 178-187)

<sup>10</sup> For the idea that the opportunity to partake in significant labor can be one of the social bases for self-respect, see Moriarty (2009). Arnold (2012), by its turn, states that a more equal distribution of significant or “complex” work results from including the primary good of powers, prerogatives and positions of responsibilities among the goods regulated by the difference principle. Note, however, that once defined, as Arneson does (1987, p. 517) in objective terms (like the labor that is “interesting, calling for intelligence and initiative”), the significant labor can be considered a primary good in itself.

<sup>11</sup> Arguments that appeal for the difference principle in favor of a more equal distribution of power of a company’s management relate democracy in the workplace to primary goods such as powers, prerogatives and positions of responsibility and the social basis for self-respect. To that respect, see O’Neill (2008) and Arnold (2012).

concerned?<sup>12</sup> In that respect, one should first notice that the fact that such goods are incommensurable does not mean that two regimes with different effects upon the expectancies of the worst-off citizens, in relation to those goods, are incomparable.<sup>13</sup> Two goods are incommensurable, in the sense here portrayed, if there is no measure of equivalence between them (*e.g.* if it is not possible to define how much income corresponds to a given percentage of unemployment's reduction or a certain improvement on the index related to the distribution of significant labor). In order to conclude that the lack of such measure of equivalence implies the incomparability (under the difference principle) of regimes, however, it is necessary to agree to the assertion that a regime which elevates the worst-off citizens' expectations in relation to labor and lowers them in relation to income, under any circumstances, is, at best, worse or equal to a regime whose effects are the inverse. Such an assertion, however, is highly implausible. If the regime X provides the worst-off citizens with better perspectives, in comparison to those provided by the regime Y, and an (expectation of) income that is slightly inferior to the latter's, it is hard to resist to the conclusion that X is better than Y and that both regimes are therefore comparable.

It is one thing to say that some regimes with heterogeneous consequences, in relation to primary goods subjected to the difference principle, are comparable within the basis of the principle, but it is another thing entirely to say that regimes are always comparable. Having in mind that it is not possible to discuss here the related philosophical controversy,<sup>14</sup> this article shall be limited to suppose that, at least in some cases, it is not possible to assert that, between two regimes (X and Y), one is better than the other, or even equal (and therefore that such regimes are incomparable). The related implication is that, if two regimes are incomparable according to the difference principle (and equals, or also incomparable, in relation to the other principles of justice), then a choice between these regimes ceases to be a matter of justice (which obviously does not mean that the choice cannot be made based upon some other metric).

### **3. THE SCHWEICKART'S ECONOMIC DEMOCRACY AND THE DIFFERENCE PRINCIPLE.**

The second part of the article will be dedicated to economic democracy, a type of

---

<sup>12</sup> The above issue, in other words, is that of comparing regimes between which there is no relation of Pareto dominance. As far as the difference principle is concerned, one regime is Pareto dominant over the other if, under it, the expectations of worst-off citizens are higher in relation to at least one of the primary goods susceptible to the difference principle and not lower in relation to the rest.

<sup>13</sup> For the distinction between incommensurability and incomparability, see Chang (1997, pp. 1-2).

<sup>14</sup> For such, works gathered by Chang (1997) and Chang (2002) can be consulted. Chang herself, an advocate for the widening of the notion of comparability, recognizes instances in which bearers of diverse values are incomparable.

institutional regime defended by Schweickart (2011; 2012). Schweickart (2012) asserts that this kind of regime is more prone to attending the demands of Rawls' justice than property-owning democracy. The first section of this part sums up the characteristics of economic democracy, while the second uses the precedent arguments to evaluate the conformity of this kind of regime to the difference principle.

### 3.1. ECONOMIC DEMOCRACY: A SYNTHETIC EXPOSITION

Five characteristics sum up economic democracy (from now on, ED): a) public ownership of means of production; b) democratic management of enterprise (according to the "one person, one vote" rule; c) public investment; d) market-oriented production; e) labor market.

#### a) *Public Ownership of Means of Production*

In ED, private ownership of means of production is only accepted for small companies. Regarding big companies, the means of production belong to the State, and the workers who control them must designate part of the company's earnings to the payment of a tax that serves to compensate the State for the use of production goods, as well as reimburse the State for the depletion of said goods caused by the companies' use of them (SCHWEICKART, 2011, positions 1.479-1.486).

#### b) *Democratic Management of Enterprise*

Companies in an ED (once again, with the exception of small ones) are managed by workers according to the "one person, one vote" rule. Workers assign directors and administrators directly or indirectly, through an administrative board whose delegates are elected by the workers (SCHWEICKART, 2011, positions 1.464-1.473).

#### c) *Public Investments*

In big companies within an ED, investment in the company is either self-financed (that is to say, financed by the own company's earnings, which the workers can decide to allot investing instead of sharing amongst each other) or financed through public resources. There are no private banks, nor is it allowed to obtain financing through issuance of shares to be acquired by private investors. Public loans are directly made to the companies, by either state or public banks, and the amount of funds available to companies from each region is, in principle, proportional to the population (SCHWEICKART, 2011, positions 1.524-1.528).

#### d) *Market-Oriented Production*

In contrast to the socialist experiences of central planning, the ED is a regime of market

socialism in which the decision of what and how much to produce is taken within the scope of each company (Schweickart, 2011, positions 1.464-1.465). The companies are encouraged to profit up to the point that the worker's income (or "dividends") is maximized; in order for that occur, the companies ought to attend the consumers' preferences (SCHWEICKART, 2011, positions 1.505-1.511).

#### e) *Labor Market*

Companies and workers are free when it comes to contracting and to adjusting labor. This means that a worker can decide to leave a company for another one and that companies can decide to dismiss workers, under the rule of democratic management. Additionally, companies can offer higher wages or more favorable terms in order to attract or keep workers with special aptitudes (SCHWEICKART, 2011, positions 1466-1.468).

### 3.2 ECONOMIC DEMOCRACY AND RAWLSIAN JUSTICE

What are the reasons to believe that the ED is superior to capitalism as far as the difference principle is concerned? The attention paid to said principle is justified because ED satisfies the principle of basic liberties, as it ensures the legal guarantee of such liberties (Schweickart, 2011, position 3.940). Due to this, generally speaking, it seems acceptable to assert that ED displays an effect upon inequalities of wealth and income such that it is at least as effective as capitalist regimes, as far the equitable value of political liberties and equitable equality of opportunities are concerned.<sup>15</sup> Therefore, if one demonstrates that ED is superior to capitalism in relation to the difference principle, it is possible that Schweickart is right when he asserts that Rawlsian should endorse socialism(at least the ED's socialism).

Before continuing the analysis of ED under the difference principle, some methodological considerations from the Part I should be recalled. First, given the consequentialist nature of the difference principle, one should be diligent when comparing types of institutional regime, since what matters is not the institutional arrangement pertaining to each type, but rather the consequences of its real manifestations. The type-based analysis is only justified as long as a certain type reveals itself prone to influence, regardless of circumstances

---

<sup>15</sup> From a strictly Rawlsian standpoint, it would suffice that ED revealed itself slightly superior, as far as the equitable value of political liberties or the equitable equality of opportunities are concerned, in order to overcome existing regimes in terms of justice, given the lexical priority of the first over the second principal of justice and of equitable equality of opportunities over the difference principle (RAWLS, 1999, pp. 53-54 and 77). It is understood that a difference principle-based comparison still justifies itself, either because ED cannot present a sharp advantage over capitalist regimes in relations to the other principles of justice, such as equity, or because the strict relations of priority among Rawls' principles of justice, particularly between the equitable equity of opportunity and the difference principles, might not be defensible. For the latter point, see Arneson (1999).

*Capitalism, Economic Democracy and the Difference Principle*

of time and place. Second, there is the question of comparing existing and non-existing regimes and that of the way of estimating the consequences of the latter. As discussed previously, one should not attribute motivational consequences, distinct to those observed under current regimes, to non-existing ones, if the reasoning behind such an observation is lacking in substantial justification. Schweickart shows himself quite realistic regarding that point, insisting that ED enables a better world through structural changes and without resorting to utopia.<sup>16</sup>

Bearing in mind Schweickart's description, the main arguments in favor of ED, as opposed to capitalist regimes, are related to labor. To comprehend such arguments, first one needs to consider a certain implication of private investment to capitalist regimes. In order to attract investors, all lucrative capitalist companies have an incentive to expand themselves. All else being equal, the higher the activity volume, the higher the profits and, consequentially, the more attractive an enterprise becomes to its current investors. That same incentive to expand does not exist in companies within an ED, since the rise of production is only advantageous to companies if there are scale gains (SCHWEICKART, 2011, positions 2.275-2.276).<sup>17</sup> Otherwise, increasing activity will have to be accompanied by a proportional rise (at least) of the number of workers, which would fail to benefit the company in an amount at least equivalent to the income of each new worker, individually considered.<sup>18</sup>

What consequences arise from the fact that incentives to company expansion are less present in an ED? One should note that, as with capitalist companies, inefficiency is an issue for companies in an ED. Since the production within an ED is market-oriented, inefficient companies are liable to be overcome by others. The difference is that, in an ED, the risk is smaller. An inefficient company risks being overcome by new ones, but not by already existing

---

<sup>16</sup> Schweickart (2011, position 2.238): "Economic democracy will not Usher in Utopia, but if we make a few structural changes, a far better world becomes possible than most of us can now imagine".

<sup>17</sup> Another factor that reduces the stimulus to expansion is the interest of workers in conserving power over management, which dilutes as the number of employed workers on a company raises (SCHWEICKART, 2011, positions 2.278-2.285).

<sup>18</sup> But what keeps older workers from appropriating part of the profit derived from raising the production, through lowering wages of newly-admitted ones? This is theoretically possible, since, as already said, wage differences are permitted on the ED. The issue is important, as it will be seen further on, because a great deal of advantages that can be attributed to ED, to what the difference principle is concerned, are related to the incentive of expanding the company. What can be said in relation to admitting new workers on companies on the ED is that, on the one hand, such admission can occur under conditions that lead older workers to illegally enrich at the expenses of the younger ones', and on the other hand, the democratic management of the company should at least impose certain boundaries to such exploitation. In all cases, the possibility of wage differentiation constitutes a reservation to the idea (see the previous reference) that the growth of companies in ED is limited to the point in which scale gains equals zero.

companies that have already reached their expansion limit. In capitalist regimes, on the other hand, large, established companies are generally incentivized to take over the market share of inefficient competitors.

When paired with democratic management, the mentioned lack of takeover incentivization provides more beneficial working conditions to companies in the ED, even when such conditions sacrifice efficiency (to some extent). That bears implications to job permanency, length of working day (and, therefore, available time for leisure) and division of significant labor and primary goods whose distribution is subjected to the difference principle. Each of the cases shall be separately examined.

Should one expect more reluctance when dismissing workers from companies on the ED? As asserted, one reason to think this is the fact that an eventual inefficiency caused by such reluctance does not pose high risks for companies on the ED, unlike their capitalist counterparts. Another reason is worker control of management. Administrators who reveal themselves to be merciless in dismissing workers (especially when such dismissals are unjustified) have little chance of maintaining the support from the board of administration of the democratically-managed companies. This can be seen as a consequence of pure and simple self-interest, given the fact that an administration that does not show hesitation in cutting of personnel constitutes a threat to workers. With a little more caution, one can hypothesize that a certain *esprit de corps*, among workers, contributes to stability in the workplace.<sup>19</sup>

Schweickart (2011, positions 2.569-2.646) presents another argument in favor of ED, regarding employment. According to him, in capitalism, unemployment is not just a cyclical consequence, but also an indispensable means of disciplining the labor force. In other words, the danger of unemployment is necessary to assure good performance of workers that are indifferent to the company's success. In an ED, by contrast, there is nothing capable, by itself, of assuring full employment, and the fact that unemployment does not bear the same strategic importance as it does within capitalist regimes is advantageous for the State, which can act more efficiently to eliminate it, whether by directing public investment to job creation or as an "employer of last resort".

---

<sup>19</sup> Schweickart ((2011, position 2.255) refers to "the natural solidarity engendered by democracy"). Such caution is justified, nevertheless, because unlike what occurs in capitalist companies, solidarity between workers in companies on the ED is potentially contrary to each worker's interest to maximizing their dividends. On the economic literature regarding cooperatives, it is interesting to note that, against the standard prevision on the goal of maximizing *per capita* income (WARD, 1958), there is evidence that cooperatives sacrifice this goal, to some extent, for the preservations of employment. For more on that subject, see *e.g.*, CRAIG and PENCAVEL (1993).

*Capitalism, Economic Democracy and the Difference Principle*

Let us now examine the case of leisure (SCHWEICKART, 2011, positions 2.473-2.780). As with job stability, the ED displays characteristics that favor the reduction of work hours and, consequentially, the increase of available time for leisure. First, as stated above, the ED lowers the risk of corporate punishment for decisions that are contrary to efficiency. Frequently, a decision in favor of reducing work hours elevates the number of workers needed to produce the same quantity and imposes additional costs with training.<sup>20</sup> Additionally, the democratic control of management favors decisions to reduce work hours, as such decisions attend workers' interesting increasing free time, even if the decision causes some sacrifice on efficiency.<sup>21</sup>

Similar considerations are thus applied to significant labor (SCHWEICKART, 2011, position 2.771). As a more equal division of interesting tasks is a cause of inefficiency (because it raises costs with training or forces the reduction of profits derived from specialization), companies in the ED are, as stated, more capable of ensuring more equitable access to significant labor. Assuming that workers, in general, try to avoid dull tasks, one can expect democratic management of the workplace to contribute to interesting tasks being more equally shared than in capitalist companies.

One can therefore assert that ED is prone to providing everybody (particularly the worst-off citizens, given social contingencies unequal distribution of innate aptitudes) with more job stability, more available time for leisure and a more equal distribution of significant labor, all of which are primary goods (or means to primary goods, such as the social basis for self-respect) comprehended by Rawls' difference principle. Additionally, if workplace democracy is also considered a primary good (or means to the realization of one), ED has an obvious advantage over other capitalist regimes.

That being said, it is impossible to determine, before its implementation, the ED's measure of superiority, in relation to the given primary goods. Clearly, a substantial part of the advantage attributed to ED - pertaining to job stability, leisure and significant labor - is based on the supposition that inefficiency is more tolerable under such type of regime, given the lack of incentive for company expansion (or at least expansion beyond the point in which scale gains

---

<sup>20</sup> There are, in fact, two possible causes for inefficiency related to work hours. From the efficiency stand point, work hours are too low if, on average, each worker could work longer without the loss of productivity, or without the loss of enough productivity to outweigh the costs of hiring a greater number of workers. In contrast, work hours are too high if productivity is being severely affected by the long hours. Within companies in which workers are free to determine their own work hours, both causes of inefficiency can be present.

<sup>21</sup> The fact that ED encourages decisions to reduce work hours to be made more frequently can also be favorable to employment (SCHWEICKART, 2011, positions 2.783-2.786).

cease to exist). Since they are subject to competition, companies in the ED can be punished by inefficiency. Decisions made on a management level that favor job keeping, work hour reduction and improvement on the distribution of significant labor at the expense of efficiency, will always bring about a certain risk and will, consequently, depend upon the weight attributed to the short-term benefits that such decisions enable.<sup>22</sup>

Companies in the ED are also prone unequal distribution of management power, in spite of the “one person, one vote” rule. Such inequality can be caused by the special aptitudes of certain workers, combined with the subjection of labor to the market. Workers whose talents are rare and necessary can, under the threat of abandoning the company, end up influencing management greatly.<sup>23</sup> This is particularly troublesome if we consider that the expectations of other workers, whose attributes are less desirable (and that risk being subjugated by talented ones), are the ones that matter most to the difference principle.<sup>24</sup>

One should also bear in mind that ED is inclined to reduce the worst-off citizens’ expectations, in relation to the primary goods of wealth and income. Schweickart himself recognizes this when he mentions the constant need for population growth under capitalism (and its undesirable environmental effects). There are various reasons to suppose that ED brings about a general decline (and therefore mainly to worst-off citizens) in wealth and income, some of which were already referred above. First, as mentioned previously, ED reduces the competition between companies (given the lack of incentive to expand) and, in doing so, enables inefficiency.<sup>25</sup> Second, the democratic management of the workplace enables certain decisions to be made, according to the workers’ interest (*e.g.* the interest for reducing work hours), even at the expense of efficiency. Third, there is the issue of innovation. If we bear in mind the fact that investing in innovation constitutes a means of expansion, then the same lack

---

<sup>22</sup> A certain “myopia” that leads workers to neglect the long-term interest on the company’s continuity can influence decisions regarding primary good distribution that decrease efficiency.

<sup>23</sup> It is evident that this also occurs in capitalist companies. The above text is simply bringing attention to the fact that the ownership of means of production is not the only possible cause of management ranking.

<sup>24</sup> The fact that reducing wealth and income inequalities favors equality of opportunities - one of the arguments used to defend property-owning democracy (Rawls, 2001, p. 138; Freeman, 2007, p. 227; in another sense, O’Neill, 2012) - does not reduce the fear that more qualified workers, whose aptitudes are more requested than the others’, write the rules of the companies in an ED. The total realization of equality of opportunities does not prevent workers whose aptitudes are more requested than the others’ from becoming powerful, but rather shifts the source of their power to a “natural lottery” and away from social circumstances. For the principle of equitable equality of opportunity as a principle that seeks to link the chances of success to innate aptitudes, see Rawls (1999, p. 63).

<sup>25</sup> Naturally, the lack of competition and the risk of its consequential inefficiency are also verified in capitalist regimes, given the formation of oligopolies. The difference is that, in ED, the democratic control of management contributes to certain decisions being made in favor of workers with far greater frequency.

*Capitalism, Economic Democracy and the Difference Principle*

of incentive to expand that mitigates competition ends up being an obstacle to innovation.<sup>26</sup>

What is the importance of the fact that the ED's economy is predictably less vigorous and, consequentially, reduces long-term expectations of wealth and income, to an analysis of this type of regime, according to the difference principle? On that point, Schweickart calls attention to a passage on the just savings principle, in which Rawls (1999, p. 258) asserts that "beyond some point it [wealth] is more likely to be a positive hindrance, a meaningless distraction at best if not a temptation to indulgence and emptiness". This passage, comments Schweickart (2012, p. 257), shows that wealth is not of immense value to Rawls and, therefore, the fact that ED does not induce wealth growth on the same level as capitalist regimes should be regarded with less importance by Rawlsians. Though this sounds reasonable, it is important not to disregard the usefulness of wealth as a point of difference principle comparison between institutional regimes. Wealth and income are primary goods in a Rawlsian sense, because of their instrumental role in enabling moral abilities (particularly, the ability to the conception of good).<sup>27</sup> There is no question that, when two regimes are compared under Rawlsian justice (particularly using the difference principle), the regime under which the worst-off citizens' expectations of wealth and income are higher proves to be, all the rest being equal, superior to the other.<sup>28</sup>

This does not mean that the difference principle leads to rejecting ED, because if (as it appears) the worst-off citizens' expectations of wealth and income are higher under capitalist regimes, then it is very likely that expectations regarding other goods are not the same. As discussed throughout Part II, there are good reasons to predict that, in ED regimes, the worst-

---

<sup>26</sup> It is impossible to face here the old and sophisticated microeconomic debate over production in cooperatives. Even though such debate is possibly useful to evaluate the merits of ED, one must bear in mind that the behavior of companies in the ED cannot follow the same patterns as that of existing companies subjected to competition of capitalist companies.

<sup>27</sup> For the relation between the notion of primary good and the two fundamental moral abilities: a sense of justice and a concept of a good, see Rawls (2001, p. 169).

<sup>28</sup> In his comparison between ED and property-owning democracy, Schweickart faces the issue of wealth inequalities (which he admits that tend to be lesser under property-owning democracy than under ED, but, in all cases, lesser under both kinds of regime than under the welfare state). From the difference principle's standpoint, however, what matter is not the wealth differences themselves, but if such differences are necessary or not to maximize the worst-off citizens' expectations. Therefore, that does not serve as an argument in favor of ED (nor of property-owning democracy), if the capitalist regime possesses higher wealth inequality, but still elevates the worst-off citizens' expectations in relation to the given primary goods. Such conclusion will be inescapable as we limit our attention to the difference principle, understood as a principle pertaining to wealth and income. On the other hand, one can argue in favor of a type of regime that reduces inequalities under other principles of justice (e.g., the principles of equitable value of political liberties and equitable equality of opportunities), or even under the difference principle itself, if one understands that the reduction of inequality helps elevating expectations related to other primary goods. For example, it can be argued that a robust material inequality has the effect of undermining the social basis for self-respect (PENNY, 2013).

off citizen's expectations in relation to other primary goods (powers, prerogatives and positions of responsibility, social basis for self-respect, employment, leisure, significant labor and workplace democracy) are higher. Because of that, it is therefore possible that, between ED and the welfare state (or Rawls' favorite type of capitalist regime, the property-owning democracy), the difference principle, instead of indicating a *tout court* preference for a certain regime, serves only as a standard of comparison and a way to judge the comparability of different regimes.

Finally, bearing in mind the long-term consequences, even if ED and capitalism reveal themselves incomparable (or reveal that ED provides superior expectations), there is still the matter of ED's stability. Said stability depends heavily upon the preferences of citizens for primary goods (such as leisure, workplace democracy, and significant labor) that the ED provides more abundantly. Citizens must prefer these goods enough that the eventual lack of growth in wealth and income caused by an ED will not lead to a dissatisfied populace, else the ED runs the risk of becoming unstable.<sup>29</sup>

#### 4. CONCLUSION

In the present work, we examined the potential of a market socialism regime and Schweickart's economic democracy (ED) (2011; 2012), to the satisfaction of Rawls' difference principle. After a few methodological considerations, made in the first part, on the comparison of institutional regimes based on principles of justice and, particularly, under the difference principle, the second part presented the main points of Schweickart's proposition and evaluated its possible consequences regarding the distribution of primary goods. The most important conclusion is that economic democracy is definitely not absolutely superior to capitalist regimes, as far as difference principle is concerned, but, under certain circumstances, ED can reveal itself superior or incomparable to capitalist regimes, given its tendency to raise worst-off citizens' expectations in relation to primary goods that are not wealth or income. We

---

<sup>29</sup> Two additional observations. First, notice that, in both ED and capitalist regimes, the combination of wealth, income and other primary goods does not depend solely on individual decisions. As the citizens in capitalist regimes can generally desire more available time for leisure (despite a certain sacrifice of wealth and income), but (due to institutional circumstances) fail to coordinate their actions to fulfilling said goal, for analogous reasons, ED can cease to attend workers' aspirations related to wealth and income. Second, one should not confuse what is said above with the affirmation that, when comparing regimes that offer different "sets" of primary goods under the difference principle, one should consider the regime which is better adapted to the citizens' preferences to be superior. This would be incorrect for the sole reason that the difference principle is a principle for maximizing expectations (of worst-off citizens), in relation to primary goods, and not a principle for satisfying preferences. What the text considers is that, between two regimes whose short-term consequences are distinct and (given the diversity of the primary goods involved) incomparable under the difference principle, a regime whose combination of primary goods does not attend the citizens' preferences is, therefore, a stable regime. I can't seem to add a comment, so I'll type here. I am unsure what this final sentence is attempting to say. It seems nonsensical to assert that failing to attend to citizen preferences creates a stable regime.

observed, however, that the stability of an ED regime is highly dependent upon its consequences (when compared to other regimes') not being substantially maladjusted to citizens' preferences. In other words, the long-term success of an ED regime depends upon the intensity of the citizens' preferences for primary goods such as leisure, significant labor and workplace democracy.

## REFERENCES

- ANALYSE & KRITIK. 2013. Zurich: v. 35, n. 1.
- ARNESON, R. J. Meaningful work and market socialism. **Ethics**, v. 97, n. 3, pp. 517-545, 1987.
- \_\_\_\_\_. Against Rawlsian equality of opportunity. **Philosophical Studies**, v. 93, pp. 77-112, 1999.
- ARNOLD, S. The difference principle at work. **Journal of Political Philosophy**, v. 20, n. 1, pp. 94-118, 2012.
- CHANG, R. Introduction. In: CHANG, R. (org). **Incommensurability, incomparability, and practical reason**. Cambridge: Harvard University Press, 1997, pp. 1-34, 1997.
- \_\_\_\_\_. The possibility of parity. **Ethics**, v. 112, n. 4, pp. 659-688, 2002.
- COHEN, G. A. **Rescuing justice and equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- CRAIG, B; PENCAVEL, J. The objectives of worker cooperatives. **Journal of Comparative Economics**, v. 17, pp. 288-308, 1993.
- FREEMAN, S. R. **Rawls**. New York: Routledge, 2007.
- MORIARTY, J. Rawls, self-respect, and the opportunity for meaningful work. **Social Theory and Practice**, v. 35, n. 3, p. 441-459, 2009.
- O'NEILL, M. Three Rawlsian routes towards economic democracy. **Revue de Philosophie Économique**, v. 8, n. 2, pp. 29-55, 2008.
- \_\_\_\_\_. Free (and fair) markets without capitalism: Political values, principles of justice, and property-owning democracy. In: O'NEILL, M; WILLIAMSON, T. (orgs.). **Property-owning democracy: Rawls and beyond**. Google Play Ed. Malden: Blackwell, 2012, cap. 4.
- O'NEILL, M.; WILLIAMSON, T. (orgs.). **Property-owning democracy: Rawls and beyond**. Google Play Ed. Malden: Blackwell, 2012.
- PARIJS, P. van. Difference principles. In: FREEMAN, S. R. (org.). **The Cambridge companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 200-240.
- PENNY, R. Incentives, inequality and self-respect. **Res Publica**, v. 19, n. 4, pp. 335-351, 2013.
- QUERALT, J. The place of the market in a Rawlsian economy. **Analyse & Kritik**, v. 35, n. 1, pp. 121-140, 2013.

RAWLS, J. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. **A theory of justice**. 2. ed. Cambridge: Belknap Press, 1999.

\_\_\_\_\_. **Justice as fairness: A restatement**. Cambridge: Belknap Press, 2001.

SCHWEICKART, D. **After capitalism**. 2. ed. Kindle Ed. Lanham: Rowman & Littlefield, 2011.

\_\_\_\_\_. Property-owning democracy or economic democracy? In: O'NEILL, M; WILLIAMSON, T. (orgs.). **Property-owning democracy: Rawls and beyond**. Google Play Edition. Malden: Blackwell, 2012, cap. 10.

WARD, B. The firm in Illyria: Market syndicalism. **American Economic Review**, v. 48, n. 4, pp. 566-589, 1958.

WILLIAMS, A. Linguistic protectionism. In: GOSSERIES, A.; VANDERBORGHT, Y. (orgs.). **Arguing about justice: Essays for Philippe Van Parijs**. Louvain-la-Neuve: Presses Universitaires de Louvain, 2011, pp. 395-402.

# Revista Brasileira de Direito e Justiça

## Brazilian Journal of Law and Justice Journal of Law





## **From an Anthropocentric Criminal Law to an Anthropomorphic Criminal law: by the Way of the “Cultural Defense”\***

Maristella Amisano Tesi<sup>†</sup>

### **ABSTRACT**

Is it possible any sort of “cultural defense” in the criminal law? In the contemporary legal systems, to not punish someone because of the characteristics of the accused (and not because of the analysis of the conduct realized) – as it is typical in the cultural defense does not comply with the principles that constitute the fundamental right to punish criminals. We will look to treat this question in light of two perspectives. First, we supply the scientific plausibility of the idea of culturally oriented crimes. Then we discuss the existence and validity of an adequate legal mechanism utilizing culture of the agent as a way of defense.

Keywords: Cultural defense. Criminal Law. Blameworthiness. Legal excuse. Anthropology. Law. Culture.

### **1. INTRODUCTION – LEGAL CHALLENGES OF A MULTICULTURAL SOCIETY.**

In modern society, it seems that norms regulate – increasingly all social behaviors. The law seems as if it is being forced into aspects of human life, almost as if society should resign and become trapped in a cage of an omnipresent and penetrating legal dimension. Our society became a *law-saturated society* (RODOTÀ, 2012, p. 78), a society full of excessive norms and rules.

The complex society, projected by Friedrich von Hayek (1978), today, more than ever, shows its importance. Various models of society overlap one another, and this does not change. On the contrary, the process gets more evident when the complexity acquires cultural and legal contours. The people have their own unique biological attributes. Migration led many people to establish themselves in different societies from their original one, sometimes even choosing distant and wildly different societies. Societies became, thus, multicultural.

A multicultural society is, with certainty, appreciable, but we cannot fool ourselves: multicultural society is not a society where the vast and diverse culture coexist close to one another in a regime of equality. Frequently, the minority cultures coexist within the dominant culture, without being recognized or accepted. When the multicultural society reflects itself in

---

\* Submission date: 10/Nov/2014; Acceptance date: 26/Apr/2015.

<sup>†</sup> Assistant Professor at the University of Calabria, Italy.

the law, all becomes more complex. It is in this environment that the cultural crime is born; the dominant culture does not accept certain habits of the minority, which has consequences within the system of the laws (BERNARDI, 2006), where “consequence” cannot be understood as a modification of the law, but rather as the mere presentation of the problem of compatibility with altering the valid law.

The starting point is that the enormous migratory fluxes of the last decades forced different cultures to coexist. In this situation, one assumes (RENTELN, 2004, 2005) that the legal multicultural paradigm cannot prevail. The legislator, civil and criminal, no longer can ask the adherence of everyone to a unique code of conduct, because it must be aware of the recognition of different cultural habits. In this situation, a legal problem is presented when a fact considered criminally relevant in the host culture is, on the contrary, approved of in the culture of a certain minority group. Think, for example, of polygamy, of the practice of feminine genital mutilations, of marriages between blood relatives. In the civil area of law, one must consider the modulation of repayment of damages with respect to how the victim’s culture perceives the damage. Especially in matters of criminal law, such reflections of anthropology of the law, led to the discussion about the existence – or not – of a cultural defense, an excuse for the crime taking into consideration aspects of culture of the agent. The discussion revolves around the possible legal mechanisms capable of adapting to cultural context.

Now the basis of the “cultural defense” has been established in the introductory sense, it is necessary to concentrate our attention, in the following section, on the concept of culture.

## **2. FOR A CONCEPT OF CULTURE**

The importance of a homogeneous definition of culture seems evident, as the cultural identity is, in fact, the focus of culturally oriented and motivated crimes. However, the world “culture” is a highly complex concept. It is not enough to say that culture is something that a citizen acquires as a member of any society, that each culture has equal dignity, and that the cultures are not isolated monads, but, instead, integrate with each other (DE MAGLIE, 2010). These are elements that effectively contribute to the definition of the concept of culture, but still do not capture its essence. Each person integrated in the same culture could comprehend it in a different manner, and the interaction between cultures could be very well be devoid of the conflicts that constitute the basis for the culturally oriented crime.

In anthropological science, culture is not only the patrimony of the knowledge that each person has, but also the complex of values, traditions, creeds, and mental habits that denote

each social community (SACCO, 1007, p. 13). Besides that, according to anthropological science, cultures are affected by the inherent nature of things. All that is real is dominated by diversity, and this is valid for the material reality as well as the cultural reality (SACCO, 2007, p. 43). In fact, diversity comes from variation. We cannot mourn this. Diversity can implicate incompatibility, even in conflict, but it is the price that must be paid.

In any society, except those of the most embryonic and primitive forms, it is common for diverse cultures to coexist. It is difficult to understand how a culture will react when it gains knowledge of the existence of another. It is unlikely that the operators of both communities compare their cultures and consider them uniform, enriching with the elements of the other. It is more likely that the comparison between the two different cultures will create contention focused on the survival of only one of the two cultures. That is why “deculturization” is considered the destiny of people (SACCO, 2007, p. 59). One of the cultures will become dominant, and, unsurprisingly, those within that culture begin to consider their rights to be superior. This leads to a sense of ethical superiority that creates a duty of intervention: “it is not legal to allow ethical deviations in our own *habitat*, or even in a distant habitat” (SACCO, 2007, p. 69).

I will try to agglutinate the conclusions at which I have arrived.

The definition of culture is complex and has very subjective characteristics: consider the oriental culture opposed to the occidental culture, the rural cultural opposed to the industrial culture, and all the nuances that could color these categories. When examining culturally oriented crimes, it is customary to say that “culture” is understood to mean a nation or people that occupy a certain territory. However, this definition is simplistic; if it was that way, we could not even speak of culturally oriented crimes. At least, as it pertains to the spacious scope of legal validity, we are on the way to normalization. The problem is that the law is no different from the other social and cultural phenomenon (since culture and law interlink): language, knowledge, rule of life, and other products of the material and intellectual human activity that constitutes a group culture. Nevertheless, among the indicated elements, language and law are special. If two people eat different food or use different treatments to cure diseases, the pluralism of the solutions does not bother the society (SACCO, 2007, p. 43). On the other hand, the members of the same society cannot understand each other using different languages. Similarly, any legal norm, to have validity, must be shared.

In fact, the community does not speak only one language, but this is contrary to the objective of the language, which is communication. Additionally, human beings do not observe just one law, but this is contrary to the objective of the law, which is to

guarantee an equal and predictable mechanism of conflict resolution to different people. The uniformity will be lost if the provided solutions to two identical situations are multiples. (SACCO, 2007, p. 42).

### 3. CULTURE AND LAW

I arrived at a crucial point of this reflection that will help escape the difficulty of conceptualizing or defining culture. It is important to define culture, but we cannot forget that we are in the legal scope and that the law transposes the culture of a determined social context. Between culture and law, there is an established bilateral relationship where each is influenced by the other. The law – as we already saw – constitutes one of the elements that compose that group of norms that have been defined as culture. However, when this relation of reciprocity becomes norm, the interpreter can only note in which form and level that a determined cultural element that became law transposes facts that constitutes elements of other diverse cultures. Therefore, the law is the result of dominant culture, though this is not to be interpreted as negative; it does not refer to cultural colonialism, but rather a necessary homogeneity to create the expressed principles in and for the law. At the beginning, as a fount of law resides in the will of the citizens, the new rule is found in the general consent. However, it cannot be denied that the unification of the law has its costs. A national code reflects the opinions of the jurists of the country and is inspired by the rooted jurisprudence. It is open to solutions claimed by general and reiterated social questions. Frequently, there will not be anything unpredictable or socially aggressive, but it is clear that a code that has aims to generate uniformity will necessarily suffocate certain rules and replace them with others. This is the reality of the law.

I need to advance a little more. I already highlighted that the concept of culture is very complex, as is a multicultural society. With regards to the latter – and independent of the correct definition of culture – its most significant aspect is the coexistence of diverse cultures in a same social and geographical context. In these cases, conditions are created so that anthropologists denominate “legal pluralism”, indicating that concurrence of the law of the codes, which is used in the Tribunals, and the law that is used and managed by a certain singular or minority group.<sup>1</sup> However, for jurists, things do not run the same way. When there are situations of cultural divergence, each state order is faced with the following alternatives: the dominant culture assimilates the minority culture (model of French assimilation) or the dominant culture does

---

<sup>1</sup> Within the same anthropology, the concept of legal pluralism presents different nuances. We can talk about pluralism when the State creates different rules to the citizens according to religion, the cultural origin. Also, there is pluralism when the same citizen has to attempt to obey different and contrasting norms. There is also legal radical pluralism, according to which the law is everything people think of, that is, the law would be an opinion and an aspiration, but not a norm. (SACCO, 2007, p. 83).

not open any relevant space to the visibility of multiple cultures.

The question becomes more complex if we consider that there is a shift between the law and the knowledge of the law. The knowledge of the law is the knowledge of real data. The legislator writes, the interpreter reads and writes, the judge considers and judges, and the citizen complies or deviates. There are, in any system, norms that are followed unconsciously ("cryptic" norms). Unconscious norms have a very important role in interpretation; they affect different levels of the applied law and the written norm (SACCO, 2007, p. 24). All of this comes together to rob the culture of the agent of any value, in some circumstances. As we already saw, culture and law cannot be considered disconnected concepts. Anthropological reflection will tell us how much to vest in human culture (in the singular) and in human cultures (in the plural).

It is logically possible to observe the multiplicity of cultures and assert that they are driven to aspire to unity or how much is marked the unity of the cultures and that the remaining variety is desired (SACCO, 2007, p. 41). Beyond the trust of the study of the anthropology as a foundation of each answer, it is important to see the profound connection between the culture and the law. But which culture? The first answer is the dominant culture, as it is the culture that establishes the principles that deserve protection through the creation of the law. Things can happen that are crimes according to the dominant culture but are totally licit in the defendant's culture. That is what we consider culturally oriented crimes. This is the issue at hand in the following sections: is it possible any sort of "cultural defense" in the criminal law?

We will look to treat this question in light of two perspectives. First, we have to supply the scientific plausibility of the idea of culturally oriented crimes. Only then can we discuss the existence and validity of an adequate legal mechanism utilizing culture of the agent as a way of defense.

#### **4. FOR A CONCEPT OF CULTURAL DEFENSE**

Before we continue with my reflection, I think it would be useful to examine the arguments around the idea of cultural defense. In the first place, there is a legal interest in avoiding the errors caused by a wrongful interpretation of the real facts; the culture could influence the behavior, depending on how one reads the elements of the object of his evaluation. Besides that, the right to culture is recognized in the international law of human rights: article 27 of the International Pact about civil and political rights of 1966 (CAPORTORI, 1992, p. 102).

One who already expresses favor of the cultural defense is Renteln, who asserts that it

should always be taken into consideration. Renteln argues that, in all processes, efforts should be made to prove the cultural background of the members of minorities historically present in a certain territory and also of groups of new migrants. Nonetheless, Renteln makes a very important warning: admission into the processes of culture proof of origin does not necessarily mean it could be used to gain a favorable result for the defendant. The cultural defense does not mean that the differences must always be respected above other rights and values; the culture is a right and has to be balanced with other rights of equal importance. Renteln recognizes the difficulties for the legislator to make room to the cultural defense (VAN BROECK, 2001, p. 52; DE MAGLIE, 2006, p. 219). The legislator could establish exceptions, but this can be criticized, because the effective guarantee of the minority cultures would be subordinated by the will of the dominant culture. In reality, that's what seems to always happen; the right to culture exists as a product of the expressed will of the majority. Renteln worries that some cultural minorities could get protections and others wouldn't, violating the principle of the equality. Besides that, the derogations could only be made for cultural practices already known, which leaves out unconscious, or unknown, cultural practices.

In the previous sections, I observed that culturally oriented crime bases its meaning in the most ample and complex concept of culture. I also noted that, by definition, that crime motivated by cultural reasons is carried out by those belonging to a certain social minority group. This is because the dominant cultural group is what decided upon which principles became law. In the following sections I will begin to examine criminal cases of the United States, in which the crime committed was considered culturally oriented. I will begin with the cases that were considered culturally oriented crimes in the United States because said category of crime was born in that context. Many are the examples in the literature and it is worthwhile to analyze some of these significant cases to bolster our reflection. Each case is different, in the sense that culture has a different role in each and the judicial decision can be quite different.

We will see that in some of the examined cases the cultural defense was fully accepted, in others it was recognized to settle the case, and in other cases the cultural defense was not taken under consideration in any form. I will try to comment on each case, speculating about how it could have been decided in a country of civil law, like Italy or Brazil. I will examine the existing legal mechanisms in civil law, trying to find useful elements to verify if the cultural defense can have relevance by way of the existing legal institutes or if it would be useful in an appropriate norm.

## 5. THE CULTURAL DEFENSE IN THE JURISDICTION OF THE UNITED STATES.

The United States is a multicultural society by definition and has been an important stage for discussion regarding the problems of living in a society consisting of a plurality of different cultures. In the United States, one of the first approaches to the problem of the recognition is addressed in article 27 of the International Pact about civil and political rights of New York of 1966, which details “the right to the cultural differences”, meaning that it would be the right of the members of the cultural minorities to behave according to their cultural and ethnic identity. This also addresses the issue of the delineation of the limits of the protection offered by cultural diversity. After all, if there is no doubt about the existence of the right to cultural diversity, the major challenge is in establishing a balance between said right and the other fundamental rights protected by criminal law.

Before examining the most famous and significant cases, I would like to point that the cultural defense, though it has been first formally theorized fairly recently, has been present since cultures began to interweave. Since 1800 there has been news of situations where the defense asked that the culture of the defendant be taken into consideration. In the year 1888, four “*Native Americans*”, carried out a death sentence, handed down by the tribal council, after a doctor (from the same tribal) was accused of not curing twenty people properly (MAGUIGAN, 1995, p. 63), not preventing them dying from poisoning. At that time, the judges considered that the fact that the agents were Native Americans and determined that the traditions and superstitions of the tribes justified a conviction for manslaughter and not murder.<sup>2</sup>

Nevertheless, despite the idea of cultural defense gaining force in the United States, to this day there is not one legal norm in North American criminal law that recognizes cultural defense. In the absence of law, the doctrine distinguishes between cultural evidence and true culture defense. The true cultural defense is when the defendant can invoke, as his defense, the cultural traditions and creed of his ethnicity of origin. More common is the use of the cultural

---

<sup>2</sup> “Murder is the killing of any person with malice aforethought, either express or implied by law. Malice, in this definition, is used in a technical sense to include not only anger, hatred, and revenge, but also every other unlawful and unjustifiable motive. It is not confined to ill-will towards one or more individual persons but is instead intended to denote an action flowing from any wicked and corrupt motive, a thing done *ex dolo malo*, where the fact has been attended with such circumstances as carry in them the plain indications of a heart regardless of social duty, and fatally bent on mischief. Therefore malice is implied from any deliberate or cruel act against another, however sudden....Manslaughter is the unlawful killing of another without malice; and may be either voluntary, as when the act is committed with a real design and purpose to kill, but through the violence of sudden passion, occasioned by some great provocation, which in tenderness for the frailty of human nature the law considers sufficient to palliate the criminality of the offence; or involuntary, as when the death of another is caused by some unlawful act unaccompanied by any intention to take life.” (MOENSSENS, BACIGAL, ASHDOWN, HENCH, **Criminal Law - Cases and Comments**, VIII ed., New York, 2008, p. 415)

defense. This takes us to the value of proof of cultural connotation through the demonstration of some habits of a certain culture that could have relevance in court. For example, if it was demonstrated that, in a certain culture, adultery is considered a heinous crime, the crime committed by a husband in a state of violent emotion because he found out about the adultery of his wife could permit the cultural defense, even if it was perceived as insanity, because of the lack of legal provision of the institute.

#### 5.1 STATE VS. KARGAR (1993); STATE VS. KRASNIQUI (1898-1992)

In the case of *State vs. Kargar* of 1993, Mr. Kargar, an Afghan resident in the United States, was charged with grave sexual abuse of his 18-month-old son. One of the neighbors claimed to have seen more than once him kissing the son's penis. Kargar admitted to the conduct, however, he alleged that, in his country or origin, that conduct was totally licit and that it represented a demonstration of unconditional love, because by kissing all the parts of his own son, the father demonstrated all of his unconditional love. The conduct would not have, therefore, any sexual connotation.

It is not the case here to analyze, in depth, the American judicial precedent. I only want to observe that, after a conviction, the defendant was acquitted because it was concluded that the conduct did not cause relevant loss to the victim. The argument used was accepted on the grounds that if, according with the culture of the defendant, there was no sexual connotation, he did not deserve to be punished.

In the case of *State vs. Krasniqui* (1898-1992), Krasniqui is an Albanian immigrant taken to the court for sexually abusing his four-year-old daughter. During a martial arts competition, in which his son participated, Krasniqui was seen touching repeatedly the genitals of his daughter, which led to the police called. During the process, Krasniqui invoked the testimony of a cultural anthropologist who explained that, in Albania, to touch one's children on their private parts does not implicate any sexual connotation, and that defendant did not realize that said conduct could be disturbing to the other participants of the sporting event. Though the accused resided in the United States for more than thirty years, the cultural anthropologist explained that his and his family's assimilation into American culture and society was very limited and that the habits of the original culture prevailed. Krasniqui was acquitted and the judges concluded that the case was the result of a cultural misunderstanding of an ethnic and religious nature (PASQUERELLA, s.d., p. 28). However, in the civil court, Krasniqui was relieved of custody and the children were sent to a different North American family to be raised by them. Great controversy was established, because, in criminal court, the

cultural origin was taken under consideration, but, in civil court, the children were taken out their familiar environment (the Muslim tradition) to be raised by a Catholic North American family.

In both examined cases, things would not have been much different in a civil law system. Both Kargar and Krasniqui would have been considered acquitted due to lack of intent. It would not have to be treated as a matter of cultural defense, but rather an absence of the subjective element of intent.

### 5.2 PEOPLE VS. METALLIDES (1974)

In the case of *People vs. Metallides* of 1974,<sup>3</sup> an immigrant of Greek origin, Metallides, killed a friend after he found out that said friend had raped his daughter. The defense showed that in Metallides' culture of origin, the concept of honor implicated vengeance for the grave disrespect suffered was quite normal. The cultural element was considered by the American judges, based on the temporary insanity defense, and the defendant was acquitted.

If we analyze the same case in the scope of a civil law system, the evocation of the cultural defense would not make any sense. Anyone could have a violent reaction finding out that a friend raped his daughter, but nothing would justify the acquittal. In countries such as Italy, in which the legislation states that emotional and passionate states cannot be relevant to the capacity of a person to understand what is right, such a defense would not work.

### 5.3 PEOPLE VS. KIMURA (1975); PEOPLE V. CHEN (1987)

In 1975, Funiko Kimura,<sup>4</sup> a woman of Japanese descent residing in California, found out that her husband had a mistress, jumped into the ocean with her two children of four and six years old. The boys died, while the mother was saved by a rescue team. She was charged with murder. Mrs. Kimura's defense was based on the fact that she had practiced 'oyako-shinju', a type of murder-suicide of parents and children, which comes from the idea that the children are an extension of the parents and should not live in an interrupted family, in which they would suffer from the disintegration of family unity. The Japanese community of Los Angeles obtained 25.000 signatures to petition for the woman to be acquitted, because the

<sup>3</sup> *People v. Metallides*, No. 73-5270, Florida Circuit Court, 1974; Renteln, **The Cultural Defense**, cit., p. 25.

<sup>4</sup> *People v. Kimura*, No. A-09113 (L.A. Sup. Ct. 1985). Ex pluribus, RENTEL. **The Cultural Defense**, cit., p. 25; COLEMAN, Lambelet. Individualizing Justice through Multiculturalism: the Liberal's Dilemma. **Columbia Law Rev.**, vol. 96, 1996, p. 1109; WOO, The *People v. Fumiko Kimura*: But Which People? **International Journal of the Sociology of the Law**, 1989, p. 415. In the Italian doctrine: DE MAGLIE. **Società multiculturalmente**, cit., p. 217.

*oyako-shinju* was an honorable practice that would have to be judged by clemency. Probably thanks to the influence of the manifestations of the Japanese community, Kimura was offered a bargain of pleading to manslaughter, which she accepted. The deal was offered on the basis that she had suffered from insanity brought on by her husband's infidelity. The sentence was one year in prison and five years of probation. This sentence was much discussed, because the clemency looked like it came from the sentiment of pity to a betrayed woman, and not from the recognition of the culture of origin. In fact, it is unlikely that, in any civil law system, the accused would receive such low penance, even considering the mitigating circumstances.<sup>5</sup>

It was in the case of *People v. Chen* of 1987<sup>6</sup> that the cultural aspect seemed to have held more weight than pity for the betrayed spouse. In this case, Dong Lu Chen killed his wife after she confessed her adultery. He defended himself by saying that, in his Chinese culture, the murder of an adulterous wife restores the honor of the husband and that of his parents. However, in China, when adultery happens, the community is present, coming to a measure of mediation between the families to avoid murder. In the United States, the cultural isolation of Chen and the absence of a community of compatriots led to a tragic event. In the trial, an expert in Chinese culture was admitted as a witness who confirmed the thesis of Chen, influencing the sentence of five years of probation. According to the civil law system this end would sound like profoundly unjust, while no precedent was cited, the culture of origins of the accused had more fundamental relevance.

#### 5.4. PEOPLE VS. PODDAR (1969-1974)

Poddar<sup>7</sup> was an Indian from the caste of the “untouchables”, the “harijan”. Studying at Berkeley, he found a girl and began spending time with her. One New Year's Eve, he kissed her and fell in love with her, but found out later that she had no interest in dating him. Poddar then fell into a deep depression and began therapy in which he expressed a desire to kill the girl. The psychiatrist considered Poddar highly dangerous and warned the Berkeley police, but that did not prevent Poddar from killing the girl with a knife. The defense of Poddar invoked

<sup>5</sup> Very similar case to the “*People vs. W*”, of 1988.

<sup>6</sup> *People v. Chen*, No. 7774/87 (N.Y. Supr. Court 1989); COLEMAN, Lambelet. **Individualizing...**, cit., p. 1108; CHIU, **The Cultural Defense**, cit., p. 1053; RENTELN. **The Cultural Defense**, cit., p. 34; GOLDSTEIN, Cultural Conflicts: Should the American Criminal Justice System formally Recognise a “Cultural Defense”? **Dickinson Law Review**, 1994, p. 152.

<sup>7</sup> *People v. Poddar*. 103 **Cal Rptr** 84 (1972); RETELN. **The Cultural Defense**, cit., p. 31; BUCKNER-FIRESTONE, Where the Public Peril Begins: 25 Years after Tarasoff. **The Journal of Legal Medicine**, 2002, 21, p. 2.; SORIO, I reati culturalmente motivati: la cultural defense in alcune sentenze statunitensi. **Stato, Chiese e pluralismo confessionale**, Novembre 2008, p.11.

mental insanity and tried to assert that in his culture of origin, the relationship between men and women was very different the one experienced in North America, especially being an “untouchable”. In Indian culture, a kiss constitutes a commitment and when the girl expressed her lack of interest in a more serious relationship, the reaction of Poddar would have been exacerbated by his Indian culture. Of course that it was also recognized as emotional fragility on the part of Poddar, since a refusal would be considered graver for an Indian of the untouchable caste than from an average American. In this case, the recognition of cultural background was essential to the diminished sentence. I cannot insist with certainty that the culture of origin of the accused would have had the same influence on the judgment of the case in a system of civil law. In truth, I believe that the mentioned element of cultural reasoning would be read in a different manner, aggravating the sentence.

## **6. CRITICAL ANALYSIS OF THE CULTURAL DEFENSE.**

After concluding the analysis of various cases in which the cultural defense is argued, we can try to reach an initial conclusion: the culturally motivated crime can be understood in many different ways, making it difficult to reach a definition and a common solution. In truth, the relativism inherent to the concept of culturally motivated crime makes it difficult to legitimize, not only on the legal level, but also on the social level. This is our first limit. There are many others.

Until now I considered a culturally oriented crime to be one committed by a member of a cultural minority group. However, if we were to legitimate the cultural defense, we would have to admit that— in the dominant culture —there are behaviors, illegal by code of law, that are considered licit or even desirable by the dominant culture. The defense is invalid until we arrive at the conclusion that the culture of the defendant always serves as a justification of his behaviour (RENTELN, 2004). It would be likely that to assert that the culture defense had relevance every time would cause a conflict between the culture of the defendant and the culture that created the criminal law. By this logic of accepting all cultural defenses, each person would have a separate set of criminal laws and there would be no need to share values to form a society of safety and peace. This sounds unacceptable, because it ignores the function of criminal law. Culture is not a microcosm of closed and immutable values; it is fluid and dynamic.

Recognizing the cultural defense means encouraging the construction of stereotypes and cultural prejudices (frequently revolving around questions of gender, race/ethnic and socio-economic class) with caricatures, inaccurate and immune to any ethical refrain or legal action. It cannot be denied that, beyond that, people could still deviate from their cultural models. Once

more, the risk would be to attribute legal relevance to an interior and personal culture of the defendant. In sum, admittance of the cultural defense would be like admitting that in judgment about criminal responsibility of the defendant, non-legal rules and standards should be applied in addition to state criminal law. Thus, law would serve no purpose.

Under a different critical perspective, we could ask: Would culture be a fundamental right? If the answer is positive, how would balance with other fundamental be managed? International norms establish the right to culture, so such a right does exist. But is it fundamental? Generally, there are distinctions between human rights and fundamental rights. Human rights belong to each person because of the person. Fundamental rights, on the contrary, are included within the equality of value of all the personal differences, including culture. The culture, then, it is not a human right. It is a fundamental right, and, because of this, it deserves protection. With respect to balance with other rights, the right to culture cannot be exercised in a way that hurts other modalities of rights, especially the immutable immunities of each person. Thus, fundamental rights not prioritized before the more ample rights that touch the human person in her life or integrity.

In Anglo-Saxon legal culture – where the problem is stronger and a different path of the causes of exclusion of diminishing culpability was tried. They came up with a cause of exclusion of culpability. The problem is that there must be a distinction between cognitive cultural defense and volitive cultural defense. The cognitive cultural defense intervenes when the culture of the defendant prevents him from understanding that his conduct constitutes a crime. On the contrary, the volitive cultural defense involves cases in which the defendant knows that his conduct, in his host country, is a crime, but acts anyway, because he feels obligated by his culture of origin.

Could an eventual cause of exclusion of culpability be valid for two situations? If the cognitive cultural defense seems ampler, the volitive would seek to give relevance to the motivation that caused the crime. However, in theory, the majority of the civil law systems would not accept a cause of exclusion of culpability that is so vague, nor would they give to the motive a relevance that generally it does not have.

I will try, then, a different approach to the question. I will try to apply an exclusion of responsibility in the discriminant. A hypothesis could be that this would be a regular exercise of the right to culture. However, to apply this cause of justification, it is necessary to recognize rights in the order that they prevail above others. Thus, in doing so, we fall in a vicious cycle: the right is an expression of the dominant culture, and we cannot recognize as rights the values

that belong to different cultures, even though, according to those other cultures, said values constitute rights. This is inherent to the concept that law is cultural. Thus, it would be very difficult to utilize a discrimination to justify a motivated fact by a different cultural sensibility.

I will try to continue down this path to verify if other institutes, different from those of the discriminants, can be applied to legitimize cultural differences. I begin with the insanity defense. To use the insanity defense to avoid the culpability by a culturally oriented crime would be unacceptable from the point of view of the dominant culture. Besides, it would have the meaning to despise the culture of origin of the defendant. And this would contradict the very meaning of the cultural defense.

What about the importance of criminal law? In all systems of civil law, the principle of *da ignorantia legis non excusat* has validity. Ignorance of the law cannot be used as an excuse. I examined the idea of the absence of intent. First, as intent implicates the will to commit an act, the fact that a crime is perfectly valid within the defendant's culture of origin is of no relevance. I will try to take an example that comes from the Italian system. In Italy, there is a society within the dominant society. This minority society consists of the culture of the nomadic people of Bulgaria, which is called the "Roma". To the Roma, to steal from the Non-Roma is not a crime. In fact, it is considered good and is encouraged. However, by the criminal Italian code, the Roma that steals, commits a crime of theft, and Roma culture is considered irrelevant. The intent is verified.

In general, it is not justifiable to assert relevance of the culture means there is an absence of intent. However, there are specific cases in which the intent is not concretely verified. In the case of the Afghan man, since kissing the penis of his son was done to demonstrate his love, it would imply absence of intent. To practice sexual acts, one must ponder which culture's sexual standards are being applied. The first answer is to use the dominant culture, since it created the rights in question in that given social context. However, intent is related to representation and the will to carry out acts that have sexual connotation. In this case, the intent is not clear. The defendant did not think there was any sexual connotation, thus he did not have intent. In a case such as this, the culture of origin coincides with the principles of the system of the dominant culture.

There is factual and contemporary evidence about how acceptance of the culture defense can bring problems of more difficult solution. In Bolivia, some communities have been utilizing a form of popular justice, with the pretense of support and normative concessions of the official law. This form of justice could consist of lynching or beating a convicted felon,

without the due process. These people wrongly based their decision on the Community Justice, approved by the Constitution of Bolivia of 2009. The idea that a Constitution legitimates popular justice makes it possible for contemporary law to coexist with the justice system of ancient tribes. The Bolivian legislation permits that a community decide how to judge and punish those responsible for contravention, according to the traditions of the elders, but criminal exile and beatings are the only permitted forms of popular justice allowed. Lynching is forbidden. The crimes of blood cannot be judged by the Community Justice. However, lately, it has been noticed that the rules of the Bolivian Constitution are not taken seriously, regarding exceptions and limits, so that the thefts and sexual violence are punished with lynching. There were cases of people being burned alive (MORTE..., 2015)<sup>8</sup> that were decided with a process carried out by the tribal community. This does not correspond to the image of the law crafted by centuries of civilization. To accept a cultural defense is to accept cultural ideas that still have not progressed through the process of the adoption of provisions of constitutional guarantees, the implementation of rational criminal legislation, and humanitarianism. The conclusion seems harsh, but I think it is the only possible way to maintain the guarantees of a democratic form of justice.

In sum, except in highly specific cases, the cultural defense cannot be legitimized in a criminal law system. Regardless of motivation, a crime is a crime. Another consideration is to modification of the sentence according to the cultural motivation. The culture of a person is a part of construction of a person and it can be evaluated among the motives that took to the crime and conditions of the life of the defendant. In this sense, culture could be relevant to the construction of an appropriate sentence. The culture of origin of each person profoundly influences the values and the convictions of each person and affects said person's perception and interpretation of reality. However, in no case should culture become the legal basis of vindication of any conduct harmful to the life, physical integrity, or freedom of others. Criminal law enforcement should be based on facts, not on person's character.

## **7. CONCLUSION – THE CULTURAL DEFENSE AS A “NON-RIGHT”.**

I analyzed, in its essential characteristics, the cultural defense, where the importance of the criminal fact is gauged through the lens of the defendant's characteristics. Well, it is indisputable that people are the focus of the law, as well as of society, but what I want to

---

<sup>8</sup> MORTE anunciada. Bonecos em ruas significam sentença popular contra suspeitos de crime; justiça é comum entre indígenas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Brasil, 25/01/2015. [ANNOUNCED Death – dolls in streets of Bolivia mean popular sentence against suspects of crime, justice is common amongst Indians]

question is the possibility of moulding the law to shift its basis from the general person, to the person that committed the crime. In the contemporary legal systems, to not punish someone because of the characteristics of the accused (and not because of the analysis of the conduct realized) – as it is typical in the cultural defense – does not comply with the principles that constitute the fundamental right to punish criminals.

I arrived, thus, to an important conclusion: in the cultural defense there is a substitution of a generic vision of the men (anthropomorphic) by another, whose peculiarities I brought to light (anthropocentric). What happens is that when we play cards, it is needing to know the rules of the game. This is similar. Criminal law has its own rules and none of them is necessarily better than the other. Because of this, at first, a law that takes under consideration the typical specifics of the defendant (cultural, social, ideological...) could be considered even better than a law that ignores it. Each person has their own characteristics that differentiate them from others. There are many characteristics that constitute a human being. Which one of those should be taken under consideration by the law? All of them or just a few? And what would be the criteria of selection? The answer would need to impose other rules. In sum: another law. However, to do all of this, we must have the certainty that the new law will be better than current law. It cannot be equal; it has to be better.

To know if the new law is better than the present valid one, we must consider that, to give legitimacy to cultural defense, it would mean considering a behavior licit each time a conflict occurs between the culture of the agent and culture of those who produce the valid law. In this case, each one would create its own law and this would result in that everyone would operate under different law.

Considering all of the pieces, the conclusion is that the cultural defense is a form of non-law and represents the dissolution of criminal law. Thus, the choice is not between an equal law and a better law, but rather a choice between law and non-law. The choice is clear.

## REFERENCES

- BERNARDI, Alessandro. **Modelli penali e società multiculturali**, Torino: Giapichelli, 2006.
- BUCKNER-FIRESTONE. Where the Public Peril Begins: 25 Years after Tarasoff. **The Journal of Legal Medicine**, 2002, 21, p. 2 e ss.
- CAPORTORTI, Francesco. Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici. **Rivista Internazionale sui diritti dell'Uomo**, 1992, p. 102 e ss.
- CHIU. the Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation, and Guilty Liberalism, 82 **Cal.**

L. Rev. 1053, 1994.

COLEMAN, Lambelet. Individualizing Justice through Multiculturalism: the Liberal's Dilemma. **Columbia Law Rev.**, vol. 96, 1996.

DE MAGLIE, Cristina de. **I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali**. Pisa: Ets, 2010.

\_\_\_\_\_. Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense, in DOLCINI, Emilio (ed.). **Scritti in onore di Giorgio Marinucci**, Milano, 2006.

GOLDSTEIN, Cultural Conflicts: Should the American Criminal Justice System formally Recognise a "Cultural Defense"? **Dickinson Law Review**, 1994, p. 152.

HAYEK, F. von. **Law, Legislation and Liberty, vol. 1, Law and order**. Chicago: University of Chicago Press, 1978.

MAGUIGAN, Cultural Evidence and Male Violence: Are Feminist and Multiculturalist Reformers on a Collision Course in Criminal Courts? **New York University Law Review**, v. 70, p. 63, 1995.

MOENSSENS, BACIGAL, ASHDOWN, HENCH. **Criminal Law - Cases and Comments**, VIII ed., New York: Foundation Press, 2008.

MORTE anunciada. Bonecos em ruas significam sentença popular contra suspeitos de crime; justiça é comum entre indígenas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Brazil, 25/01/2015.

PASQUERELLA, *The Krasniqi Case*, in AA.VV., **Diversity Week Teaching Manual**, found in [www.uri.com](http://www.uri.com) (University of Rhode Island), p. 28.

RENTEL, Alison. **The cultural defense**. New York: Oxford University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. The Use and Abuse of the Cultural Defense. **Canadian Journal of Law and Society**, V. 20, 1, 2005.

RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole**. Milano: Feltrinelli, 2012. SACCO, Rodolfo. **Antropologia giuridica**, Bologna: Mulino, 2007.

SORIO, Caro. I reati culturalmente motivati: la cultural defense in alcune sentenze statunitensi. **Stato, Chiese e pluralismo confessionale**, Novembre 2008.

VAN BROECK, Jeroen. The Cultural Defense, and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences). **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, 2001, n. 1, p. 5.

WOO, Deborah. The People v. Fumiko Kimura: But Which People? **International Journal of the Sociology of the Law**, 1989, p. 15.

#### CASE LAW

United States of America. N.Y. Supr. Court. People v. Chen, No. 7774/87, 1989.

United States of America. L.A. Sup. Ct. People v. Kimura, No. A-09113, 1985.

United States of America. Florida Circuit Court. People v. Metallides, No. 73-5270, 1974.

United States of America. People v. Poddar, 103 **Cal Rptr** 84, 1972.

# Revista Brasileira de Direito e Justiça

## Brazilian Journal of Law and Justice Journal of Law





## The accomplishment of collective dignity through collective moral damage<sup>\*†</sup>

Michelle Amorim Sancho Souza<sup>‡</sup>

### ABSTRACT

Collective moral damage is an aspect of collective dignity as it repairs offense against the *sensu lato* collective rights. Thus, the existence of collective moral damages– as defined by the Constitutional concept of collective dignity – will be investigated, taking into consideration their trends in the Superior Courts. The research carried out a literature review, which focused on the investigation of how moral damages were highlighted in STJ (Brazilian Superior Tribunal of Justice) and STF (Brazilian Supreme Court) websites. The study argues that the achievement of collective dignity permeates the arbitration of collective moral damage, as the judiciary feels obligated to reinforce the notion of belonging and restrain any act against the *sensu lato* collective rights.

Keywords: Collective moral damages. Collective dignity. Collective rights. Collective tutelage.

### 1. INTRODUCTION

There is currently a constant preoccupation of the Judiciary Branch with the realization of collective guardianship, because in order to protect rights entitled to humanity, it is necessary to develop procedural mechanisms to enable reparative, educative and preventive means to combat infringements to these kinds of fundamental rights. Given the fact that the classical idea of process no longer persists, class actions came to occupy a place of primacy within this jurisdictional function. Within that context, collective moral damage emerges as a nonpatrimonial expression of social damage and as a way of achieving collective dignity and repairing the affront to *sensu lato* collective rights, which are described in article 81 of the Consumer Defense Code.

Thus, the objective of this study is to demonstrate the existence of collective moral damage, whose foundation derives from the constitutional concept of collective dignity, to examine the jurisprudential evolution of Superior Courts, as far as the subject is concerned, and

---

\*Translator's Note: See Saul Litvnoff, *Moral Damages*. "There is no semantic obstacle to borrowing from the French tradition and speaking of 'moral damages' to mean damage that cannot be technically viewed as sustained by a person's patrimony, or damage to an interest for which a current market-value cannot be readily ascertained, as is always the case when the injury sustained consists, in whole or in part, in the experience of a negative state of emotional distress." Available at <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol38/iss1/4/>

† Submission date: 15/Nov/2014; Acceptance date: 26/Apr/2015.

‡ LLM, Federal University of Ceará, Brazil, Judge in the state of Maranhão, Brazil.

lastly, to establish parameters pertaining to sentencing, so that the magistrate arbitrates the pecuniary amount on a constitutionally-adequate level.

The research method used on the development of this article was essentially bibliographical, focusing particularly on the websites of the Brazilian Superior Court of Justice and Supreme Federal Court, in relation to the expression of collective moral damage. In that sense, this work consists of, in its first section, the analysis of the dignity of the human person and, subsequently, the development of the constitutional concept of collective dignity as the mainstay of *sensu lato* collective rights. Hereupon, the types of collective rights, as well as the existing procedural mechanisms to their guardianship.

Lastly, collective moral damage is examined through its constitutional foundation, and there is study of concrete cases in order to verify whether or not it exists and examine the guidelines to establishing its stipulation by the magistrate.

Following these considerations, we therefore intend to demonstrate the relevance of collective moral damage as a means of accomplishing collective dignity, which cannot be infringed, at the risk of harming the values of Brazilian society.

## **2. FROM THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON TO THE COLLECTIVE DIGNITY.**

At the end of the Second World War, the human being returns to its place of primacy in Legal Sciences and, consequently, there is a preoccupation of Europeans legal systems, notably the German and Italian ones, to protecting the dignity of the human person (BARROSO, *on line*). This concept obviously does not hail from the 20<sup>th</sup> century, but human dignity represents the central concept of the contemporary constitutional and democratic State (BARZOTTO, 2010, p. 39-40).

Therefore, even though it is not the primary goal of this article, we can define human dignity as the foundational value from which all fundamental rights and duties derive (MIRANDA, 2008, p. 197). It is listed as one of the foundations of the Federal Republic of Brazil, in article 1, III, of the Federal Constitution, as well as it is mentioned in other constitutional provisions, such as the acknowledgement of children's, teenagers' (article 227, FC) and the elderly's dignity (article 230, FC).

Having made this initial conceptual delimitation, Ingo Sarlet (2009) identifies five dimensions of this definition: ontological, social, cultural-historical, autonomic and provisional.

*The Accomplishment of Collective Dignity through Collective Moral Damage*

Synthetically, such dimensions can be expressed in the lesson of Jesús González Pérez (2011, p. 27), as:

The person's dignity does not admit discrimination by reasons of birth, race or sex; options and beliefs. It does not regard age, intelligence and mental health; nor the situation in which one finds oneself and the qualities, as well as the conduct and behavior.

Therefore, the sedimentation of human dignity in the post-war period has inevitably led to the strengthening of the basic protection core of fundamental rights. This is why the Universal Declaration of Human Rights of 1948 outlines in its preamble that dignity, inherent to all members of the human family, is the foundation of freedom. However, the guardianship of freedom, in itself, is not able to protect the holistic perspective through which we should examine human beings, who cannot have a dignified existence without the promotion of health, education, housing, consumer defense, and the environment, among other equally fundamental rights. Within that view, Luísa Cristina Pinto e Netto (2009, p. 54) teaches that:

The dignity of the human person is not accomplished or guaranteed only by freedom, nor it is rendered plain only by guaranteeing material state provisions, the fundamental rights should be accomplished in their coherent group, in favor of the human dignity's fullness.

This passage of liberal state to social state cemented the idea that state interventionism (BONAVIDES, 2007), through the consecration of numerous social, economic and cultural rights, in the current constitutional discourses, is necessary to promoting humanity. There used to be a fiction in liberalism that the autocratic individual of the bourgeois society was self-sustaining. However, "the image of an individual simultaneously in need of the State and responsible in the social community emerged" (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 68). Therefore, in this very form of State, which is currently under a possible crisis (NETTO, 2009), there begins to emerge a preoccupation not only with the individual, considered in and of itself, but with the development of the individual's own existence in society.

Solidarity, acknowledged since Aristotle (*apud* MORRIS, 2002) as an inherent characteristic of the human being, leads us to the existence of fundamental rights pertaining to the collective. These rights would hence be within the third nucleus of the protection of human rights, which are those rights that are "highly endowed with humanism and universality" (BONAVIDES, 2008, p. 569), and therefore preoccupied with the construction of a more solidary society, according to article 3rd, I, of the Federal Constitution (henceforth, simply "FC"). In addition to that, the theoretical grounds of recognizing such rights are obligatorily linked to collective dignity, which provides it with the dogmatic and judicial basis of collective

guardianship. We note that this definition is not only linked to the third nucleus of the protection of human rights, but, in the present article, we shall emphasize this particular relationship.

This way, as taught by Pontes de Miranda (1987, p. 178), since the people control the state power, they will value their own dignity, which, by the juridical consciousness, will be reflected by the constitutional text on the affirmation of Brazilian identity. It is the collective dignity that it “the essential value, protected by all [in the] community, which comprehends all the longings captured by the judicial consciousness, and spread on the constitutional identity” (SOUZA, 2012, p. 67), hence the need to imbue the notion of the Brazilian citizen’s belonging to a nation-wide community which protects this right.

Surely, the individual and the collective dignity co- exist harmoniously in the judicial system, because the former is a prerequisite to the latter, along with judicial consciousness and constitutional identity, which form the cornerstone of the concept of collective dignity. Therefore, society is viewed as the holder of fundamental rights and duties, without finding itself in a totalitarian context, given the fact that individualities continue to be preserved through the unequivocal recognition of the dignity of the human person. Thus, since each one of us has participated in the construction of the legal order, there is a duty to uphold protection that emanates from collectivity, such as if this social dignity is violated by, for example, unconstitutionality by omission.

The preoccupation with the development of collective dignity, within this work, is to provide theoretical basis for the very existence of *sensu lato* collective rights, as well as for the possibility of establishing reparation for the collective moral damage. By analyzing the concept of collective dignity, we shall advance to the study of collective rights on the Brazilian legal order and its instruments of guardianship before the Judiciary Branch.

### **3. COLLECTIVE RIGHTS AND THE PROCEDURAL INSTRUMENTS FOR COLLECTIVE GUARDIANSHIP.**

In the classification of Karel Vasak (*apud* BONAVIDES, 2008, p. 569), the rights related to the defense of environment, ownership of humanity’s common patrimony, and property development are examples of collective rights, as the entire human race is asserted to be the recipient of these rights’ consequences.

The current constitutional discourse, along with the classical rights to defense and provision, discuss the collective rights, which can be found in article 5. These include the consumer’s defense (article 5, XXXII, FC) and the protection of public patrimony,

administrative morality, environment and historical-cultural patrimony in the context of the popular action (article 5, LXXII, FC).<sup>1</sup>

Through the illustration of the varied collective rights, we verify that they all bear solidarity guardianship, rather than collective entitlement. To that respect, Dimitri Dimoulis and Leonardo Martins (2007, p. 72) explain that:

A different situation is configured with the emerging of the so-called new collective rights which are those of collective nature, often called “diffuse rights”, which started to be guaranteed in the 20th century, mainly after the Second World War, and constitute rights of collective, or even diffuse, entitlement. [author’s emphasis]

We then highlight that solidarity, here utilized as a synonym for fraternity, intends not to foment the *jusfundamental* collectivism (NABAIS, *online*), but rather the notion of collective dignity itself, because the former is understood as a manifestation of justice which occurs in actions that are favorable to both individual and common good (LORENZO, 2010). It is undoubtedly a matter of a constitutional principle, as stated in article 3, I, FC. Besides, we cannot mix solidarity up with collective dignity, given the fact that the latter is formed by fundamental values of certain collectiveness, which deserve protection by the entire society, given that solidarity is a characteristic that we need for communal life.

Through such preliminary differentiations, in order to better understand the *sensu lato* collective rights, as stated by article 81 of the Consumer Defense Code (CDC), there are the following types of such rights: diffuse, *sensu stricto* collective, and homogenous individual.

For Teori Zavascki (2011), the transindividual rights, which are the first two types, do not present an individualized entitlement and, therefore, have undetermined recipients and are materially indivisible. Ergo, the diffuse rights are verifiable through a factual circumstance, which in fact unites its recipients, even if they are undetermined. This can be seen with environmental aggressions. As far as *sensu stricto* collective rights are concerned, the entitlement is seen through a judicial-based relationship in which a category or classes of people are connected to the opposing party, *e.g.* the abusive readjustments of tuition.<sup>2</sup> On the other hand, the homogenous individual rights are accidentally collective, because the entitlement is either determined or determinable, since the holders’ interests hail from a common origin. Additionally, it is indispensable that the guardianship is collective, necessitating that one

<sup>1</sup> Translator’s note: in Brazilian legal system, a “popular action” (*ação popular*) is a form of class action.

<sup>2</sup> It is important to highlight that the Supreme Federal Court (STF), in its Summary # 643, understands that it is possible that the Public Prosecutor’s Office is legitimate to file a public civil action (ACP) whose basis is the illegality of tuition readjustment.

considers a more adequate constitutional protection (DIDIER JR.; ZANETI JÚNIOR, 2011).

Accordingly, in order for the judiciary branch to provide an adequate constitutional defense of collective rights, the native legal system holds a specific procedural subsystem for collective guardianship, notably the CDC, Law # 7.375/1984 – Public Civil Action Law (LACP) – and Law # 4.717/1965 – Popular Action Law (PAL) –, because the Civil Procedure Code (CPC) only recognizes the possibility of *res judicata* between parties, which neither benefits nor harms third parties, according to article 472, CPC, which, at first, renders impossible a proper procedural solution to collective actions. Therefore, we present the solution of Mauro Cappelletti and Bryan Garth (1988, p. 49-50) on the traditional perspective of civil procedure:

It was only seen as a matter between parties, which was destined to the solution of a controversy between them, to what their own individual interests were concerned. Rights that belonged to a group, to the general public or to a segment of the public did not fit well within this structure. The determining rules of legitimacy, the procedural norms and the performance of judges were not destined to facilitate suits filed by individuals under diffuse interests.

In this sense, the collective guardianship represents the second wave idealized by the cited authors (CAPPELLETTI; GARTH, 1998) to the access to justice (article 5, XXXV, FC), because as the Public Prosecutor's Office is strengthened as an essential function to Justice (article 127, FC), so too is legitimacy bestowed to the citizen for filing a popular action (article 5<sup>th</sup>, LXXIII, FC and article 1, LAP),<sup>3</sup> the class associations, and the Public Defender's Office of collective defense (art. 1, LACP). These shifts move the jurisdictional function closer to accomplishing collective moral damage.

We observed the universalization of jurisdiction on such actions, bearing in mind that a favorable ruling, in a collective action, will have *erga omnes* effects within the judge's territorial jurisdiction, according to article 16, LACP.<sup>4</sup> This is inherent to collective process, due to the interest that guards a right whose recipient is society. Hence, the jurisdictional

<sup>3</sup> The LAP, in its articles 1, § 3, clarifies that the proof for citizenship shall be made by presenting the electoral card or related document. Unfortunately, this rule provided a restricting concept of citizenship, by linking the foundation of our Republic (article 1st, II, FC), to the exercise of voting. To José Afonso da Silva (2009, p. 104), citizenship goes beyond the holding of political rights, because it implies recognizing the individual as a member of the state society.

<sup>4</sup> We highlight that the Superior Court of Justice admits that *res judicata* in ACP goes beyond the territorial limits of the judge's jurisdiction, because it must respect the objective and subjective limits of the decision, as well as bring the institute (of *res judicata*) closer to a legal norm on the collective plain, given its coverage (BRAZIL, Superior Court of Justice. Special Appeal n. 1.377.400-SC. Santa Catarina's Public Attorney's Office v. Santa Catarina State and City of Lages. Rapporteur: Justice Og Fernandes. Brasilia, 18 February 2014 and BRAZIL, Superior Court of Justice. Special Appeal n. 1.391.198-RS. Appellant: Banco do Brasil S/A. v. Assets of Laide José Rossato. Rapporteur: Justice Luís Felipe Salomão. Brasilia, 13 august 2014).

provision shall also be experienced by society as a whole.

Now that these considerations on the procedural aspects of collective guardianship in Brazil have been discussed, let us proceed to the analysis of collective moral damage.

#### **4. COLLECTIVE MORAL DAMAGE**

Initially, we will develop the concept of collective moral damage, mainly through a constitutional approach related to collective dignity. Then, we will examine the theme's jurisprudential evolution, based on the main cases analyzed by the Superior Court of Justice (STJ) and Supreme Federal Court (STF). We will also analyze the discussion pertaining to the quantification of the repair, which is to be set by the Judiciary Branch.

Judicial Sciences still have not found a more efficient way of repairing *nonpatrimonial* damages<sup>5</sup> – such as those derived from a penal infraction<sup>6</sup> or infringements to personal rights – than by pecuniary means.<sup>7</sup> Within that perspective, it is only possible to verify economic loss when material damage is involved.

Following this initial idea, we note that damage, whether it is moral or patrimonial, occurs when there is conduct or absence of behavior that, before a causal nexus, generates an offensive result to individual or collective patrimony, both of which are protected by the judicial system of the aggrieved one. The damage is therefore associated with the idea of responsibility, which, in Brazil, is subjective, as a general rule.<sup>8</sup> Therefore, according to article 5, X, FC, there will be moral damage when an offense to the inviolability of the right to a person's intimacy, private life, honor, or image occurs. The constitution expressly lists as a fundamental right the ability to utilize the reparation of moral damage as the first nucleus of protection of fundamental rights. In addition to that, such rule is also a fundamental clause (article 60, § 4º, IV, FC).

Through this constitutional premise, we clearly verify the individual understanding of moral damage in the Constitution. However, since this discussion takes place in the article of the FC related to individual and collective rights and duties, it is easy to assert the

---

<sup>5</sup> In the present article, the expressions moral damage and *nonpatrimonial* damage shall be used as synonyms, according to the teachings of Cahali (2011, p. 20).

<sup>6</sup> According to the article 387, IV, Penal Procedure Code (CPP), the establishment of a minimum value for repairing the damages caused by the penal infraction is one of the requisites for the penal sentence. Furthermore, the articles 63 to 68 of CPP explain the *ex delicto* civil action.

<sup>7</sup> In fact, according to Cahali (2011, p. 636), the sentence which seeks to repair moral damage does so by arbitrating a pecuniary amount, without prejudice to any secondary sanctions, as listed in the article 78, CDC.

<sup>8</sup> We note, for instance, in the administrative scope, that objective responsibility is admitted in the case of nuclear damage (article 21, XXIII, *d*, FC); on the consumer scope, in the case of responsibility for defective products or services, according to article 12, CDC; on the environmental scope, under the article 14, Law # 6.938/1981.

existence of collective moral damage, pertaining to other nuclei of protection of fundamental rights, most notably those related to the right to solidarity, since the constitutional text consecrates mechanisms of collective guardianship in article 5, such as the collective injunction (article 5<sup>th</sup>, LXX, FC) and popular action (article 5<sup>th</sup>, LXXIII, FC). The above-cited norm has not exhausted the possibility of utilizing moral damage when there is violation to other fundamental rights. In fact, it serves as an opening clause,<sup>9</sup> by permitting such a ruling in the case of violation to collective dignity, and consequently, to *sensu lato* collective rights.

Furthermore, the current discourse is permeated by legal mechanisms related to the preoccupation with *sensu lato* collective rights of the environment (article 225, FC), of children and adolescents (art. 227 and 228) and of the elderly (article 230, FC) via protection from administrative improbity (article 37, § 4, FC).

In addition to that, in the scope of infra-constitutional legislation, by disciplining collective moral damage, the LACP, in article 1, states the possibility of filing a responsibility suit, derived from moral damages to diffuse, collective, and homogenous individual interests. The CDC considers as a basic consumer right the possibility of repairing patrimonial and moral damages (individual, collective and diffuse), as stated in article 6<sup>th</sup>, VI.

Thus, we can infer that collective moral damage is that resulting from harming collective dignity, because if the national political community has elected values which were established in the Brazilian constitutional identity, when a violation to that axiological layer occurs, society will be able to demand the reparation of the offense through collective moral damage.

Within that line of reasoning, Bittar Filho (2014) supports our understanding, by asserting that:

With support on all raised arguments, one comes to the conclusion that collective moral damage is the unjust violation of a given community's moral sphere, that is to say, it is the unlawful violation of a given circle of collective values. When one speaks of collective moral damage, one implies the fact that value patrimony of a given community (bigger or smaller), idealistically considered, was attacked in an absolutely unjustifiable manner, from a judicial standpoint; this ultimately means that its own culture was harmed, in its immaterial aspect. Such as it occurs in the scope of

---

<sup>9</sup> Article 5, § 2, FC, enables the opening clause of fundamental rights, by enunciating that express constitutional rights and guarantees do not exclude others derived from the regime, adopted principles, and international treaties of which the Federal Republic of Brazil is part. Besides, according to Jorge Miranda (2008, p. 176), there is no restrictive list of fundamental rights, because these rights are not only those formally enunciated in the constitutional text, but also those that are derived from other fronts, according to a broader perspective of the material Constitution.

*The Accomplishment of Collective Dignity through Collective Moral Damage*

individual moral damage, there is no talk of proof of guilt, being the agent responsible by the sole violation (*damnum in re ipsa*).

Therefore, the collective moral damage is an autonomous category in the theory of damage<sup>10</sup> - since its active subject is the harmed collectivity and, as passive subject, the physical and judicial person, or the members of the collectivity that violate said collectivity's dignity – whose scope consists of the guardianship of collective dignity, which is not to be violated through offense to *sensu lato* collective rights. Thus, the collective actions are the adequate procedural instruments to pursue a penalty, which is undoubtedly presumed - *in re ipsa* - since there will be an obvious offense to collective dignity. In the same sense, Mario Peña Chacón (2012, p. 106), explains that:

Within this broad conception of social damage, this type would occur by action or omission of physical or judicial persons, whether they are public or private, by both licit and illicit doings, always and when the general well-being is affected by unjust

---

<sup>10</sup> On a recent precedent, the STJ has recognized collective moral damage as an autonomous category of damage, which does not necessarily relate to the traditional attributes of the human person, such as pain, suffering or psychological shock. To that respect, see: COLLECTIVE LAW AND CONSUMER LAW. PUBLIC CIVIL ACTION. HEALTH PLAN. ABUSIVE RESTRICTIVE CLAUSE. HYBRID ACTION. INDIVIDUAL HOMOGENOUS, DIFFUSE AND COLLECTIVE RIGHTS. INDIVIDUAL DAMAGE. RULING. AWARD CALCULATION PHASE. COLLECTIVE MORAL DAMMAGE. RULING. THEORETICAL POSSIBILITY. IN THE SPECIFIC CASE, INEXISTENT MORAL DAMAGE.

1. The tutelage pleaded on public civil actions are not necessarily pure and stagnant. It was not necessary for one to plead, each time, a tutelage related to an individual homogenous right, one related to *sensu stricto* collective rights, and one related to one of diffuse rights, especially when it comes to a motion filed by the Public Attorney's Office, which is broadly legitimate on collective processes. The reason is that a given right cannot simultaneously belong to more than one category. However, this does not imply that, in the same factual or juridical litigating scenario, there cannot be simultaneous violations to rights of different categories.

2. The specific case relates to a public civil action of hybrid tutelage. One notes that: (a) there are individual homogenous rights related to eventual damages sustained by the contractors whose health treatment was hindered due to the illegal restrictive clause; (b) there are collective rights which result from the abstract illegality of such clause, which equally hit, in an indivisible manner, the group of current contractors of the health plan; (c) there are diffuse rights, related to future consumers of the health plan, a group formed by undetermined and undeterminable persons.

3. The violation of individual homogenous rights cannot, in itself, unleash a damage which is also not of individual character, because such separation is part of the institute's own concept. However, it would be different to recognize judicial situations from which violations of homogenous individual, collective or diffuse rights derive. If there are multiple facts or multiple damages, nothing prevents the recognition, apart from individual damage, of collective nature.

4. Therefore, the violation of *transindividual* rights is theoretically liable to be repaired by the recognition of collective moral damage as an autonomous category of damage, which does not necessarily relate to the traditional attributes of the human person (pain, suffering or psychological shock).

5. However, in the present hypothesis, we do not shimmer (I do not know what is meant by "shimmer" here) collective, diffuse or social damages. From the examined illegality on the consumer contracts, no harmful consequences were derived, save for those sustained by the ones whose health treatment were hindered or by the ones who have spent values which were illicitly evaded by the health plan. However, such harms are related to homogenous individual rights whose violation can only lead to reversible penalties to public funds, on the hypothesis of *fluid recovery*, as stated in article 100, CDC. Judgement sustained by distinct fundaments.

6. Special appeal not granted (BRAZIL, Superior Court of Justice. Recurso Especial n. 1.293.606-MG [Special Appeal n. 1.293.606-MG]. Public Attorney's Office of Minas Gerais State v. Complementary Healthcare Plan of Juiz de Fora's Santa Casa. Rapporteur: Justice Luís Felipe Salomão. Brasília, 2 September 2014).

damages that affect collective interests or rights, damages that can bear patrimonial and nonpatrimonial connotations [...]

Such understanding has been substantiated in the 5th Journey of Civil Law, in its 45 # 456:

Utterance # 456. The expression “damage” in article 944 considers not only individual damage, material or immaterial, but also social, diffuse, collective and homogenous individuals, to be claimed by those legitimated to file collective actions.

To illustrate this, the expression *collective moral damage* is here utilized as the *nonpatrimonial* manifestation of social damage (CHACÓN, 2012), which considers any offense to *sensu lato* collective rights. This way, even though the above utterance states a category of social damage in an independent manner – certainly understood as an offense to a diffuse interest (PEREIRA, 2014) – we shall adopt the idea that social damage occurs when there is violation to collective dignity, and its *nonpatrimonial* expression shall be denominated *collective moral damage*.<sup>11</sup>

Bearing in mind such doctrinal and legislative apparatus, in order to assert the existence of collective moral damage in the Brazilian judicial system as a result of the protection of collective dignity, we note that, in 2006,<sup>12</sup> under the report of Justice Teori Zavascki, the STJ recognized that moral damage would relate to the notion of pain, mental suffering, which would be only verified in the case of individual moral damage, since it is incompatible with *transindividuality*, in which there is *undeterminability* of subjects.

In 2008,<sup>13</sup> the STJ once again brought up the possibility of establishing, or not,

<sup>11</sup> Xisto de Medeiros Neto (2012, p. 201) explains that collective moral damage can also be denominated as generical damage or simply diffuse or collective damage.

<sup>12</sup> Precedent: PROCEDURAL CIVIL LAW. PUBLIC CIVIL ACTION. ENVIRONMENTAL DAMAGE. COLLECTIVE MORAL DAMAGE. NECESSARY LINK OF MORAL DAMAGE TO THE NOTION OF PAIN, PSYCHICAL SUFFERING OF INDIVIDUAL CHARACTER. INCOMPATIBILITY WITH THE NOTION OF TRANSINDIVIDUALITY (NON-DETERMINABILITY OF PASSIVE SUBJECT AND INDIVISIBILITY OF THE VIOLATION DAMAGE. COLLECTIVE MORAL DAMAGE. NECESSARY LINK OF MORAL DAMAGE TO THE NOTION OF PAIN, PSYCHICAL SUFFERING OF INDIVIDUAL CHARACTER. INCOMPATIBILITY WITH THE NOTION OF TRANSINDIVIDUALITY (NON-DETERMINABILITY OF PASSIVE SUBJECT AND INDIVISIBILITY OF THE VIOLATION AND REPARATION). SPECIAL APPEAL NOT GRANTED. (BRAZIL, Superior Court of Justice, Recurso Especial n. 598.281/MG [Special Appeal n. 598.281/ MG] Public Attorney’s Office of Minas Gerais v. City of Uberlandia and Empreendimentos Imobiliários Canaã LTDA. Rapporteur: Justice Luiz Fux. Rapporteur for ruling: Justice Teori Zavascki. Brasilia, 2 May 2006). In the same sense, see ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>13</sup> Precedent: PUBLIC CIVIL ACTION. FILING BY THE PUBLIC ATTORNEY’S OFFICE. RERUNS OF SOAP OPERA IN THE AFTERNOON PERIOD. ARGUMENT FOR INSUFFICIENT SUPPRESSION OF SEX AND VIOLENCE FOOTAGE. REJECTION OF PLEA FOR PRODUCING EXPERT EVIDENCE. ARGUMENT OF NECESSITY UNEXAMINED BY THE ORIGINAL COURT. SPECIAL APPEAL GRANTED. RULING OF EMBARGO OF DECLARATION CANCELLED. Once the argument that the allegation according to which the production of expert evidence was necessary was accepted, the judgement of the

*The Accomplishment of Collective Dignity through Collective Moral Damage*

collective moral damage for the case of a given television network that allegedly disclosed, during an afternoon, violent and sexual footage, which caused an offense to the rights of the underage. Unfortunately, even though Justice Nancy Andrighi has granted the plea, the collegium did not face the thesis of collective moral damage, since the civil public action was cancelled, given the fact that the expert investigation was carried out by a judicial commissioner of the infancy and youth sector.

However, in 2012 and 2013, the 2<sup>nd</sup> and 3<sup>rd</sup> classes of the STJ recognized in three emblematic situations the existence of collective moral damage, by ruling contrarily to the Court's then-adopted understanding.<sup>14</sup>

The first situation of establishment of collective moral damage occurred in the scope of consumer's law, in the Special Appeal # 1.221.756/RJ,<sup>15</sup> when a given financial institution

---

embargo of declaration should therefore be cancelled, so that another judgement is conveyed by the original Court, leaving other preliminary and merit issues without ruling, for now. Prevalence of the votes of Justice. HUMBERTO GOMES DE BARROS and ARI PARGENDLER, according to the latter's terms, followed by the vote of Justice SIDNEI BENETI, in detriment of Justice NANCY ANDRIGHI's vote, that voted for not examining the Special Appeal. Special appeal granted (BRAZIL, Superior Court of Justice. Recurso Especial n. 636.021/RJ [Special Appeal n. 636.021/RJ] TV Globo Ltda v. Public Attorney's Office of Rio de Janeiro State. Rapporteur: Justice Nancy Andrighi. Rapporteur for ruling: Justice Sidnei Beneti. Brasilia, 2 October 2009.

<sup>14</sup> In 2008, in the Special Appeal # 960.926, it was already possible to identify, within the scope of administrative improbity, the necessity of establishing reparation of collective moral damage. Such understanding, thereafter, has been ratified by the Court in other occasions (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.003.126 [Regimental Appeal on Special Appeal n. 1.003.126]), by recognizing the legitimacy of the Federal Public Attorney's Office to file the ACP, with the goal of demanding reparation of collective moral damage, derived from false declarations of medicine distribution, used to bob bidding processes. Both precedents are therefore the beginning of the discussion related to moral damage, in the context of *sensu lato* collective rights.

<sup>15</sup> Precedent: SPECIAL APPEAL. COLLECTIVE MORAL DAMAGE. PERTINENCE. ARTICLE 6TH, VI, CONSUMER DEFENSE CODE. REQUISITES. REASONABLE SIGNIFICANCE AND SOCIAL REPULSE. OCCURRENCE. CONSUMERS WITH MOBILITY ISSUES. NECESSITY OF STAIR CLIMBING FOR CUSTOMER SERVICE. DISPROPORTIONATE AND STRESSFUL MEASURE. COMPENSATION. PROPORTIONAL FIXATION. JURISPRUDENTIAL DIVERGENCE. LACK OF DEMONSTRATION. SPECIAL APPEAL NOT GRANTED. 1. The diction of article 6, vi, CDC, is clear when it enables compensation for moral damages caused to consumers, on both individual and collective orders. 2. However, not every violation to consumer's interest can imply diffuse moral damage. It is necessary that the transgressor fact is of reasonable significance and overwhelms the limits of tolerability. It must be grave enough to produce real suffering, social uneasiness and relevant alterations on the collective *nonpatrimonial* order. Occurrence. 3. It is not reasonable to submit those who already are mobility-impaired, whether by age, physical disability, or a transitory cause, to the stressful situation of climbing stairs, more precisely 23 steps, on a bank agency that is fully capable of providing better customer service to such persons. 4. Collective moral compensation fixated proportionally and 6TH, VI, CONSUMER DEFENSE CODE. REQUISITES. REASONABLE SIGNIFICANCE AND SOCIAL REPULSE. OCCURRENCE. CONSUMERS WITH MOBILITY ISSUES. NECESSITY OF STAIR CLIMBING FOR CUSTOMER SERVICE. DISPROPORTIONATE AND STRESSFUL MEASURE. COMPENSATION. PROPORTIONAL FIXATION. JURISPRUDENTIAL DIVERGENCE. LACK OF DEMONSTRATION. SPECIAL APPEAL NOT GRANTED. 1. The diction of article 6, vi, CDC, is clear when it enables compensation for moral damages caused to consumers, on both individual and collective orders. 2. However, not every violation to consumer's interest can imply diffuse moral damage. It is necessary that the transgressor fact is of reasonable significance and overwhelms the limits of tolerability. It must be grave enough to produce real suffering, social uneasiness and relevant alterations on the collective *nonpatrimonial* order. Occurrence. 3. It is not reasonable to submit those who already are mobility-impaired, whether by age, physical disability, or a transitory cause, to the stressful situation of climbing stairs, more precisely 23 steps, on a bank agency that is fully capable of providing

was sentenced to pay fifty thousand *reais* for not having adequate facilities for attending the elderly, people with special needs, and those who bear mobility impairments. In this situation, the customer service for these individuals was carried out in the second floor, which required customers to climb 3 sets of stairs. This greatly jeopardized the accessibility of bank functions, hence the necessity of collective reparation.

Afterwards, collective moral damage was recognized through both pecuniary reparation and the necessity of environmental reconstitution. The decision ruled in the Special Appeal # 1.328.753/ MG,<sup>16</sup> based on article 5, Law of Introduction to Brazilian Law Norms (LINDB), rendered the understanding that, in the case of environmental damage – taking into

---

better customer service to such persons. 4. Collective moral compensation fixated proportionally and reasonably to the damage, in the value of R\$ 50,000.00 (fifty thousand *reais*). 5. It is imperative to recognize that the special appeal is inadmissible under section “c”, if the appellant does not demonstrate the circumstances that identify the confronted cases. 6. Special appeal not granted (BRAZIL, Superior Court of Justice. Recurso Especial n. 1.221.756/RJ [Special Appeal n. 1.221.756/RJ] Itaú Unibanco S/A Bank v. Public Attorney’s Office of Rio de Janeiro State. Rapporteur: Justice Massami Uyeda. Brasilia, 2 February 2012).

<sup>16</sup> Precedent extracted from the Newsletter # 526, from September 25th, 2006: PROCEDURAL CIVIL LAW AND ENVIRONMENTAL LAW. CUMULATION OF THE OBLIGATIONS OF ENVIRONMENTAL RECONSTITUTION AND COMPENSATION FOR COLLECTIVE MORAL DAMAGE. In the hypothesis of public civil action filed due to environmental damage, it is possible that the condemnatory sentence cumulatively imposes to the responsible one the obligations of reconstituting the degraded environment and to support pecuniary penalty to compensate for the collective moral damage. In our legal system, the principle of full reparation of environmental damage prevails, which, by determining the liability of the agent for all the effects derived from the harmful conduct, allows the accumulation of obligations of doing, not doing, and compensation. Besides, one should note that, even though article 3rd, Law 7.347/1985 states that “both pecuniary condemnation or the compliance to obligations of doing or not doing can be pursued in public civil action”, it is certain that the conjunction “or” – stated in the cited norm, as well as in the articles 4th, VII, and 14, § 1st, Law 6,938/1981 – operates as an additive value, and not as an excluding alternative. Firstly, because forbidding such accumulation would undesirably limit the Public Civil Action – an important instrument for persecuting civil liability derived from environmental damage – hindering, for example, condemnations due to collective moral damage. Secondly, because it is up to the magistrate, before the norms of Environmental Law – which bear an intergenerational ethical content, linked to present and future generations – to consider the command of article 5, LINDB, according to which, by enforcing the law, one must attend “the social ends towards which it is directed and the demands of common good”, whose corollary is the ascertainment that, in case of doubt of any other technical-textual anomaly, the environmental norm demands interpretation and integration according to the hermeneutical principle *in dubio pro natura*, since all legislation pertaining to vulnerable subjects and diffuse and collective rights should always be understood in the utmost fruitful manner, to enable, from the perspective of practical results, the jurisdictional assistance and the norm’s *ratio essendi*. Lastly, the systematic interpretation of environmental norms and principles leads to the original conclusion that, as a rule, there is nothing to say about compensation. However, the technical possibility, in the future, of *in natura* restoring does not always reveal itself sufficient to entirely revert or reconstitute, within the scope of civil liability, the various dimensions of environmental damage. Hence, it does not exhaust the duties associated to the principles of the polluter-payer and full reparation of damage. One should also note that environmental damage is multi-faced (ethically, temporally, ecologically speaking, as well as patrimony-wise, sensible to the diversity of the vast universe of victims, which range from the isolated individual to collectivity, future generations, and ecological processes). In conclusion, one is wrong, both judicially and methodologically, when one mixes priority of the degraded goods’ priority of *in natura* recuperation with the impossibility of simultaneous accumulation of the duties of natural reinstating (obligation of doing), environmental compensation and pecuniary compensation (obligation of giving), and the absence of utilizing and performing new violations (obligation of not doing) (BRAZIL, Superior Court of Justice, Recurso Especial n. 1.328.753/MG [Special Appeal n. 1.328.753/ MG]. Public Attorney’s Office of Minas Gerais State v. Augustinho Câmara. Rapporteur: Justice Herman Benjamin. Brasilia, 28 May 2013).

*The Accomplishment of Collective Dignity through Collective Moral Damage*

account the objective responsibility and the necessity of total reparation – article 3, LACP, allows the judge to arbitrate reparation of collective moral damage and reconstitution of environment, without offense to the procedural norms of collective guardianship.

Thereafter, with what rights of children and adolescents are concerned, it was established that not only the Public Attorney's Office would bear legitimacy to file the public civil action, but it would also be possible that the pecuniary reparation was destined to go to the Municipal Fund for the Rights of Children and Adolescents, in the amount of five hundred minimum wages, when underage persons are subject to inhumane and vexatious treatment, sustained during a rebellion within the internment unit.<sup>17</sup>

The STF<sup>18</sup> has had the opportunity of recognizing the existence of collective moral damage, in relation to the outsourcing of a company's core activity, because such fact is adjacent to the freedom to contract (article 5<sup>th</sup>, II, FC), which is not broad. Besides, we note that

---

<sup>17</sup> Precedent: ADMINISTRATIVE LAW. PROCEDURAL CIVIL LAW. PUBLIC CIVIL ACTION. REBELLION IN SOCIAL-EDUCATIONAL SERVICE CENTER. EXISTENCE OF DIFUSE OR COLLECTIVE INTERESTS RELATED TO TEENAGERS. PUBLIC ATTORNEY'S OFFICE. LEGITIMACY. ARTICLE 201, ECA. STATE'S CIVIL LIABILITY. DIFFUSE MORAL DAMAGE. REVISION ON THE COMPENSATION QUANTUM. IMPOSSIBILITY. UTTERANCE 7/STJ. EMBARGO OF DECLARATION FILED IN THE ORIGIN WITH DELAYING PURPOSES. PENALTY OF ARTICLE 538, SOLE PARAGRAPH, CPC. APPROPRIATE. DECISION MAINTAINED. 1. The original court, due to the elements of the case files, has sentenced the appellant to pay compensation for diffuse moral damage to the Municipal Fund for Children's and Adolescent's Rights, for inhumane and vexatious treatment of the inmates during rebellions occurred in the facility. The judgement cannot be reviewed, since it would require re-examining the facts and proofs of the case, which is forbidden by the Courts Utterance # 7. 2. The Public Attorney's Office bears legitimacy to "promote civil investigation and civil public action aimed towards the protection of individual, diffuse and collective rights related to childhood and adolescence", according to article 201, ECA. 3. The revision of the compensation quantity is also forbidden by the Courts Utterance # 7, being only admitted if the arbitrated value is derisory or abusive, which is not the case. 4. By confirming the delaying intention of the filed embargo of declaration, in order to discuss an already-discussed subject by the original instances, the penalty of article 538, CPC, should be maintained. Regimental Appeal not granted. (BRAZIL, Superior Court of Justice. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.368.768/SP [Regimental Appeal on the Special Appeal n. 1.368.769/SP] Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo do Adolescente v. Public Attorney's Office of São Paulo State. Rapporteur: Justice Humberto Martins. Brasília, 6 August 2013.

<sup>18</sup> Precedent: EMBARGO OF DECLARATION ON REGIMENTAL APPEAL ON EXTRAORDINARY APPEAL. PUBLIC CIVIL ACTION. ILLICIT OUTSOURCING. OMISSION. DISCUSSION OVER FREEDOM OF OUTSOURCING. FIXATION OF PARAMETERS TO IDENTIFYING WHAT REPRESENTES THE COMPANY'S MAIN ACTIVITY. POSSIBILITY. GRANTING OF THE EMBARGO SO THAT EXTRAORDINARY APPEAL IS EXAMINED. 1. The freedom to contract, stated in article 5, II, FC, is compatible with outsourcing services to achieving the company's main exercise. 2. The *thema decidendum, in casu*, is restricted to delineating the hypothesis of outsourcing labor costs for what one understands as main activity, a subject of constitutional implications, under the optics of freedom to contract, according to article 5, II, FC. It is therefore obvious that the general repercussion of such theme, given the existence of thousands of labor outsourcing contracts of which there are doubts related to legality, which could lead to expressive penalties for collective moral damages, similar to those verified in this case. 3. Embargo of declaration granted, so that the Extraordinary Appeal is examined and the theme can be submitted to this Courts Plenum, for purposes of assessing the existence of General Repercussion (BRAZIL, Supreme Federal Court. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 713.211/MG [Embargo of Declaration on Regimental Appeal on Extraordinary Appeal n. 713.211/MG]. Celulose Nipo Brasileira S/A v. Public Attorney's Office of Labor. Rapporteur: Justice Luiz Fux. Brasília, 14 April 2014.

such theme is usually subject to general repercussion, which cements in which hypothesis the use of this technique - regarding the development of the core activity - is licit, under penalty of numerous sentencings based on collective moral damage.

We therefore realize that, due to this jurisprudential evolution, the STJ revealed itself contrary to the possibility of arbitrating reparation to collective moral damage, because it was linked to the necessity of psychological suffering. As time went by, we verified that the protection of collective dignity, and even the collective guardianship, would be emptied without the recognition of an axiological layer of the Brazilian society, translated through *sensu lato* collective rights, and the penalty to the individual that violates it, which then cements the recognition of collective moral damage, carried out by the Superior Courts.

Finally, in relation to the *quantity* to be arbitrated by the judge for repairing collective moral damage, one should promptly take into account – given the content of the article 944, Civil Code – both the damage’s extension and, for example, the reversibility or lack thereof of the situation that led to the violation of collective dignity. Besides, the violated precept is fundamental to determining the degree of the conduct’s offense to the values of society, according to the teachings of Xisto Tiago de Medeiros Neto (2012, p. 201):

Synthetically speaking, the violation to collective interest, in our judicial system, prompts a reaction and a response equivalent to an adequate reparation, translated essentially by a pecuniary penalty, to be arbitrated by the judge – oriented by the penal and pedagogical function of such liability – which will have specific destination in favor of collectivity.

In addition to that, with how the functions of collective moral damage are concerned, most notably the penal and preventive ones, we highlight that such notions imply the necessity of recognizing that this type of damage implies the penalization of the aggressor, by persuading him/her to not violate collectivity. Also, the social- educational aspect is contemplated, when there is the imposition of such reparation to the offender and the public demonstration that such conducts are not socially accepted (FREIRE, 2009, p. 74). With that in mind, in an analogy to the Utterance # 455 of the 5th Journey of Civil Law,<sup>19</sup> the circumstances of the specific case must be considered, in order to simultaneously respect the penal, preventive, and educational nature of such damage’s reparation.

We agree with the idea that collective moral damage can be promptly arbitrated by the

---

<sup>19</sup> Utterance # 455: “Article 944: even though the recognition of moral damage, in numerous cases, does not depend on proof (*in re ipsa*), for its adequate quantification, the judge must investigate, every time it is regarded necessary, the circumstances of the specific case, including through investigation of testimonies by the parties and the witnesses, collected in hearings.”

*The Accomplishment of Collective Dignity through Collective Moral Damage*

judge, without any plea in that regard,<sup>20</sup> because even though the jurisdiction is inert, such type of damage does not depend on proof, hence the arbitration of reparation shall be verified by the judge, in the scope of collective actions, and destined to repair the offense caused to the collectivity.

To finalize, it is therefore up to the magistrate to destine the resources obtained from such compensations to the corresponding funds of collective rights, so that there are preventive measures to combat the violation of collective dignity and to foment these social values within all of the national political community, with the goal of instilling in it the notion of belonging.

## 5. CONCLUSION

One cannot deny the fact that, since human beings - ontologically worthy - lives in society, said society is endowed with an axiological layer which must be defended by all, because we transported to the Brazilian constitutional identity the most important values of the national legal system, such as *sensu lato* collective rights. This way, collective dignity – understood as an essential value, to be protected by all of the community, which comprehends all desires captured by the judicial consciousness – cannot be violated, under the penalty of reparation of the collective moral damage.

The collective moral damage therefore arises from the necessity of penalizing (notably, by pecuniary means) individuals who offend collective dignity and, consequently, collective rights, hence the importance of Superior Courts in such arbitration, since the process is no longer seen under a sole individualistic perspective. The collective guardianship represents a significant portion of lawsuits, since such rights as administrative improbity, consumer rights, and environmental protection involve the human person as its recipient.

In fact, even though the STJ had initially understood that moral damage is only that which can inflict pain or suffering, the 2nd and 3rd classes have recurrently manifested the possibility of recognizing this type of damage in the scopes of environmental, consumer and underage law. This jurisprudential progress has been made by the highest Brazilian Court, in the case of illicit outsourcing.

With what the pecuniary sanction is concerned, it shall be destined to one of the funds related to *sensu lato* collective rights, by verifying the extension of the damage and the

---

<sup>20</sup> In the contrary sense, the Superior Court of Justice has ruled that it is not possible to fixate collective moral damage without a plea of any parties. See: BRAZIL, Superior Court of Justice. **Reclamação n. 13.200**. [Complaint n. 13200] Bradesco S/A Bank v. Segunda Turma Julgadora Mista do Estado de Goiás. Rapporteur: Justice Luís Felipe Salomão. Brasília. 8 October 2014.

circumstances of the specific case, so that, through such penalty, a preventive and educational function is contemplated. It also can be arbitrated by the judge, regardless of plea, because it is a type of presumed damage.

We conclude that the accomplishment of collective dignity, obligatorily, passes through the establishment of collective moral damage, since the Judiciary Branch, in the current context of the Constitutional State, necessitates reinforcement, in the national community, of the notion of belonging, as well as the restraint of any offensive act to *sensu lato* collective rights.

### REFERENCES

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)> Ac.: 13 jan. 2014.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento: uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio. (Org.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39-67.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no contexto jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>>. Ac. 4 oct. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Do estado liberal ao estado social**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Translated by Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHACÓN, Mario Peña. Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos. In: LECEY, Eladio e CAPPELLI, Sílvia. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 103-124.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Dano moral (extrapatrimonial) coletivo: leitura constitucional, civil e trabalhista – estudo jurisprudencial**. São Paulo: LTR, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie e ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de processo civil: processo coletivo**. Vol. 04. 6. ed. Bahia: Juspodivm, 2011.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LORENZO, Wambert Di. **Teoria do estado de solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1967. Tomo I.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV.** 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito.** Translated by Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/85067982/Jose-Casalta-Nabais-Algumas-Reflexoes-Criticas-sobre-Direitos-Fundamentais>>. Ac: 06 oct. 2014.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional.** Bahia: JusPodivm, 2009.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. **Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-novos-danos-danos-morais-coletivos-danos-sociais-e-danos-por-perda-de-uma-chance>>. Acesso em: 06 out. 2014.

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** Translated by António Francisco de Sousa and António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PÉREZ, Jesús González. **La dignidad de la persona.** 2. ed. Espanha: Thonson Reuters, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** Translated by Ingo Sarlet *et alii*. 2. ed. Porto Alegre: 2009.

SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Conceito constitucional da dignidade coletiva e efetivação dos direitos sociais.** 110f. Masters Dissertation (Law). Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

#### CASE LAW

BRAZIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 598.281- MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorridos: Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Canaã LTDA. Advogados: Ellen Rosana Borges e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para o Acórdão: Relator: Teori Zavascki. Brasília, 02/May/2006.

BRAZIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 960.926- MG. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Manuel Ferreira Brandão e outro. Advogados: Mauro Jorge Paulo Bonfim e outros. Relator: Ministro Castro Abreu. Brasília, 18/Mar/2008.

BRAZIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 636.021- RJ. Recorrente: TV Globo Ltda. Advogados: José Perdiz de Jesus e outros. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Relator para o Acórdão Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 2/Oct./2008.

BRAZIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.003.126-PB. Recorrente:

Laboratório Pfizer Ltda. Advogados: Leonardo Peres da Rocha e Silva e outros. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 01/03/2011.

BRAZIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1221756- RJ. Recorrente: Banco Itaú Unibanco S/A. Advogados: Carlos Martins de Oliveira e outros. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 02/Feb/2012.

BRAZIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.328.753-MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Augustinho Câmara. Advogado: Bruno Araújo. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 28/May/2013..

BRAZIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1368769-SP. Recorrente: Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo do Adolescente. Advogados: Veridiana Cristina Tornich e outros. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 06/Aug./2013.

BRAZIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.377.400-SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorridos: Estado de Santa Catarina e Município de Lages. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 18/02/2014.

BRAZIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.391.198-RS. Recorrente: Banco do BRAZIL S/A. Advogados: Cristiano Kinchescki e outros. Recorrido: Espólio de Laíde José Rossato. Advogados: Ana Cláudia Busanello e outros. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 13/08/2014.

BRAZIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.293.606-MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorridos: Plano de Assistência de Saúde Complementar da Santa Casa de Juiz de Fora. Advogados: Marco Moreira Marcolino e outros. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 02/Sep./2014.

BRAZIL, Superior Tribunal de Justiça. Reclamação n. 13.200. Reclamante: Banco Bradesco S/A. Advogados: Wilson Sales Belchior e outros. Reclamado: Segunda Turma Julgadora Mista do Estado de Goiás. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 08/Oct./2014.

BRAZIL, Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 713.211- MG. Embargante: Celulose Nipo Brasileira S/A. Advogados: Décio Freire e outros. Embargado: Ministério Público do Trabalho. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 14/April/2014.

# Revista Brasileira de Direito e Justiça

## Brazilian Journal of Law and Justice





## Considerations on tax efficiency for taxing in the 21st century \*

André Luiz Costa-Corrêa<sup>†</sup>

### ABSTRACT

In democracies, taxation is the necessary form of defraying services and public programs that are indispensable to citizens in Social States. However, besides being refrained from removing the condition of economic development from a society through maximum taxation (confiscatory taxation), taxation cannot be held back from enabling the necessary resources for income distribution and equalization of social differences, due to the threat of it becoming an aggravating element of economic and social distortions on society. Thus, the implementation of an efficient tax policy is substantiated by the creation of effective mechanisms to enable the Democratic Social State of Law to achieve its goals. This article presents a bibliographical reviewing of efficiency in taxation matters and how to accomplish it in Brazil, so that taxes are transformed into efficient mechanisms of lowering social inequalities.

Keywords: Fiscal State. Taxations. Efficiency. Tax Policy. Social Development.

### 1. INTRODUCTION

The legitimacy of the State of Law, founded within a concept of social contract, has been renewed in recent years through the perspective of democracy, since it came to be “founded on neocontractualism and on the procedural assertion of freedom, justice, legal certainty, equality, transference, clarity and efficiency, which are irradiated through the list of fundamental principles” (TORRES, 2006, p. 69) and, consequently, in the States’ own administrative and legislative activities. Mainly because it has been proven, despite the reservations of Lisboa and Latif (2014, p. 43), that democracy is the political regime which has been able, more than any other models of government, to provide benefits to society. After all, in democracy, among other things, (a) social conflicts can be solved with nonviolent negotiation (which enables the development and consolidation of economic, political and cultural institutions, as well as the accumulation of coexistent learning); (b) by preserving individual freedom and the right to property ownership, people’s creativity and initiative can be directed to the search of a greater collective good; by not restricting the claims and demands of the

---

\* Submission date: 12/Jan/2015; Acceptance date: 26/Jan/2015.

<sup>†</sup> Ph.D. (Law), Pontifical Catholic University of São Paulo, Brazil, Assistant Professor at Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, CIESA, Amazonas, Brazil.

various social sectors, the emergence of more egalitarian and productive societies are enabled and; (d) society is able to learn how to better manage wealth and distribute the benefits from economic growth in a more equitable manner (SCHWARTZMAN, 2014, p. 01-02 and 33).<sup>1</sup>

With regard to Brazil's re-democratization, in the late 1980's, it is important to note that said process culminated in the moment in which the indexes of concentration on income, social inequality and marginalization of enormous contingents of population had reached the worst levels in our history (MEIRA, 2014, p. 35; LISBOA and LATIF, 2014, p. 37). This situation was partially aggravated by regional distortions and inequalities, lack of universal healthcare, education, and basic sanitation. Additionally, there was low economic growth and hyperinflation in the period. Because of this, the Constitutional Assembly attempted to resolve such issues through the delineation/organization of a broad Social Democratic State in the current Constitution, mainly through numerous programmatic norms<sup>2</sup> which significantly increased the obligations of federal entities and Brazilian society itself. However, the accomplishment of this State model, brought up by the 1988's Constitution, is that it demanded and continues to demand a broad range of tax revenue fronts, since the State was obliged to lower its participation in companies and economic sectors, during the process of macroeconomic correction in the middle 1990's. Also, since taxes are naturally the necessary means to satisfy the elected necessities of the social pact (OLIVEIRA, 2014, p. 508), there has

---

<sup>1</sup> To that respect, Schwartzman defends that: "without going further, it suffices to mention that, in the whole world, richer and more developed countries are the most democratic ones. And despite the argument on whether it is wealth that enables democracy or democracy that enables wealth, the European and North American experiences indicate that, whilst more consolidated democracies have a consistent history of progress, the attempts of solving social and economic problems through authoritarian means have invariably led to failure, if not to tragedy. The most recent experiences of Asia could suggest the opposing hypothesis, but the main Asian economies – Japan, South Korea, India, Indonesia – are democracies, and in China itself one can observe a strong relation between economic and social growth, the progressive widening of freedoms and the strengthening of legal and institutional systems" (SCHWARTZMAN, Simon. *Democracia, desenvolvimento e governabilidade, in A via democrática: como o desenvolvimento econômico e social ocorre no Brasil* – org. Simon Schwartzman. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 01-36, p. 01-02).

<sup>2</sup> According to Meira, such purposes were established in the current Constitution's preamble ("we, representatives of the Brazilian people, gathered in Constitutional National Assembly to institute a Democratic State, destined to assure the exercise of social and individual rights, freedom, security, well-being, development, equality and justice as supreme values of a society that is fraternal, pluralist and free from prejudice, founded in social and committed harmony, in the internal and international order, with the pacific solution of controversies, promulgate, under God's protection, the following Constitution of the Federal Republic of Brazil") in its fixation on the idea that sovereignty, citizenship, dignity of the human person and the social values of work and free initiative and political pluralism would be the foundation of the Democratic State of Law. Additionally, it laid out as fundamental goals of the Federal Republic of Brazil, in the construction of a free, just and solidary society, national development, eradication of poverty and marginalization, reduction of social and regional inequalities and promotion of good (without prejudices related to origin, race, sex, color, age and any other forms of discrimination) (MEIRA, José de Castro. *Constituição, tributos e carga tributária, in Tributação: democracia e liberdade – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda* – coord. Betina Treiger Grupnmacher; org. Ariane Bini de Oliveira, Nayara Tataren Sepulcri e Smith Barreni. São Paulo: Noeses, 2014, p. 35-59, p. 37).

been a significant increase in GDP-related taxing, which, ever since, has generated a profound discussion on the approach of a just distribution of such an onus upon Brazilian society.

Despite the grave social situation and the need for implementing strong policies of income redistribution, ever since the Constitution of 1988 was promulgated, the previous taxation regime has almost entirely been kept in the current Constitutional system. That is to say, the trinomial of tributary facts on consumption, income and patrimony was preserved; also, the tributary competences were distributed between federal entities and the regimes of compensation for regional inequalities – through tax revenue redistribution and the possibility of sectorial or regional taxing distinctions – were also redistributed. The current tributary model has kept the regressive and indirect taxation of various taxes of the previous tributary system (MEIRA, 2014, p. 57; PINTOS-PAYERAS, 2008, p. 53), brought up other types of regressive, cumulative, and/or indirect taxation (such as, for example, the contributions of intervention on the economic domain for public lighting, etc.), and stimulated fiscal wars for obtaining private investments. On the other hand, the current tributary system has strengthened the taxpayer's rights and guarantees (mainly through widening its list) and broadened tributary immunities (FISCHER, 2014, p. 592).

With that in mind, the changes in the national tributary system were not expressive, despite the understanding of its chaotic nature, of fiscal policy's "institutionalized profiteering" (LISBOA and LATIF, 2014, p. 38 and 48)<sup>3</sup> and incapability of providing for the State's financing needs and the economic/social development of Brazilians. It is also important to note that the current taxation model aims to resolve social issues by focusing on the distribution of tax burden, in relation to the economic and/or contributive capacity of society and of taxpayers, and on the need of personalization of taxes (MEIRA, 2014, p. 38), in addition to observing numerous tributary rights and guarantees, such as, for example, the one which forbids taxation

---

<sup>3</sup> Lisboa and Latif note that: "in Brazil, profiteering has revealed itself to be quite stable, despite its suboptimal results. Its long prevalence can derive from various factors. Firstly, the practice of such factors reflects generalized beliefs in the nature of a successful process of development. Since it is far from the technological frontier, according to national *developmentism*, an alternative policy for convergence of *per capita* income in developed countries would be necessary. Such policy would imply temporary protection of domestic industry, in relation to external competition, in order to enable productivity gains and ensure posterior competitiveness with developed countries. Secondly, there is uncertainty over public policies and alternative practices – *e.g.*, over the consequences of commerce liberalization in the country's economy and the eventually affected groups, Thirdly, profiteering creates politically-voiced groups which depend upon such policies and react to the proposed changes. Fourthly, the lack of transparency on the policies' taxes hinder the democratic debate on the available options and its opportunity costs. Lastly, for many years, the national *developmentism* was successful in creating cycles of economic growth, notwithstanding the frequent periodical crises – characterized by fiscal unbalance, high inflation and crises on external accounts – attributed to exogenous shocks" (LISBOA, Marcos de Barros e LATIF, Zeina Abdel. *Democracia e crescimento no Brasil, in A via democrática: como o desenvolvimento econômico e social ocorre no Brasil* – org. Simon Schwartzman. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 37-90, p. 48).

with confiscatory effect and the one that establishes that taxation has to be equal for taxpayers in equivalent situations (article 150, II and IV, Federal Constitution of 1988).

However, despite being more and more able to obtain State resources and enable a relative income distribution (especially through social programs of income distribution or social inclusion through public financing, such as FIES, PROUNI, Science without borders, etc.), taxation has not ceased to be an obstacle to the country's economic and social development, despite the recent technological progresses on inspection and control of tributary obligations and the sensible improvement of "fiscal intelligence." This is because the burden of taxation is still borne with greater intensity by the underprivileged population, in comparison to the richer portion of society (which maintains or aggravates the mentioned social injustices). Also, because tax evasion is still high, increase of taxation has not enabled improvements on public policies in the same ratio of tax collection growth.<sup>4</sup>

Therefore, if a pessimistic vision of the current national tributary system is not possible, neither is it possible to sustain an optimistic vision that "never in the history of this country"<sup>5</sup> the tributary system was so able to resolve social and economic issues of the current and future generations. Quite the contrary. There is a lot to be advanced, especially in relation to taxation's efficiency for improving social and economic conditions, mainly because the issue of efficiency "plays a relevant role in the enforcement of judicial principles and rules" (TORRES, 2006, p. 69) in the tributary scope, and because, unlike what Saraiva Filho defends (2006, p. 293), efficiency bears profound interrelation with the necessary tributary norms and policies related to the functioning of the economy and social protection networks and can also be fundamental to resolving the complex issues of employment globalization and climate change that will be faced in this century.

Notwithstanding, Meira's pondering (2014, p. 36) should also be applied to this study, since this analysis solely aims to present some reflections on the issue of the efficiency of Brazilian's tributary policy, as a response to non-attended – or not fully attended – social needs since 1988. Moreover, this study aims to shine some "lights" – though diffuse and not strong –

---

<sup>4</sup> According to Mota (MOTA, Ricardo Ferreira. Tributação indireta e análise econômica (e interdisciplinar) do direito, in **Revista tributária e de finanças públicas**, ano 21, vol. 108, jan./fev., 2013, p. 159 – apud MEIRA, 2014, p. 47), "by examining the public expenses on health, from 1995 to 2004, it has increased only 14.5%, while tax collection and GDP, as seen between 2000 and 2010, has respectively increased 264.49% and 212.32%. Public expenses on health represented 3.89% of the GDP, which was reduced to 3.66% in 2004, being lower than the proven expenses on health, which was kept stable at to 4.64% of the GDP, on both referred years".

<sup>5</sup> Editor's note to non-Brazilian readers: "Never in the history of this country" was a phrase often used by Lula, former Brazilian President (2003-2010), whenever he wanted to emphasize anything he considered a notable achievement of his government.

upon which tributary policy Brazil should adopt, so that taxation satisfactorily resolves the issue of financing public policies.

## **2. EFFICIENCY OF TAX MATTERS: DELINEATIONS AND PONDERINGS OF ITS EXTENSION OF TAX MATTERS.**

The concepts of what “efficiency of tax matters” is are various. This is primarily because the content of what efficiency is, on a pragmatic plane, depends upon the function of its use. In fact, it can bear different meanings, depending on if it is applied to the fields of private or public action (FISCHER, 2006, p. 261). Unlike Gabardo defends (2002, p. 22), we understand that the definition of “efficiency of tax matters” is relatively less complex than understanding what “efficiency” is, since the former expression does not present such an ambiguous content as the latter, mainly because the former only identifies an imposed circumscription to the principle of administrative efficiency. That is to say, “efficiency of tax matters” is nothing more than the application of the principle of efficiency in the context of the State’s tributary action.

In order to ontologically understand what “efficiency of tax matters” is, it is necessary to examine a critical process of demystification of this expression’s content (FISCHER, 2006, p. 262). For that purpose, it is possible to identify the concept of “efficiency of tax matters” by determining the meaning of the term “efficiency” and through its consequent decomposition on the tributary sphere. However, this method should take into account Gabardo’s warning (2002, p.23) that the academic identification of what “efficiency” is should not be limited to linguistic explanations, since the term can present varied meaning and significance, given the locus *in* which it is applied. This is because “the scientific perspective determines the applied vision, which is altered according to the interpreter’s judging values”, because “the option for an emphasis on the term’s axiological nature (notably the element “mean”) or on its teleological essence (notably the element “end”) brings up distinct connotations”. Or, one can also understand it through the adequacy of the principle of administrative efficiency in the tributary field, noting that such adequacy is no more difficult than the one made through the previous method, despite being less complex (COSTA- CORRÊA, 2006).

With how the latter method is concerned, we understand that it is possible to extract at least three distinct meanings/significances of the phrase “efficiency of tax matters”, through the adequacy of the principle of administrative efficiency. First, there is an idealistic notion that indicates that the applicability of efficiency is desirable to the State’s administrative and tributary activity, even though its judicial sense is so fluid and programmatic that its control

becomes difficult, which makes it more of an axiological principle of the Public Power than a basic norm of concrete content to be applied by the Public Administration (MELLO, 1999, p. 75; BASTOS, 2002, p. 539-540). Second, there is a pragmatic notion which values the achievement of better results with scarce means and lower costs, (ARAÚJO e VIDAL, 2001, p. 275-276; JUSTEN FILHO, 2005, p. 84-86; TAVARES, 2002, p. 875; GASPARINI, 1995, p. 50). That is to say, it calls for obtaining higher collection with the lowest possible cost, in order to enable (through rational organization of means and human, material, and institutional resources) the provision of high quality public services with equal economic conditions to consumers (SILVA, 2005, p. 337). The pragmatic notion of efficiency therefore expresses the idea of “making it happen with rationality”, being, for this reason, attached to a more economic rather than a judicial idea. Last, there is a purposeful notion, which emphasizes the Public Administration’s necessity to carry out its activities in the most adequate, reasonable, and efficient possible manner, as a way of achieving social interest.

This way, it is imposed

[...] to both direct and indirect Public Administration, as well as to its agents, the pursuit of common good, through the exercises of its competences in a manner that is impartial, neutral, transparent, participative, efficient, without bureaucracy and always in the search of quality, with the primacy for adopting legal and moral criteria, both necessary to the best possible usage of public resources, in a way of preventing waste and guaranteeing a higher social profitability (MORAES, 2003, p. 791)

Thus, efficiency of tax matters can be directly related to the adequacy of spending the collected values. In this sense, efficiency of tax matters can be defined as “the Public Administration’s obligation to utilizing the State’s public resources in the most pertinent and adequate way, in favor of society” (MARTINS, 2006a, p. 31). That is to say, one verifies efficiency of tax matters when tax policy, through its mechanisms and legal instruments, is capable of generating development and fiscal justice, and thus making tax collection a natural and necessary consequence to the proportional generation of public services for the community, in relation to the imposed tributary obligations, without harming the citizens’ contributive capacity. Therefore, efficiency of tax matters can be a synonym for transparency, normality and legality of the public administrator’s set of actions, when the purpose is to generate practical results without formalities or bureaucracies that imply wastage of the collected values (ABRÃO, 2006, p. 83). However, efficiency of tax matters can also be related to the maximum possible tax collection. In fact, Machado (2006, p. 54- 55) defends that efficiency of tax matters consists of...

*Considerations on Tax Efficiency for Taxing in the 21st. Century*

[...] the execution of taxing activity in a way of providing the maximum result, that is to say, the highest possible tax collection without prejudice to the accomplishment of the State's essential goal, which consists of the legal system's preservation as an instrument of accomplishing common good, with the minimum sacrifice to taxpayers.

We understand that efficiency of tax matters cannot just imply the incessant search for raising tax collection in itself, since taxation is limited by the taxpayer's fundamental rights and guarantees (FISCHER, 2006, p. 267). The efficiency of tax matters through maximum taxation's opposing perspective, the prism of economy (FISCHER, 2006, p. 267). That is to say, efficiency of tax matters can mean the attainment of higher revenue with the least spending (whether it is under the perspective of tax institution and regulation, or administrative activity). In this sense, it is similar to the principle of practicality, because it aims to legitimize the usage of technical norms by the legislator (*e.g.* tributary substitution and legal fictions and presumptions) which enable a more agile and less burdensome tax collection, thus preventing evasion and enabling constitutionally-adequate interpretations and enforcement of the law by public agents, leading to the most adequate technical and functional harnessing of administrative tasks (FISCHER, 2006, p. 268-270).

Nonetheless, efficiency of tax matter does not logically imply minimum taxation, mainly because, in a Social State, economic and social development require taxation that is adequate to finance social needs and is, therefore, incompatible with minimum tax collection. We understand that such positions are not divergent, because efficiency of tax matters, as a principle, should be examined by the aspects of: (a) the State's spending capability – which is tied to the correct usage of collected resources; (b) the justice of taxation by generating economic and social development – which is measured by “the exact detection of the limits of contributive capacity and the impositions and necessary stimuli for the progress of society” (MARTINS, 2006a, p. 31); and (c) the just combat of tax evasion – in order to prevent taxation from enabling lack of competitiveness. And because there will only be efficiency of tax matters if all three aspects are jointly observed – noting that any disfiguration of one of the three aspects implies mismatches in all of them and, consequently, refrains efficiency of tax matters from happening (MARTINS, 2006a, p. 31).

This is why, even in a Social Tributary State, it is not feasible for taxes to be collected first and expenses calculated second. The correct logic should be the efficient definition of possible spending, so that one can determine how much tax collection will be necessary to face such expenses, and not the contrary (that is to say, establishing how much can be collected, in order to determine what will be spent). Efficiency of tax matters cannot be synonymous for

either maximum or minimum tax collection. Taxation is efficient if it does not use more (or less) resources than what is necessary for an effective and efficient coverage of public spending, in a given society.

In another sense, Goldschmidt and Velloso (2006, p. 190-196) assert that efficiency of tax matters can be analyzed through the “efficiency-legality” prism and the “efficiency-vector” prism. In the first prism, the authors claim that, since the State of Law is ruled by legality, administrators’ conducts would also be guided by legality and, consequently, would act efficiently every time the law is observed. Thus, the “efficiency-legality” prism is held up not only as a guarantee for the administrated ones, but also as a limit to the activity of administrative agents, which configures a real “instrument of stagnation or inertia” for public acting, since the “efficiency-legality” prism does not allow public agents to innovate, reshape or improve. Instead, they are imposed with “the brainless tasks of fulfilling/observing the legal system (GOLDSCHMIDT and VELLOSO, 2006, p. 190).<sup>6</sup> In the second prism, the efficiency can be analyzed as a “vector” to the “constant search for improvement” (GOLDSCHMIDT and VELLOSO, 2006, p. 190). In this case, efficiency “is fundamentally directed to the Legislative Branch, whose legislating activity should always ponder criteria of cost-benefit, effectiveness of measures versus inherent burdens” (2006, p. 192). This is why they understand that efficiency of tax matters maintains “intimate relation with the principle of proportionality, representing an instrument of control an adequacy of the means to the ends” (2006, p. 195).

In other words, to Goldschmidt and Velloso (2006, p. 195), efficiency of tax matters is verified in the necessity of Public Powers to act according to the end of norms, in a way of attributing them with their best performance, “by conciliating agility, cost reduction (economy), simplification and transparency, attentive to demands of convenience, proportionality,

---

<sup>6</sup> In this sense, Goldschmidt and Velloso note that “such circumstance, apart from bringing up the inherent weight of demotivation, impairs, if not almost entirely destroys, the possibilities of optimizing processes, as such term is understood in its broadest sense, as it pertains to procedural and material law, which considers public activity as a whole. The auditor, for example, cannot refrain from demanding the interweaving of books, declarations and documents which the law considers obligatory, even if it finds a cheaper and more dynamic way of fulfilling its duty of verification. Likewise, the auditor cannot refrain from adopting a given practice for considering it incoherent, tautological, exaggerated, irrelevant or even unjust, despite having the ideal solution in mind (the most rational and efficient), and even if it is clear that the Public Administration is wasting time and money”. This is due to the fact that “rationality and optimization of processes presuppose, as a rule, the possibility of reformulation. And, within such context, the venerated – for obvious and historical reasons – principle of legality bears, as a counterpart for the duty to act strictly according to the law, the obligation of not doing what the law does not determine [...]. Its creative activity is strictly forbidden in the same way strict legality obliges the auditor to act, in the imposing tax law, in a fully bound manner” (GOLDSCHMIDT, Fabio Brun and VELLOSO, Andrei Pitten. *Princípio da eficiência em matéria tributária*, in **Princípio da eficiência em matéria tributária** – org. Ives Gandra da Silva Martins. *Pesquisas Tributária – Nova série*, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 190-215, p. 191).

*Considerations on Tax Efficiency for Taxing in the 21st. Century*

confidence, and continuity (a postulate whose counterpart is the right of the administrated ones to demand efficient administration, in all of its forms)” and, “from the legislative standpoint, efficiency is also attained with the structuring of an authentic tributary policy, aimed towards economic growth and optimization of tax collection, with minimum interference or imposition of burden, both of bureaucratic and financial nature, to the taxpayer”.

There will be efficiency of tax matters when the legislator, in the creation or regulation of taxes, structures the organization of the tributary system in such a way that contributes, optimizes, and promotes, to the maximum, the development of society, and not simply a rise in taxation (FISCHER, 2006, p. 268). That is to say, efficiency of tax matters will occur when the set of juridical norms which orient the national tributary system (especially in relation to tributary competence and regulation of conduct or the Fiscus’ and contributors’ way of acting), in its fiscal and extra-fiscal aspects, optimizes tax inspection and collection, through the observance of constitutional principles (notably, the principle of contributive capacity) and just distributions of tax revenues, and enables the country’s economic and social development (SARAIVA FILHO, 2006, p. 302).

Therefore, one understands that efficiency of tax matters is only observed when the tributary system, as a whole, presents an organization that is rational, impartial, neutral, transparent, effective, without bureaucracy, and of lesser economic waste of means and resources (human, material, and institutional) that are necessary to the institution. These include resources used in ascertainment, inspection, possible refund, and application of resources, resulting from tributary norms. Additionally, the tributary system must enable or, at least, not hinder the conducting of services that provide for the common good (COSTA-CORRÊA, 2006, p. 241).

*Limits to the efficiency on tax matters*

Firstly, it is important to note that we agree with Machado (2006, p. 53) when he asserts that questioning the limits of efficiency of tax matters invariably leads to the idea that such expression should be a synonym for “maximum tax collection”. However, as already mentioned, we understand that such an argument is founded on an erroneous utilitarian perspective, because, in fact, the goal of taxation is to provide the necessary means of attaining common good, that is to say, taxation is only a means or “instrument” (MACHADO, 2006, p. 53) for the State to provide the reduction of social distortions among its members, as these distortions hinder people from obtaining equal promotion and preservation of their human dignity.

Thus, the limit to efficiency of tax matters is found not only in the judicial principles that instruct taxation in Brazil (MACHADO, 2006, p. 55), but also in the taxpayer's own fundamental rights and guarantees (FISCHER, 2006, p. 271). In this sense, the limits can be the principles of legality and isonomy (MACHADO, 2006, p. 55),<sup>7</sup> as well as the republican principles of economy and reasonability (VARGAS, 2006, p. 217-218), or even the principles of contributive capacity, confiscation effect, isonomy, and proportionality between the level of tax collection and the extension and quality of public services, direct or indirect, which are provided to society (MARTINS, 2006. P. 31-32).

Nonetheless, the limit to efficiency of tax matters also depends upon the correct and effective identification of economically-worthy facts, prone to taxation, and that enable a selective, progressive, extra-fiscal taxation, according to the taxpayer's fundamental rights and guarantees and the limits of ethics, morals, and the solidary capacity of bearing the direct and indirect burden of a taxation that ultimately provides the necessary funds to ensure the exercise of public functions and fiscal Justice (COSTA-CORRÊA, 2006, p. 241). Besides, if efficiency of tax matters implies the need for attributing sense to the tax matter which grants greater effectiveness to constitutional norms and that favor political and social integration in society, one can assert that the constitutional program itself is a limit to tributary efficiency (VARGAS, 2006, p. 217-218). In order to be just (MARTINS, 2006a, p. 45; COSTA-CORRÊA, 2006, p. 252), the tax cannot be "arbitrary, excessive, or poorly spent" – because "strictly speaking, there can only be the principle of efficiency on a country's tax policy, if the same principle is present within the policy of resource-spending" (MARTINS, 2006a, p.46).<sup>8</sup>

Thus, "the principle of efficiency must always be invoked when there is unmanageability, inefficiency, or corruption in public expenditure" (MARTINS, 2006, p. 47) in order for the taxes to be efficient and so that they are not turned into an evil within themselves

<sup>7</sup> Hugo de Brito Machado notes, however, that "even in a simple tax collection policy, the observance of all judicial principles is indispensable, notably the principle of legality" (MACHADO, Hugo de Brito. *Princípio da eficiência em matéria tributária*, in **Princípio da eficiência em matéria tributária** – org. Ives Gandra da Silva Martins. Pesquisas Tributária Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 50-68, p. 57).

<sup>8</sup> According to Ives Gandra da Silva Martins, "there is no principle of efficiency of compulsory tax policy if the same efficiency is not present in the State's spending policy. There is no partial efficiency. A policy is entirely efficient, or it is clearly inefficient. One can either possess both or none, that is to say, there is no efficiency of tax policy if there is no efficiency of spending policy. If the latter is wasteful, incorrect, or corrupt, society will automatically be more demanded than it should be, in order to receive public services, and the excessive revenue, regardless of how good the system is, will represent the very opposite of the principle of efficiency. The 'condominium members' will be charged with more than a "condominium or tax policy". A fair tax implies fair application of the resources derived from it, within the interest of society" (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Princípio da eficiência em matéria tributária*, in **Princípio da eficiência em matéria tributária** – org. Ives Gandra da Silva Martins. Pesquisas Tributária – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 29-49, p. 46-47).

*Considerations on Tax Efficiency in the 21st. Century*

(FERNANDES, 2014, p. 516). In this sense, the legitimacy of imposing taxation depends upon controlling public spending because “only the efficient and responsible management of public expenditure can legitimize tax charging” (TORRES, 2006, p. 75). Additionally, the current Federal Constitution states that the control of budget execution should consider the principles of legality, economy and legitimacy of government expenditure (TORRES, 2006, p. 77), which is why only the fast, efficient, safe, transparent, and evaluating control of public expenditure legitimizes taxes as the price for freedom (TORRES, 2006, p. 77).

In spite of Machado’s (2006, p. 63) understanding that, even though efficiency can (and should) be imposed upon public expenditure, it does not seem possible to assert that the illegitimacy of tax collection be founded solely on the defiance of said principle, on the execution of public expenditure. Neither is it possible to conclude that one cannot consider the taxpayer’s remission based on the illegitimacy of a tax, derived from improperly carrying out public expenditure (MACHADO, 2006, p. 63-64), which is why he asserts that “the solution for the issue of the efficiency principle’s defiance in the execution of public expenditure is to be searched in the field of politics,” since “law still does not provide the adequate instrument for carrying this difficult task out” (MACHADO, 2006, p. 64).

We understand that, besides being limited by both the distribution of competence stated in the Constitution and the constitutional guarantees of the taxpayer, which configure an “open normative system”, given the content of article 150 of 1988’s Federal Constitution, which states that, apart from the listed guarantees, others also exist (VARGAS, 2006, p. 218-219), the power of taxing is also limited by the “guarantee of efficiency” and by the “guarantee of adequate destination of tax collection” because, since the obligational tax relation is both bilateral and derived from the causal nexus between taxation and public expenditure, taxpayers have the fundamental duty of paying taxes and the fundamental rights of doing so within constitutional limits, as well as of demanding the collected values to be applied according to the constitutional return program through public services (VARGAS, 2006, p. 219; KANAYAMA, 2014, p.483). In this sense, Vargas (2006, p. 222) notes that

The State is only legitimized to impose tax due to its function of service provider; not just any service provider, but a rather efficient one. From the moment in which it does not provide services, or does so in an inefficient manner, it loses legitimacy to impose tax; the tributary competence becomes materially unconstitutional, as public services are either not provided or poorly provided.

Nonetheless, it is relevant to note that Fischer (2006, p. 271-272) remarked that there are ends and values which are prioritized in a Democratic State of Law, such as the Brazilian

State, and mainly that

[...] budget is the appropriate means to beginning to fulfil such ends and values. If there is complete budget freedom, and if the budget does not bear high degrees of linkage, then it is necessary to say that the Constitution's own normative strength loses a great deal of its relevance. That is to say, the optimization of the Magna Carta implies the optimization of revenue allocation: utilizing it is to enable, as much as possible, the achievement of a Democratic State of Law, a free, just and solidary society.

Therefore, collectivity always has the possibility of discussing the active State Model and, consequently, the necessity and utility of paying certain taxes. Mainly because “everyone simultaneously has the duty of financially supporting the State and the right (right-duty) of having a voice in regard to the tax imposed upon us” (NABAIS, 2005, p. 135), or rather, “as a fundamental duty, tax cannot be taken as a mere power to the State, nor as a mere sacrifice to citizens, but rather as an indispensable contribution to an organized life on a fiscal state” (NABAIS, 1998, p. 679). Thus, if the State chooses to spend its resources on ends that are incompatible with the legal system (FISCHER, 2006, p. 272), taxpayers can invoke the “principle of efficiency of tax matters”, in order to materially delegitimize taxes demanded by the State. This is mainly, because the Brazilian constitutional system does not enable taxation to be fully justified, by a direct and exclusive reason, by the duty of social solidarity (COSTA-CORRÊA, 2006, p. 251).

This is why we understand that it is possible to discuss the legitimacy of Brazilian taxation, due to the State's administrative and tributary inefficiency, and such discussion should imply examining not only the question of controlling the State's spending capacity, but also the analysis of the legitimacy of the duty to fiscal solidarity (that is to say, whether such duty is founded on collective interests or supplanted by the State's necessity in maintaining other unnecessary activities and functions to the compliance social interests and needs and to the exercise of essential functions of Public Power) (COSTA-CORRÊA, 2006, p. 252). In other words, it is understood that inefficiency of tax matters delegitimizes the tributary impositions because efficiency is both the content and axiological limit of the duty to fiscal solidarity as well as the conceptual matrix of the minimum existential and the economic-contributive capacity (COSTA-CORRÊA, 2006, p. 252).

Besides, if it is the State's duty to promote fair taxation for public needs and interests and for the correct and efficient exercise of public functions, individuals must be certain that the imposed taxation is necessary only to solve costs derived from the compliance with and exercise of such needs and interests. Thus, each and every tributary onus that is necessary for

maintaining power structures and counter-orders of rulers are unjust and derived from the State's excessive expenditure, and therefore their demand should be regarded illegitimate for being inefficient and contrary to the preservation of the minimum existential and the economic-contributive capacity (COSTA-CORRÊA, 2006, p. 253). However, we agree with Saraiva Filho (2006, p. 291-292), when he asserts that such an issue requires, for its solution, an effective pondering of colliding values (such as, for example, efficiency and democracy). So much so that:

[...] if the appreciation of reasons or the choice for the act's object fits, in any way, in the efficiency as imagined by the legislator, so that one can find reasonability within the sense of efficiency, even if a divergence of opinion occurs, the act must be kept, in respect to democracy and to the principle of separation of Powers, so that the magistrate's judgement of efficiency does not substitute the legislator's efficiency acumen, mostly because the Constitution does not intend to make a second-degree administrator out of the magistrate, as far as the administrative merit is concerned (SARAIVA FILHO, 2006, p. 292).

### **3. DISTINCTION BETWEEN TAX POLICY AND COLLECTION POLICY: A PARAMETER FOR THE EFFICIENT TAXATION ON A DEMOCRATIC SOCIAL STATE OF LAW.**

According to Martins (2006, p. 33),

[...] tax policy must have various purposes, notably, fiscal justice to guide resource allocation, promote economic development, assure full employment, fight inflation, ensure the equilibrium on the balance of international payments, meet social goals, and allow fiscal coordination between the government's political, juridical and administrative goals.

Hence, "what distinguishes, through the prism of efficiency, a collection policy from a tax policy is that the former generates little economic and social development, as well as tributary injustice, and the latter provides social and economic growth and fiscal justice" (MARTINS, 2006a, p. 37).

In another perspective, Machado (2006, p. 57) understands that the distinction between tax and collection policies is that:

[...] while in an authentic tax policy, which involves the search for effectiveness of the tax's extra-fiscal function, the desired goal is the change of a given behavior, or of a given situation on the economy, and the efficiency is measured by the degree of such goal's accomplishment; in a simple collection policy, the desired goal is simply to increase the amount of collected money.

According to Torres (2006, p. 73-74)

[...] what distinguishes an authentic tax policy from a simple collection policy, through the prism of efficiency, is the adherence, by part of the legislation, jurisprudence and administration, to the plurality of the principles of the tributary system's legitimization [...] namely equality, reasonability, ponderation,

practicability, simplification, competition, economy and transparency”.

According to Goldschmidt and Velloso (2006, p. 197), the distinction between an authentic tax policy from a simple collection policy is made since the former

[...] aims, from Adam Smith to the magnificent opus of Fritz Neumark, to promote transparency, facilitation of compliance to tributary obligations, simplification of forms (books, guides, declarations, reports, demonstrations). Additionally, it works towards the decrease of administration costs and increase of collection”

Mainly because any tax policy must be

[...] thought and oriented to: (a) the foment of labor (and, within that, labor force, its volume, the facilitation of new labor force entry, work capacity, and mood), given the fact that this is the factor which firstly denotes the volume and speed of economic growth; (b) the foment of investment (through the reduction of taxes upon societies and the possibility of compensation for the losses); (c) the generation of internal savings (which, according to an unanimous voice of economists, constitutes fundamental pillar of economic growth). (GOLDSCHMIDT and VELLOSO, 2006, p. 198).

While, on the other hand, a collection policy consists of the random overlapping of tributary incidences, obligations, and reveals an “exclusive preoccupation with the continuous increase of entries, without providing logic, coherence and solidity (towards perpetuation) to the tributary system (GOLDSCHMIDT and VELLOSO, 2006, p. 198).

According to Vargas (2006, p. 230),

[...] an authentic tax policy is the one that contemplates tax collection as a means of reaching social goals which are portrayed in the constitutional program, that is to say, linking the power of taxing to the power/duty of providing adequate public services, as well to the extra-fiscal ends of taxation and the taxpayer’s contributive capacity, whilst a collection policy “contemplates collection as an end within itself, without any goals but that of collection”.

Nonetheless, it is understood that the distinction between tax policy and collection policy implies the fixation of four premises. Notably:

The first premise has been fixated, though superficially. Taxing and collecting are understood as distinct situations; not through a practical standpoint, since both are destined to provide the State with financial means, but for their axiological weight, given the fact that both present (or are founded on) distinct values – taxation, more on the justice value; whilst collection, on the practical value of financial capture. However, such distinction cannot and should not mean that the situations have tight content (limits), that is to say, taxation also has a fiscal finality, in the same way that mere collection can be directed towards the implementation of fiscal Justice – even though, in both cases, such axiological contents are secondary.

The second premise derives from the first one and is thus understood as a minor premise, which exposes the certainty that fair fiscal norms are created in a way of evincing its tributary side, whilst collection norms ‘create only some tributary res – or even a tributary turmoil.

The third premise identifies that taxation generates a bigger social gain to collectivity than mere collection, since it has been proven [...] that, as a rule, the countries which

have a tax policy benefit more than those that have only a collection policy, because 'the true tax policy ultimately provides economic development and fiscal Justice, which consequently generates more revenue, less social trauma, and higher economic competitiveness.

The fourth premise evinces that one cannot differentiate taxation from collection by a failure to conform to the tributary burden's magnitude, because [...] once the tributary norms are norms of social rejection, tax burden will always be unmeasured to taxpayers, since they: (a) understand that goals and needs are poorly established; (b) believe in the existence of superfluous spending; feel that they always bear the burden; (d) verify the existence of differential practical treatment to tax evaders; (e) attest that inspection facilitates impunity and illegality and (f) prove that revenue is increased even with tax evasion (COSTA-CORREIA, 2006, p. 243-244).

That consequently leads to the understanding that a tax policy will be that which organizes all of tributary, fiscal extra-fiscal norms, rationally, impartially, neutrally, transparently, without bureaucracy and with less economic expenditure of means and resources (human, material and institutional) than are necessary for total compliance of wealth redistribution, implementation of the concrete content of the principle of fiscal solidarity (namely, the preservation of the minimum existential, prohibition of confiscation and application of objective contributive capacity) and the realization of constitutional rights and guarantees.

Instituting a tax policy should be the main goal of taxation itself, given the fact that its constitution does not allow it, as time goes by, to be transformed in collection policy, increasing the tributary system's inefficiency – as the improvement of collection efficiency will promote higher incidence for tributary norms and, consequently, will force a part of taxpayers to informality, increasing tax policy's inefficiency and gradually turning it into a mere collection policy (FISCHER, 2006, p. 271).

#### **4. REFLECTIONS ON HOW TO MAKE TAXATION MORE EFFICIENT AND TRANSFORMING IT IN AN EFFICIENT MECHANISM FOR DECREASING SOCIAL INEQUALITIES.**

Tax is the price one pays to live in society and the abdication of this portion of property is what enables the maintenance of individuals' freedom through the existence of the State and its promoted public services, for the equalization of social inequalities (NABAIS, 1998, CAMPELLO, 2014, p. 645). Therefore, taxes enable the conditions for the Modern State's implementation (VITA, 2014, p. 663).

Thus, taxation has been pointed out by both liberals and socialists as an instrument for reducing social inequalities and promoting income redistribution in today's society (PIKETTY, 2014, p. 11-12), whether by taxing previously untaxed facts, by stimulating savings and investment through the taxation of consumption, or by adopting progressive taxation over income and patrimony (PIKETTY, 2014, p. 28 and 39-40). The reason is that the State cannot

be a mere Fiscal State, but a true Tributary State (NABAIS, 1998). That is to say, it should not tax as an end in itself, but rather for the realization of policies and social expenditure which mainly aim to reduce social inequalities (KANAYAMA, 2014, p. 498).

The adoption of the duty to fiscal solidarity and the need to respect the taxpayer's contributive capacity – through negating tributary excesses and through the need for imposing progressive taxation, given the difference of contributive capacity between taxpayers – supplanted the model which contemplated taxation as an obligation *ex imperium lege* (founded on coercion and that enabled the unmeasured expansion of taxation until the very limit of human indignity) for implementing a model in which, due to fiscal solidarity, the taxpayer's tributary duty is to share the effectiveness of social policies and expenditure by the State, and not a duty of unrestricted, solidary, and obligatory liability for the State's costs (COSTA-CORRÊA, 2006, p. 253).

In a Democratic Social State of Law, the costs of public policies – and not of all the State's expenses – are shared by taxes, since a fiscal policy implies a justice policy, and not a mere policy of interests (TIPKE and YAMASHITA, 2002, p. 28). That is to say, public expenditure should be limited by the possibility of an efficient tributary collection of society's necessary resources for such ends – being exceptionally admitted the withdrawal of society's monetary values, in order to, through public policies, ensure that such resources are returned in the same social portion obliged by its tributary financing (COSTA-CORRÊA, 2006, p. 254) – because taxation and the control of its destination are relevant instruments of realization, promotion, and financing of the Democratic Social State of Law (FISCHER, 2014, p. 593).

In this sense, the value of fiscal solidarity and the corresponding fiscal obligation exist only when the collective value overcomes the State's individual, personalist, and egotistical value of collecting (SACCHETO, 2005, p. 11-22; COSTA-CORRÊA, 2006, p. 254), because the existence of a fundamental duty of payment does not exempt the State from its commitments to society, nor does it minimize the control power that society has over the ways and means of applying collected tributary resources (GRECO, 2005, p. 182).

#### *Interruption of economic activity's targeting through taxation.*

Preliminarily, it is important to note that “governments, competent though they might be, cannot replace the infinity of decisions and individual initiatives which strengthen and provide dynamism to contemporary societies and economies” (SCHWARTZMAN, 2014, p.11) – which is why “the attempts of creating big systems of centralized planning, almost always,

*Considerations on Tax Efficiency for Taxing in the 21st. Century*

lead to creating expensive and incompetent bureaucratic machines, if not to disastrous policies and to suffocating individual initiatives” (SCHWATZMAN, 2014, p. 11). Also, “democratic regimes do not require big plans, but rather well- studied and well-defined sectorial policies which can develop effective actions in areas such as education, innovation, public transportation, energy, environment, social protection, health, public security, and administration of metropolitan urban complexes” (SCHWARTZMAN, 2014, p. 12) – given the fact that “few national or local governments in Latin America have the capability of fully addressing such issues [...] and, when such capability exists, it is usually developed more in areas of economic police, financial administration and fiscal policy, rather than in others” (SCHWARTZMAN, 2014, p. 12).

One can see within Brazil a range of regulated sectors which make public intervention much more detailed than in other countries, so much so that it has enabled the constitution to possess specific tributary modalities for directing fiscal resources to public policies in these areas and maintaining the interests of such sectors (LISBOA and LATIF, 2014, p. 39). Besides, temporary periods of high economic growth have contributed to strengthening policies of public intervention – so much so that “incentives, protections and privileges proliferate in Brazil and go far beyond usual fiscal incentives and transference of public resources” (such as, for example, subsidized loans, protectionism, price controlling, and roles of national content) – which distorts the correct perception of these areas’ social costs and their revocation or reduction (LISBOA and LATIF, 2014, p. 39-40).<sup>9</sup>

In Brazil, the institutionalization of such profiteering instruments, along with other fiscal policies, provides an increase in inflation, low economic growth, deterioration of public expenditure, and, more recently, social agitation due to the expansion of social policies. In addition, because of this, the Brazilian State finds itself on a crossroad: how can a State increase social expenditure without raising taxes? Would the increase of profiteering policies be the answer to the issue? No, because in Brazil, such practices are not only high, but also very opaque and have not generated the desired social return (LISBOA and LATIF, 2014, p. 80).

Another point that deserves reflection is the question of protecting certain economic sectors – whether by adopting high taxation for importing goods and services or through

---

<sup>9</sup> In this sense, Lisboa and Latif note that: “decentralizing mechanisms benefit concession and, many times, are not approved by the public budget, the little transparency of the policies’ impacts, the reduced access to data for the independent analysis of results and its diffuse costs, in society’s perspective, are translated into minor efficiency of process or greater production costs, hindering the democratic deliberation of public policies and resulting in high tributary burden and poor provision of public goods”.

fixating coefficients of national content on goods and services – because maintaining such “profiteering” practices, though they might initially enable minimum productivity gains, generate and maintain inefficient companies, as well as end up entailing high social costs for the other sectors of economy (LISBOA and LATIF, 2014).

Therefore, it is understood that the best solution would be to interrupt all profiteering policies, since it is recognized that certain exemptions (MEIRA, 2014, p. 58) or the significant reduction of indirect taxes’ aliquots, over fundamental consumption products, could generate a strong income supplement for poorer families, which would assist the public policies’ programs of income transference because, fundamentally,

[...] what distinguishes the good from the bad practices is not their corresponding foment, but whether or not the government, in its direct or indirect action, is oriented by society’s most basic interests, through the political mandate bestowed upon it, and if it does so with the best usage of available resources in society” (SCHWARTZAMAN, 2014, p. 27).

### *Social targeting through taxation*

The search for improving social condition implies the expansion of opportunity equality between the members of a society. And since taxation is an important instrument for correcting social distortions and for social/functional differentiation (VITA, 2014, p. 662), the imposition of taxes must take into account the taxpayer contributive capacity and, consequently, should be tempered, balanced – with greater or lesser intensity, so that it is neither isonomic nor unjust –, and carried out in an equivalent manner to the economic and contributive capacity of its members.

Only the taxation’s non-uniformity can provide the improvement of underprivileged taxpayer’s social conditions – economically and socially –, since the distinctions of spectrums of contributive and economic capacity must impose taxation that is distinctly and progressively closer to social distinctions, so that redistribution of income in society is possible (by also providing public services or tributary affirmative actions – FISCHER, 2014, p. 593) through bettering economic and social conditions of socially and economically underprivileged sectors, as well as providing the necessary conditions for constructing the minimum existential, which enables human beings to maintain autonomy (CAMPELLO, 2014, p. 638).

However, it is important to note that, despite the distinctions between the levels of economic and contributive capacities of the members of a society, we believe that tributary isonomy is an important instrument for an efficient taxation. For such, isonomy must be applied only when identifying aliquots for types of products or services to be taxed, in the moment of

*Considerations on Tax Efficiency for Taxing in the 21st. Century*

their production or consumption. That is to say, the distinction of taxation must be made in relation to the levels of patrimony or income, not in relation to production and consumption. To put it in other terms, types of durable goods, food or services can and must have diverse aliquots given their consumption essentiality, or in relation to the induction (or not) of its consumption. However, products or services of a certain should always be taxed with a similar aliquot – therefore, aliquots for food and basic services should always be smaller than aliquots for electronic goods, cars, travels, etc.

Such a position – apart from increasing efficiency, equity, certainty, convenience and economy of tax collection – would enable a differentiated taxation, in relation to levels of economic and contributive capacities. Besides, the certainty that a given set of products or services (*e.g.* food or education) is taxed with the same aliquot, regardless of their price or luxurious character, would lead taxpayers, who present a more fragile economic and contributive capacity (slowly and with improvement of social conditions), to consume products of higher “quality” or more “luxurious” – hence reducing the social distance to the portion of people with higher economic and contributive capacity. However, in order for the differentiation of taxation in levels of essentiality or selectivity occur – which take into account the equivalence of economic and contributive capacities – it is necessary that taxation be fundamentally proportional and progressive (MEIRA, 2014, p. 44). This way, less essential products must have higher aliquots in relation to the more essential ones, or whose consumption is privileged by extra-fiscal matters.

*Direct taxation versus indirect taxation*

It is important to note that adopting indirect taxing for increasing tributary burden causes irreparable harms to society and to economy, such as, for example, scarcity of goods, products or goods and services which are essential to society, reducing economic activity and investment, while increasing fiscal evasion (MEIRA, 2014, p. 45-46). In addition to that, expanding social expenditure, subsidized or financed by indirect taxation, provokes a regressive process that hit mainly the social layers which do not benefit from such social programs, because they have superior income indicatives to those required for benefitting from the programs (MEIRA, 2014, p. 56). However, the role of taxation in reducing social inequalities is an ambiguous one: on the one hand, it allocates the necessary financial resources towards the expansion of social programs; but, on the other hand, it decreases the effects of such social programs, due to the cited regressive process and the indirect incidence over the consumption of goods and services. Therefore, taxation should be based upon a direct taxation, by therefore

taxing income and patrimony more than production and consumption.

In this sense, we agree with Campello (2014, p. 650) when he asserts that “taxes should be evaluated as an element of the general property system, which they themselves help to create”, given the fact that the State, sustained by taxes, is the fundamental institution for the exercise of the right to ownership and mainly because

[...] appealing to a natural level of the right to ownership, justifier of pre-tributary gross income, would be legitimate as such income is the product of a system from which tax is inseparable. The reason being is that the right to ownership is a consequence of such system, which is maintained by taxes (CAMPELLO, 2014, p. 651).

Besides, direct taxation

[..] (re)creates a linkage of major codifications, in which politics observes the economy and verifies the misalignment between a poor majority and a rich minority, trying to rebalance these factors through replicating communications of capital transfer (through taxes) from the minority to the majority, which work as programs of specific purpose in the economic system (VITA, 2014, p. 666).

That is to say, direct taxation enables recreating forms of capital transfer from capitalized social sectors to non-capitalized ones; in other words, direct taxation, in some sense, enables peripheral and central layers to be balanced (VITA, 2014, p. 666). Additionally, since such distributive solidarity, derived from direct taxation, (re)establishes the conditions for democracy to work, it provides “the conditions for the majority to be heard, since the State must be its representative, even if it must not ever forget the minority” (VITA, 2014, p. 666).

#### *Transparency and control of tax collection*

Tributary norms are of social rejection, that is to say, people fulfil tributary obligations because they fear the effects of noncompliance and because they do not like to pay taxes. However, tax collection could be bettered if taxpayers defined the destination of the money, or if the relation between revenues and public expenditure were more transparent, that is to say, where the collected values are being spent on (KANAYAMA, 2014, p. 492). It is then possible to improve tax collection – by diminishing taxpayer’s discomfort – if: (a) the perception of efficient usage of public resources is improved; (b) the discretion of public expenditure is diminished and if, consequently, the public revenue’s linkage (*earmarking*) to effective social expenditure occurs or; (c) there is tributary accountability (KANAYAMA, 2014, p. 492).

In relation to linking public revenues to expenditure, it is necessary to punctuate that, apart from the constitutional *numerus clausus* restriction imposed upon the usage of such diligence, the sole linkage of revenues to certain expenses or social programs does not suffice

for an effective improvement of tax collection to be verified.

It is fundamental that expenses or promised social programs be effectively carried out, that is to say, that the collected resources over a linking rubric are carried out by the Public Power; that the collected resources are added to the values which were previously destined to such expenses or social programs. Otherwise, the measure will be transformed into a mere collecting mechanism and, as time goes by, the popular support of taxation will be revised, which can even lead to the revocation of such measures – see the example of CPMF,<sup>10</sup> which initially had the support of population, since its resources would be destined to improving public health; however, since they were allocated to the defrayal of existing expenses, it lost its popular support and, therefore, its collection was not renewed.

It behooves the State to present, publicly and transparently, the reasons which lead to the institution of a surcharge of taxes, so that society can determine whether or not such reasons are true, legitimate, and constitutional (KANAYAMA, 2014, p. 499). Furthermore, transparency on tax policy would reduce the “profiteering and *developmentist*” pressure and consequently enable a strong reduction of incentive and fiscal benefit systems, as well as greater tributary efficiency through greater isonomy in distributing the tributary cost between the various taxpayers in our economy. It could also improve the legitimacy crisis of 2013, as the population would certify that collected resources are not enough to meet all social demands – especially with how a significant improvement on services of education and health is concerned.

Transparency on the collection-expenditure relationship would avoid the entropy of perceiving the State’s role in post-modern society, since taxation would no longer “be seen as an element of inefficient capital expenditure, but rather an element of freedom, by providing the access to all public services and a network of social protection, with active involvement from the subjects of society (democracy)” (VITA, 2014, p. 665). Also, it would reduce society’s pressure towards the quality of public services provided to citizens and enable society to understand the social progresses and setbacks caused by taxation.

## **6. CONCLUSION**

Even though Brazilian tax collection has become more efficient with the institutionalization of certain mechanisms (*e.g.* the Law of Fiscal Liability – which demands the implementation of management practices and planning in order to stimulate tax collection

---

<sup>10</sup> Editor’s note to non-Brazilian readers: “CPMF” was a “fiscal contribution”, enforced in Brazil from 1997 to 2007, over virtually every bank transactions.

with adequate and transparent methods), it is necessary to better institutionalize control, transparency, and responsibility of public expenditure in Brazil, so that taxpayers can effectively plan their activities' tributary costs, as well as inspect, charge, and hold administrators responsible for wastage of collected values (NOGUEIRA, 2014, p. 736), thus enabling a more efficient taxation, capable of fostering economic and social development of both current and future generations.

## REFERENCES

ABRÃO, Carlos Henrique. Principia da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 83-96.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001.

ÁVILA, Humberto. Limites à tributação com base na solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética: 2005, p. 68- 88.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro** – atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

CAMPELLO, Geórgia Teixeira Jezler. O tributo como meio de efetivação da justiça e do Estado Social. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014, p. 637-658.

COSTA-CORRÊA, André L. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 233-259.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FISCHER, Octavio Campos. Princípio da eficiência e a tributação no Brasil. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 260-290.

\_\_\_\_\_. Tributação, ações afirmativas e democracia, O tributo como meio de efetivação da justiça e do Estado Social. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014, p. 591-599.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 4ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 1995.

GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e solidariedade social, In: GRECO, Marco Aurélio;

GODOI, Marciano (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética: 2005, p. 141-167.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Tributação, democracia e liberdade: o tema do orçamento impositivo no ordenamento jurídico brasileiro. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014, p. 603-636.

GOLDSCHMIDT, Fabio Brun e VELLOSO, Andrei Pitten. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 190-215.

GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade social e tributação. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética: 2005, p. 168-189.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. Responsabilidade da atividade financeira e necessária relação entre receitas e despesas públicas. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014, p. 479-501.

LISBOA, Marcos de Barros e LATIF, Zeina Abdel. Democracia e crescimento no Brasil. In: SCHWARTZMAN, Simon (org.). **A via democrática: como o desenvolvimento econômico e social ocorre no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 37-90.

MACHADO, Hugo de Brito. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 50-68.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 29-49.

\_\_\_\_\_. **Teoria da imposição tributária**. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: LTr, 1988.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria do tributo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MEIRA, José de Castro. Constituição, tributos e carga tributária. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014, p. 35-59.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética: 2005, p. 110-140.

NOGUEIRA, Jozélia. Tributação, Justiça Fiscal e Social. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014, p. 735-761.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Maniqueísmo jurídico-tributário: o tributo como instrumento de dominação. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014, p. 503-527.

PAZZAGLINI FILHO, Marino, **Princípios constitucionais reguladores da administração pública**. São Paulo: Atlas, 2000.

PIKETTY, Thomas. **A economia das desigualdades** – Transl. by Pedro Elói Duarte. Coimbra: Actual, 2014.

PINTOS-PAYERAS, José Adrian. **A carga tributária no Brasil**: um modelo para análise dos impactos das políticas tributárias na arrecadação e distribuição. Avail.: [http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio\\_TN/XIIIpremio/sistemas/1tosiXIIIPTN/Carga\\_Tributaria\\_Brasil.pdf](http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XIIIpremio/sistemas/1tosiXIIIPTN/Carga_Tributaria_Brasil.pdf) Accessed on 08.01.2015.

SACCHETTO, Claudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética: 2005, p. 09-52.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 291-309.

SCHWARTZMAN, Simon. Democracia, desenvolvimento e governabilidade. In: SCHWARTZMAN, Simon (org.). **A via democrática**: como o desenvolvimento econômico e social ocorre no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 01-36.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes** (*Besteuerungsmoral und Steuermoral*) – transl. by Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002.

TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Existe um princípio estrutural da solidariedade? In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética: 2005, p. 198-207.

\_\_\_\_\_. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 69-82.

VARGAS, Jorge de Oliveira. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. Pesquisas Tributárias – Nova série, n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 216-232.

*Considerations on Tax Efficiency for Taxing in the 21st. Century*

VITA, Jonathan Barros. As novas funções dos tributos no sistema social: distributividade como forma de promoção da democracia e da liberdade. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (org.). **Tributação: democracia e liberdade** – em homenagem à Ministra Denise Martins Arruda. São Paulo: Noeses, 2014, p. 659-678.

YAMASHITA, Douglas. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano (coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética: 2005, p. 53-67.

Revista Brasileira  
Revista Brasileira de  
de Direito e Justiça

Brazilian  
Brazilian Journal of  
Law and Justice  
Journal of Law



## Revista Brasileira de Direito e Justiça – Perfil Editorial

### FOCO E ESCOPO

A RBDJ é uma revista jurídica semestral, arbitrada, de conteúdo generalista e circulação internacional, de acesso livre, prioritariamente voltada à comunidade acadêmico-científica do Direito, com artigos simultaneamente publicados em português/ espanhol e inglês.

Como evidenciado no título, importante característica do perfil editorial da revista é a articulação que procura promover entre as pesquisas e reflexões técnico-jurídicas (Direito) e as dimensões sociais, políticas, econômicas e filosóficas que se revelem de influência ou impacto na efetivação de direitos (Justiça).

Portanto, ainda que receba contribuições em todas as áreas disciplinares do Direito, a RBDJ privilegiará trabalhos inéditos de pesquisa científica original, que analisem e reflitam sobre aspectos teóricos e funcionais dos sistemas formais e informais voltados à solução de conflitos – nas esferas judicial ou extrajudicial – particularmente as contribuições que aprofundem as dimensões transversais do universo jurídico. Vale dizer, a política editorial da RBDJ pretende estimular a produção do conhecimento científico em Direito que não se prenda a reflexões puramente abstratas ou dogmáticas e que não se mostre indiferente à concretude operativa e à contextualização sociopolítica dos institutos e instituições do Direito.

Por se tratar de uma revista bilíngue com pretensões de internacionalização, os artigos a serem publicados na RBDJ devem tratar de temas que, ainda que de caráter local, possam ser bem compreendidos e discutidos por uma comunidade universal de professores, pesquisadores e profissionais do Direito, capazes de associar, criticar, comparar, interagir com temas ou tópicos de interesse análogo, *mutatis mutandis*, em seus próprios países.

Em suma, embasamento teórico, contextualização sociopolítica, potencial de aplicabilidade concreta dos resultados da pesquisa (que deve estar eticamente orientada à efetivação de direitos e à promoção dos valores da justiça, da igualdade e da democracia), e possibilidade de inserção qualificada no âmbito de discussões de uma rede internacional de pesquisadores, revelam-se elementos-chaves da linha editorial da RBDJ, sem prejuízo do mérito puramente técnico ou acadêmico das contribuições que receba.

O bilinguismo da RBDJ e a diversidade institucional e geográfica dos membros de seu Conselho Editorial Científico atendem a diferentes objetivos e estratégias de internacionalização da ciência do Direito:

Primeiro, oferecerá um atrativo forte a qualificados pesquisadores brasileiros e latino-americanos, ante a possibilidade de verem seus artigos originalmente escritos em português ou espanhol vertidos para o inglês, podendo assim citá-los em contextos internacionais ou utilizá-los na língua original, para fins de ensino e pesquisa em seu próprio país. Da mesma forma, aos pesquisadores que publicam em inglês, a RBDJ lhes oferecerá a possibilidade de terem um texto simultaneamente publicado em português, atraindo a potencial atenção de um universo considerável de leitores brasileiros, sem que precisem de um contato facilitador prévio no Brasil.

Segundo, a recepção de artigos em português, espanhol e inglês, com o compromisso de simultânea publicação num segundo idioma (inglês ou português) facilita o envolvimento de pesquisadores estrangeiros no processo de revisão dos artigos submetidos à RBDJ. Mais do que isso, o recíproco conhecimento e utilização de pesquisas brasileiras e latino-americanas, por pesquisadores de outros países, e vice-versa, induz à formação de redes internacionais de pesquisa, a atração de agências de fomento, brasileiras e internacionais, além de acelerar o processo de qualificação superior da revista, pelos sistemas indexadores internacionais de pesquisa científica.

### **PROCESSO DE AVALIAÇÃO PELOS PARES**

A execução da política editorial da RBDJ é coordenada pelo Editor-Chefe, que é auxiliado por Editores Assistentes, professores e pesquisadores vinculados a cada um dos três Departamentos do Setor de Ciências Jurídicas da instituição de fomento, a UEPG: Direito do Estado, Direito das Relações Sociais e Direito Processual. Referida equipe, num total de sete membros, forma o Conselho Interno de Política Editorial da RBDJ.

Ao Conselho Interno de Política Editorial cabe assessorar o Editor-Chefe em atribuições gerenciais delegadas e, principalmente, na etapa de avaliação preliminar dos artigos recebidos, quanto a requisitos mínimos de qualidade acadêmica e afinidade com a linha editorial do periódico (*desk review*), atestando sua aptidão para seguir à fase seguinte do processo de avaliação, pelo Conselho Editorial Científico.

A aceitação de artigos para publicação na RBDJ é fortemente ancorada em pareceres e recomendações de integrantes do Conselho Editorial Científico, composto por professores e pesquisadores afiliados a instituições universitárias das diversas regiões do Brasil e do exterior, notadamente envolvidos em atividades de pós-graduação *stricto sensu*.

A RBDJ adota o método de avaliação às cegas por pares (*double-blind peer review*),

na medida em que artigos que ultrapassam a fase do *desk review*, a cargo do Conselho Interno de Política Editorial, são encaminhados a dois revisores integrantes do Conselho Editorial Científico, os quais examinam as submissões sem qualquer referência quanto a sua autoria, instituição de origem ou demais elementos identificadores, recomendando, ou não, sua publicação, na forma originalmente encaminhada ou após sugestões de aprimoramento.

As demais contribuições da revista corresponderão a trabalhos de eméritos juristas e pesquisadores convidados.

O desenho institucional da RBDJ, cujo processo editorial é coordenado por Editor Chefe, que exerce mandato trienal, designado após processo seletivo interno, no âmbito da instituição universitária de fomento, e que interage com um colegiado interno e um colegiado de revisores externos, todos vinculados a atividades de ensino e pesquisa, em universidades do Brasil e do exterior, sinaliza para atributos de impessoalidade, pluralismo, universalidade e comprometimento ético e científico da revista.

Revista Brasileira  
Revista Brasileira de  
de Direito e Justiça

Brazilian  
Brazilian Journal of  
Law and Justice  
Journal of Law



## **Brazilian Journal of Law and Justice – Editorial Profile**

### **FOCUS AND SCOPE**

The Brazilian Journal of Law and Justice (BJLJ) is a peer-reviewed, biannual international legal journal. The journal is open access and primarily focuses on the legal and socio-legal academic communities, with articles published simultaneously in Portuguese/Spanish and English.

As is evident from its name, an important feature of the journal's editorial profile is the articulation it seeks to promote between two fields: technical-judicial reflections (Law) and social, political, economic and philosophical dimensions that affect the implementation of rights (Justice).

The BJLJ receives contributions from all disciplines of Law. However, the journal will focus on unpublished and original scientific studies that analyse and reflect on the theoretical and functional aspects of formal and informal conflict resolution systems - in the judicial or extrajudicial spheres. The BJLJ is particularly interested in contributions that deepen cross-disciplinary dimensions of the legal universe; that is, BJLJ editorial policies will promote the production of scientific knowledge in law that is not limited to purely abstract or dogmatic reflections and that is not indifferent to the concrete operation or socio-political context of Law institutes and institutions.

Because BJLJ is a bilingual journal that is intended to reach international audiences, articles to be published should address themes that, despite being local in nature, may be understood and discussed by a universal community of professors, researchers and practitioners of law who are able to associate, criticise, compare, and interact with themes or topics of analogous interest, *mutatis mutandis*, in their own countries.

In short, the key elements of BJLJ's editorial line are theoretical background, socio-political contextualisation, the practical applicability of research findings (which must be ethically oriented towards the implementation of rights and to the promotion of justice, equality and democracy), and contribution to discussions between international researchers. However, these elements are evaluated independently of the purely technical or academic merit of received contributions.

BJLJ's bilingual feature and the institutional and geographical diversity of its

Scientific Editorial Board serve objectives to internationalise the science of Law:

First, the journal will draw the interest of qualified researchers from Brazil and Latin America who will be granted the opportunity to have their articles, originally written in Portuguese or Spanish, translated into English. In turn, authors will be able to cite such articles in international contexts or otherwise reference them in their original language for teaching or research purposes in their own country. Similarly, the BJLJ will offer researchers who publish in English the opportunity to have their articles simultaneously published in Portuguese, potentially attracting numerous Brazilian readers without the need for prior facilitator contact in Brazil.

Second, by receiving articles written in Portuguese, Spanish or English and simultaneously publishing articles in a second language (English or Portuguese), the BJLJ will promote the involvement of foreign researchers in the peer-review process. The reciprocal use of Brazilian and Latin American studies by researchers from other countries, and vice versa, will have further impacts. Namely, this reciprocal use will induce the formation of international research networks, attract Brazilian and international funding agencies, improve the journal's classification and accelerate the journal's inclusion in Brazilian and international scientific search engines.

### **PEER REVIEW PROCESS**

The BJLJ's editorial policy is managed by the Editor-in-Chief, who is assisted by Assistant Editors, lecturers and researchers who are affiliated with each of the three departments of the Legal Sciences Sector of the funding institution, the State University of Ponta Grossa (Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG), Paraná, Brazil: Public Law, Social Law and Procedural Law. This team constitutes the BJLJ's Internal Editorial Policy Board.

The Internal Editorial Policy Board is responsible for advising the Editor-in-Chief on managing and editorial duties. However, it is primarily responsible for conducting preliminary reviews of submitted articles, defining minimum requirements of academic quality and evaluating submission based on the journal's editorial line (desk review). The Board will therefore advise on which submissions will continue to the next stage of the review process, which is carried out by the Scientific Editorial Board.

The BJLJ's method of selecting articles for publication is strongly based on the opinions and recommendations of Scientific Editorial Board members, which include lecturers and researchers who are affiliated with universities from different states of Brazil, as well as

contributors from foreign universities.

The BJLJ adopts a double-blind peer review approach. Thus, the articles that are accepted at the desk review stage by the Internal Editorial Policy Board are sent to two Scientific Editorial Board reviewers. This Board examines submissions without any knowledge of submission origins such as authorship and source institution information and either recommends or discourages the publication of submissions in their original form or with suggestions for improvement.

Other journal content will be composed of works by distinguished jurists and invited researchers (“*Hors- Concours*” section).

The BJLJ’s institutional design supports the values of impersonality, pluralism, universality, and ethical and scientific commitment. These values are upheld through its editorial process, which is managed by an Editor-in-Chief with a three-year mandate who is appointed through an internal selection process within the framework of the funding academic institution. The Editor-in-Chief interacts with an internal collegiate and with external reviewers who are involved in teaching and research activities in Brazilian and foreign universities.



**Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG) – Campus Central**



## Parceiros Institucionais da RBDJ/BJLJ Institutional Partners of RBDJ/BJLJ



Revista Brasileira  
de Direito e Justiça

Brazilian  
Journal of  
Law and Justice

**Revista Científica do Setor de Ciências Jurídicas  
da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)**

EDITOR-CHEFE:

Eliezer Gomes da Silva, Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

EDITORAS ASSOCIADAS:

Susan Mary Uttley-Evans, University of Central Lancashire, United Kingdom;

Tanya Hernández, Fordham University, United States

EDITORES ASSISTENTES:

Alexandre Almeida Rocha, Dirécia Moreira, Jeaneth Nunes Stefaniak, Jefferson Marcos Biagini Medina,

Kleber Cazzaro, Murilo Duarte Costa Corrêa, Zilda Maria Consalter,

todos da Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

Publicação apoiada pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da  
Universidade do Estado do Paraná - UENP, parceira institucional do projeto.

**V. 1, N. 1, p. 1-297, Jul/Dez 2017**

**Ponta Grossa, Paraná, Brasil**



*Editora*  
**UEPG**

ISSN XXXX-XXX