

## EDITORIAL

O Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba tem a honra de apresentar a nona edição da *Revista Cognitio*, reafirmando seu compromisso permanente com a diversidade, a excelência acadêmica e a valorização das Ciências Sociais. Nesta edição, contamos com a participação de renomados pesquisadores provenientes do Brasil, Canadá, Chipre, Portugal e Espanha, cujas contribuições enriquecem o debate científico e ampliam a compreensão sobre diferentes contextos jurídicos e sociais.

Os artigos aqui reunidos se articulam em torno de temas centrais para compreender os dilemas contemporâneos, organizados em seções temáticas que oferecem ao leitor uma visão integrada e crítica sobre tecnologia, cultura, direito, governança e sociedade.

Cada texto proporciona ao leitor a oportunidade de conhecer realidades distintas, promovendo uma visão plural e aprofundada das experiências vividas por diversos povos. A *Revista Cognitio* consolida-se, assim, como um espaço de diálogo e reflexão crítica, capaz de transcender fronteiras e fomentar a construção de saberes que contribuem para sociedades mais inclusivas, justas e conscientes de sua complexidade.

No âmbito da tecnologia e justiça, destacamos o artigo **“(In)validade do reconhecimento facial como prova: riscos, vieses e parâmetros”**, que expõe os desafios da utilização de tecnologias algorítmicas no processo penal. Complementarmente, o estudo **“Governo digital e estratificação social: uma análise crítica da digitalização de serviços públicos sob a ótica da exclusão”** alerta para os riscos de aprofundamento das desigualdades em contextos de desigualdade tecnológica.

Em cultura e resistência, o texto **“Entre brinquedos e alianças: adultização, violência de gênero e casamento infantil no Brasil”** analisa práticas que retiram meninas da infância e perpetuam exclusão social. Já o artigo **“Gramáticas de lo sincrético en Brasil y Cuba: perspectiva comparada de una resistencia cultural”** mostra como a linguagem se torna espaço de preservação identitária frente à colonização e à homogeneização.

Nos direitos e valores, **“Reflexões sobre a desconstitucionalização e a desaxiologização do direito”** alerta para o esvaziamento de valores constitucionais e éticos, enquanto **“Direitos Humanos, capitalismo,**

**desigualdade e exclusão sociais: desafios contemporâneos à construção da cidadania**” discute os obstáculos estruturais à cidadania plena. O artigo **“Fundo compensatório da Reurb-S e o direito fundamental à moradia”** aborda a política urbana e o acesso à habitação digna, e **“Civil liability for non-compliance with parental duties”** examina a responsabilidade civil em contextos familiares.

No campo da formação judicial, o texto **“Formação judicial e mudança de paradigmas: a importância da atuação das escolas da magistratura na promoção de uma justiça inclusiva e interseccional”** destaca o papel das instituições formadoras na construção de uma justiça mais plural.

Na literatura estrangeira, o artigo **“As (dis)funções da pena e o abolicionismo penal de Thomas Mathiesen”** revisita teorias críticas sobre a pena e denuncia a irracionalidade da prisão, enquanto **“Lethal autonomous weapons systems: legal and ethical dilemmas in an era of algorithmic warfare”** discute os riscos éticos e jurídicos da delegação de decisões letais a sistemas autônomos.

Em governança financeira, **“O comitê da Basiléia e a arquitetura regulatória no Brasil”** analisa os impactos da regulação internacional na estabilidade nacional. Já em governança internacional, **“Sovereignty as a constitutive element of the state and international law: contemporary challenges in light of the U.S. 2026 intervention in Venezuela”** problematiza os limites da autodeterminação dos povos, e **“Diálogo judicial entre órganos internacionales de protección de los derechos humanos como medio para fortalecer la gobernanza extraterritorial en un contexto político impredecible”** apresenta o diálogo judicial como instrumento de fortalecimento da proteção internacional dos direitos humanos.

Ao reunir reflexões sobre tecnologia, cultura, direito, governança e sociedade, esta edição reafirma o compromisso da *Revista Cognitio* em fomentar debates críticos e interdisciplinares. Os artigos aqui apresentados convidam o leitor a refletir sobre os caminhos possíveis para a construção de sociedades mais justas, democráticas e conscientes dos desafios do nosso tempo.

Boa leitura!

*Milena Barbosa de Melo*

*Editora-chefe*

EDITORIAL

Milena Barbosa de Melo

## EDITORIAL

The Court of Justice of the State of Paraíba is honored to present the ninth edition of *Revista Cognitio*, reaffirming its ongoing commitment to diversity, academic excellence, and the advancement of the Social Sciences.

This edition features contributions from distinguished researchers from Brazil, Canada, South Africa, Cyprus, and Spain, whose works enrich scientific debate and broaden our understanding of diverse legal and social contexts. The articles gathered here are organized around central themes that illuminate contemporary dilemmas, structured into thematic sections that provide readers with an integrated and critical perspective on technology, culture, law, governance, and society.

Each text offers readers the opportunity to explore distinct realities, fostering a plural and in-depth view of experiences across different communities. *Revista Cognitio* thus consolidates itself as a space for dialogue and critical reflection, capable of transcending borders and encouraging the construction of knowledge that contributes to more inclusive, fair, and socially conscious societies.

In the field of technology and justice, we highlight the article “**(In)Validity of Facial Recognition as Evidence: Risks, Biases, and Parameters**”, which examines the challenges posed by algorithmic technologies in criminal proceedings. Complementarily, “**Digital Government and Social Stratification: A Critical Analysis of the Digitalization of Public Services from the Perspective of Exclusion**” warns of the risks of deepening inequalities in contexts of technological disparity.

In culture and resistance, “**Between Toys and Rings: Adultization, Gender Violence, and Child Marriage in Brazil**” analyzes practices that strip girls of childhood and perpetuate social exclusion. Meanwhile, “**Grammars of the Syncretic in Brazil and Cuba: A Comparative Perspective of Cultural Resistance**” demonstrates how language becomes a space for identity preservation against colonization and homogenization.

In rights and values, “**Reflections on the Deconstitutionalization and Deaxiologization of Law**” highlights the erosion of constitutional and ethical values, while “**Human Rights, Capitalism, Inequality, and Social Exclusion: Contemporary Challenges to the Construction of Citizenship**” discusses

structural obstacles to full citizenship. The article **“Compensatory Fund of Reurb-S and the Fundamental Right to Housing”** addresses urban policy and access to dignified housing, and **“Civil Liability for Non-Compliance with Parental Duties”** examines civil responsibility within family contexts.

In judicial training, **“Judicial Training and Paradigm Shifts: The Importance of the Role of Judicial Schools in Promoting Inclusive and Intersectional Justice”** emphasizes the role of training institutions in building a more plural justice system.

In foreign literature, **“The (Dys)functions of Punishment and the Penal Abolitionism of Thomas Mathiesen”** revisits critical theories of punishment and denounces the irrationality of imprisonment, while **“Lethal Autonomous Weapons Systems: Legal and Ethical Dilemmas in an Era of Algorithmic Warfare”** explores the ethical and legal risks of delegating lethal decisions to autonomous systems.

In financial governance, **“The Basel Committee and the Regulatory Architecture in Brazil”** analyzes the impacts of international regulation on national stability. In international governance, **“Sovereignty as a Constitutive Element of the State and International Law: Contemporary Challenges in Light of the U.S. 2026 Intervention in Venezuela”** problematizes the limits of self-determination of peoples, while **“Judicial Dialogue among International Human Rights Protection Bodies as a Means to Strengthen Extraterritorial Governance in an Unpredictable Political Context”** presents judicial dialogue as a tool to reinforce international human rights protection.

By bringing together reflections on technology, culture, law, governance, and society, this edition reaffirms *Revista Cognitio*’s commitment to fostering critical and interdisciplinary debates. The articles presented here invite readers to reflect on possible paths toward building fairer, more democratic societies, conscious of the challenges of our time.

**Enjoy your reading!**

*Milena Barbosa de Melo*

*Editor-in-Chief*

## EDITORIAL

El Tribunal de Justicia del Estado de Paraíba tiene el honor de presentar la novena edición de la *Revista Cognitio*, reafirmando su compromiso permanente con la diversidad, la excelencia académica y la valorización de las Ciencias Sociales.

En esta edición, contamos con la participación de distinguidos investigadores de Brasil, Canadá, Chipre, Portugal y España, cuyas contribuciones enriquecen el debate científico y amplían la comprensión de diferentes contextos jurídicos y sociales. Los artículos aquí reunidos se organizan en torno a temas centrales que iluminan los dilemas contemporáneos, estructurados en secciones temáticas que ofrecen al lector una visión integrada y crítica sobre tecnología, cultura, derecho, gobernanza y sociedad.

Cada texto brinda al lector la oportunidad de explorar realidades distintas, fomentando una perspectiva plural y profunda de las experiencias vividas por diversos pueblos. La *Revista Cognitio* se consolida, así, como un espacio de diálogo y reflexión crítica, capaz de trascender fronteras y promover la construcción de saberes que contribuyan a sociedades más inclusivas, justas y conscientes de su complejidad.

En el ámbito de la tecnología y la justicia, destacamos el artículo **“(In)Validez del reconocimiento facial como prueba: riesgos, sesgos y parámetros”**, que examina los desafíos que plantean las tecnologías algorítmicas en los procesos penales. Complementariamente, **“Gobierno digital y estratificación social: un análisis crítico de la digitalización de los servicios públicos desde la perspectiva de la exclusión”** advierte sobre los riesgos de profundizar las desigualdades en contextos de disparidad tecnológica.

En cultura y resistencia, **“Entre juguetes y alianzas: adultización, violencia de género y matrimonio infantil en Brasil”** analiza prácticas que despojan a las niñas de su infancia y perpetúan la exclusión social. Por su parte, **“Gramáticas de lo sincrético en Brasil y Cuba: perspectiva comparada de una resistencia cultural”** demuestra cómo el lenguaje se convierte en un espacio de preservación identitaria frente a la colonización y la homogeneización.

En derechos y valores, **“Reflexiones sobre la desconstitucionalización y la desaxiologización del derecho”** alerta sobre el vaciamiento de valores

constitucionales y éticos, mientras que **“Derechos humanos, capitalismo, desigualdad y exclusión social: desafíos contemporáneos para la construcción de la ciudadanía”** discute los obstáculos estructurales para alcanzar una ciudadanía plena. El artículo **“Fondo compensatorio de la Reurb-S y el derecho fundamental a la vivienda”** aborda la política urbana y el acceso a una vivienda digna, y **“Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes parentales”** examina la responsabilidad civil en contextos familiares.

En el campo de la formación judicial, **“Formación judicial y cambio de paradigmas: la importancia de la actuación de las escuelas de la magistratura en la promoción de una justicia inclusiva e interseccional”** enfatiza el papel de las instituciones formadoras en la construcción de un sistema de justicia más plural.

En literatura extranjera, **“Las (dis)funciones de la pena y el abolicionismo penal de Thomas Mathiesen”** revisita teorías críticas sobre la pena y denuncia la irracionalidad de la prisión, mientras que **“Sistemas de armas autónomas letales: dilemas legales y éticos en una era de guerra algorítmica”** explora los riesgos éticos y jurídicos de delegar decisiones letales a sistemas autónomos.

En gobernanza financiera, **“El Comité de Basilea y la arquitectura regulatoria en Brasil”** analiza los impactos de la regulación internacional en la estabilidad nacional. En gobernanza internacional, **“La soberanía como elemento constitutivo del Estado y del derecho internacional: desafíos contemporáneos a la luz de la intervención de EE. UU. en Venezuela en 2026”** problematiza los límites de la autodeterminación de los pueblos, mientras que **“Diálogo judicial entre órganos internacionales de protección de los derechos humanos como medio para fortalecer la gobernanza extraterritorial en un contexto político impredecible”** presenta el diálogo judicial como herramienta para reforzar la protección internacional de los derechos humanos.

Al reunir reflexiones sobre tecnología, cultura, derecho, gobernanza y sociedad, esta edición reafirma el compromiso de la *Revista Cognitio* con el fomento de debates críticos e interdisciplinarios. Los artículos aquí presentados invitan al lector a reflexionar sobre los caminos posibles para la construcción de

sociedades más justas, democráticas y conscientes de los desafíos de nuestro tiempo.

¡Buena lectura!

*Milena Barbosa de Melo*

*Editora en Jefe*

# Cognitio

Direito, Políticas  
Públicas e Cidadania.

Revista da Escola Superior da  
Magistratura da Paraíba - ESMA/PB



## (IN)VALIDADE DO RECONHECIMENTO FACIAL COMO PROVA: RISCOS, VIESES E PARÂMETROS

### (IN)VALIDITY OF FACIAL RECOGNITION AS EVIDENCE: RISKS, BIASES AND PARAMETERS

*Mariana Xavier Gomes de Farias<sup>1</sup>*  
Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba

*Werlly Douglas dos Santos Rodrigues<sup>2</sup>*  
Universidade Federal de Campina Grande

1

#### RESUMO

A incorporação de sistemas de reconhecimento facial no âmbito da persecução penal tem se intensificado nos últimos anos, impulsionada pelos avanços em inteligência artificial e pelo crescente uso de tecnologias biométricas por órgãos de segurança pública. Embora apresentados como instrumentos capazes de incrementar a eficiência investigativa, esses sistemas suscitam controvérsias quanto à sua confiabilidade técnica, neutralidade e compatibilidade com os princípios estruturantes do processo penal, sobretudo diante de evidências de erros, vieses e déficits regulatórios. Diante disso, o presente estudo tem como objetivo investigar a (in)validade do reconhecimento facial como meio de prova no processo penal. Metodologicamente, trata-se de um estudo qualitativo e exploratório, desenvolvido por meio de revisão sistemática da literatura publicada entre 2020 e 2025. As buscas foram realizadas nas bases Scielo, Periódico Capes e Google Acadêmico, resultando na seleção final de sete estudos empíricos e teórico-aplicados, após triagem por título, resumo e leitura integral. Os achados indicam que o desempenho do reconhecimento facial é altamente dependente das condições de uso e apresenta taxas de erro relevantes em contextos forenses reais, além de vieses sistemáticos que afetam grupos específicos. Conclui-se que o reconhecimento facial não constitui prova plena, devendo ser admitido, quando muito, como elemento auxiliar, subordinado a parâmetros jurídicos rigorosos e a salvaguardas compatíveis com o devido processo legal.

**Palavras-chave:** Reconhecimento facial. Vieses algorítmicos. Presunção de inocência. Processo penal.

#### ABSTRACT

The incorporation of facial recognition systems in criminal prosecution has intensified in recent years, driven by advances in artificial intelligence and the growing use of biometric technologies by public security agencies. Although presented as instruments capable of increasing investigative efficiency, these systems raise controversies regarding their technical reliability, neutrality, and compatibility with the structuring principles of criminal procedure, especially in light of evidence of errors, biases, and regulatory shortcomings. Therefore, this study aims to investigate the (in)validity of

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Integrada de Patos - UNIFIP, E-mail: mariana.gomes@tjpb.jus.br, ORCID: 0009-0006-0014-7039.

<sup>2</sup> Mestre em Gestão e Sistemas Agroindustriais, Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, E-mail: werllyrodrigues@gmail.com, ORCID: 0009-0009-9982-8935.

facial recognition as a means of proof in criminal proceedings. Methodologically, this is a qualitative and exploratory study, developed through a systematic review of the literature published between 2020 and 2025. The searches were conducted in the Scielo, Capes Journals, and Google Scholar databases, resulting in the final selection of seven empirical and theoretical-applied studies, after screening by title, abstract, and full reading. The findings indicate that facial recognition performance is highly dependent on usage conditions and exhibits significant error rates in real-world forensic contexts, as well as systematic biases that affect specific groups. It is concluded that facial recognition does not constitute conclusive proof and should be admitted, at most, as an auxiliary element, subject to rigorous legal parameters and safeguards compatible with due process.

**Keywords:** Facial recognition. Algorithmic biases. Presumption of innocence. Criminal procedure.

## INTRODUÇÃO

A incorporação de sistemas automatizados de identificação biométrica, notadamente o reconhecimento facial, às práticas investigativas e probatórias contemporâneas inaugurou um momento de tensão entre duas ordens normativas: a eficácia operacional perseguida pelas autoridades estatais e as garantias fundamentais do processo penal. Scopel e Puhl (2024) evidenciam que as promessas de precisão e neutralidade algorítmica frequentemente colidem com limitações técnicas, lacunas metodológicas e vieses sistemáticos que comprometem a confiabilidade do reconhecimento facial enquanto prova judicial.

Ao lado das questões estritamente tecnológicas, surgem debates regulatórios e de proteção de direitos fundamentais. De acordo com Almeida; Shmarko e Lomas (2022), autoridades europeias e organismos internacionais têm emitido orientações e avaliações críticas sobre o emprego de FRT (*facial recognition technology*) por forças policiais, exigindo avaliações de impacto, padrões de teste independentes e salvaguardas processuais para mitigar discriminações e usos massificadores. Em paralelo, os autores supracitados sinalizam uma tentativa de reconciliação entre utilidade investigativa e tutela de direitos civis, sem, contudo, resolver o nó epistemológico que vincula a tecnologia à produção de prova válida em juízo.

Na esfera forense, a integração do reconhecimento facial transforma-se em problema quando algoritmos são apresentados ao sistema acusatório como indícios determinantes, sem que se observem padrões de validação, transparência e controle de erro. Almeida; Shmarko e Lomas (2022) apontam que, mesmo quando um algoritmo informa “*match*” com alto grau de confiança, fatores como degradação de imagem, viés demográfico e interpretação humana subsequente podem adulterar o

valor probatório atribuído pelo julgador ou pelo júri. Acresce que decisões institucionais sobre limiares de confiança e sobre a operacionalização do sistema, por vezes tomadas para maximizar índices de investigação, podem sacrificar a proporcionalidade entre eficácia e justiça.

Dessa tessitura normativa, técnica e epistemológica nasce a problemática deste estudo, que se formula como questão de investigação: em que medida o reconhecimento facial constitui prova válida nos processos penais contemporâneos, considerando os riscos, os vieses inerentes às ferramentas e os parâmetros epistemológicos e jurídicos exigíveis para sua admissibilidade e valoração?

Sendo assim, tem-se como objetivo geral investigar a (in)validade do reconhecimento facial como meio de prova no processo penal. De forma específica, busca-se; i) identificar as evidências sobre desempenho, taxa de erro e fatores que afetam a acurácia do reconhecimento facial em contextos forenses; b) mapear os principais vieses, demográficos, de imagem e institucionais relatados e suas implicações para a igualdade de tratamento e para o princípio da presunção de inocência; e, iii) analisar os parâmetros jurídicos, normativos e probatórios propostos em documentos técnicos, diretrizes regulatórias e doutrina que possam balizar critérios de admissibilidade, valoração e limitação do uso de FRT em investigações e peças processuais.

Convém salientar que, sob à perspectiva jurídica, este estudo busca responder a uma lacuna tendo em vista magistrados, membros do Ministério Público e defensores enfrentam, quotidianamente, pedidos de admissão de provas tecnológicas sem dispor de critérios claros e consensuais para apreciar sua confiabilidade. A ausência de parâmetros uniformes expõe o processo penal ao risco de erro judiciário e de violação de direitos fundamentais, sobretudo quando algoritmos apresentam performance desigual entre grupos demográficos ou quando institutos administrativos fixam limiares de confiança sem transparência. Assim, a pesquisa endereça um problema de proporcionalidade entre eficiência investigativa e garantias constitucionais.

Na dimensão social, a pertinência do estudo advém do impacto distributivo das tecnologias biométricas uma vez que a utilização inadvertida de sistemas enviesados pode ampliar desigualdades e estigmas, comprometendo a legitimidade do sistema de justiça penal perante parcelas vulneráveis da população. Evidenciar riscos, mapear

salvaguardas e delinear parâmetros probatórios torna-se, portanto, indispensável para orientar políticas públicas, normativas internas de perícia e decisões judiciais que preservem tanto a eficácia da investigação quanto a integridade dos direitos fundamentais.

Portanto, esta investigação propõe-se a oferecer um quadro que sirva de subsídio técnico-jurídico para a valoração prudente do reconhecimento facial como prova, reconhecendo seus potenciais utilitários, mas também circunscrevendo-os às exigências de validade científica, transparência e proteção de direitos que o Estado de Direito reclama.

A presente pesquisa caracteriza-se como estudo qualitativo, exploratório e de revisão sistemática da literatura, tendo por escopo analisar os artigos que abordam os riscos, vieses e parâmetros de admissibilidade do reconhecimento facial como prova no processo penal entre 2020 e 2025. A escolha deste recorte temporal justifica-se pelo exponencial aumento da utilização de aparatos tecnológicos de reconhecimento facial pelas autoridades estatais e pela crescente produção científica que problematiza tais ferramentas sob a perspectiva de equidade, precisão e direitos fundamentais.

A revisão adotou três bases de dados como vetor principal de busca e coleta da literatura: Scielo, Periódico Capes e Google Acadêmico. Essas bases foram selecionadas em razão de sua abrangência, representatividade e acesso à produção acadêmica em direito, ciência da computação e estudos interdisciplinares sobre tecnologia e justiça penal.

Foram utilizadas as seguintes palavras-chave combinadas por operadores booleanos para maximizar a sensibilidade e especificidade das buscas: *“reconhecimento facial AND prova AND processo penal”*, *“facial recognition AND evidence AND criminal procedure”*, *“facial recognition bias AND algorithmic fairness AND forensic validity”*, *“biometric identification AND legal admissibility AND facial recognition”*.

Os critérios de inclusão incorporaram publicações que fossem produzidas no período 2020–2025; tratassem especificamente do reconhecimento facial no contexto de produção, admissibilidade ou valoração da prova em processos penais ou investigações criminais por meio de análise de casos, análises documentais, relatos ou pesquisa de campo; e estivessem disponíveis em texto completo nos idiomas português, inglês ou espanhol. Por outro lado, os critérios de exclusão abrangeram

publicações fora do recorte temporal definido; trabalhos que tratassem apenas de aplicações biométricas não vinculadas à produção de prova jurídica (por exemplo, autenticação comercial sem implicações jurídicas); monografias, dissertações, teses, resumos ou anais de congressos; revisões de literatura (com exceção de metanálise) e documentos opinativos sem base metodológica clara.

O processo de triagem se deu, inicialmente com a leitura por título e eliminação preliminar de estudos evidentemente fora do foco de investigação. A posteriori, ocorreu a leitura dos resumos e seleção de trabalhos com pertinência elevada ao problema de pesquisa, considerando as palavras-chave e os objetivos da revisão. Por fim, ocorreu a leitura integral dos estudos pré-selecionados, com extração de dados, conceitos, argumentos e evidências empíricas.

Para a análise dos dados extraídos, adotou-se um método de análise temática qualitativa a partir da qual os textos selecionados foram lidos à procura de temas recorrentes e contrastantes, tais como: (i) precisão técnica e limites do reconhecimento facial em condições realistas; (ii) vieses demográficos e algorítmicos que afetam a equidade da tecnologia; (iii) implicações jurídicas relativas à admissibilidade e valoração da prova em processo penal; e (iv) parâmetros normativos e princípios de direitos fundamentais em conflito com a utilização destes sistemas. Esta abordagem permitiu organizar os achados em categorias interpretativas que subsidiaram as discussões dos resultados, levando em conta tanto o aporte tecnológico quanto os imperativos jurídicos de proteção de direitos.

## 2. SÍNTESE DOS ESTUDOS SELECIONADOS NA REVISÃO

Foram encontrados apenas sete estudos publicados entre 2020 a 2025, os quais encontram-se sintetizados abaixo (quadro 1).

**Quadro 1** – Síntese dos estudos selecionados na revisão.

| Autoria (data) | Título                                                                                         | Idioma | Local de publicação                  | Objetivo do estudo                                                                                                                                                                                         | Metodologia                                                                                                                                                                                        |
|----------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|--------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Rezende (2020) | Facial recognition in police hands: Assessing the 'Clearview case' from a European perspective | Inglês | New Journal of European Criminal Law | Analisar a utilização da tecnologia de reconhecimento facial da empresa Clearview AI por agências policiais, à luz do arcabouço jurídico europeu de proteção de dados, avaliando sua compatibilidade com o | Análise jurídico-dogmática e normativa do direito europeu de proteção de dados, com exame crítico de caso concreto (Clearview AI) e interpretação de normas e princípios de direitos fundamentais. |

|                               |                                                                                                                            |           |                                                        |                                                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                            |
|-------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|--------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                               |                                                                                                                            |           |                                                        | RGPD, a Diretiva 2016/680/UE e os direitos fundamentais.                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                            |
| Haber (2021)                  | Racial Recognition                                                                                                         | Inglês    | Cardozo Law Review                                     | Examinar como o reconhecimento facial e outras tecnologias biométricas reproduzem e ampliam desigualdades raciais no policiamento e na justiça penal, propondo um modelo regulatório para mitigar o chamado "reconhecimento racial". | Análise teórica e jurídico-crítica, com construção conceitual, taxonomia das tecnologias de reconhecimento e exame normativo da regulação existente e de propostas regulatórias futuras.   |
| Ritchie <i>et al.</i> (2021)  | Public attitudes towards the use of automatic facial recognition technology in criminal justice systems around the world   | Inglês    | PLOS ONE                                               | Investigar as atitudes da opinião pública em diferentes países quanto ao uso da tecnologia de reconhecimento facial automático nos sistemas de justiça criminal.                                                                     | Estudo empírico misto: grupos focais (Reino Unido, Austrália e China) e pesquisa quantitativa por questionário com mais de 3.000 participantes no Reino Unido, Austrália e Estados Unidos. |
| Guedes; Fardim; Riccio (2022) | O reconhecimento criminal de pessoa a partir de vídeo de vigilância                                                        | Português | Revista Eletrônica de Direito Processual               | Investigar a existência de procedimento jurídico-processual adequado para o reconhecimento criminal de pessoas a partir de vídeos de vigilância no Brasil e analisar a prática judiciária sobre o tema.                              | Análise legislativa, revisão teórica e pesquisa empírica qualitativa em acórdãos criminais, com exame crítico da valoração judicial da prova videográfica.                                 |
| Godoy <i>et al.</i> (2023)    | Regulation and Ethics of Facial Recognition Systems: An Analysis of Cases in the Court of Appeal in the State of São Paulo | Inglês    | Brazilian Conference on Intelligent Systems (Springer) | Analisar como o Tribunal de Justiça de São Paulo decide casos envolvendo reconhecimento facial em contratações de crédito, avaliando implicações éticas, probatórias e regulatórias.                                                 | Pesquisa empírica com coleta automatizada de dados jurisprudenciais e análise qualitativa por métodos analítico, comparativo e monográfico.                                                |
| Cuellar <i>et al.</i> (2025)  | Accuracy and Fairness of Facial Recognition Technology in Low-Quality Police Images: An Experiment With Synthetic Faces    | Inglês    | arXiv                                                  | Avaliar o impacto da degradação de imagens policiais na acurácia e imparcialidade de sistemas de reconhecimento facial, com foco em diferenças demográficas.                                                                         | Estudo experimental quantitativo com uso de rostos sintéticos (StyleGAN3), classificação demográfica (FairFace) e testes de identificação 1:n com DeepFace (ArcFace).                      |
| Stewart; Kukucka (2025)       | Cognitive Bias Affects Perception and Decision-Making in Simulated Facial Recognition Searches                             | Inglês    | Behavioral Sciences                                    | Investigar a influência de vieses cognitivos e de automação na tomada de decisão humana durante o uso de reconhecimento facial em contextos investigativos simulados.                                                                | Experimento controlado com participantes humanos (N=149), tarefas simuladas de reconhecimento facial e manipulação de variáveis contextuais e scores algorítmicos.                         |

Fonte: Dados da pesquisa (2025).

Do ponto de vista estritamente técnico, os achados de Cuellar *et al.* (2025) oferecem evidências sobre como a qualidade da imagem impacta o desempenho dos sistemas de reconhecimento facial. Diferentemente de avaliações baseadas em imagens ideais, o estudo simula condições realistas de uso policial, demonstrando que fatores como baixa resolução, desfoque de movimento e alterações de pose aumentam significativamente as taxas de falsos negativos, enquanto os falsos positivos atingem seu pico em níveis próximos à qualidade de referência.

Esses resultados indicam que a acurácia não decresce de forma linear, mas responde de maneira diferenciada às formas de degradação da imagem, o que tem implicações diretas para investigações baseadas em vídeos de vigilância. Além disso, o estudo evidencia disparidades sistemáticas de desempenho entre grupos demográficos, com taxas de erro mais elevadas para mulheres e pessoas negras, especialmente mulheres negras, corroborando preocupações recorrentes na literatura sobre imparcialidade algorítmica (CUELLAR *et al.*, 2025).

Essas evidências dialogam com a análise teórica de Haber (2021), que sustenta que o reconhecimento facial se mostra estruturalmente menos preciso para determinados grupos raciais, o que potencializa práticas discriminatórias em contextos de policiamento e justiça penal. Embora Haber (2021) não apresente métricas experimentais, sua contribuição é relevante para interpretar os dados técnicos à luz de dinâmicas sociais mais amplas, ao demonstrar que diferenças de desempenho não são neutras, mas tendem a incidir de forma desproporcional sobre comunidades historicamente marginalizadas.

Para além do desempenho algorítmico, Stewart e Kukucka (2025) ampliam a discussão ao demonstrar que a taxa de erro em contextos forenses é significativamente influenciada por vieses cognitivos humanos, isto é, usuários da tecnologia tendem a confiar indevidamente em informações contextuais irrelevantes ou em pontuações de confiança fornecidas pelo sistema, identificando erroneamente suspeitos como autores do crime.

Essa dimensão humana e procedimental encontra eco na análise de Guedes; Fardim e Riccio (2022), que demonstram, no contexto brasileiro, a inexistência de procedimentos uniformes e tecnicamente informados para o reconhecimento de pessoas a partir de vídeos de vigilância. Ao tratar a imagem como um “retrato fiel da realidade”, a prática judicial desconsidera fatores que afetam diretamente a acurácia, como ângulo, iluminação, resolução e autenticidade do vídeo, ampliando o risco de erros judiciais. Ainda que o estudo não mensure taxas de erro algorítmico, ele evidencia como a ausência de contraditório técnico e de avaliação pericial contribui para a validação acrítica de identificações potencialmente falhas, o que agrava os efeitos de limitações já apontadas por estudos experimentais.

Por fim, Ritchie *et al.* (2021) contribuem ao evidenciar que a percepção pública sobre o reconhecimento facial está condicionada à confiança na precisão da

tecnologia e à clareza sobre seu funcionamento. O estudo mostra que o apoio social ao uso do reconhecimento facial depende, entre outros fatores, da compreensão sobre sua acurácia e seus riscos, reforçando a necessidade de transparência quanto às taxas de erro e às limitações técnicas.

No plano dos vieses demográficos, Cuellar *et al.* (2025) demonstram que as disparidades de desempenho do reconhecimento facial não se distribuem aleatoriamente, mas incidem de forma sistemática sobre determinados grupos. Ainda que o sistema apresente níveis globais elevados de precisão, as taxas de erro mais altas observadas entre mulheres e pessoas negras indicam que a tecnologia opera de modo desigual, criando um risco ampliado de suspeição injustificada para esses grupos. Essa assimetria compromete diretamente a igualdade de tratamento, pois indivíduos pertencentes a grupos mais afetados passam a enfrentar uma probabilidade estatisticamente maior de serem erroneamente associados a práticas criminosas, invertendo, na prática, a lógica de proteção que deveria reger a persecução penal.

Essas constatações empíricas encontram respaldo na análise de Haber (2021), que interpreta o reconhecimento facial como um vetor de reprodução e intensificação de desigualdades raciais preexistentes. O resultado é um ciclo de retroalimentação no qual populações já mais vigiadas tornam-se também mais suscetíveis a erros tecnológicos, o que tensiona frontalmente o princípio da presunção de inocência, ao naturalizar a suspeição sobre determinados corpos.

No que se refere aos vieses relacionados à imagem, Cuellar *et al.* (2025) indicam que a degradação visual, como baixa resolução, desfoque e variações de pose, afeta de maneira desigual a confiabilidade das identificações. Assim, quanto menor a qualidade da imagem, maior a margem de erro, mas essa incerteza raramente é explicitada ou ponderada de forma adequada no processo penal, o que fragiliza a base empírica da acusação.

Essa problemática é aprofundada por Guedes; Fardim e Riccio (2022), ao demonstrarem que o Judiciário brasileiro tende a tratar imagens de vídeo como representações fiéis da realidade, desconsiderando suas limitações técnicas e interpretativas. Esses vieses institucionais também são observados por Rezende (2020) de modo que a opacidade quanto às bases de dados, aos critérios de

funcionamento e às margens de erro impede uma avaliação crítica da tecnologia e favorece sua utilização acrítica pelas autoridades.

No plano normativo, Rezende (2020) fornece um dos referenciais mais densos ao examinar o reconhecimento facial sob a ótica do direito europeu de proteção de dados. Ao articular o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), a Diretiva (UE) 2016/680 e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o autor sustenta que o tratamento de dados biométricos para fins penais somente pode ser considerado lícito quando submetido a um teste rigoroso de estrita necessidade e proporcionalidade. Esse parâmetro normativo implica que o uso do reconhecimento facial não pode ser banalizado como ferramenta investigativa ordinária, devendo ser restrito a situações excepcionais, devidamente justificadas e acompanhadas de salvaguardas técnicas e processuais. Sob essa perspectiva, a admissibilidade da prova tecnológica depende de sua capacidade identificativa, mas, sobretudo, da demonstração de que não havia meios menos invasivos aptos a alcançar o mesmo fim investigativo.

Essa exigência de necessidade estrita encontra ressonância na crítica formulada por Haber (2021), ao afirmar que a ausência de regulação específica e sensível às desigualdades estruturais torna o uso do reconhecimento facial incompatível com um modelo de justiça penal orientado por direitos. Defende-se que parâmetros jurídicos de admissibilidade devem incorporar, de forma explícita, a análise de impactos discriminatórios, reconhecendo que a neutralidade tecnológica é uma ficção normativa.

No campo probatório, os achados de Stewart e Kukucka (2025) evidenciam que a influência de vieses cognitivos compromete a interpretação humana dos resultados algorítmicos. A partir dessa constatação, os autores sustentam a necessidade de salvaguardas procedimentais, como a separação entre a geração do resultado algorítmico e a tomada de decisão investigativa, bem como a vedação do uso de pontuações de confiança como elementos persuasivos diretos. Esses parâmetros indicam que a admissibilidade do reconhecimento facial deve estar condicionada à validação técnica do sistema, mas também à existência de protocolos que minimizem a contaminação decisória por vieses de automação.

## 2.1 SÍNTESE DOS ACHADOS À LUZ DOS OBJETIVOS DESTE ESTUDO

No contexto brasileiro, Guedes; Fardim e Riccio (2022) apontam a inexistência de um procedimento legal específico para o reconhecimento criminal a partir de vídeos de vigilância, o que resulta em práticas fragmentadas e em uma valoração judicial acrítica da imagem. Diante desse cenário, os autores propõem parâmetros mínimos de admissibilidade, como a submissão do reconhecimento ao contraditório diferido, a exibição do vídeo em audiência e a possibilidade de produção de prova pericial sobre a autenticidade, integridade e interpretabilidade do material audiovisual.

Godoy *et al.* (2023), inclusive, destaca a presunção judicial de confiabilidade dos sistemas de reconhecimento facial tendo em vista que essa postura, ao dispensar a produção de provas técnicas pelas instituições que utilizam a tecnologia, sinaliza um risco de inversão indevida do ônus probatório. Transposta para o processo penal, essa lógica seria incompatível com os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, indicando a necessidade de parâmetros normativos que imponham ao Estado o dever de demonstrar, de forma robusta, a confiabilidade e a adequação do sistema empregado.

Assim, destaca-se que o reconhecimento facial, embora tecnicamente avançado e cada vez mais presente em contextos investigativos, permanece cercado por incertezas empíricas, riscos discriminatórios e fragilidades normativas, como pode ser visto na síntese abaixo (Quadro 2).

**Quadro 2** - síntese dos achados à luz dos objetivos deste estudo.

| Objetivo específico                                                                                                              | Principais achados empíricos e teóricos                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Autores                                                                                                                          |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| i) Evidências sobre desempenho, taxa de erro e fatores que afetam a acurácia do reconhecimento facial em contextos forenses      | A acurácia do reconhecimento facial varia conforme a qualidade das imagens (resolução, desfoque, iluminação e pose) e o contexto de uso. Em condições degradadas, comuns na prática policial, observa-se aumento de falsos negativos e variações relevantes nas taxas de erro. Apesar disso, em alguns cenários a FRT apresenta desempenho superior a métodos forenses tradicionais, desde que validada e utilizada com cautela. Contudo, a precisão algorítmica isolada não garante confiabilidade forense. | Cuellar <i>et al.</i> (2025); Stewart e Kukucka (2025); Rezende (2020)                                                           |
| ii) Vieses demográficos, de imagem e institucionais e suas implicações para a igualdade de tratamento e a presunção de inocência | Os estudos apontam vieses sistemáticos contra determinados grupos, especialmente mulheres e pessoas negras, com taxas de erro mais elevadas. Além dos vieses algorítmicos e de imagem, há vieses cognitivos e institucionais, como a confiança excessiva nos resultados da tecnologia e a valoração acrítica da imagem como reflexo fiel da realidade. Esses fatores ampliam riscos de seletividade penal, discriminação racial e enfraquecimento da presunção de inocência.                                 | Cuellar <i>et al.</i> (2025); Stewart e Kukucka (2025); Haber (2021); Guedes, Fardim e Riccio (2022); Godoy <i>et al.</i> (2023) |
| iii) Parâmetros jurídicos, normativos e probatórios para admissibilidade, valoração e limitação do uso da FRT                    | É apontada a ausência de marcos normativos claros e procedimentos uniformes, especialmente no Brasil. São propostos critérios como: aplicação do teste de necessidade e proporcionalidade; transparência sobre taxas de erro e condições técnicas; submissão ao contraditório diferido; possibilidade de prova pericial; documentação do funcionamento do sistema e rejeição de presunções automáticas de confiabilidade. O uso da FRT deve ser excepcional, auxiliar e rigidamente controlado.              | Rezende (2020); Haber (2021); Guedes, Fardim e Riccio (2022); Stewart e Kukucka (2025); Ritchie <i>et al.</i> (2021)             |

Fonte: Dados da pesquisa (2025).

Portanto, as limitações empíricas de desempenho e as taxas de erro do reconhecimento facial potencializam vieses demográficos e institucionais, os quais, por sua vez, demandam parâmetros jurídicos rigorosos para evitar violações à igualdade de tratamento e à presunção de inocência. Assim, os estudos encontrados convergem para a compreensão de que a validade do reconhecimento facial como meio de prova no processo penal depende menos do avanço tecnológico em si e mais da construção de salvaguardas normativas, procedimentais e probatórias capazes de subordinar a tecnologia às garantias do Estado Democrático de Direito.

11

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente investigação permitiu examinar a (in)validade do reconhecimento facial como meio de prova no processo penal contemporâneo. À luz dos achados, conclui-se que o reconhecimento facial não constitui, por si só, prova plena ou autossuficiente, sendo inadequado para fundamentar decisões judiciais de maneira isolada. Sua admissibilidade e valoração dependem de condições de uso, de controles técnicos e de balizas jurídicas capazes de conter os riscos inerentes à tecnologia. Assim, o reconhecimento facial pode, quando muito, assumir natureza probatória auxiliar ou indiciária, devendo ser integrado a um conjunto mais amplo de elementos probatórios submetidos ao contraditório e à ampla defesa.

A resposta à pergunta norteadora aponta que a validade probatória do reconhecimento facial é necessariamente contingente. Ela se estabelece apenas na medida em que os riscos tecnológicos, os vieses algorítmicos e humanos e as fragilidades institucionais sejam reconhecidos e enfrentados por meio de parâmetros epistemológicos e jurídicos estritos. Sem tais salvaguardas, o uso da tecnologia tende a deslocar o processo penal de um modelo garantista para um paradigma de confiança acrítica na técnica, com efeitos deletérios sobre a presunção de inocência e a igualdade de tratamento.

Verificou-se que o desempenho do reconhecimento facial é condicionado por fatores contextuais, como qualidade da imagem, condições ambientais e intervenção humana. As taxas de erro não são residuais, sobretudo em cenários forenses reais, marcados por imagens degradadas e incompletas. Embora a tecnologia possa apresentar níveis de precisão superiores a certos métodos tradicionais, essa

vantagem não se traduz automaticamente em confiabilidade jurídica, uma vez que a lógica probabilística dos sistemas não se harmoniza, sem mediações, com o padrão de prova exigido no processo penal.

Ademais, os achados demonstram que os vieses não são fenômenos periféricos, mas estruturais. Há vieses demográficos que afetam desproporcionalmente grupos historicamente vulnerabilizados, vieses de imagem decorrentes das condições de captura e tratamento dos dados e vieses institucionais associados à forma como autoridades e magistrados percebem e valorizam os resultados da tecnologia.

Além disso, evidenciou-se a insuficiência dos marcos normativos atuais para disciplinar o uso do reconhecimento facial como prova penal. Os parâmetros jurídicos identificados apontam para a necessidade de critérios estritos de admissibilidade, tais como a demonstração de necessidade e proporcionalidade, a transparência sobre o funcionamento e as limitações do sistema, a possibilidade de auditoria e contestação técnica e a submissão efetiva ao contraditório. A valoração probatória deve afastar qualquer presunção de infalibilidade tecnológica, reconhecendo o caráter falível, probabilístico e contextual da identificação facial automatizada.

Nota-se, portanto, que o reconhecimento facial não é intrinsecamente incompatível com o processo penal, mas tampouco pode ser naturalizado como prova confiável. Sua utilização exige uma reconfiguração das práticas investigativas e judiciais, com ênfase em controles procedimentais, epistemológicos e normativos. A relevância desses achados contribui para o debate jurídico contemporâneo, ao deslocar o foco da discussão da mera eficiência tecnológica para a compatibilidade da ferramenta com os fundamentos do devido processo legal.

Não obstante, o estudo apresenta limitações. A opção metodológica pela revisão de literatura, embora adequada aos objetivos propostos, não permite observar diretamente a aplicação da tecnologia em casos concretos nem mensurar empiricamente seus impactos no desfecho processual. Ademais, a rápida evolução dos sistemas de reconhecimento facial impõe o risco de obsolescência parcial de alguns achados técnicos, exigindo constante atualização das análises.

Contudo, sustenta-se que o desafio principal não consiste em decidir se o reconhecimento facial deve ou não ser utilizado no processo penal, mas em definir sob quais condições ele pode ser legitimamente empregado sem comprometer as

garantias fundamentais. Em um cenário de crescente tecnificação da justiça criminal, preservar a centralidade do ser humano, do contraditório e da racionalidade probatória torna-se imperativo para que a inovação tecnológica não se converta em um novo vetor de injustiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Denise; SHMARKO, Konstantin; LOMAS, Elizabeth. The ethics of facial recognition technologies, surveillance, and accountability in an age of artificial intelligence: a comparative analysis of US, EU, and UK regulatory frameworks. **AI and Ethics**, v. 2, n. 3, p. 377-387, 2022.

CUELLAR, Maria *et al.* Accuracy and Fairness of Facial Recognition Technology in Low-Quality Police Images: An Experiment With Synthetic Faces. **arXiv preprint arXiv:2505.14320**, 2025.

GODOY, Cristina *et al.* Regulation and Ethics of Facial Recognition Systems: An Analysis of Cases in the Court of Appeal in the State of São Paulo. In: **Brazilian Conference on Intelligent Systems**. Cham: Springer Nature Switzerland, 2023. p. 18-32.

GUEDES, Clarissa Diniz; FARDIM, Giulia Alves; RICCIO, Vicente. O reconhecimento criminal de pessoa a partir de vídeo de vigilância. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 23, n. 1, 2022.

HABER, Eldar. Racial recognition. **CARDozo L. REv.**, v. 43, p. 71, 2021.

REZENDE, Isadora Neroni. Facial recognition in police hands: Assessing the 'Clearview case' from a European perspective. **New Journal of European Criminal Law**, v. 11, n. 3, p. 375-389, 2020.

RITCHIE, Kay L. *et al.* Public attitudes towards the use of automatic facial recognition technology in criminal justice systems around the world. **PloS one**, v. 16, n. 10, p. e0258241, 2021.

SCOPEL, Bruna Gonçalves; PUHL, Eduardo. A tecnologia de reconhecimento facial e sua utilização como prova no processo penal. **Academia de Direito**, v. 6, p. 3678-3700, 2024.

STEWART, Cecelia K.; KUKUCKA, Jeff. Cognitive Bias Affects Perception and Decision-Making in Simulated Facial Recognition Searches. **Behavioral Sciences**, v. 15, n. 8, p. 1094, 2025.

## ENTRE BRINQUEDOS E ALIANÇAS: ADULTIZAÇÃO, VIOLÊNCIA DE GÊNERO E CASAMENTO INFANTIL NO BRASIL

### BETWEEN TOYS AND WEDDING RINGS: ADULTIFICATION, GENDER-BASED VIOLENCE, AND CHILD MARRIAGE IN BRAZIL

*Heloísa Clara Araújo Rocha Gonçalves<sup>1</sup>*

Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba

14

#### RESUMO

O casamento infantil é definido como a união em que ao menos uma das partes é considerada criança, isto é, pessoa com menos de 18 anos, conforme a Convenção sobre os Direitos da Criança. Sendo reconhecido como uma forma de casamento forçado diante da ausência de consentimento pleno, livre e esclarecido. Embora frequentemente associado a contextos de extrema pobreza ou a determinados países e religiões, trata-se de uma prática presente em todas as regiões do mundo, inclusive em nações economicamente desenvolvidas. No Brasil, o fenômeno apresenta índices preocupantes, colocando o país entre aqueles com maior incidência de casamentos infantis em rankings internacionais recentes. Observa-se, ainda, que a imensa maioria das pessoas afetadas por essa prática são meninas, o que evidencia sua estreita relação com desigualdades de gênero e a violação de direitos humanos fundamentais. Diante desse cenário, a presente pesquisa tem como objetivo analisar as principais consequências do casamento infantil no Brasil para as meninas. Para tanto, adota-se uma abordagem qualitativa, compreendendo os dados como instrumentos de interpretação do fenômeno social estudado. A metodologia baseia-se na análise documental, mediante o exame de legislação nacional, tratados internacionais, jurisprudência, produções doutrinárias, bem como relatórios e recomendações da Organização das Nações Unidas, buscando compreender o tema sob múltiplas perspectivas jurídicas e sociais.

**Palavras-chave:** Casamento infantil; Meninas; Brasil.

#### ABSTRACT

Child marriage is defined as a union in which at least one of the parties is considered a child, that is, a person under the age of 18, according to the Convention on the Rights of the Child, and is recognized as a form of forced marriage due to the absence of full, free, and informed consent. Although often associated with contexts of extreme poverty or with specific countries and religions, child marriage is a global practice that

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestra em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Doutoranda em Direito Pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Residência Judiciária pelo Tribunal de Justiça da Paraíba (2025). Assessora da 1ª Vara de Família de João Pessoa, Tribunal de Justiça da Paraíba. <https://orcid.org/0000-0002-7732-7031>.

occurs across all regions of the world, including economically developed nations. In Brazil, this phenomenon presents alarming rates, placing the country among those with the highest incidence of child marriages in recent international rankings. Evidence also indicates that the vast majority of those affected are girls, highlighting the strong gender dimension of this practice and its close connection to the violation of fundamental human rights. In this context, this study aims to analyze the main consequences of child marriage in Brazil for girls. To this end, a qualitative approach is adopted, understanding data as tools for interpreting the social phenomenon under analysis. The methodology is based on document analysis, including the examination of national legislation, international treaties, case law, doctrinal works, as well as reports and recommendations issued by the United Nations, in order to address the issue from multiple legal and social perspectives.

**Keywords:** Child marriage; Girls; Brazil.

## INTRODUÇÃO

O casamento infantil é aquele em que pelo menos uma das partes é uma criança (Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, 2014). Essa definição é complementada pelo conceito de criança proveniente da Convenção sobre os Direitos das Crianças, qual seja, todo ser humano com idade inferior a 18 anos, com exceção sob a lei aplicada a ele (Nações Unidas, 1989). Esse tipo de casamento é considerado uma forma de casamento forçado, visto que uma e/ou ambas as partes não expressaram consentimento pleno, livre e esclarecido (UM, 2013).

Quando se ouve falar em casamento infantil, é comum que as pessoas o associem a países com religiões oficiais islâmicas, assim como a Estados com níveis de extrema pobreza. Entretanto, conforme o Fundo de Populações das Nações Unidas (UNFPA) (2017), essa espécie de matrimônio ocorre em todo o mundo, em todas as culturas e religiões, até mesmo em nações ricas.

O estudo Tirando o Véu, lançado pela Plan International em junho de 2019, trouxe o Brasil em 4º lugar no ranking mundial de casamentos infantis, atrás apenas de Índia, Bangladesh e Nigéria. No ano de 2025, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Brasil, 2025) divulgou que o Brasil ocupa o 6º lugar no ranking de casamentos infantis no mundo.

Segundo a ONU, a imensa maioria dos afetados são do sexo feminino (ONU, 2019). Nesse contexto, a presente pesquisa visa responder à seguinte pergunta: Quais as principais consequências do casamento infantil no Brasil para as meninas? No que diz respeito a metodologia, observa-se que esse trabalho é de abordagem qualitativa, de maneira que os dados coletados na pesquisa deixam de ser vistos como um fim em si mesmo para se tornar um instrumento que auxilia o investigador a

compreender o fenômeno destacando o significado do que está sendo analisado, visto que busca compreender a situação por meio de percepções, sentimentos dentre outros aspectos imateriais.

No tocante à técnica de pesquisa, será a usada a técnica de análise de documentos. Em relação à análise de dados, serão utilizadas a bibliográfica e a documental, mediante o exame de leis, tratados internacionais, jurisprudência, especificidades doutrinárias, disponíveis em livros, artigos e sítios virtuais. Também várias perspectivas, dados e documentos coletados e informados nos Relatórios e Recomendações da ONU.

Visando responder o problema de pesquisa, o artigo encontra-se estruturado em quatro tópicos principais. Inicialmente, discorrer-se-á, brevemente, acerca do ser criança. Na sequência, analisar-se-á o casamento infantil no Brasil. O terceiro tópico, examinará o que a legislação brasileira dispõe sobre o casamento infantil. Por fim, abordar-se-á a respeito das consequências do casamento infantil para as meninas.

## 1. O SER CRIANÇA

Consoante as elucidações de Stearns (2006), o sentido de infância é uma conquista recente do ponto de vista histórico, só a partir do século XVIII, as crianças se tornaram um elemento social relevante, quando se passou a encarar a infância como um período importante da vivência humana e, principalmente, enxergou-se a criança como o futuro da nação.

Lins, Silva, Lins e Carneiro (2014) elucidam que somente no final do século XX que as crianças e adolescentes foram reconhecidas como sujeitos de direitos fundamentais e especiais, decorrentes da sua condição de pessoas em desenvolvimento.

A Convenção sobre Direitos da Criança da ONU (Organização das Nações Unidas) define como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo quando, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes (ONU, 1989). O Estatuto da Criança e do Adolescente considera como criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade (Brasil, 1990).

Entretanto, hodiernamente, conforme explica Santos (2017), o período das vivências infantis tem findado cada vez mais cedo, seja por necessidade de

sobrevivência na tal “selva de pedra”, seja por padrões sociais ou por uma adultização do sujeito infantil provocada pelos pais e pelas mídias, principalmente em relação às meninas, que conforme é explicado no documentário Casamento Infantil (2018) da Plan International Brasil, nos anos 80 eram sexualizadas e conhecidas como “Lolittas” e hoje como “as novinhas”.

## 2. O CASAMENTO INFANTIL NO BRASIL

De acordo com definição do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (2014), casamento infantil é aquele em que pelo menos uma das partes é uma criança. Verifica-se que essa definição é complementada pelo conceito de criança proveniente da Convenção sobre os Direitos das Crianças da ONU, qual seja, todo ser humano com idade inferior a 18 anos, com exceção sob a lei aplicada a ele.

A UN (2013) explicita que essa espécie de casamento é considerada uma forma de casamento forçado, visto que uma e/ou ambas as partes, que é uma criança, não expressa seu consentimento pleno, livre e esclarecido. Para a UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância) (2017), o casamento de crianças e adolescentes é uma violação dos direitos fundamentais dessas pessoas.

A prática dos casamentos infantis ofende diversas convenções internacionais de Direitos Humanos, como a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Suplementar Sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura (1956), a Convenção sobre Consentimento para o Casamento (1964) e a Convenção para Eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (1979).

Quando se ouve falar em casamento infantil, é comum que as pessoas no Brasil o associem a países com religiões oficiais islâmicas, assim como a Estados com níveis de extrema pobreza, a exemplo dos localizados no Sul da Ásia e na África Subsaariana. Contudo, consoante o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) (2017), esse tipo de matrimônio ocorre em todo o mundo, em todas as culturas e religiões, até mesmo em nações ricas, a exemplo dos Estados Unidos e Reino Unido.

Na América Latina essa realidade é bem mais cotidiana que se possa imaginar. Segundo a Organização das Nações Unidas (2017), na América Latina e Caribe 23%

(vinte e três por cento) dos casamentos aconteceram quando um dos parceiros era menor de idade. São 7,5 milhões de crianças e adolescentes casadas. Na República Federativa do Brasil esses números são ainda mais alarmantes, o Relatório da ONU sobre a situação da população mundial (2020) revela que 26% das mulheres brasileiras entre 20 e 24 anos se casaram ou estavam em uniões informais antes de completar 18 anos, ao passo que no mundo essa média é de 20%. Os dados do Censo Demográfico de 2022 divulgados pelo IBGE disponibilizaram que mais de 34 mil crianças de 10 a 14 anos viviam em união conjugal no País em 2022, e desse total 77% delas são meninas (UNFPA, 2026).

O estudo Tirando o Véu, lançado pela Plan International em junho de 2019, trouxe o Brasil em 4º lugar no ranking mundial de casamentos infantis, atrás apenas de Índia, Bangladesh e Nigéria. No ano de 2025, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Brasil, 2025) divulgou que o Brasil ocupa o 6º lugar no ranking de casamentos infantis no mundo.

Não obstante o casamento ser proibido para menores de 16 anos em qualquer circunstância no Brasil desde o ano 2019, a prática persiste, em especial em arranjos sem registro civil, as intituladas uniões consensuais, que representam 86,6% dos casos (UNFPA, 2026).

Um dos principais problemas no combate aos casamentos infantis detectado pelo Instituto Promundo é a invisibilidade e a naturalização dessas uniões. A ausência de discussão sobre o tema colabora significativamente para isso.

### **3. O QUE DIZ A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DISPÕE ACERCA DO CASAMENTO INFANTIL?**

No tocante à idade legal para contrair matrimônio, o Código Civil prevê que a idade é 18 anos, porém permite aos 16 anos, se houver o consentimento dos pais. Destaca-se que até fevereiro de 2019 também era permitido o casamento, em qualquer idade, em razão de gravidez.

Com efeito, o Comitê dos direitos da Criança da ONU nas observações finais sobre os relatórios periódicos enviados pelo Brasil em 2015 externou sua preocupação em relação às exceções que o país tem para permitir o casamento aos menores de 18 anos, assim como aos menores de 16 anos. Nesse sentido, o Comitê recomendou que código civil brasileiro fosse revisto, a fim de eliminar todas as

exceções para o casamento de menores de 18 anos de idade. Além disso, chamou atenção ao país a respeito das altas taxas de casamento infantil em seu território e instou que realizasse um estudo abrangente a respeito das causas e consequências do casamento infantil, promovendo, ainda, campanhas de conscientização sobre das implicações negativas do casamento precoce (CRC, 2015).

No ano de 2019, a lei 13.811 alterou o Código Civil e proibiu, em qualquer caso, o casamento abaixo de 16 anos. Em que pese o indiscutível avanço, é fato que a legislação ainda permite que menores de 18 anos se casem. Ademais, o país não realizou um estudo sobre as causas e consequências do casamento infantil nem tem promovido campanhas de conscientização sobre das implicações negativas do casamento precoce.

Os cartórios brasileiros informaram ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que em 2024 o país teve 193 casamentos civis envolvendo menores de 16 anos. Sendo 91 casos a mais que o ano anterior. Dentre os 183 casamentos informados pelos cartórios envolvendo meninas menores de 16 anos com homens mais velhos, a distribuição etária do cônjuge masculino foi: 51 casos: homens entre 16 e 19 anos; 88 casos: homens de 20 a 24 anos; 29 casos: homens de 25 a 29 anos; 7 casos: homens de 30 a 34 anos; 3 casos: homens de 35 a 39 anos; 1 caso: homem de 40 a 44 anos; 1 caso: homens de 50 a 54 anos; 3 casos: idade do cônjuge masculino não informado (Muniz, 2025).

Apenas a alteração do Código Civil não é suficiente para mudar a situação, posto que os números de casamentos infantis informais são altíssimos. Do mesmo modo, analisa-se que o Código Penal criminaliza a prática de relações sexuais com pessoas menores de 14 anos e apesar disso os altos números do casamento infantil não diminuem.

As pesquisas de Taylor e Lauro (2015) evidenciam que na América Latina os casamentos que ocorrem na fase da infância e da adolescência são, em sua maioria, informais e consensuais, envolvendo homens adultos e meninas (crianças ou adolescentes).

Como explicita Tavares (2017), no contexto do Estado brasileiro, além da mudança do Código Civil, são necessárias políticas e intervenções adicionais para abordar as causas, introduzindo a mudança de normas sociais e culturais e garantir

que as meninas tenham alternativas, como educação e melhores oportunidades econômicas. Nesse sentido, vale ressaltar:

O que adiantaria ter uma norma sintaticamente eficaz, por apresentar condições técnicas de atuação, mas semanticamente inefetiva, por ser regularmente desobedecida, por não mais se adaptar ao tempo, ao local, às convicções e aos pontos de vista valorativos da sociedade, correndo o risco de ser aplicada contra uma coletividade (Haddad, 2007, n.p.).

#### 4. VIOÊNCIA DE GÊNERO E AS CONSEQUÊNCIAS DO CASAMENTO INFANTIL

20

Em 2015, as organizações internacionais não governamentais Plan International Brasil e Promundo averiguaram o contexto do casamento infantil no Brasil, e conforme os dados encontrados, o número de meninas casadas é bem superior ao de meninos. Segundo um censo feito em 2010 foram 22.849 meninos de 10 a 14 anos casados, enquanto 65.709 meninas casaram no mesmo período. Conforme Relatório do Banco Mundial (2017), são mais de 554 mil meninas casadas entre 10 a 17 anos, sendo mais de 65 mil entre 10 e 14 anos. De toda a população feminina brasileira, 36% (trinta e seis por cento) se casa antes dos 18 anos. Desta feita, observa-se que no Estado brasileiro, assim como no mundo, o número de meninas casadas é bem superior ao de meninos casados.

Nesse sentido, Taylor e Lauro (2015) sublinham que apesar de meninos quanto meninas vivenciem casamentos infantis, as meninas são significativamente mais afetadas. Na concepção Crestani (2019), isso se dá porque a sociedade ainda padece da ação do patriarcado e do machismo, que põem a mulher em condição de submissão e desigualdade, obrigando-a, em suma, a assumir o papel de reprodutora e cuidadora do lar.

Davis (2016), explana que a mulher na escravidão americana era vista como uma como um objeto, mercadoria. Na atualidade, é possível observar essa coisificação e a figura da “novinha” como um objeto de desejo e até mesmo um prêmio para os homens.

No que tange às consequências que o casamento infantil traz, em especial para as meninas, são várias e imensuráveis. A Mionu PUC Minas (2017) destaca que o casamento infantil pode gerar interrupção na vida estudantil das crianças e adolescentes, seu isolamento social e o contato com pessoas de sua idade, bem como interferir na carreira profissional futura. Varia (2015) frisa que o estresse de gestações em corpos fisicamente imaturos pode gerar fístulas obstétricas, lesão que resulta de

um trabalho de parto complicado, demorado. A ONU Mulheres (2017), a Plan International Brasil e Promundo (2018) ressaltam que as mulheres que se casam na infância são mais propícias a sofrerem violência doméstica, trazerem traumas físicos e psicológicos, bem como prole indesejada. Ademais, elas representam 30% dos casos de evasão escolar. Segundo Taylor e Lauro (2015), a partir de um questionário sociodemográfico realizado no norte e nordeste do Brasil, das 150 crianças e adolescentes do sexo feminino menores de 18 anos casadas que foram sujeitas ao questionário, 54% tinham o ensino fundamental completo ou o estavam cursando, 42% cursaram até o Ensino Médio e apenas 3,3% chegaram ao ensino superior após a gravidez. A falta de estudos causa dependência econômica das meninas em relação aos seus parceiros o que gera mais e mais limitações em suas vidas.

Nuno (2018) descreve que as meninas são obrigadas a abandonar os estudos e a assumir o papel de esposa obediente e de mãe; ficando, então, sujeitas a contrair doenças sexualmente transmissíveis, a serem vítimas de violência (física ou psicológica) por parte do marido, bem como são isoladas do convívio familiar e social. Dessa forma, as meninas acabam não desenvolvendo seu intelecto e as capacidades de socialização são poucas ou nulas; não desenvolvendo, então, a sua própria identidade independente. Assim, muitas dessas meninas tornam-se mulheres submissas, não conseguindo expressar o seu ponto de vista, em razão da falta de opinião crítica.

Nessa conjuntura, é relevante ressaltar que Taylor e Lauro (2015) intitularam seu estudo científico sobre casamento infantil com a frase “ela vai no mesmo barco”. Essa frase tem como origem na fala de um homem casado com uma mulher que tem menos de 18 anos de idade, onde ele se expressou referindo-se à expectativa de que as meninas casadas sigam as preferências de seus esposos e as normas que eles estabelecerem dentro do matrimônio.

Ao explicar os termos psicológicos, Nuno (2018) elucida que a privação da adolescência, as relações sexuais forçadas, gravidez prematura e o parto acontecem no período de desenvolvimento pessoal e cognitivo da criança, acarretando, assim, danos emocionais e psicológicos. A autora salienta que as meninas casadas acabam por sofrer os abusos sem um apoio ou qualquer espécie de acompanhamento, estando condicionadas às comunidades que, por sua vez, não consideram os danos psicológicos como algo sério, mas apenas como algo que faça, inevitavelmente, parte

da vida. Como consequência dos vários problemas psicológicos, várias dessas meninas cometem suicídio, oriundo do sofrimento a que são a que são expostas diariamente.

A violência ao gênero feminino é uma das causas do casamento infantil, ao passo que também é uma de suas consequências. De acordo com o Fundo de Populações das Nações Unidas (UNFPA, 2020) o casamento infantil é um dos obstáculos para alcançar a igualdade de direitos e oportunidades entre homens e mulheres.

Nuno (2018) enfatiza que a perpetuação da prática do matrimônio infantil acarreta consequências não só para as meninas, individualmente, mas para o próprio país, impedindo o seu desenvolvimento econômico e social. Segundo a autora, ao se investir na educação das crianças, para que estas completem um nível de educação, conseguiria que a mão de obra qualificada fosse maior e, por consequência, um maior nível de poder econômico.

## CONCLUSÃO

Os números de casamento infantil demonstram naturalização da prática, bem como o poder exercido do adulto sobre a criança. No que concerne especificamente ao casamento infantil de meninas, observa-se a dominação e o papel do homem sobre a mulher. Outrossim, esses números revelam infâncias interrompidas por responsabilidades adultas, visto que as meninas deixam de brincar e, muitas vezes estudar, e passam a cuidar da casa, dos filhos e, em várias ocasiões, de parceiros mais velhos.

As consequências para as vidas dessas meninas são prolongadas e graves. As mulheres que se casam na fase da infância têm menor probabilidade de concluir os estudos, maior risco de gravidez precoce e ficam mais expostas às violências psicológica, física e sexual. Além disso, elas correm mais riscos de terem gravidezes de risco, depressão e isolamento social.

Em que pese seja possível trazer essas consequências que foram dispostas, na verdade, listar cada uma das consequências trata-se de uma tarefa impossível, haja vista que elas afetam a ordem física, mental, familiar, profissional e social dessas meninas. Ademais, como cada criança, assim como todo ser humano, é única, não há

como mensurar a dor nem as consequências enfrentadas por cada menina vítima ou de cada mulher que foi vítima do casamento infantil.

Enquanto houver uma menina vivendo como esposa, demonstra que o Brasil tem falhado em cumprir o compromisso constitucional de proteção às crianças e adolescentes. O casamento infantil é uma violação dos direitos humanos que precisa ser enfrentado por toda a sociedade.

Trocar brinquedos por alianças, tirar o direito de brincar e de sonhar e conceder responsabilidades que são de adultos significa roubar infâncias e, conseqüentemente, acarretar imensuráveis problemas para os futuros adultos e para toda sociedade.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).
- BRASIL. Lei n. 8.069, 13 julho. 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm).
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.1940. **Código Penal**. Brasília, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm).
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm).
- BRASIL. **Lei n. 11.340**, 7 agosto. 2006. Dispõe sobre Violência Doméstica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm).
- BRASIL. Projeto de lei nº 7119 de 15 de março de 2017. Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil.. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2125584>. Acesso em: 15 jan. 2026.
- BRASIL. TJDF. **Casamento infantil é proibido no Brasil**: conheça o impacto negativo na vida de crianças e meninas. Brasília, DF, out. 2025. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2025/outubro/casamento-infantil-e-proibido-no-brasil-conheca-o-impacto-negativo-na-vida-de-criancas-e-meninas>. Acesso em: 4 fev. 2026.
- CHILDHOOD BRASIL. **Casamento infantil e suas consequências**. 2020. Disponível em: <https://childhood.org.br/casamento-infantil-e-suas-consequencias>. Acesso em: 14 jan. 2026.
- CRC. **Comentário geral nº 20 (2016)** sobre a implementação dos direitos da criança durante a adolescência. 2016. Disponível em: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11). Acesso em: 12 jan. 2026.
- CRC. **Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Brazil**. 2015. Disponível em: <file:///Users/user/Downloads/G1524832.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2026.

- CRESTANI, Pillar Cornelli. **“Mocinha”**: uma análise do casamento infantil à luz da convenção internacional sobre os direitos da criança. 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/19658>. Acesso em 25 jan. 2026.
- DAVIS, Angela. Estupro, racismo e o mito do estuprador negro. In.: DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Trad. Regina Candiani. Boitempo: São Paulo, 2016.
- FERNANDES, Thaís Ferraz Rodrigues. **Enfim sós**. 2016. 80 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Faculdade de Jornalismo)–Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.
- GIRLS NOT BRIDES. 2017d. Disponível em: < <https://www.girlsnotbrides.org/child-marriage/brazil/> > . Acesso em: 10 jan. 2025.
- HADDAD, Emmanuel Gustavo. **O costume como parâmetro da aplicação da justiça e da criação da lei**. Revista Jus Navigandi, ano 12, nº 1315, fev. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9468/o-costume-como-parametro-da-aplicacao-dajustica-e-da-criacao-da-lei>. Acesso em: 22 jan. 2026.
- LAVILLE, Christian e DIONNE, Jean. **A construção do saber**: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas. Porto Alegre Artmed/Belo Horizonte: UFMG, 1999.
- LINS, Samuel Lincoln Bezerra; SILVA, Maria de Fátima Oliveira Coutinho da; LINS, Zoraide Margaret; Bezerra CARNEIRO, Terezinha Féres. **A compreensão da infância como construção sócio-histórica**. Revista CES Psicologia, Medellín, v. 7, n. 2, p. 126-137, 2014. Disponível em: [https://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2011-30802014000200010](https://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2011-30802014000200010). Acesso em: 4 fev. 2026.
- LOWENKRON, Laura. **Menina ou moça? Menoridade e consentimento sexual**. Desidades, Rio de Janeiro, v. 10, p. 9-18, 2016. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2318-92822016000100002&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2318-92822016000100002&lng=pt&nrm=iso). acesso em: 24 jan. 2026.
- MINIONU. **Casamento infantil e os direitos humanos**. 2017. Disponível em: <https://minionupucmg.wordpress.com/2017/06/14/o-casamento-infantil-e-os-direitos-humanos/> . Acesso em 15 jan. 2026.
- MUNIZ, Bianca. **Cartórios informaram ao IBGE 193 casamentos de menores de 16 anos em 2024, segundo instituto**. G1, 10 dez. 2025. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2025/12/10/cartorios-informaram-ao-ibge-193-casamentos-de-menores-de-16-anos-em-2024-segundo-instituto.ghtml>. Acesso em: 3 fev. 2026.
- NUNO, Isaura Liberal. **A proibição do casamento infantil como defesa dos direitos humanos** 2018. 106 f. Dissertação (Mestrado Profissionalizante em Direito Internacional e Relações Internacionais)– Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.
- ONUBR. **Na América Latina e Caribe, 23% dos casamentos aconteceram quando um dos parceiros era menor de idade**. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/na-america-latina-e-caribe-23-dos-casamentos-aconteceram-quando-um-dos-parceiros-menor-idade/>. Acesso em 15 jan. 2026.
- ONUBR. UNICEF: **25 milhões de casamentos infantis foram evitados em dez anos**. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/unicef-25-milhoes-de-casamentos-infantis-foram-evitados-em-dez-anos/> . Acesso em 15 jan. 2026.
- ONUMULHERES. **Banco mundial lança relatório sobre casamento infantil**. 2017. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/banco-mundial-lanca-relatorio-sobre-casamento-infantil/>. Acesso em: 10 jan. 2026.

- ONUNews. **Unfpa: 2015 terá 37 mil casamentos infantis por dia. 2015.** Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2015/02/1501981-unfpa-2015-tera-37-mil-casamentos-infantis-por-dia>. Acesso em: 15 jan. 2025.
- PLAN INTERNATIONAL BRASIL. **Documentário Casamento Infantil.** 2018. (22 min e 42 seg.). Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?reload=9&v=qIPAKKzNZ\\_w](https://www.youtube.com/watch?reload=9&v=qIPAKKzNZ_w). Acesso em: 30 dez. 2025.
- PLAN INTERNATIONAL BRASIL. **Tirando o véu – Estudo sobre casamento infantil no Brasil.** 2019. Disponível em: <https://plan.org.br/tirando-o-veu-estudo-sobre-casamento-infantil-no-brasil-2/> Acesso em: 10 jan. 2026.
- PISCITELLI, Adriana. Recriando a (categoria) mulher? In: ALGRANTI, Leila Mezan (org.). **A prática feminista e o conceito de gênero.** Textos Didáticos, Campinas, n. 48, p. 7-42, 2002
- PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. D. **Metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico.** 2ª. ed. Novo Hamburgo: Universidade Feevale, 2013.
- SANTOS, Vitória Brito. **Ela se juntou com um cara!** Um estudo sobre casamento de crianças no Brasil, comunicação e Direitos Humanos. 2017. 178 f. Dissertação (Mestrado em Diversidade Cultural e Inclusão Social)– Universidade Feevale, Nova Hamburgo, 2017.
- SILVA, Raiane Chagas da., LAVORATTI, Cleide. **Violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes.** 2020. Disponível em: <https://www.uninter.com/revista-humanidades/index.php/revista-humanidades/article/view/96> . Acesso em: 24 jan. 2026.
- TAVARES, Paula. **Casamento não é “coisa de menina”.** 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-casamento-nao-e-coisa-de-menina/> . Acesso em: 10 jan. 2026.
- TAYLOR, A.Y., LAURO, G., **Ela vai no meu barco:** Casamento na infância e adolescência no Brasil. Resultados de Pesquisa de Método Misto. Rio de Janeiro e Washington DC: Instituto Promundo & Promundo-US. Setembro 2015. Disponível em: <http://promundo.org.br/recursos/ela-vai-no-meu-barco-casamento-na-infancia-e-adolescencia-no-brasil/>. Acesso em: 14 de janeiro de 2025.
- TRIGUEIRO, Sheyla Martins. **O casamento infantil sob a ótica do comitê dos direitos da criança da ONU.** 2017. 80 f. Trabalho de Conclusão de Curso–Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.
- UN. **Rules of procedure adopted by the Committee at its sixty-second session.** 2013. Disponível em: < <http://www.undocs.org/CRC/C/62/3> > . Acesso em: 20 jan. 2026.
- UN News. **Notwithstanding the new information, girls have little to no education...** United Nations News, 2019. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2019/06/1039971#:~:text=Notwithstanding%20the%20new%20information%2C%20girls,have%20little%20to%20no%20education>. Acesso em: 07 fev. 2026.
- UNICEF. A Convenção sobre os Direitos da Criança. 2004. Disponível em: <[https://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2026.
- UNICEF. **A relevância perene da Convenção.** 2009a. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/sowc20anosCDC/cap1.html>>. Acesso em: 15 jan. 2021.
- UNICEF. **Direitos da Criança.** Disponível em: <<http://www.unicef.pt/artigo.php?mid=18101111>>. Acesso em: 10 jan. 2026.

UNICEF. **25 years of the Convention on the Rights of the Child**. 2014b. Disponível em:

<[https://www.unicef.org/publications/files/CRC\\_at\\_25\\_Anniversary\\_Publication\\_compilation\\_5Nov2014.pdf](https://www.unicef.org/publications/files/CRC_at_25_Anniversary_Publication_compilation_5Nov2014.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2026.

UNICEFBRASIL. **Nossas prioridades**. UNICEF no Brasil. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/pt/activities.html/>>. Acesso em: 20 Jan. 2026.

UNFPA. *Casamento infantil, uma infância interrompida*. UNFPA Brasil, 12 jan. 2026. Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/pt-br/news/casamento-infantil-uma-inf%C3%A2ncia-interrompida>. Acesso em: 3 fev. 2026.

VARIA, Nisha. **Meeting the Global Development Goals' Promise to Girls**. 2015. Disponível em: <<https://www.hrw.org/world-report/2016/ending-child-marriage>>. Acesso em: 13 jan. 2026.

## REFLEXÕES SOBRE A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO E A DESAXIOLOGIZAÇÃO DO DIREITO

### REFLECTIONS ON THE DECONSTITUTIONALIZATION AND DE- AXIOLOGIZATION OF LAW

*Hioman Imperiano de Souza<sup>1</sup>*  
Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba  
Universidade Estadual da Paraíba

#### RESUMO

Este artigo realiza uma ponderação ao movimento democrático neoconstitucional e à pan-axiologização, questionando a premissa de que todo o direito deva ser integralmente constitucional e baseado em princípios, buscando incomodar o pensamento e confrontar a falácia de que o direito se resume à Constituição ou, ainda, à decisão judicial. Argumenta-se que a constitucionalização excessiva dos ramos do direito, ao irradiar imoderadamente valores e princípios para todo o sistema jurídico, desvirtua o papel enxuto e basilar que a Constituição deveria ter, tratada em seu aspecto original. Reflete ainda sobre Carta de 1988 ser complexa, analítica e inflada com matérias não eminentemente fundantes do Estado. Essa constitucionalização desmesurada, por sua vez, leva à absorção de quaisquer matérias pelo Supremo Tribunal Federal, promovendo uma inflação processual desnecessária e ainda provocando este órgão de cúpula a exercer uma juristocracia, na qual o intérprete-jurisdicional se sobrepõe ao elaborador-constituente. Em um segundo momento, pondera-se sobre a pan-axiologização, que superestima os princípios, elevando-os a um grau de holisticidade capaz de afastar diretamente a aplicação de textos claros e expressos. Adverte-se que a criação ilimitada de princípios implícitos ou derivados confere uma margem amplíssima de arbítrio ao julgador, tornando a ciência do direito mais valorativa e subjetiva do que objetiva e descritiva. Sustentada pela ideia de uma constituição viva, essa vagueza principiológica subordina o sentido originário do texto à interpretação do decisor. Nessas reflexões, utiliza-se a pesquisa bibliográfico-documental, com revisão de doutrinas clássicas nacionais e estrangeiras, juntamente com o cotejo de decisões judiciais. O escrito conclui que a constitucionalização excessiva e a supervalorização dos princípios jurídicos devem ser contidas, sob pena de não se ter mais a lei como fonte primeva, mas princípios constitucionais, abalando a segurança jurídica em seu alicerce de previsibilidade e estabilidade, sendo, portanto, favor de inconfiabilidade social.

**Palavras-chaves:** Neoconstitucionalismo. Princípios. Democracia.

#### ABSTRACT

This article reflects on the neo-constitutional democratic movement and pan-axiologization, questioning the premise that all law should be entirely constitutional and

<sup>1</sup> Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Mestre em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, Escola Superior da Magistratura e Fundação Superior do Ministério Público. Professor efetivo do departamento de direito da Universidade Estadual da Paraíba e professor do curso de direito do grupo *Três Marias*. Membro do Tribunal de Justiça da Paraíba. E-mail: [hioman.imperiano@servidor.uepb.edu.br](mailto:hioman.imperiano@servidor.uepb.edu.br). <https://orcid.org/0000-0002-9437-549X>.

based on principles. It seeks to challenge thought and confront the fallacy that law is limited to the Constitution or even to judicial decisions. It argues that the excessive constitutionalization of branches of law, by immoderately radiating values and principles throughout the legal system, distorts the concise and foundational role that the Constitution should have, treated in its original aspect. It also reflects on the complexity, analytical nature, and the fact that the 1988 Constitution is inflated with matters not fundamental to the State. This excessive constitutionalization, in turn, leads to the absorption of any matter by the Supreme Federal Court, promoting unnecessary procedural inflation and causing this highest court to exercise a juristocracy, in which the judicial interpreter takes precedence over the constituent drafter. In a second stage, the text considers pan-axiological principles, which overestimate principles, elevating them to a degree of holistic capability of directly overriding the application of clear and explicit texts. It warns that the unlimited creation of implicit or derived principles grants the judge a very wide margin of discretion, making the science of law more evaluative and subjective than objective and descriptive. Supported by the idea of a living constitution, this vagueness of principles subordinates the original meaning of the text to the interpretation of the decision-maker. These reflections utilize bibliographic and documentary research, with a review of classic national and foreign doctrines, along with a comparison of judicial decisions. The text concludes that excessive constitutionalization and the overvaluation of legal principles must be contained, lest the law no longer be the primary source, but rather constitutional principles, undermining legal certainty at its foundation of predictability and stability, thus fostering social unreliability.

**Keywords:** Neoconstitutionalism. Principles. Democracy.

## INTRODUÇÃO

Captar a estrutura do direito, seja enquanto ciência social aplicada, seja enquanto ferramenta retórica de resolução de conflitos, está longe de ser uma atribuição de fácil cognição. Alie-se a isto as diversas correntes de pensamento que surgiram ao longo das eras, como ainda surgem diuturnamente, na tentativa de explicar efetivamente a composição e, mais ainda, a função desta complexidade chamada direito. Tal situação passa ainda por um complicador mais atual: que tudo quanto for jurídico deve igualmente ser constitucional; e tudo que seja constitucional deve também ser baseado em princípios.

Em um primeiro aspecto, pode-se elucubrar a impensabilidade da existência de outros ramos do direito desvinculada de uma matriz constitucional; em um segundo imaginário, remonta-se mais ainda a improbabilidade de se conceber a estruturação jurídica alheia à alicerces axiológicos/principiológicos; por fim, reputar-se-ia ainda mais absurdo vislumbrar a aplicabilidade do direito sem conferir expressões valorativas no momento de sua fundamentação e posterior efetivação. Estas reflexões fogem, escanteiam-se tanto aos bancos acadêmicos - estes tão destinados à fomentar

litigadores profissionais e/ou meros realizadores de provas - quanto à *praxis forensis* - cujo altíssimo volume de litígios apenas privilegia os cumpridores de metas, tratando-se os sintomas, não da causa da moléstia.

Pretende-se, neste escrito, incomodar criticamente o próprio pensamento, alfinetando-o no intuito de o fazer sair do próprio estado de morbidez e automatismo, perscrutando-se, por outra banda, respostas para a real necessidade de se persistir em um movimento neoconstitucional ou se, simplesmente, não bastaria compreender e aplicar o que não lhe seria mais tão novo, como sendo, apenas o constitucionalismo – cujos fatores históricos já são por demais complexos à sua própria formulação e manutenção.

Obviamente este trabalho se tornaria infundado se não buscasse adentrar em referenciais teóricos da bibliografia clássica, moderna e, para alguns, contemporânea (se é que de fato a história pode assim ser dividida) sobre a natureza do direito, suas bases, os alicerces constitucionais (se de fato há algum) dos princípios e a composição ou função destes últimos.

A jornada não é tão complexa ao ponto de não ser perceptível, notadamente porque o que é tão claro, passou a ser invisível aos olhos e o que seria imaginário se tornou completamente real. Vejamos, portanto, algumas necessidades tão outrora impensáveis como doravante necessárias.

## 1 SOBRE A NECESSIDADE DE SE DESCONSTITUCIONALIZAR

Direito civil-constitucional; direito penal-constitucional; direito processual-constitucional; direito tributário-constitucional; direito consumerista-constitucional; constitucionalização do direito de família; constitucionalização do direito autoral; direitos, constituição, constitucional. Tudo é constitucional. Muito mais que uma afirmativa, deve se perguntar: tudo realmente é/deve ser constitucional?

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares (Barroso, 2006, p. 11).

Parte-se do básico: o império das leis, *the rule of law*, tão aclamado no sistema (sobretudo ocidental) da *civil law*. Admitir que uma constituição seja a “lei maior” e, portanto, sob seu jugo deve se conduzir todo direito, por aí já se observa uma clara falácia argumentativa. O direito não se resume a uma constituição; o direito não se principia a partir de uma constituição; o direito decorre, antes de tudo, de uma decisão. Quem toma esta decisão? Como é tomada esta decisão? Qual o conteúdo desta decisão? Para Schmitt (1934):

Alle Gesetze, alle Normen und Rechtsauslegungen, alle Rechtssysteme sind im Wesentlichen Entscheidungen des Souveräns, und der Souverän ist nicht ein legitimer Monarch oder eine zuständige Autorität, sondern eben derjenige, der als Souverän entscheidet. Recht ist Recht, und Recht ist die Autorität, die über Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Recht entscheidet: "Auctoritas, non veritas facit legem" <sup>2</sup>.

Em primeiro lugar, a tomada de qualquer decisão é fruto de uma atividade cognitiva, pensada, refletida. Antes, imaginada, depois realizada. O processo decisório, quando envolve o direito, não é um fator de simplicidade racional. Entender o direito como, antes mesmo de existir, ser previamente uma decisão, implica em reconhecer, pois, que um determinado sujeito estruturou certa ideia mentalmente, exteriorizou-a tal qual pensada e, só então, teve a preocupação em efetivá-la. Entre a fase do pensamento e a da efetivação, há um interregno de reflexão pertinente apto a justificar o que se pensou e a fundamentar o que se irá efetivar.

A racionalidade requer um conhecimento completo e inalcançável das consequências exatas de cada escolha. Na realidade, o ser humano possui apenas um conhecimento fragmentado das condições que cercam sua ação, e ligeira percepção das regularidades dos fenômenos e das leis que lhe permitiram gerar futuras consequências com base no conhecimento das circunstâncias atuais (PEREIRA, et al., p. 263)

Por certo, esse trajeto, tão simplório à uma vista inicial, a despeito dos estudos neurológicos, psíquicos e biológicos que o envolve, aqui só há pertinência compreender quem de fato seria o responsável por percorrer este caminho à luz do que se entenderia por direito.

Sem muitas digressões e já traçando diretamente alguns possíveis sujeitos, teríamos: o legislador, o executor, o julgador. Há que impute tais personagens,

<sup>2</sup> “Todo o direito, todas as normas e leis, todas as interpretações de leis, todos os ordenamentos são substancialmente decisões do soberano, e soberano não é um monarca legítimo ou uma instância competente, mas exatamente aquele que decide como soberano. O direito é a lei e a lei é o comando que decide sobre controvérsias em torno do direito: "Auctoritas, non veritas facit legem" (tradução livre).

supostamente, a uma certa partição de poderes estatais cunhada – mesmo que primitivamente - por Aristóteles<sup>3</sup> de quem um subsequente barão francês teria mais detidamente explicitado de conferido, para muitos, como sua, uma afamada teoria tripartite na qual traria consigo ideais de equilíbrio e harmonia<sup>4</sup> (ideais estes completamente presentes, mas apenas no plano imaginário, de um Estado – tanto preconizado como “civilizado”<sup>5</sup>).

<sup>3</sup> Consoante Aristóteles: “Três são os gêneros da retórica: o deliberativo: o deliberativo (συμβουλευτικός), o judicial (δικανικός) e o demonstrativo (ἐπιδεικτικός). O discurso deliberativo visa persuadir o ouvinte sobre o futuro, isto é, a respeito do que deve ou não ser feito; o discurso judicial, sobre o passado, para aprovar ou condenar um fato que ocorreu como sendo justo ou injusto; o discurso demonstrativo, sobre o estado atual das coisas, para o elogiar ou censurar” (Cf. Rhet., I. I, c. III, §§ 1-4. Traduzido livremente do grego, vide ARISTÓTELES. **Arte Retórica e Arte Poética**, trad. port. de Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro, Ediouro, s/d..)

<sup>4</sup> “Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se junta ao executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo. Se houvesse tal união com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o judiciário se unisse com o executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2006).

<sup>5</sup> Como crítica racional ao modelo liberal-tripartido de poderes, Benjamin Constant elabora ao que parece uma teoria diferenciadora, ao que parece, mais racional e coerente ao seu tempo. “Ele faz o comentário à teoria da tripartição de poderes, afirmando que Montesquieu pode ter sido muito adequado em compreender a Inglaterra, mas que em uma situação como a francesa não adiantaria dividir em três poderes e criar freios e contrapesos teóricos. Ele afirma que, na França, a teoria não funcionava e não iria funcionar. Era preciso uma instituição concreta, capaz de conter a sociedade e todos os poderes constituídos. Esse seria o começo do Poder Moderador... O Poder Moderador se baseia na ideia de um poder neutro, afastado na política, como havia se desenvolvido na Inglaterra com o passar dos séculos. É um poder voltado à autoridade, nem tanto físico, de coerção, mas do respeito que a instituição real tinha... Constant chama ele de Poder Real, um poder afastado, um poder que se manifesta raramente, só em momento de crise e do qual se espera uma moralidade, no sentido de ter o respeito da sociedade, de ser uma fonte de estabilidade quando os poderes ativos estão agindo de maneira equivocada ou quando estão em conflito entre si... Benjamin Constant não cria quatro poderes, mas cinco, dividindo o poder legislativo em dois. O Poder Moderador fica um pouco acima dos demais poderes” (FELONIUK, Wagner. **Poder moderador: entre o pensamento de Benjamin Constant e o anteprojeto de Borges de Medeiros**. RIHGRGS, Porto Alegre, n. 156, pp. 217-237, julho de 2019, pp. 220-221). Cabe citar diretamente o próprio pensador: “...un pouvoir neutre est indispensable pour que règne la liberté. Ce pouvoir préserve ; de là, l'autre qualificatif que Constant lui donne : le pouvoir préservateur. Ce pouvoir est aussi un pouvoir neutre: il a pour objet essentiel de garantir le bon fonctionnement des institutions. Constant souhaite éviter le face à face inévitablement destructeur des fonctions législative et exécutive. De deux choses l'une en effet : soit les deux fonctions se déchirent sans fin, soit elles marchent à l'unisson, mais dans les deux cas au détriment de la Liberté” (“Um poder neutro é essencial para o reinado da liberdade. Esse poder preserva; daí o outro termo que Constant lhe atribui: o poder preservador. Esse poder também é neutro: seu propósito essencial é garantir o funcionamento adequado das instituições. Constant deseja evitar o confronto inevitavelmente destrutivo entre as funções legislativa e executiva. De fato, uma de duas coisas deve acontecer: ou as duas funções se destroem indefinidamente, ou trabalham em uníssono, mas em ambos os casos em detrimento da liberdade” – tradução livre) (Cf. CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique**, in id., *Écrits politiques*, p. 327, 335 e \_\_\_\_\_. **Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays.**, VIII, 3, p. 373. Vide FELDMAN, J.-P. (2008). **Le**

Suponho que fosse o legislador, ele, o verdadeiro responsável pela tomada de decisão de criar o direito. A atividade criativo-legislativa implica, indispensavelmente, no reconhecimento de inovação de um novo regramento no mundo jurídico, é dizer: quem legisla cria; quem cria inova; quem inova o faz prospectivamente. Ocorre que, se de fato ao agente legislativo coubesse este ato divino de criação, por consectário lógico, apenas o próprio criador poderia extirpar o objeto de sua criação, a saber: um direito criado só pode ser eliminado por outro direito, fruto de uma mesma ação do sujeito criador. Seria um pensamento coerente, lógico e equilibrado, se não houvesse um co-agente<sup>6</sup>.

Seu irmão univitelino, o executor, poderia, porém, conclamar para si a mesma atribuição criativa. Neste sentido, ele mesmo criava o direito e o poria em prática, executando comandos por ele próprio elaborados. Em uma situação como esta, talvez não se enxergasse bem se a regra de conduta fixada seria apenas para o momento presente ou se serviria ao futuro, posto que a execução implica em atenção ao hodierno, mesmo sabedor de consequências posteriores.

Por último (talvez propositadamente), o terceiro gemelar: o julgador. Imputando-se a este o papel criativo do direito, até mesmo sem o próprio direito, a atividade para qual foi destinada estaria sofrendo um “leve” desvio de finalidade, afinal, para se dizer o direito no caso concreto, pressupõe-se a existência antecedente do direito a fim de efetivá-lo no conseqüente fático<sup>7</sup>.

**constitutionnalisme selon Benjamin Constant.** Revue française de droit constitutionnel, 76(4), 675-702. <https://doi.org/10.3917/rfdc.076.0675>.)

<sup>6</sup> A respeito de um protagonismo legislativo, cabe um breve destaque no que tange a uma expressão denominada “ativismo legislativo” ou, mais modernamente conhecida como “efeito backlash” (“ativismo congressual”). A nomenclatura inglesa diz respeito a uma reação contrária (“vingativa”) por parte do poder legiferante em relação à atuação jurisdicional – em verdade, uma revanche de cunho político / retaliação interpoder. Hirschl (2009, p. 168) menciona que tal contra-ataque manifesta-se por meio de determinadas formas de retaliação, que podem ocorrer em várias “frentes”: a revisão legislativa de decisões com vistas a assegurar a indicação de juízes “obedientes” e/ou bloquear a indicação de juízes “indesejáveis”; tentativas de se “preencher o tribunal”.

<sup>7</sup> Neste ponto, embora não seja o foco deste escrito, é inegável a cientificação do “ativismo judicial” tão em voga nos últimos anos, sobretudo, em solo brasileiro. Cappelletti (1993, p. 20), já percebia este fenômeno voltado a uma criatividade excessiva da atividade judicante, na qual o julgador passa de um simples intérprete-aplicador normativo à uma postura mais atividade de seu exercício primitivo. Em termos detidamente nacionais, pode-se fixar como marco relevante desta circunstância o período pós-segunda guerra e pós promulgação da Constituição Federal de 1988 com a suposta “redemocratização” – face a um texto constitucional extremamente programático e garantista, no qual sua efetividade normativa careceria de uma implementação que, como não veio do poder legislativo (em razão de uma alegada mora legislativa), passou a vir do poder judiciário (tendo por justificativa a implementação efetiva de direitos fundamentais).

Quem, afinal, dos três, teria a atribuição de criar o direito ? Antes de apontar a quaisquer deles, há que se questionar, porém, quem os criou. Afinal, alguém tomou uma decisão inicial de criar os referidos “três poderes”; alguém deu origem aos trigêmeos e, se se admitir que este alguém foi o “Estado”, novamente há de se perquirir quem teria criado este Estado.

Percebe-se, de forma evidente, um certo zeeteticismo neste caminhar – talvez um pensamento circular ou solipsista -, mas sua resposta é justamente o foco daquele que é ou que seria: o “tomador da decisão inicial”. Para uns, é fácil sustentar ter havido um pacto a nível social (como preconizam, em geral, os contratualistas das ciências políticas, dentre os quais Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau), afinal, a despeito de nunca terem sentado à mesa, nunca terem ouvido qualquer cláusula ou mesmo nunca terem assinado (mesmo que à rogo) tal pactuação, repetir o que é repetido, reproduzir o que é reproduzido não se mostra tão árduo como pensar as razões desta repetição improdutiva.

Em um sistema de governo monárquico-absolutista, a confiança depositada pelo povo na família real é que a legitima para, em nome de um, concentrar a tríplice atribuição (legislando, executando e julgando)<sup>8</sup>; já em uma modalidade parlamentarista com a partição visível dos poderes, o governante se entrelaça ao(s) legislador(es) em busca de uma coalisão majoritária para proporcionar a governabilidade, cuja atividade se afasta daquela própria de julgamento<sup>9</sup>; sob uma vertente presidencialista, caberia ao presidente o ônus do governo e da representação internacional, ao passo que bem definidas (em tese) estariam as atividades dos outros dois poderes<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Vale lembrar que a monarquia absoluta possui raízes bem anteriores ao modernismo, remontando ao período do classicismo romano, notadamente entre os anos 284 d.C. e 565 d.C., ocasião em que o modelo político denominado “principado” (iniciado por Augusto) – notabilizado por integrar uma estrutura republicana – foi suplantado por um outro que não tinha muita atração às formas político-administrativo-constitucionais de uma *res publica*. Denotou-se, deste resultado, como observado por Marchi (2006, p. 82), um regime ditatorial, com um poder absoluto e ilimitado concentrado nas mãos de um monarca: é a Autocracia ou Dominato, também denominada de monarquia absoluta (ou absolutismo monárquico).

<sup>9</sup> Daí se rotular o parlamentarismo como um típico regime de partidos, sendo de fato um “governo de gabinete”, vez que uma expressiva comissão representativa pressionaria a unipessoalidade executiva (FRANCO, 1984, p. 7).

<sup>10</sup> Observa Cornélio Pimenta (1985, p. 37) que o presidencialismo, em suma, ante a maior dependência do legislativo ao poder executivo, autoriza a manutenção do sistema isolado de facções políticas (diferente do parlamentarismo que valoriza os programas ideológico-partidários).

Ao que parece, uma decisão (sendo uma linguagem) quando parte de um único sujeito tende a ser melhor disseminada do que quando é deflorada por mais de um, afinal, nem toda comunicação é perfeitamente compreendida se plúrimos são seus emissores e mais variados ainda seus destinatários. A linguagem/decisão possibilita dar o poder ou tirar o poder de toda a discriminação e indiscriminação, sendo o princípio de continuidade e manutenção para toda diferenciação e/ou indiferenciação (*vide* Wittgenstein, 2014). Priorizar a decisão em um, seria, pois, mais sensato. O único decididor, neste diapasão, proporcionaria o ato primevo da criação, tornando-se base para tudo o que for criado. Atribuíamos como produto desta atividade justamente o seguinte documento: constituição. O antes apenas idealizado, agora começa a se formar, isto é, temos um único sujeito que, a partir de sua decisão (e não assemblear), resolve promover a criação constitucional, nela incluídos os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Seria, desta forma, neste documento constitucional que se fixariam as bases do que o decididor instituiria como “Estado”. Vê-se, neste processo criativo, que apenas e tão somente alicerces estruturantes de um Estado é que estariam contidos no denominado “texto constitucional”, *nec plus ultra*. A razão não seria outra: concentrar em um documento único as bases estatais, não importando a forma de estado, o regime ou o sistema de governo, pois, havia um diploma suscinto, sintético e basilar.

Não é, contudo, o que se observa em terras *tupiniquins*. O Brasil, tão acostumado a padrões burocráticos e mal engendrados de governança, preferiu o caminho oposto (piorado com a implantação da *res-republica*): em uma assembleia, sob o falso arrogo de uma demagógica democracia, elaborou-se um documento complexo, analítico e extremamente flexível cujo nome foi dado em 5 de outubro de 1988 de “Constituição Cidadã”. O resultado era, a médio e longo prazo, deveras previsível: uma obra estatal reiteradamente modificada e modificável (ainda havendo quem denomine a constituição brasileira de “rígida”<sup>11</sup>); diversas matérias que não dizem respeito à formação estatal inflando o texto constitucional; completa inefetividade de objetivos e/ou programas estatais (e não meramente

<sup>11</sup> Em termos sintéticos, podemos citar Pontes de Miranda (2013, p. 2) para esclarecer que a técnica da rigidez constitucional significa quando há um menor grau de mutabilidade (ou imutabilidade teórica) da Constituição, tendo sido, em parte, uma invenção técnica dos Estados Unidos da América – consubstanciando-se uma técnica de defesa da Constituição.

governamentais); crises e interferências entre os poderes constituídos; insatisfação popular face ao descrédito das instituições públicas, *et catervas*.

Para agravar essas externalidades constantemente internalizadas, tende-se, sem cessar, a utilização de um discurso completamente vago, impreciso e abstrato: analisar o direito à luz da Constituição. Uma vez persistindo neste papel, a presunção é única: se todo o direito deve ser lido com base no texto constitucional, para que haver a divisão jurídica em diversos ramos? É suficientemente, pois, apenas um único: o direito constitucional, pois, tudo o que ele for extraído estará em plena harmonia com o “Texto Maior”. Paradoxalmente, contudo, os neoconstitucionalistas<sup>12</sup> buscam trazer valores não constitucionais ao texto constitucional, mesmo sem nada haver escrito neste patamar, chegando ao ponto de criar “princípios implícitos” – uma ferramenta por demais estranha e arbitrária, conforme veremos em tópico vindouro.

A partir do momento que se “constitucionaliza” algum direito, valendo-se de valores supostamente insertos em parágrafos da Constituição, quem assim o faz acaba por conferir um aspecto constitucional a algo que nunca o foi. O que há de constitucional nos contratos ? (alguns diriam: a boa fé, que levaria à função social e à dignidade humana, esta escrita na Constituição); o que há de constitucional na aplicação de uma pena ? (alguns bravejariam: toda pena deve estar prevista em lei e isto, por sua vez, é um mandamento constitucional expresso); o que há de constitucional nas relações trabalhistas? (alguns verborragem: trata-se de uma

<sup>12</sup> “...o termo e o conceito de neoconstitucionalismo são frutos, sobretudo, do trabalho de alguns teóricos da escola de Gênova: Suzana Pozzolo pela invenção do termo: Mauro Barberis pela sua redefinição; Riccardo Guastini pela elaboração de um conceito intimamente interligado ao precedente, o conceito de constitucionalização; Paulo Comanducci e Tecla Mazzarese por algumas das análises meta teóricas mais aprofundadas do argumento. É o caso de avisar desde já, contudo, que nenhum desses estudiosos adere ao neoconstitucionalismo: ao contrário, trata-se freqüentemente de seus críticos mais ferozes. Nos escritos dos teóricos genoveses, todavia, o termo ‘neoconstitucionalismo’ faz a sua aparição nos fins de 1990, para indicar teorias (cognitivas) e doutrinas (normativas), por um lado críticas do positivismo jurídico, por outro lado não inteiramente redutíveis ao tradicional jusnaturalismo. O termo talvez tenha sido usado pela primeira vez em uma comunicação de Suzana Pozzolo no XVIIIº Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, acontecido em Buenos Aires, em 1997, e depois publicada em Doxa (POZZOLO, 1997). Nessa conversação, e no livro consecutivo intitulado Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico, a autora usa ‘neoconstitucionalismo’ para indicar, sem compartilhá-las, uma série de teses intermediárias ao jusnaturalismo e positivismo jurídico apoiadas por autores como Robert Alexy, Carlos Nino e Gustavo Zagrebelsky ... O neoconstitucionalismo foi redefinido pelo subscritor como teoria ou doutrina do direito intermediária ao jusnaturalismo e positivismo jurídico. O jusnaturalismo sustenta a tese da conexão necessária, o juspositivismo a tese da separabilidade, o neoconstitucionalismo a tese da interligação necessária entre direito e moral limitadamente aos Estados constitucionais, ou constitucionalizados: Estados caracterizados especialmente pela rigidez constitucional pelo controle de legitimidade constitucional das leis”. (BARBERIS, Mauro. **Neoconstitucionalismo**. Revista Brasileira de Direito Constitucional - Nº7 - Jan/Jun 2006 - Vol.1, pp. 19-20).

relação humana que deve obedecer a padrões salariais e jornadas de trabalho adequadas, ligando-se, portanto, diretamente a própria dignidade humana escrita constitucionalmente).

A resposta para todas essas perguntas é a mesma: há de constitucional nessas matérias o mesmo que há no § 2º, do artigo 242, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”. Absolutamente nada. Ou se mantém uma constituição enxuta, apenas com matérias eminentemente constitucionais ou, com esse movimento contorcionista neoconstitucional, teremos uma: constituição civil; constituição penal; constituição processual; constituição empresarial; constituição tributária; constituição ambiental; constituição consumerista...

Afinal, o que seriam essas “matérias eminentemente constitucionais”? Não é um questionamento recente, nem muito menos sua resposta é atual. Seria, por outro lado, bem mais crível apresentar uma resposta negativo-residual, é dizer: o que não seria matéria constitucional. Benjamin Constant (2005, p. 295), desde o século XVIII, preconizava que “*tudo o que não se refere aos limites e às atribuições respectivas dos poderes, aos direitos políticos e aos direitos individuais não faz parte da Constituição*”.

Em suma, a simplicidade é redundante nela mesma: um único sujeito, ao definir o que decidiria, assim o fazia criando um documento chamado Constituição, na qual estariam matérias sintéticas e eminentemente fundantes de um Estado, incluindo (ou não) o particionamento de poderes. Feito isto, todos os demais ramos do direito não seriam constitucionalizados, mas apenas gozariam de sua plena autonomia, nos limites de criação trazidos pelo texto *mater*.

Vale salientar que um dos principais efeitos em se admitir esta rotina neoconstitucional é que o Supremo Tribunal Federal acaba por absorver matérias de qualquer natureza, constitucional ou não, afinal: tudo é derivação constitucional e, por tal razão, à guisa do artigo 102 da Constituição de 1988, a Suprema Corte se infla diariamente de demandas/recursos cujos temas ultrapassam uma razão

constitucionalista<sup>13 14</sup>. Aliás, neste prisma, percebe-se, em verdade, que o tal guardião acaba recebendo muito mais atribuições do que a mera guarda, desvirtuando o próprio figurino ou *script* originário. A reflexão feita por Carl Schmitt (2007, p. 3) é (atemporalmente) salutar, quando questiona o que a justiça pode fazer, em geral, para a proteção da Constituição e do quanto é possível organizar, em seu território, instituições especiais, cujo sentido e finalidade sejam a segurança ou a garantia da Constituição.

Por certo, a fim de manter a coerência do texto constitucional, além de sua originalidade quando do momento de seu surgimento, não é crível que seus observadores e aplicadores a interpretassem ao bel prazer. Admitir uma multiplicidade interpretativa que fuja da literalidade das palavras é, sob um aspecto deveras lógico, irromper as limitações já fixadas na própria textualidade. Aliás, esta também é a ginástica promovida pelo neoconstitucionalismo quando busca incessantemente formular contextos inexistentes no texto (constitucional) para, sob uma justificativa valorativa-humanitário-social, amalgamar razões imaginárias.

Il faut entendre par « originalisme » une théorie de l'interprétation de la Constitution, qui prend le contre-pied de la méthode d'interprétation pragmatiste, créative... les tenants de l'originalisme recommandaient une interprétation littérale de la Constitution, et de s'en tenir à son texte (KIRAT; MARTY, p. 5)<sup>15</sup>

the meaning of the constitutional text is fixed at the time each constitutional provision is framed and ratified. ... When public meaning originalists refer to "meaning," they are talking about the communicative content conveyed by the constitutional text. What is communicative content? The words and phrases

<sup>13</sup> Vale frisar que o artigo 23, do mesmo texto constitucional reproduz o seguinte: "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;"

<sup>14</sup> Conforme extraído do próprio site do Supremo Tribunal Federal do ano 2020: "...Dados do dia 25 indicam que 12.789 processos originários tramitam no STF, enquanto que as classes recursais extraordinárias marcam o quantitativo de 12.330 processos" (<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=456175&ori=1>, acesso em 11.jan.2026); Naturalmente o impacto é sobre todo o poder judiciário brasileiro, não apenas na Suprema Corte, como se vê de notícia veiculada pelo Conselho Nacional de Justiça no ano 2024: "...Quase 84 milhões de processos em tramitação, distribuídos por 91 tribunais (mais de 80% na Justiça Estadual), passam nas mãos de 18 mil juízes e 275 mil servidores brasileiros para serem solucionados. Um índice de judicialização que não para de crescer e que chegou, em 2023, a 35 milhões de novos casos, um aumento de quase 9,5% em relação ao ano anterior. Os dados compõem o Relatório Justiça em Números 2024 (ano-base 2023), elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e apresentado nesta terça-feira (28/5), na 2ª Sessão Extraordinária de 2024, pelo presidente do CNJ, e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Luís Roberto Barroso". (<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2024-barroso-destaca-aumento-de-95-em-novos-processos/>, acesso em 11.jan.2026)

<sup>15</sup> "Por 'originalismo' entendemos uma teoria de interpretação constitucional que adota uma abordagem oposta ao método pragmático e criativo de interpretação... os defensores do originalismo recomendavam uma interpretação literal da Constituição, aderindo ao seu texto" (tradução livre).

that make up the text consist of concepts (SOLUM, BARNETT, 2025, pp. 4-5)<sup>16</sup>

Descabe, porém, neste escrito, discorrer sobre quem seria o intérprete constitucional ou como a atividade hermenêutica seria desempenhada. Ponto é que, o sentido textual das palavras contidas na Constituição deve, ou ao menos deveriam, ser mantidos, desprovidos de divagações, miragens e outros ilusionismos retóricos, afinal *in claris cessat interpretatio / in claris non fit interpretativo*.

## 2 PAN-AXIOLOGIZAÇÃO: A MUSA INSPIRADORA NEOCONSTITUCIONAL

Princípios. É impertinente neste instante divagar sobre os diversos significados desta palavra. Entretanto, para as ciências jurídicas, há algumas certezas: os princípios servem como fontes criativas do direito; para serem guias interpretativos; para atuarem como vetores na resolução de antinomias; para fundamentar textos normativos expressos; para, ainda, realizar preenchimento de lacunas<sup>17</sup>.

Não se olvida, pois, acerca da importância da principiologia, da axiologia<sup>18</sup>. Porém, superestimar os princípios, elevando-os a um grau de tamanha holisticidade que abarque tudo e todos no mundo do direito, que tenham sua atuação amplificada ao ponto de afastar a aplicação de textos claros e expressos, é neste particular que nas ciências jurídicas se acaba pondo em cheque seu aspecto epistemológico-dogmático face a uma potencialização valorativa extrema da abstração axiológica. Mais uma vez, por que não conferir aplicabilidade real à parêmia latina “*in claris cessat interpretativo*”?

<sup>16</sup> “O significado do texto constitucional é fixado no momento em que cada disposição constitucional é elaborada e ratificada. ... Quando os originalistas do significado público se referem a “significado”, estão falando sobre o conteúdo comunicativo transmitido pelo texto constitucional. O que é conteúdo comunicativo? As palavras e frases que compõem o texto consistem em conceitos” (tradução livre).

<sup>17</sup> “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro LINDB)

<sup>18</sup> Do grego aksiólogos, significando o ramo do conhecimento que tem por objeto o estudo da noção de valor em geral (DICIONÁRIO MICHAELIS, < <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=qM2Z> >, acesso em 11.jan.2026).

Alguns expoentes do idealismo (forma: como Kant; material: como Fichte, Schelling, Hegel) jurídico como Rudolf Stammler<sup>19</sup> e Hans Kelsen<sup>20</sup>, tendem a romantizar o direito, tratando-o como mero arcabouço de ideias vagas, abstratas que, após muito esforço interpretativo, buscam nos princípios as razões-de-ser de todo o complexo normatizador e neles fundamentam todo um ordenamento generalista por vezes desprovido do conhecimento acerca das verdadeiras consequências práticas de sua aplicação.

Como se não bastasse dizer que “tudo é constitucional”, igualmente se proclama que “tudo é baseado em princípios”, ou seja, que os princípios estariam em cada passo do direito quase que na mesma proporção de grãos de areia dispostos nas orlas marítimas. Este tipo de raciocínio leva, contudo, a alguns infortúnios:

O primeiro deles, seria uma margem ilimitada de criação, adaptação, reformulação. Isto porque, bastaria (mais um) o argumento coringa de que: “trata-se de um princípio implícito” ou “claramente é um princípio derivado de” para se concluir não apenas a existência do princípio mas, o que é ainda mais grave, sua aplicação desmedida e derivações infinitas. Em termos práticos, podemos simplesmente dizer, *verba gratia*, que há um “princípio da digitação rápida” (no momento que este artigo está sendo digitado), embora não previsto expressamente, seria - incrivelmente para muitos - decorrente do “princípio da valorização do trabalho” que, por sua vez, derivaria do “princípio da dignidade da pessoa humana”, estes últimos com previsão expressa no texto constitucional brasileiro (artigos 1º, III, e 170, ambos da Constituição Federal de 1988). A inspiração criativa varia, pois, de acordo com o momento e o sujeito inspirado.

<sup>19</sup> “Para Stammler, el derecho es diverso de la justicia, porque el primero resulta de uma espécie de categoria del entendimiento práctico, la de ‘deber ser’; mientras que la justicia es una idea de esa misma razón práctica; es decir, un ideal orientador, una ‘estrella polar’ que debería dirigir toda creación del derecho, pero que en su pureza es inalcanzable... Por eso, para Stammler, pudiese haber, y hay, derechos injustos, que son, sin embargo, perfectamente derecho”; “Para Stammler, a lei difere da justiça porque a primeira resulta de uma espécie de categoria de entendimiento práctico, a do “dever ser”; enquanto a justiça é uma ideia dessa mesma razão prática; ou seja, um ideal orientador, uma “estrela do norte” que deveria guiar toda a criação da lei, mas que, em sua pureza, é inatingível... Portanto, para Stammler, pode haver, e há, leis injustas que, no entanto, são perfeitamente lei.” (tradução livre) (CASAUBON, J. A. Consideraciones sobre el idealismo jurídico [en línea]. Sapientia. 1982, 37 (144). Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/14644>, p. 139, acesso em 11.jan.2026)

<sup>20</sup> “...en la primera edición de su famosa obra Teoría Pura del Derecho... Kelsen sostenía que el derecho no pertenecía a las ciencias del ‘ser’ (ciencias naturales y físico-matemáticas), sino, junto con la moral, a las del ‘deber ser’ (ciencias del espíritu)” ; “...na primeira edição de sua famosa obra Teoria Pura do Direito... Kelsen sustentou que o direito não pertencia às ciências do ‘ser’ (ciências naturais e físico-matemáticas), mas, juntamente com a moral, às ciências do ‘dever ser’ (ciências do espírito)” (tradução livre) (Ibid).

Nota-se que, literalmente, qualquer assunto do conhecimento humano (ou não) pode ser tido como “princípio” e mais intrigantemente, “princípio jurídico”. Se não há uma decisão firmemente fulcrada em textos expressos, lance-se um princípio que dê suporte e ela terá uma nova feição, uma nova norma jurídica – até mesmo (para alguns) bem mais constitucional. Aliás, deveras questionável a vetusta classificação normativa em “normas-regras” e “normas-princípios”, como se houvesse uma pompa às estas últimas (conferindo-lhes um ar aristocrático, regencial e holístico) em detrimento daquelas primeiras (meras construções derivadas criadas para o caso concreto). Haveria, pois, limites no reconhecimento ou criação de princípios jurídicos? Se existem diretrizes no plano das ideias que servem ao criador, operador e aplicador do direito e que rotineiramente são utilizadas como premissas normativas, por que simplesmente não elaborar um ordenamento jurídico apenas composto de princípios? Afinal, eles tudo solucionariam e o melhor, seriam totalmente oneráveis<sup>21</sup>, pois coexistiram entre si inexclusivamente, assegurando quiçá uma justiça mais politicamente ética e humanizada<sup>22</sup>.

Em verdade: fruto da vagueza e abstração de um princípio, o seu destinatário pode interpretá-lo da maneira que lhe convier e isto, por sua vez, não é um fator de segurança jurídica, ao contrário, é uma causa desestruturante do próprio direito, o qual, em tese, teria como uma de suas funções a resolução de controvérsias e a inevitabilidade de tantas outras correlatas.

A despeito desta reflexão, ainda assim o que se revela nas últimas décadas é o manejo principiológico não mais como mera razão justificadora na tomada de decisão, mas verdadeiramente como razão fundante dela própria, cuja ausência afetaria até mesmo seu núcleo existencial no interior do ordenamento. Neste espectro, pertinente seria até mesmo imaginar a existência de um positivismo axiológico frente ao puramente normativo ou clássico<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> A ponderação, ou “técnica da ponderação” foi melhor examinada por Robert Alexy, o qual examina os motivos das normas em conflito no caso concreto. Perquire-se analisar se existem motivos suficientes para que certo princípio receba tratamento prioritário face outra norma tutelada e colidente. Segundo Alexy, o corolário da técnica ponderativa é que ante a presença de uma condição precedente, esta prescreve a consequência jurídica do princípio que há de prevalecer (Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008).

<sup>22</sup> Sobre a expressão “justiça política”, recomenda-se especificamente: HÖFFE, Otfried. **Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado**. Trad. Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

<sup>23</sup> Cf. COMTE, Auguste. **Discurso sobre o espírito positivo**. Trad. Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Lafonte, 2020 e BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 2006.

Novamente: em hipótese alguma se pretende minimizar a relevância e a importância dos princípios nas ciências jurídicas, absolutamente. Contudo, o que se pode inferir de concreto é que o movimento neoconstitucionalista se vale muito mais da vagueza axiológica do que a clareza regravativo-normativa, notadamente quando se trata da aplicação de “princípios implícitos” ou “princípios decorrentes”, como acima expendido – denotando-se, pois, um padrão de onipresença principiológica.

Afinal: vive-se sob o império das leis ou dos princípios? A lei, *stricto sensu*, é ou deve ser clara, precisa, concreta, real, específica, escoreita, completa; o princípio é abstrato, genérico, vago, impreciso, ideal, imaterial, incompleto. Prevaler a axiologia ante a legalidade é priorizar o aumento de perguntas e não a produção de respostas; é estimular os litigantes a constantes inovações na invocação de ditames extraídos de sua própria imaginação (pré-positiva), para, ao final, ser conferido “força de lei” por meio das decisões judiciais; é deixar ao arbítrio do decisor amplíssima margem de escolha na produção de efeitos sem uma uniformidade temporal-material (na qualidade de criador pleno); é valorizar o incriado face ao existente.

Talvez o sustentáculo desta atuação pan-principiológica do neoconstitucionalismo seja a ideia de uma “constituição viva”. Esta que seria uma formatação histórica na qual há a imperiosidade de sempre se adaptar não o texto, mas a interpretação da constituição ante os novos paradigmas sociais - inculcando princípios (muitas vezes sequer previstos) - porém, no intuito de assegurar um suposto progresso.

the greatest defect of the Living Constitution—its total reliance on the subjective moral and philosophical preferences of nine unelected lawyers who serve on the Supreme Court—is its incompatibility with the rule of law, “the very principle that legitimizes judicial review of constitutionality.” The Living Constitution, which evolves to mean whatever the Supreme Court thinks it ought to mean at any given time, is the rule of man, not the rule of law (Duncan, 2016, p. 17)<sup>24</sup>.

Conceder “vida” à uma Constituição e a princípios dela extraídos é, indubitavelmente, uma concepção valorativa, afinal, a vitalidade constitucional subjaz no grau social subjetivo de sua aceitabilidade/valoração coletiva. À pretexto desta

<sup>24</sup> “O maior defeito da Constituição Viva — sua total dependência das preferências morais e filosóficas subjetivas de nove advogados não eleitos que atuam na Suprema Corte — é sua incompatibilidade com o Estado de Direito, “o próprio princípio que legitima a revisão judicial da constitucionalidade”. A Constituição Viva, que evolui para significar o que a Suprema Corte achar que deve significar em determinado momento, é o governo do homem, não o Estado de Direito” (tradução livre).

vivificação constitucional, olvida-se o sentido originário do próprio texto, relegando-o a uma mera elaboração gramatical-legislativa da qual o ator principal passa a ser não mais seu elaborador-constituinte (legislador)<sup>25</sup>, senão doravante o seu intérprete-jurisdicional: o julgador.

Somem-se, pois, os seguintes fatores: texto escrito, desprezo da semântica original, subordinações principiológicas inesgotáveis, aplicabilidade judicial ilimitada. O produto não pode ser outro senão: decisões judiciais como fontes primárias do direito fundamentadas em princípios (de duvidosa existência constitucional). O império não da lei - que seriam produzidas pelos representantes do povo democraticamente eleitos -, mas das sentenças, das decisões monocráticas, dos acórdãos judiciais fulcrados em axiomas universais. Eis a *juristocracia* em lugar da democracia<sup>26</sup>.

Frisa-se, tempestivamente, que o uso imoderado de princípios (paradoxalmente, vez que o dos princípios tão aclamados se chama “proporcionalidade-razoabilidade”), e de conceitos abertos, descarrila em uma expansão interpretativa do poder judiciário, substituindo inclusive, em certos aspectos, a vontade popular (dirigida aos seus representantes eleitos) por decisões judiciais, fazendo ainda gerar certa supremacia do judiciário face aos demais poderes constituídos.

Infere-se, portanto, que a hipervalorização dos princípios no ambiente jurídico torna a ciência muito mais valorativa que descritiva ou empirista; bem mais subjetiva que objetiva; muito mais ainda incerta e mística que concreta ou naturalista. Do modo como são endeusados pelo neoconstitucionalismo, os princípios são, desta forma, bem menos ciência e bem mais valores, cabendo-lhes uma destinação tão infinita

<sup>25</sup> Tanto se menospreza a chamada interpretação ou método gramatical, quando em verdade, a compreensão linguística, sintática e semântica são mais que suficientes à extração de resultados e proposições para a solução de casos concretos. Afinal, toda interpretação parte e chega da compreensão das palavras.

<sup>26</sup> Neste ponto cabe invocar um dos principais autores da corrente realista do direito, Alf Ross (2000, pp. 77 e 82), evidenciando que “*um ordenamento jurídico nacional é um corpo de regras concernentes ao exercício da força física...temor e respeito, os dois motivos que caracterizam a experiência do direito, estão reciprocamente relacionados*” (in: **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2000). O que é real é a decisão judicial; só ela é o legítimo direito válido, lastreado pela força (física) ao seu efetivo cumprimento. O “cumpra-se”, típico dos comandos jurisdicionais, nunca foi tão relevante como para os realistas e os juristocratas neoconstitucionais do século XX. À pretexto dessa atuação, infere-se que tudo pode ser judicializado (ou justiciável) quando se trata, por exemplo, do argumento de proteção democrático-institucional – a título exemplificativo e comparativo: em Israel, a Corte Suprema (tendo Aharon Barak ex-presidente da Suprema Corte israelita de 1995 à 2006), acima do Parlamento local, à luz, grande parte, do princípio da razoabilidade, já assim procedia; na Índia há diversos casos em que juízes passaram a invalidar emendas constitucionais com base em princípios não escritos (“doutrina da estrutura básica”); no Paquistão, a Suprema Corte derrubava governos e interferia diretamente na política cotidiana com base em “princípios abertos”.

quanto inconsistente. Ou se retorna ao *rule of law*, ou se encaminhará ao *rule of principles* (inobstante atualmente se constate mais um *rule of the Court*), o que não seria (ao menos não deveria ser) em nada congruente como o sistema da *civil law* adotado em território tupiniquim.

## CONCLUSÃO

A reflexão expendida neste escrito mobilizou, talvez, do cômodo estaticismo inconsciente, duas pedras-angulares da ciência do direito em território nacional: o movimento neoconstitucionalista e a pan-principiologização. É dizer, em termos, o seguinte: a constitucionalização e a aplicação desmesurada de princípios devem ser debreadas ou não mais teremos a “lei” como fonte primeva do direito, senão princípios constitucionais, o que, de certa maneira, em razão da vagueza e abstração inerente a ambas as expressões, a segurança jurídica (tão aclamada e esperada) será fortemente abalada em seu duplo alicerce: previsibilidade e estabilidade.

Enfatizou-se não a descredibilidade do direito constitucional, muito menos o escanteamento de valores ou princípios jurídicos, mas, tão somente, que o verbo “constitucionalizar” sofresse contenção e a supervalorização de princípios fosse mitigada face ao já existente ordenamento jurídico positivo.

Promoveu-se, ao contrário do que se possa pensar, uma melhor sensibilização do que venha a ser ciência (do direito) em seu aspecto descritivo e também prescritivo, em sua faceta teórica e pragmática, ademais, sobretudo, em seu fator de eficácia e efetividade. A ideia de se realizar um controle, por exemplo, de eficaciabilidade de decisões judiciais ultracriativas que transbordam os limites da originalidade textual; de tentar vislumbrar um contexto mais racional no qual haveria um balizamento interpodere a partir de um sujeito ou instituição equilibradora. Ambas as reflexões servem apenas a um propósito, qual seja, o de que buscar assegurar melhor aplicabilidade jurídica e projetar confiabilidade social.

Portanto, a despeito dos possíveis ruídos provocados por estas palavras ou mesmo do manejo cognitivo antissistema porventura aparentado, a ciência do direito tem em sua genética o cromossomo da dinamicidade, este que ao longo da história passou por tantas evoluções e involuções, carecendo sempre, todavia, de constantes reflexões. Que estas últimas tenham alcançado, enfim, seu desiderato-mor: estimular o cientista do direito a sair de seu conforto, alertando-o a novos vieses e paradigmas.

## REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARISTÓTELES. *Arte Retórica e Arte Poética*. Trad. port. de Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006.
- BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 7, v. 1, p. 19-20, jan./jun. 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1942.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CASAUBON, J. A. Consideraciones sobre el idealismo jurídico. *Sapientia*, v. 37, n. 144, p. 139, 1982. Disponível em: <<https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/14644>>. Acesso em: 11 jan. 2026.
- COMTE, Auguste. *Discurso sobre o espírito positivo*. Trad. Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Lafonte, 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2024: Barroso destaca aumento de 9,5% em novos processos. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2024-barroso-destaca-aumento-de-95-em-novos-processos/>>. Acesso em: 11 jan. 2026.
- CONSTANT, Benjamin. *Principes de politique*. In: *Écrits politiques*, p. 327, 335. *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, VIII, 3, p. 373. Vide FELDMAN, J.-P. Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant. *Revue française de droit constitutionnel*, v. 76, n. 4, p. 675-702, 2008. <https://doi.org/10.3917/rfdc.076.0675>..
- CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DUNCAN, Richard F. Justice Scalia and the Rule of Law: Originalism vs. The Living Constitution. *University of Nebraska College of Law, Faculty Publications*, n. 200, 2016. Disponível em: <<http://digitalcommons.unl.edu/lawfacpub/200>>.

FELONIUK, Wagner. Poder moderador: entre o pensamento de Benjamin Constant e o anteprojeto de Borges de Medeiros. *RIHGRGS*, Porto Alegre, n. 156, p. 217-237, jul. 2019.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Minha evolução para o Parlamentarismo. *Revista de Ciências Políticas*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 1-10, maio/ago. 1984.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. Trad. Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

KIRAT, Thierry; MARTY, Frédéric. L'originalisme des juges fédéraux américains, ou l'établissement de fondements constitutionnels au libéralisme économique depuis les années 1970. 2021. halshs-02991444.

MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. Aspectos de direito público romano II: as Constituições políticas do Principado e da Monarquia Absoluta. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 73-86, jan./dez. 2006.

MIRANDA, Pontes de. Defesa, guarda e rigidez das constituições. *Revista de Direito Administrativo*, p. 23-45, 2013.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

PEREIRA, Breno A. Diniz; LOBLER, Leodir Mauri; SIMONETTO, Eugênio de Oliveira. Análise dos modelos de tomada de decisão sob o enfoque cognitivo. *Revista de Administração da UFSM*, Santa Maria, v. 3, n. 2, p. 260-268, maio/ago. 2010.

PIMENTA, Cornélio Octávio Pinheiro. Parlamentarismo, Presidencialismo e Interesse Público. *Revista de Ciências Políticas*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 32-38, jan./abr. 1985.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

SCHMITT, Carl. *Über die drei Arten des Rechts-wissenschaftlichen Denkens*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho; coord. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOLUM, Lawrence B.; BARNETT, Randy E. Originalism and the Party Presentation Principle. *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, n. 2025-07; *Georgetown University Law Center Research Paper*, n. 2025/10, 2025. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=5098251>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF reduz acervo de recursos a número menor que o de ações originárias. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=456175&ori=1>>.

Acesso em: 11 jan. 2026.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli; rev. Emmanuel Carneiro Leão. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2014.

## DIREITOS HUMANOS, CAPITALISMO, DESIGUALDADE E EXCLUSÃO SOCIAIS: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS À CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA

### HUMAN RIGHTS, CAPITALISM, INEQUALITY, AND SOCIAL EXCLUSION: CONTEMPORARY CHALLENGES TO THE CONSTRUCTION OF CITIZENSHIP

Ana Christina Soares Penazzi Coelho<sup>1</sup>  
*Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba*

47

#### ABSTRACT

This article aims to critically analyze the foundations and dynamics of contemporary capitalism in light of the processes of exclusion and social inequality that characterize present-day societies, investigating their impact on the realization of citizenship and human rights. It is based on the premise that such asymmetries are not occasional phenomena, but structural elements of the prevailing economic model, whose logic of accumulation strains the fulfillment of social rights and undermines human dignity. Within this context, the study seeks to examine the sustainability of this paradigm and its implications for building a more just and inclusive social order. The methodology adopted is qualitative, with a theoretical and bibliographic nature, grounded in the critical analysis of national and international scholarly works, anchored in references from critical theory, human rights, and the social sciences. A deductive method is also employed, articulating categories such as capitalism, inequality, social exclusion, and human dignity, in order to understand their interrelations in the contemporary scenario. As a result, the article proposes the formulation of guidelines aimed at the intercultural construction of an emancipatory human rights policy, founded on dialogue among different cultural frameworks and on the centrality of human dignity.

**Keywords:** Exclusion. Social Inequality. Capitalist System. Human Rights. Citizenship.

#### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar criticamente os fundamentos e as dinâmicas do capitalismo contemporâneo, à luz dos processos de exclusão e desigualdade social que marcam as sociedades atuais, investigando seus impactos na efetivação da cidadania e dos direitos humanos. Parte-se da premissa de que tais assimetrias não constituem fenômenos ocasionais, mas elementos estruturais do modelo econômico vigente, cuja lógica de acumulação tensiona a concretização dos direitos sociais e compromete a dignidade humana. Nesse contexto, busca-se

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Humanos - Universidade Federal da Paraíba- Brasil. Doutoranda em Ciências Sociais, na área de Antropologia pela Universidade de Salamanca- Espanha. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5613-5647>

examinar a sustentabilidade desse paradigma e suas implicações para a construção de uma ordem social mais justa e inclusiva. Adota-se como metodologia uma abordagem qualitativa, de natureza teórico-bibliográfica, com base na análise crítica de produções doutrinárias nacionais e internacionais, ancoradas em referenciais da teoria crítica, dos direitos humanos e das ciências sociais. Utiliza-se, ainda, o método dedutivo, a partir da articulação entre categorias como capitalismo, desigualdade, exclusão social e dignidade humana, com o intuito de compreender suas inter-relações no cenário contemporâneo. Como resultado, propõe-se a formulação de diretrizes voltadas à construção intercultural de uma política emancipatória de direitos humanos, fundada no diálogo entre diferentes matrizes culturais e na centralidade da dignidade da pessoa humana.

**PALAVRAS-CHAVES:** Exclusão. Desigualdade Social. Sistema Capitalista. Direitos Humanos. Cidadania.

## INTRODUÇÃO

A contemporaneidade é marcada por profundas transformações econômicas, políticas e sociais, fortemente influenciadas pela dinâmica do sistema capitalista em sua fase globalizada e financeirizada. Embora esse modelo tenha promovido avanços tecnológicos e ampliado a capacidade produtiva, também intensificou processos históricos de exclusão e desigualdade social, especialmente em países periféricos como o Brasil, onde tais assimetrias se entrelaçam com heranças estruturais de ordem colonial e escravocrata.

Nesse cenário, observa-se que a concentração de renda e de poder, aliada à precarização das relações de trabalho e à fragilização das políticas públicas, compromete a efetivação de direitos fundamentais e limita o exercício pleno da cidadania, como esteio norteador para a afirmação dos direitos humanos.

De fato, a exclusão social, nesse contexto de fragilização, não se configura apenas como ausência de recursos materiais, mas como um fenômeno multidimensional que envolve a negação de reconhecimento, de participação política e de acesso equitativo às oportunidades sociais.

Diante desse quadro, emerge a necessidade de se repensar os fundamentos que sustentam o modelo capitalista contemporâneo, especialmente no que diz respeito à sua compatibilidade com os princípios dos direitos humanos e com a promoção da dignidade da pessoa humana, amplamente divulgada no contexto pós-segunda guerra mundial, diante da construção do chamado constitucionalismo

democrático que eclodiu no mundo, a partir do fortalecimento do direito internacional dos direitos humanos, referendado pela Organização das Nações Unidas - ONU.

Bem verdade é que a análise crítica das estruturas que sustentam as desigualdades e exclusões sociais revela que tais distorções não são meramente contingenciais, mas resultam de uma lógica sistêmica que reproduz e aprofunda hierarquias sociais e se vestem de novas roupagens, diante do mundo globalizado.

Nesta perspectiva, não obstante o “boom” proclamado na crescente onda do constitucionalismo democrático, referendado pela Declaração Universal de Direitos Humanos, cujo caráter holístico permitiu a difusão de um viés protecionista globalizado dos direitos humanos, como condição ímpar da própria dignidade humana, ainda assim paira a dificuldade de se efetivar substancialmente todos os direitos humanos fundamentais referendados por tal documento, especialmente porque, no âmbito da própria sociedade capitalista industrializada, acentuou-se os institutos da desigualdade e exclusão sociais, fomentados pela exploração do trabalho assalariado, desenvolvido à custa da degradação humana e da exploração da força de trabalho.

Esses institutos chegam aos dias de hoje travestidos de novas dinâmicas discriminatórias e exploratórias, amoldando-se aos mecanismos de regulação e controle, em limites toleráveis e aceitos pelo Estado, compondo, assim, uma gestão moderna e capitalista de tais fenômenos, sem que haja risco para a solução de continuidade do sistema.

Se mantivermos um olhar atento ao contexto histórico pós-segunda guerra mundial, é fácil perceber, não obstante a existência da Declaração Universal de Direitos Humanos, que as políticas de direitos humanos estiveram voltadas para a garantia dos interesses econômicos dos Estados capitalistas hegemônicos.

Com efeito, a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano como preâmbulo de moralidade a orientar a humanidade, nas suas relações nacionais e internacionais, consagradas pela Declaração Universal, não foi suficiente para inibir acontecimentos históricos contaminados pela destruição de vidas, guerras, escravidão, torturas e outros fatos degradantes.

Ao contrário do que se poderia crer, os direitos humanos e seu discurso ético igualitário serviram para justificar atrocidades sem precedentes, voltadas para

expandir o poderio militar e o acúmulo de riquezas de Estados desenvolvidos e soberanos, sem qualquer preocupação com o problema macro da desigualdade e exclusão sociais, tão potencialmente nefastos para a plenitude da cidadania, em especial no tocante ao gozo dos direitos sociais.

E, se temos o século XX como o marco referencial do despertar dos direitos sociais, faz-se mister que, no nosso século, a efetivação e expansão desses direitos sejam prioridade perante a comunidade internacional e possam manter uma convivência desejável e aceitável dentro da lógica capitalista, de modo a expurgar a exclusão e atenuar as desigualdades, não para mantê-las em níveis “toleráveis”, mas para proporcionar a cada cidadão a sua parcela de recursos que torne possível o seu bem-estar em proporções adequadas para uma cidadania ideal.

Objetiva-se, pois, através de uma análise voltada a partir da desigualdade e exclusão sociais, fixar diretrizes que tornem possível a construção intercultural de uma política emancipatória contra os falsos modelos reacionários que engessam a materialização dos direitos humanos, pois não são capazes de engendrar um projeto cosmopolita, em que haja convergência para uma concepção da dignidade humana de valores humanistas e não a serviço de interpretações escusas e imperialistas.

## 1. A GESTÃO CAPITALISTA DA DESIGUALDADE E DA EXCLUSÃO.

Segundo Santos (2010, p. 280) o século XIX, diante da convergência entre a modernidade e o capitalismo, traz o cenário perfeito para a expansão dos sistemas de pertença hierarquizada da **desigualdade** e da **exclusão**. O primeiro, na visão do autor, implica em um sistema hierarquizado de integração social (quem está por baixo está dentro, e a sua presença é indispensável); já o segundo (exclusão), embora esteja assentado também em um sistema hierárquico, o seu fator de dominação é a segregação (quem está por baixo, está fora).

Afirma, ainda, Santos (2010, p.280) que Karl Marx foi o principal teorizador para o correto delineamento dos contornos do fenômeno da desigualdade social, frente ao sistema capitalista, assim como Michael Foucault foi o principal expoente da teorização da exclusão. Em Marx, a relação capital/trabalho é o grande princípio da integração social, na sociedade capitalista, cujo assentamento está calcado na

exploração da desigualdade classista entre capitalistas e proletariado. Trata-se, pois, a desigualdade, de um fenômeno socioeconômico. Já, para o segundo o autor, a exclusão assenta-se em um discurso de fronteiras e limites, sendo um fenômeno da civilização, pois se trata de um processo histórico através do qual uma cultura, por via de um discurso de verdade, cria o interdito e o rejeita.

Saliente-se que os dois sistemas de pertença hierarquizada podem funcionar através de um entrelaçamento, onde a forma híbrida contém elementos próprios da desigualdade e da exclusão, como no caso do racismo e do sexismo, em que se cruzam o eixo econômico-social da desigualdade com o eixo-cultural-civilizatório da exclusão.

Pondera Santos (2010, p. 282) que o sistema capitalista moderno tem como função geral manter a coesão social, em uma sociedade atravessada pelos sistemas de desigualdade e exclusão, dentro dos limites aptos a gerir o sistema, ou seja, o próprio sistema capitalista se encarrega de gerar os processos de desigualdade e exclusão, ao tempo em que consegue criar mecanismos para mantê-los em níveis “toleráveis”, dentro de uma gestão controlada que não traga riscos à funcionalidade do sistema, como é o caso da criação dos programas sociais de “bolsa-escola”, “abono-família”, “fome-zero”, como política estatal de controle tolerável da desigualdade social.

Na verdade, o Estado Liberal, concebido como resposta ao absolutismo monárquico e às gritantes diferenças sociais oriundas do *Ancien Régime*, buscou um modelo de preservação das liberdades individuais, passando a desempenhar funções reduzidas no relacionamento com os cidadãos e adotando uma postura de caráter negativo (não fazer). Contudo, esse modelo não conseguiu resistir às demandas advindas com a democratização da ação política e o modelo de constitucionalismo, no cenário pós-segunda guerra, fazendo-se surgir o Estado Social, cujas características básicas são o reconhecimento da hipossuficiência do homem, da imensa desigualdade social e a reestruturação dos mecanismos estatais para efetivar as políticas públicas voltadas para a concretização dos direitos sociais.

De sorte que, o resgate da função social do Estado, através do *Welfare State*, cujo parâmetro modular está representado pelo Estado Democrático de Direito, surgiu como forma de superar a crise do liberalismo, no padrão *laissez faire*,

tomando, como novo paradigma, a função transformadora do Direito, a partir da contraprestação estatal na efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Esse Estado-Providência impôs um novo modelo de relacionamento, oriundo do próprio processo de expansão capitalista, que exigia a participação dos trabalhadores e das classes populares, somente ligados até então, pela força do trabalho, como consumidores. E esta nova realidade histórica, através de uma política de pleno emprego e de uma política fiscal retributiva, firmou as bases para a social-democracia em alguns países<sup>2</sup>. Contudo, as transformações multidimensionais do capitalismo mundial alteraram as condições de suporte para a expansão da social-democracia, na medida em que minaram a política do pleno emprego, diante da mobilidade dos fatores de produção, acarretando o desemprego, a queda de oferta de bens e o declínio da ideologia consumista.

O fracasso da transversalidade capitalista, de forma a macular a política do pleno emprego e a proposta fiscal retributiva, projetou a continuidade da desigualdade na nossa era, como vetor também fadado à exclusão. Isso porque se o sistema capitalista está integrado principalmente pela relação de emprego, e se o trabalho se torna raro, diante da competitividade do mercado em fatias de produção globalizadas e em larga escala, aproveitando-se do mercado exterior e, assim, gerando altos índices de desempregos, é forçoso se verificar que o trabalho passa, então, a gerar mais uma situação de exclusão propriamente dita do que de desigualdade.

A própria evolução tecnológica porque passa a sociedade atual cria um segmento separatista que fomenta ainda mais a desigualdade e a exclusão. Sousa (2010, p. 282) assevera que, no âmbito da globalização, surgem frações pequenas de empregos altamente qualificados, bem remunerados e com segurança, em detrimento da maioria de empregos de baixa qualificação, mal remunerados e sem qualquer segurança ou direitos.

Trata-se, portanto, de um crescimento econômico globalizado sem respeito a uma política séria de empregos, onde claramente os direitos sociais dos

---

<sup>2</sup> Na visão de Santos (2010, p. 286), a social-democracia se fundamenta num pacto social, à luz do Estado-Providência, em que os trabalhadores, organizados no movimento operário, renunciam às suas reivindicações mais radicais, ou seja, a de eliminação do capitalismo e da construção do socialismo, e os patrões, por sua vez, abrem mão de parcela de seus lucros, aceitando a tributação, com o fim de distribuição mínima de riquezas, em prol da classe trabalhadora.

trabalhadores são relegados a um plano inferior e sem qualquer relevância. Acrescente-se que esta situação de vulnerabilidade social faz nascer também uma situação de marginalidade nas relações trabalhistas, através da flexibilização do patamar salarial e da criação de vários subempregos em condições precárias de labor, tornando o próprio trabalho instrumento de dominação social.

Esta problemática moderna já havia sido bem contextualizada nas interpretações humanistas da obra marxista, através do conceito de “alienação” que Marx elabora, a partir de Hegel e Feurbach.

Atienza (1983, p. 54) afirma que Marx, ao definir a sociedade capitalista através de uma nota de “alienação”, descreveu o homem dominado por forças estranhas, separado de seu ser e não pertencente a si mesmo. A religião, o dinheiro, o trabalho assalariado, a propriedade privada, o Estado, etc., ou melhor, as instituições típicas do capitalismo aparecem como meios de alienação do indivíduo. E, assim, para Marx, os direitos humanos também constituem uma forma de alienação humana, de separação e de redução do homem.

E toda essa análise é demasiada contemporânea, quando se verifica a metamorfose sofrida pelo Estado-Providência, ante a globalização neoliberal. Feitosa (2015, p. 104) descreve em Marx o fator econômico revelador da alienação do indivíduo pelo trabalho, pois quanto mais bens são produzidos pelo trabalhador, menos bens ele possui.

É perceptível que Marx centraliza-se na desumanização das relações de trabalho, o ponto de partida para suas críticas ao sistema capitalista, salientando a necessidade de libertação da alienação oriunda da relação de dominação, já que a nova sociedade burguesa, sobreposta à sociedade feudal, apenas substituiu as partes da relação entre dominantes e dominados, sem extirpar as condições de opressão e desumanidade.

A contextualização expostas nas teorias marxistas, relativas à exploração capitalista, aparecem, nos dias atuais, amoldadas às novas práticas neoliberalistas e projetam as pertenças de desigualdade e exclusão em grande escala a nível internacional, em especial nos Estados periféricos.

Com efeito, o reconhecimento da desigualdade e exclusão como fraquezas que minam o gozo de uma cidadania plena, em termos de direitos sociais, sem

dúvida, constitui-se a pedra de toque rumo a uma mudança de paradigmas. A construção de novos pilares para uma política de justiça social que incite a transição da igualdade formal para uma igualdade material, combatendo as estratégias imperialistas do capitalismo moderno, talvez seja o maior desafio intercultural deste século a exigir novos direcionamentos conceituais e epistemológicos e pragmáticos da comunidade internacional.

## 2. A RELAÇÃO INTERCULTURAL ENTRE A CIDADANIA E A DESIGUALDADE DAS CLASSES SOCIAIS.

A busca pela igualdade social inspirou grandes questionamentos em torno de seus limites, impulsionando-se a análise investigativa dos eventuais impactos perante a cidadania e o sistema de classes capitalista, seus confrontos e a possibilidade de compatibilidade.

Partindo de Marshall (1967, p. 59), como referencial teórico, neste tópico específico, enveredamos por seu grande questionamento, para apontar uma hipótese sociológica: *“há uma base válida para a opinião segundo a qual o progresso das classes trabalhadoras tem limites que não podem ser ultrapassados?”*

Para responder a esse questionamento, Marshall faz um esboço do desenvolvimento da cidadania, na sociedade capitalista da Grã-Bretanha (especificamente na Inglaterra), relacionando o seu impacto sobre as classes sociais. Partindo de uma tríade abordagem (civil, política e social) como direitos inerentes à cidadania, confere-a como um status concedido àqueles que se dizem iguais em direitos e obrigações. Assim, a cidadania é a relação do indivíduo com o Estado, a partir do qual são conferidos direitos e obrigações, em direção à igualdade material, como cidadania ideal. Já a classe social, na visão de Marshall, é um sistema de desigualdade (1967, p. 76), relacionando-se com a inserção do indivíduo no mercado de trabalho, e esta, assim como a cidadania, pode estar baseada em um conjunto de ideais, crenças e valores, sendo, portanto, explicável, que em determinado momento, a cidadania e a classe social entrassem em conflito por princípios opostos.

A contextualização de Marshall para o conceito de cidadania, pois, parte de três elementos: o civil, o político e o social, como elos que se unem para dimensionar os direitos.

Os direitos civis vinculam a cidadania ao exercício das liberdades individuais e suas variantes (liberdade de ir e vir, liberdade de pensamento, liberdade religiosa, de crença e fé, etc.). A afirmação desses direitos, em termos de igualdade para os cidadãos e suas respectivas tutelas jurídicas, são alcançados através das cortes de justiça. Os direitos políticos, por sua vez, se afirmam como possibilidade que tem o cidadão de participar do exercício do poder político, quer como membro eleito de um organismo do Estado ou como próprio eleitor, através do sufrágio, tendo como instituições correspondentes o parlamento e os conselhos de governo. Finalmente, os direitos sociais estão ligados, na visão de Marshall (1967, p. 63-4), *“a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado, de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade”*. Para tais direitos, estão relacionados o sistema educacional e os serviços sociais.

Essa tríade abordagem, para Marshall, era indivisível, pois anteriormente à era moderna, não era possível delinear claramente as fronteiras de cada direito e suas instituições correspondentes. Mesmo quando se foi possível, em determinado contexto, apontar algum direito social, este não representava a igualdade peculiar para a cidadania, ao contrário, estava ligado a algum *“status”* que o vinculava à sua classe e a medida de sua desigualdade.

O processo de evolução da cidadania, à luz de Marshall (1967, p. 66), trouxe duas consequências importantes. A primeira se observou quando as instituições das quais os três elementos dependiam se desligaram, tornando possível que cada uma seguisse seu próprio destino rumo aos seus princípios peculiares. Esta separação foi observada em séculos diferentes, de modo que Marshall atribui a consolidação dos direitos civis ao século XVIII, os políticos ao século XIX e os sociais ao século XX, evidentemente, com certa relativização, pois há entrelaçamentos contabilizados entre os direitos, em determinado contexto histórico.

Embora tivessem um claro propósito socialista, as ideias de Marshall, como ele próprio afirma, diferenciavam-se do socialismo, pois preservava os elementos

essenciais de um mercado livre, mas o Estado deveria fazer uso de sua força de coação, para que os fundamentos essenciais da cidadania fossem realizados, como obrigar, por exemplo, as crianças a frequentarem a escola, já que o ignorante é uma pessoa tolhida de sua liberdade de escolha.

Na visão idealista de Marshall<sup>3</sup>, que lhe rendeu o epíteto de “sociólogo ansioso em fazer o bem”, havia uma crença de que as classes operárias pudessem alcançar uma condição, através de seu trabalho, em que houvesse mais valor à educação e ao lazer do que a um mero aumento de salário e conforto material. E o autor encontrou provas para a sua crença, pois demonstrava que os artesãos, cujo trabalho não era alienador e demasiadamente pesado, já tendiam à condição de “cavalheiros”.

Tomando um viés liberal, a existência de classes sociais é desejável, seja como compensação do trabalho realizado, seja como incentivo para o desenvolvimento, e embora fundada nas desigualdades econômicas, fomenta a desigualdade social que interessa ao capitalismo.

Assim, a relação crucial estabelecida por Marshall entre a busca da igualdade, através da universalização da cidadania e a manutenção de um sistema de desigualdades, produzidos pelo próprio capitalismo, dentro de uma economia de mercado, demonstra que é plenamente desejável a manutenção do “*status*”, sendo aceita a compatibilidade entre a igualdade de participação na sociedade, ou igualdade de cidadania, e as desigualdades embutidas na estrutura de classes sociais, daí porque há limites para o progresso das classes trabalhadoras<sup>4</sup>.

Em ensaio complementar sobre a obra de Marshall referente à cidadania e classe social, Bottomore (1992, p. 133) ressaltou que o grande problema existente nas sociedades industrializadas do pós-guerra é o fato de não haver qualquer avanço efetivo, em termos de políticas internacionais, para reduzir o abismo que

<sup>3</sup> “O problema não é se, em última análise, todos os homens serão iguais – pois certamente que não o serão – mas se o progresso não pode prosseguir firmemente, mesmo que vagarosamente, até que devido à ocupação ao menos, todo homem será um cavalheiro”. (Marshall, 1967, p.59).

<sup>4</sup> Marshall, ressaltando a desigualdade social como necessária e útil para manter a estrutura de poder, assinalou que esta não deveria ser excessiva. Cita, neste contexto, Patrick Colqhoun: “sin una gran dosis de pobreza no habria ricos, porque los ricos son los vástagos del trabajo, mientras que el trabajo sólo puede proceder de un estado de pobreza(...). Por tanto, la pobreza es um ingrediente necessário e indispensable de la sociedad, sin el cual las naciones y las comunidades no habrían alcanzado um estado de civilización” (Marshall, 1950, p. 39).

separa os países ricos dos países pobres, e a existência sem freios deste abismo fomenta a desigualdade e a implementação dos direitos humanos, especialmente os direitos sociais.

Continua Bottomore (1992, p. 134) afirmando que os direitos de cidadania, hoje amplamente considerados como direitos humanos, encontram-se em contínuo processo de desenvolvimento, passando por enfrentamentos, especialmente de ordem econômica, que afetam a sua materialidade, sendo uma dos grandes desafios a ser enfrentado a solução da antítese entre a “estrutura anti-igualitária e as consequências da economia capitalista, por um lado, e as reivindicações de igualdade por parte dos numerosos movimentos sociais existentes desde o século XVIII, por outro.”

Na visão de Dworkin (2016, p. 331), a igualdade deve ser tomada em termos de recursos e oportunidades, e não em termos de bem-estar. A liberdade, por sua vez, não é a liberdade de fazer o que se quer a qualquer preço, mas de fazer o que se quer, respeitando os verdadeiros direitos do próximo. Acrescenta que a liberdade, a igualdade e a comunidade não são três virtudes políticas distintas, mas aspectos que se complementam em um só ideal político, tanto que não se pode garantir ou entender nenhum desses três ideais políticos independentemente dos outros. Esse é o verdadeiro liberalismo concebido como igualdade liberal.

A defesa da igualdade liberal expressa por Dworkin assenta-se em dois princípios amplamente difundidos e aceitos nas democracias ocidentais. O primeiro princípio parte da premissa de que toda vida humana tem que ser bem-sucedida e não desperdiçada, sendo aplicável tal assertiva para todas as vidas humanas indistintamente. O segundo princípio assenta-se na questão da responsabilidade, ou seja, a pessoa tem a responsabilidade principal e intransferível pelo seu êxito.

Assim, a igualdade liberal, tomada por Dworkin, transfere para a pessoa a capacidade de conquistar o seu próprio bem-estar, sem que esta conquista seja ameaçada pela ética da concepção liberalista.

Não tomando posições que descartem ou asseverem a questão do ideal igualitário, seja do ponto de vista do socialismo, seja do ponto de vista do liberalismo, deslocamos a questão para centralizá-la em um diálogo intercultural, de forma a maximizar a construção de aspirações emancipatórias que viabilizem a

concretização dos direitos em todas as suas vertentes (civil, político e social), sem que haja uma condução para universalismos setoriais de países capitalistas hegemônicos e tampouco relativismos culturais que agridem a dignidade humana em nome de progressos capitalistas.

### 3. A CONSTRUÇÃO DE NOVOS PARADIGMAS RUMO À HERMENÊUTICA DIATÓPICA

Em uma análise das tensões dialéticas contempladas pela modernidade, inspirada no neoliberalismo, Santos (2010, p. 434-5) atribui à imposição de uma nova versão do capitalismo *laissez faire*, a existência de uma crise política de regulação social- simbolizada pela tensão entre o Estado intervencionista e Estado Providência – e uma estagnação da emancipação social – simbolizada pela crise do reformismo social e democrático e do socialismo enquanto instrumentos de transformação social. A política emancipatória de direitos humanos estaria, pois, armadilhada neste colapso.

Neste universo de transtornos ainda insolúveis, poder-se-ia apontar alguns fatores que potencializam a tensão social. Primeiro, tem-se que a massificação e proliferação dos conflitos entre o Estado e a sociedade civil, dada a onda neo-constitucionalista somatizadas pelas democracias garantidas, ensejaram a busca pela efetivação dos direitos não somente na esfera civil e política, mas na esfera social, exigindo-se, pois, uma nova vertente da cidadania.

Vale salientar que o destaque para os direitos sociais traz a exigência de uma política de direitos humanos, que, por sua vez, esteja centrada também numa política de reconhecimento para os grupos minoritários, o que traz a necessidade de abertura de uma ponte intercultural, para a composição da chamada cidadania emancipatória e multicultural<sup>5</sup>.

Por outro lado, Santos (2010, p. 438) também aduz que uma política de direitos humanos inspira, hoje em dia, um acompanhamento das relações sociais no

<sup>5</sup> Kymlicka ressalta a importância da cidadania multicultural, e afirma que quando uma sociedade reconhece os direitos diferenciados em função dos grupos, os membros de determinados grupos se incorporam à comunidade política, não somente em qualidade de indivíduos, mas também através do grupo, ao ponto de seus direitos dependerem, em parte, da sua própria pertença ao grupo, de forma que tais direitos formam uma “cidadania diferenciada (2010, p. 240). Neste particular, cita Parekh: “em la actualidad el concepto de ciudadanía es mucho más diferenciado y mucho menos homogêneo de lo que suponen los expertos em teoria política” (2010, p. 241).

universo globalizado, a diferenciar a globalização hegemônica da globalização contra-hegemônica. A primeira espécie (hegemônica) pode dar origem ao **localismo globalizado**, processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso e o **globalismo localizado**, processo pelo qual as práticas chegam dos imperativos transnacionais para o universo local. Já a segunda espécie (contra-hegemônica) se configura como uma espécie de resistência aos modelos antes descritos e dizem respeito às aspirações por parte de grupos oprimidos e vítimas de exclusão social (cosmopolitismo insurgente).

A política de direitos humanos, por sua vez, na ótica do autor, serve para justificar tanto a globalização hegemônica como a contra-hegemônica, daí a sua complexidade epistemológica.

A crítica feita por Santos (2010, p. 441) se traduz no sentido de que os direitos humanos, enquanto concebidos como direitos universais, servirão para operar como uma globalização hegemônica, pois tendem a se firmarem como localismos globalizados. Por outro lado, para se firmarem como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos precisam caminhar em direção a um multiculturalismo emancipatório, deixando à margem tanto o universalismo e o relativismo cultural, de modo a transferir o debate para o campo de um diálogo entre culturas.

Partindo dessas premissas, podemos verificar que a encruzilhada em que se estabelece a cidadania, ante as crises sistemáticas do neoliberalismo, no capitalismo moderno, somente pode evoluir através de uma perspectiva multiculturalista dos direitos humanos, em que os princípios da dignidade humana sejam estabelecidos entre exigências máximas e não em valores mínimos, cuja essência pragmática não venha a deixar de fora os grupos ou classes sociais marginalizadas e excluídas da fruição dos direitos essencialmente sociais.

Neste diapasão, é perceptível que o ideal da dignidade humana deve conter uma definição mais abrangente para abarcar uma política de reconhecimento, em que os seres humanos tenham o devido respeito, por igual, enquanto indivíduos. Taylor (2009, p.56) fala que o moderno conceito de dignidade abarca um sentido universalista e igualitário, compatível com as sociedades democráticas.

Com efeito, segundo a proposta referendada por Taylor, o conflito entre uma cultura homogeneizante *versus* uma cultura minoritária seria solucionada a partir da aplicação política da *diferença* como meio para alcançar um *reconhecimento de igual valor* entre as culturas envolvidas, objetivando-se, desta forma, o respeito à autenticidade dos grupos minoritários no plano social.

Evidentemente que o reconhecimento valorativo, como padrão intercultural, para uma definição homogênea acerca da “dignidade humana” é uma questão bastante complexa. Segundo Santos (p. 446) estas concepções são potencialmente variáveis, conforme a perspectiva liberal ou social-democrática – quer se enverede pela priorização das liberdades fundamentais em favor dos direitos civis e políticos – quer se priorize os direitos sociais, comportando versões mais amplas ou mais restritas.

Dessume-se, pois, que a análise epistemológica da dignidade humana deve partir da visão de que todas as culturas são incompletas para a verdadeira conceituação da dignidade humana. E, enquanto parâmetro para uma cidadania multicultural, deve-se considerar a diversidade cultural como marco inicial, para, então, identificar os valores isofórmicos entre as diferentes culturas.

A sugestão de Santos (p. 447), para a problemática antes apontada, reside exatamente no diálogo intercultural, através da troca de diferentes saberes oriundos das reflexões das diferentes culturas, dando-se início a uma hermenêutica diatópica, baseada não no mero exercício intelectual, mas exatamente na entrega moral, afetiva e emocional a se exigir uma ação profunda, com postulados básicos para uma verdadeira socialização.

Esta hermenêutica diatópica centra-se na ideia de incompletude das culturas em geral, para referendar a necessidade do diálogo intercultural capaz de avançar no tocante à efetividade dos direitos humanos, particularmente no tocante à implementação dos direitos sociais, de forma a atacar a desigualdade e a exclusão sustentadas e recepcionadas pelo capitalismo moderno, através de uma gestão controlada em níveis “toleráveis” e aceitos pelo sistema.

A necessidade do diálogo intercultural que, em última análise, realize a hermenêutica diatópica, através da convergência dos valores isofórmicos entre as

diferentes culturas, é uma condição da qual não se pode fugir, para se avançar, em termos de política de direitos humanos, no combate à desigualdade e exclusão sociais.

Saliente-se que esta necessidade se revela mais preponderante, quando se verifica, sob outro aspecto, que a formação social em que se assenta o século XXI, está caracterizada pela proliferação dos movimentos migratórios, iniciada no final do século passado, fazendo surgir os inúmeros grupos poliétnicos que querem afirmar as suas identidades, nos diversos Estados, fomentando o intercâmbio cultural.

Kymlicka (2010, p. 265) identifica que a consequência desses movimentos migratórios se revela pela formação de uma “política da diferença cultural”, dando-se ênfase ao “direito das minorias”, como prioridade no âmbito interno e internacional. E esta multiculturalidade não se traduz como uma ameaça à democracia liberal, mas sim sob uma perspectiva otimista, onde as reinvidicações dos grupos minoritários podem harmonizar-se com os princípios liberais de liberdade individual e justiça social.

Evidentemente existe uma preocupação, bem salientada por Kymlicka (2010, p. 262), de ordem prática, com a estabilidade dos Estados liberais ante o reconhecimento dos direitos das minorias, já que a composição das democracias liberais se traduzem pelo fortalecimento de uma identidade cívica, reconhecida por alguns liberais como “cidadania comum”. Contudo, há uma ponderação, apontada pelo autor, de que esse receio liberalista se caracteriza mais como intolerância do que propriamente como ameaça, sendo perfeitamente conciliável as reivindicações de direitos dos grupos poliétnicos minoritários, pois refletem uma luta pela própria inclusão social, através da plena participação na vida social.

Não há, assim, uma perspectiva inconciliável para se migrar para uma política de dignidade igualitária, em que pese a atual conjuntura liberal adotar estratégias que são cegas às diferenças da minorias, criando um ambiente de exclusão social.

## CONCLUSÃO

À luz das reflexões desenvolvidas, evidencia-se que o capitalismo contemporâneo, especialmente em sua vertente globalizada, não apenas convive com a desigualdade e a exclusão social, mas as reproduz estruturalmente, ao subordinar a efetivação dos direitos humanos à lógica do mercado e aos interesses

dos centros de poder hegemônicos. Nesse contexto, a cidadania revela-se tensionada entre sua dimensão formal — amplamente reconhecida nos ordenamentos jurídicos — e sua dimensão material, frequentemente esvaziada pela incapacidade de assegurar condições concretas de dignidade aos sujeitos historicamente marginalizados.

A política de direitos humanos propagada no cenário internacional, embora fundada em valores universalistas, mostra-se, muitas vezes, capturada por discursos que não rompem com as assimetrias globais, limitando-se a uma universalização abstrata que ignora as especificidades culturais e as desigualdades estruturais entre os povos. Tal contradição impõe a necessidade de ressignificação dos direitos humanos, a partir de uma perspectiva crítica e emancipatória, capaz de desvelar as relações de poder que sustentam a exclusão e de propor alternativas que transcendam os modelos hegemônicos.

Nesse sentido, a construção de um paradigma cosmopolita contra-hegemônico, ancorado no diálogo intercultural, apresenta-se como condição indispensável para a reconfiguração da dignidade humana como categoria viva, plural e concretizável.

Trata-se, desta forma, de reconhecer que a universalidade dos direitos humanos não pode ser imposta de forma homogênea, mas deve emergir da confluência de experiências, saberes e valores das diversas culturas, em um processo contínuo de negociação e reconhecimento recíproco.

Neste viés, o diálogo intercultural é, sem dúvida, o caminho facilitador para identificar uma política de direitos humanos capaz de acentuar a importância dos direitos sociais, como instrumento útil para minar a exclusão e desigualdade sociais, trazendo uma perspectiva mais humanitária aos parâmetros do capitalismo de nosso século.

Com efeito, a ideia de uma política de reconhecimento igualitária é necessária para a garantia de uma cidadania ideal, como forma de referendar valores isofórmicos, ante aspectos culturais distintos.

A centralidade da dignidade humana, nesse contexto, impõe sua ressignificação como categoria dinâmica e relacional, cuja concretização depende da articulação entre igualdade e diferença, reconhecimento e redistribuição. Isso

implica afirmar que a superação da exclusão social demanda não apenas o reconhecimento simbólico dos sujeitos historicamente marginalizados, mas a transformação das estruturas econômicas e políticas que produzem e reproduzem tais desigualdades.

A humanidade já deu um importante passo nesta direção, com a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, catalogando-se uma gama de direitos essenciais da pessoa humana, que são moralmente vinculantes e convergem com uma “vontade universal e multicultural” para todos os cidadãos.

Neste viés, não se pode olvidar que o caminho a ser contruído para um futuro promissor de afirmação dos direitos humanos, no seio da sociedade capitalista do século XXI, deve levar em consideração os aspectos do multiculturalismo, das políticas de identidade e reconhecimento.

E, ainda, no mesmo rumo, também é preciso contextualizar a dignidade humana, no seu aspecto holístico, através da convergência de valores comuns, resultante de um diálogo de articulação entre a igualdade e a diferença, nos termos propostos por Santos (2010, p. 316): *direito de sermos iguais sempre que a diferença nos inferioriza, e direito de sermos diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza*.

Por fim, é nessa tensão produtiva que se pode vislumbrar a construção de uma ordem social mais justa, na qual o capitalismo não seja um fim em si mesmo, mas um sistema submetido aos imperativos éticos da dignidade humana, da justiça social e da inclusão.

## REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. *Marx y los derechos humanos*. 1. ed. Madrid: Mezquita, 1983.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda, 2016.
- FEITOSA, Enoque. *Direito e humanismo no jovem Marx*. João Pessoa: UFPB, 2015.
- KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Tradução de Carme Castells Auleda. Madrid: Paidós, 2010.
- MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, Tom. *Ciudadanía y clase social*. Tradução de Antônio Bonanno. Buenos Aires: Losada, 2005.

\_\_\_\_\_. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y "la política del reconocimiento"*. Tradução de Mônica Utrilla de Neira, Liliana Andrade Llanas e Gerard Vilar Roca. 2. ed. México: FCE, 2009.

## FUNDO COMPENSATÓRIO DA REURB-S E O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

### COMPENSATORY FUND OF REURB-S AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING

*José Herbert Luna Lisboa<sup>1</sup>*

Tribunal de Justiça da Paraíba- TJPB

65

#### RESUMO

O presente artigo examina a previsão legal da criação de fundo de compensação destinado à Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social (Reurb-S), conforme estabelecido no artigo 73 da lei federal nº 13.465, de 2017. Analisa-se a natureza jurídica dos fundos de compensação com essa finalidade, limites e correlação com o direito financeiro e orçamentário, tratado na lei nº 4.320, de 1964, bem assim a sua harmonização com o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social e seu respectivo fundo nacional (FNHIS). Realça-se a existência de fundos compensatórios já criados por alguns Estados da Federação e a necessidade de criação e regulamentação do fundo como instrumento de contribuição para a efetivação do direito à moradia por meio do processo da Reurb-S. Conclui-se que o fundo a que se reporta o artigo 73 da lei de regularização fundiária urbana deve preencher os requisitos constitucionais e orçamentários do Direito Financeiro, uma vez que possui natureza contábil e financeira, vinculado à política urbana constitucional.

**Palavras-chave:** Orçamento; direitos fundamentais; moradia; Fundo de Compensação; Reurb-S.

#### ABSTRACT

This article examines the legal provision for the creation of a compensation fund for Urban Land Regularization of Social Interest (Reurb-S), as established in article 73 of federal law no. 13,465 of 2017. It analyzes the legal nature of compensation funds for this purpose, their limits and correlation with financial and budgetary law, as addressed in law no. 4,320 of 1964, as well as their harmonization with the National Housing

<sup>1</sup> Doutorando em Direito vinculado ao PPGD UniBrasil. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (1991), pós-graduação em Ciências Criminais pela Universidade Potiguar-RN, pós-graduação em Direito Notarial e Registral, pela Faculdade Arthur Thomas-PR e pós-graduação em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito-SP (2020). Foi professor do curso de Direito do Centro Universitário de João Pessoa-PB. Professor da ESMA - Escola Superior da Magistratura-PB. Coordenador de Extensão da referida Escola de Governo. Juiz de Direito Titular da 4 Vara Cível da Comarca de João Pessoa-PB. Integrou como membro e Presidente a Primeira Turma Recursal de João Pessoa. Diretor do Foro Cível da Capital-PB (2007/2008, 2021/2022 e 2023/2024). Foi promotor de Justiça (1994/1995). Mestre em Direito Ambiental pela UNISANTOS-SP. Exerceu a função de juiz auxiliar da Presidência do TRE/PB - 2016. Juiz Corregedor do Poder Judiciário do Estado da Paraíba nos seguintes períodos: 2003/2006 e 2017/2018. Idealizador do programa Moradia Legal do Tribunal de Justiça da Paraíba que tem como objetivo fomentar a Regularização Fundiária Urbana. Juiz auxiliar da vice-presidência do TJPB. <https://orcid.org/0009-0008-9617-7084>.

System of Social Interest and its respective national fund (FNHIS). It highlights the existence of compensation funds already created by some states of the Federation and the need for the creation and regulation of the fund as an instrument to contribute to the realization of the right to housing through the Reurb-S process. It is concluded that the fund referred to in Article 73 of the urban land regularization law must meet the constitutional and budgetary requirements of Financial Law, since it has an accounting and financial nature, linked to constitutional urban policy.

**Keywords:** Budget; fundamental rights; housing; Compensation Fund; Reurb-S.

## 1 INTRODUÇÃO

A Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social, prevista na Lei nº 13.465, de 2017, destina-se a regularizar núcleo urbanos ocupados de forma predominante por população de baixa renda, sendo crucial a atuação do Poder Público na efetiva operacionalização do processo fundiário dessas áreas ocupadas.

A mencionada legislação trouxe previsão para a criação e a regulamentação, pelos Estados, de fundos específicos de compensação, total ou parcial, dos custos referentes aos atos práticos pelos cartórios imobiliários no procedimento da Reurb-S.

O objetivo deste artigo é analisar a relevância desta orientação legislativa (art.37) para o cumprimento do direito fundamental à moradia, instituído no art. 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem assim destacar alguns Estados da Federação que já implementaram o referido e específico fundo de compensação.

Trata-se de Fundo Público, de regra, instituído e gerido pelo Poder Público de natureza contábil e financeira que depende de lei específica para sua criação, com previsão na Lei Orçamentária Anual (LOA) e submissão às regras da Lei de Responsabilidade Fiscal, da Lei que trata das Normas Gerais de Direito Financeiro e Orçamentário (lei nº 4.320/64), estando ainda vinculado ao controle do Tribunal de Contas do Estado, diante da sua natureza público-orçamentária.

Não é à toa que a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), sensibilizada com a pauta, adotou como Campanha da Fraternidade para o ano de 2026 o Tema “Fraternidade e Moradia”, estabelecendo, como objetivo geral, a promoção à moradia digna como prioridade e direito, e como objetivo específico, entre outros, analisar a realidade da moradia precária, muitas vezes admitida como normal e que segrega milhões de pessoas no Brasil (CNBB, 2026).

De uma forma ou de outra, observa-se a necessidade de avançar nesse segmento, e isso não é um interesse apenas local, mas nacional e, ainda, tratado

como um objetivo de mundo. A Organização das Nações Unidas, em 2016, estabeleceu 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, entre os quais, o ODS 11, que recomenda a ampliação de cidades e comunidades sustentáveis, sendo certo que a criação do Fundo de Compensação auxiliará, em alguma medida, no cumprimento desse objetivo e assegurará, com mais eficiência, o direito fundamental à moradia.

Como afirma Kumar, “a globalização em si significa não só padronização e dependência, mas também criação de um novo cosmopolitismo e consciência global. O pensamento pós-moderno levanta-se contra todo o etnocentrismo, que privilegia uma única história ou um único segmento geográfico do globo” (Kumar, 2006).

Em outras palavras, a preocupação com a dignidade humana transcende padrões e valores de uma exclusiva cultura e nação. O cuidado com o bem-estar social, o respeito à multiculturalidade e o princípio da fraternidade tornaram-se pilares necessários para todos os povos neste século XXI, sendo certo que o financiamento de direitos fundamentais, a exemplo da moradia, deve ser encarado como política pública vinculada, com finalidade específica e atrelada ao orçamento, a fim de atender as necessidades sociais a serviço sempre dos interesses da população.

Nesse ambiente, aponta Élide Graziane Pinto que “a negativa de direitos com base na estrita legalidade, fora da análise do caso concreto, não pode servir de biombo para que a Administração Pública dê guarida ao seu interesse secundário (na verdade um interesse privado) de contingenciamento de despesas e de formação de resultados primários positivos” (Pinto, 2010, p. 107-108).

Assim, impõe suscitar o debate sobre relevância da criação e regulamentação do fundo de compensação, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil (art.167, inciso IX), destinado a incrementar políticas públicas habitacionais, visando garantir o direito à moradia, conforme recomendação prevista na lei ordinária nº 13.465, de 2017.

## 2 CONTRIBUTO PARA O DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA

Segundo a lei de regência, a Regularização Fundiária Urbana abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais voltadas à incorporação dos núcleos urbanos informais, anteriormente conceituados de assentamentos irregulares<sup>2</sup>, ao ordenamento do território urbano e à titulação de seus legítimos ocupantes (art.9º).

<sup>2</sup> Lei anterior da Reurb nº 11.977/2009, revogada.

Em seu artigo 73, o legislador deixou claro que a criação e a regulamentação dos fundos de compensação da Regularização Fundiária de Interesse Social (Reurb-S) não consistem em uma faculdade do Poder Público Estatal, mas uma obrigação legal, conforme se vê da respectiva redação, segundo a qual, “devem os Estados criar e regulamentar fundos específicos destinados à compensação, total ou parcial, dos custos referentes aos atos registrais da Reurb-S previstos nesta Lei” (Lei nº 13.465/2017).

Inclusive, o Poder Público Estadual fica condicionado a criar o respectivo fundo para ter acesso aos recursos do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS), instituído pela Lei nº 11.124, de 2005, ainda em vigor, consoante determinação do parágrafo único do aludido artigo 73.

O FNHIS é de natureza contábil e tem, por escopo, gerenciar recurso do orçamento para os programas no âmbito do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social. A fonte do fundo nacional é plural e advém de recursos do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social – FAS; dotação orçamentária geral da União, classificada na função de habitação; recurso de empréstimos para programas de habitação; doações de pessoas físicas ou jurídicas, de entidades de cooperação nacionais ou internacionais; receitas operacionais e patrimoniais do próprio fundo e receitas que lhe vierem a ser destinadas.

A partir deste cenário legislativo, alguns Estados da Federação criaram o fundo a que se reporta o artigo 73 da Lei nº 13.465, de 2017. A busca por mecanismos financeiros capazes de viabilizar a Reurb-S tem levado entes públicos a cogitarem a criação de fundos de compensação com múltiplas fontes de receita. A Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social caracteriza-se pela predominância de população de baixa renda e pela atuação subsidiária do Poder Público, inclusive, com possibilidade de gratuidade de atos registrais. Daí o legislador ter firmado o entendimento de que se afigura possível uma compensação parcial ou total dos atos cartorários registrais.

Esses fundos públicos no sistema constitucional brasileiro, conforme artigo 167, IX, da Carta Magna, apenas podem ser instituídos mediante prévia autorização legislativa. Trata-se de norma de reserva legal específica e não podem ser criados por decretos. Considerados instrumentos de vinculação de receitas a determinada finalidade, sua criação pressupõe, portanto, lei formal específica; definição de fontes

de receita; finalidade pública determinada; integração ao orçamento. A disciplina geral dos fundos está prevista na Lei do Orçamento nº 4.320, de 1964.

Não se pode negar que a criação e a regulamentação dos fundos de compensação para Reurb-S têm, como base, o princípio da fraternidade e solidariedade, insculpido no art. 3º, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988, considerando que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (Brasil, 1988).

Nessa toada, os pilares da República brasileira apontam para uma concepção de justiça distributiva com lastro na busca de uma igualdade substancial entre os cidadãos. Davi Tavares Viana destaca que “o princípio da solidariedade dialoga necessariamente com a questão do Estado Social de Direito que busca conjugar legalidade e justiça social” (Viana, 2025).

Cabe ao Estado propiciar as condições para que os direitos sociais sejam implementados, assegurando política pública e reserva orçamentária para a devida concretização. Josué Mastrodi e Mônica Nogueira Rodrigues destacam:

Se um direito fundamental deve ser efetivo, e se tal efetividade tem por parâmetro o dever de execução do orçamento público (previsto pelo Administrador em projeto de lei; aprovado pelo Legislador nas leis orçamentárias), a fundamentalidade desse direito, dada por norma constitucional, impõe a realização desse direito no limite máximo determinado pela lei orçamentária. Ao contingenciar despesas, ao entender, por qualquer motivo, que o orçamento não deve ser integralmente utilizado, o Administrador simplesmente age de forma a impedir a eficácia de um direito que, pelo §1º do artigo 5º da Constituição, deve ter aplicabilidade imediata (Mastrodi, 2016, p.21).

Em outras palavras, impõe dizer que, quando uma lei orçamentária reserva um certo valor para a política pública, significa que o Executivo analisou que aquela política pública é necessária e propôs destinar uma quantia específica para ela; ao passo que, se o Legislativo apreciou e aprovou essa destinação dos recursos, houve uma decisão política já sedimentada pelos dois Poderes, não cabendo, a princípio, ao administrador público, escolher se vai ou não investir esses recursos ou parte deles, haja vista que deve tão somente executar o que está previsto no orçamento.

Nesse contexto, todavia, como ressaltam Elenise Felzke Schonardie e Gabrieli de Camargo, a crise do capitalismo globalizante eleva “as desigualdades sociais no mundo, aloca o Brasil como uma economia emergente, mas que carrega em si, índices elevados de desigualdade social, uma massa de subcidadãos excluídos

dos processos políticos e dos mercados macro e microeconômicos” (Schonardie, 2022, p.44).

Daí a relevância de se pensar em não contingenciar despesas vinculadas a políticas públicas que visam à implementação de direitos fundamentais. Todavia, não se apresenta tão simples essa questão, haja vista que, de acordo com o princípio da reserva do possível, o Estado não está obrigado a fornecer prestações sociais que excedam suas possibilidades financeiras. Não raro, esse princípio tem sido invocado para justificar o não atendimento a direitos fundamentais (Castanheira; Araújo, 2025).

## 2.1 Fundo de Compensação do Estado de Minas Gerais

O Estado de Minas Gerais foi um dos pioneiros na criação e na regulamentação do fundo previsto no art.73 da Lei nº 13.465, de 2017. Criado pela Lei Estadual nº 23.229, de 18 de dezembro de 2018, o Fundo Especial Registral de Regularização Fundiária de Interesse Social (FERRFIS) foi instituído como instrumento de gestão orçamentária, de natureza e individualização contábeis, vinculado ao Tribunal de Justiça daquele Estado.

Com duração indeterminada, o FERRFIS objetiva assegurar recursos necessários à regularização fundiária urbana e rural nas hipóteses de gratuidade dos atos previstos em lei, mediante o ressarcimento dos emolumentos correspondentes a atos da regularização fundiária, incluídas buscas de certidões e outros atos praticados por Notários e Registradores de todas as especialidades (Minas Gerais, 2018).

As receitas desse fundo compensatório estadual são oriundas dos repasses do FNHIS, da remuneração oriunda de aplicação financeira de recursos do próprio FERRFIS e de outras receitas que lhe forem atribuídas. Segundo o normativo, o gestor e agente executor do fundo é o próprio Tribunal de Justiça do Estado, a quem compete, além de outras atribuições, fixar diretrizes operacionais, aprovar proposta orçamentária e o cronograma financeiro de receita e despesas e acompanhar a execução e aplicação das disponibilidades de caixa. Já as atividades de fiscalização dos atos registrais de Reurb-S serão exercidas pela Corregedoria-Geral de Justiça do TJMG.

O referido fundo é regido pelas regras gerais da Lei Complementar Estadual nº 91, de 19.01.2006, que dispõe sobre a instituição, gestão e extinção de fundos estaduais de Minas Gerais (Minas Gerais, 2006).

Existe o grupo coordenador do FERRFIS composto pelo Corregedor-Geral de Justiça, magistrados de 1º Grau e servidores públicos, podendo ser chamado para participar do grupo um representante dos registradores de imóveis do Estado. O próprio normativo prevê que “a gestão do Ferrfis sujeita-se, no que couber, ao disposto na Lei Federal nº 4.320, de 1964, às normas brasileiras de contabilidade aplicadas ao setor público, bem como às normas gerais e específicas do Tribunal de Contas do Estado” (art.9º).

## 2.2 Fundo de Compensação do Estado do Acre

Criado com o mesmo nome, FERRFIS – Fundo Especial Registral de Regularização Fundiária de Interesse Social, pela Lei Estadual nº 3.615, de 16 de março de 2020, publicada no DOE nº 12.763, de 20.3.2020, visa igualmente, e de forma específica, assegurar os recursos necessários à regularização fundiária urbana de interesse social (Reurb-S). Cuida-se de instrumento de importante valia para que os registradores de imóveis possam receber os recursos do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS), criado pela Lei Federal nº 11.124, de 16 de junho de 2005.

As receitas desse fundo, além de outras fontes, são oriundas de receitas operacionais e patrimoniais de operações realizadas com recurso do próprio fundo; repasses do FNHIS; contribuições e doações; receitas decorrentes de alienação de imóveis do Estado que lhe forem destinadas e emendas parlamentares. As fontes de receitas são mais abrangentes do que o fundo compensatório de Minas Gerais. No mais, segue o mesmo alinhamento estrutural do fundo do Estado mineiro (Acre, 2020).

## 2.3 Fundo de Compensação do Estado da Bahia

O Estado da Bahia criou o seu fundo compensatório recentemente, por meio da Lei Estadual nº 14.806, de dezembro de 2024. Com a denominação de FEURB – Fundo Especial de Compensação da Regularização Fundiária de Interesse Social, segue administrado por um Conselho Gestor. Instituiu-se uma dotação orçamentária de 2% de um outro fundo de compensação (FECOM), a ser utilizada na dedução de custos operacionais de administração também do FEURB, cujo gerenciamento deve ser definido pelo Conselho Gestor (Bahia, 2024).

Em fevereiro de 2025, o Tribunal de Justiça da Bahia editou o Decreto Judiciário nº 125, regulamentando formalmente o FEURB, com a finalidade específica de ressarcimento dos atos registrares isentos praticados no processo de regularização fundiária urbana de interesse social (REURB-S), conforme definido na Lei Federal nº 13.465/2017.

O que merece destaque é que, expressamente, o decreto realça que o fundo é de caráter privado e possui a mesma estrutura e finalidade do FECOM-BA, sendo este de natureza privada e criado com o objetivo de ressarcimento dos atos gratuitos e isentos praticados pelos registradores civis de pessoas naturais e para promover a compensação financeira das serventias notariais e de registro, com o escopo de alcance da renda mínima (Bahia, 2025).

### **3 CONCRETIZAÇÃO DE FINS CONSTITUCIONAIS ORÇAMENTÁRIOS E FINANCEIROS. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. FUNDO DE COMPENSAÇÃO REURB-S**

Em linha de princípio, o fundo da Reurb-S, quando devidamente estruturado por meio de lei, tende a ser um fundo público especial vinculado a política urbana como instrumento de execução da própria política habitacional, estando submetido, portanto, ao regime jurídico de direito financeiro público.

Mesmo que o fundo possua receitas também oriundas de fontes privadas, esses recursos, sob gestão pública, transmudam-se, via de regra, em receita pública vinculada, devendo respeitar os princípios da legalidade, transparência, controle, vinculação orçamentária e prestação de contas.

Verifica-se que o fundo de compensação da Reurb-S está atrelado ao direito orçamentário público, razão pela qual cabe ser estudado sob a ótica da Constituição Financeira. Nesse viés, o fundo da Reurb-S vincula-se, em alguma medida, ao direito orçamentário, para conferir unicidade à atividade financeira e sistematicidade às despesas do próprio fundo, com finalidade de alcançar maior amplitude aos direitos fundamentais, no caso específico, ao direito fundamental à moradia.

Nesse sentido, Yan Cavalcanti Aragão assenta que não basta financiar a burocracia pública, “a atividade financeira deve ser concretizadora dos direitos fundamentais e permitir o atingimento dos fins constitucionais. Tal concretização demanda que a atividade financeira assegure os meios adequados e suficientes para

prover as necessidades de todos, segundo o princípio democrático” (Aragão, 2025, p. 213).

A vinculação do fundo da Reurb-S com as regras da Lei Orçamentária parece ser evidente, tanto que a lei que criou o FNHIS – Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social, cujo objetivo precípuo é auxiliar Estados, municípios e o Distrito Federal na construção de habitações e projetos de regularização fundiária urbana, instituiu o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, com o viés de implementar políticas e programas de investimentos e subsídios, propiciando o acesso à habitação destinada à população de baixa renda, com possibilidade de destinar recursos para “a compensação, total ou parcial, dos custos referentes aos atos registraes da Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social (Reurb-S)”<sup>3</sup>.

Resta claro, portanto, que o fundo envolve receita pública, ainda que advinda em parte de recursos privados, devendo, por isso, ter vinculação orçamentária, pois, sem dotação orçamentária, a despesa realizada no fundo de compensação da Reurb-S gerará irregularidade e pode configurar infração administrativa contra as finanças públicas, ao menos.

A criação e a operação irregular desse instrumento podem, ainda, gerar rejeição das contas pelo Tribunal de Contas do Estado (TCE), ato de improbidade administrativa, na hipótese de dolo ou desvio, e, em caso grave, eventual crime disposto no art.359-D do Código Penal<sup>4</sup>. Não se pode olvidar que recursos públicos geridos fora do orçamento violam o art.167 da Constituição Federal.

Nota-se que, dos fundos de compensação apresentados neste artigo, os fundos dos Estados do Acre e de Minas Gerais possuem mais densidade de conteúdo e segurança jurídico-financeira, pois vinculam a gestão do fundo, no que couber, ao comando da Lei Federal nº 4.320, de 1964 – Lei Geral do Orçamento Público.

De uma forma ou de outra, retoma-se aqui a discussão sobre o eixo dos direitos fundamentais, conforme destacam Élide Graziane Pinto e Francisco Machado Tavares:

<sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005, § 4º do artigo 11 da referida lei.

<sup>4</sup> BRASIL. Código Penal: Art. 359-A. Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa: Pena - reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos. Parágrafo único. Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo: I - com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal; II - quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.

O Direito Tributário e o Direito Financeiro dispõem sobre o sistema normativo de viabilização material do pacto constitucional, antes de se definirem como mecanismos para a defesa da riqueza privada. O Direito Financeiro tem como eixo jurídico a precedência material dos direitos fundamentais, antes da orientação teleológica à supressão de gastos primários com vistas à priorização absoluta do serviço da dívida pública (Pinto, 2022, p. 165-210).

Nesse contexto, tem-se que o § 4º do art.72 da lei nº 13.465, de 2017, abre possibilidades para que os fundos compensatórios estaduais, criados com o objetivo de auxiliarem na implantação do direito à moradia, por meio de Regularização Fundiária Urbana, possam receber recursos do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS), segundo a dicção do seu texto normativo: “Fica habilitado o FNHIS a destinar recursos para a compensação, total ou parcial, dos custos referentes aos atos registrais da Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social”.

O texto confere autorização legal para que o FNHIS utilize seus recursos para custear abertura de matrículas, averbações e registros dos cartórios imobiliários, quando esses atos se apresentam vinculados à Reurb-S prevista na Lei nº 13.465/17. Trata-se de norma de caráter habilitador, e não impositivo, ou seja, não cria obrigação automática de pagamento, mas autoriza juridicamente a destinação de verbas para essa finalidade específica.

Como anunciado acima, a Reurb-S é modalidade de regularização fundiária voltada a núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda. Seu objetivo é garantir o direito à moradia (art. 6º da CF/88); promover a função social da propriedade; viabilizar segurança jurídica aos ocupantes; permitir acesso a políticas públicas (infraestrutura, crédito, serviços, etc).

A regularização envolve diversos atos registrais (abertura de matrículas, registros de legitimação fundiária, concessão de uso especial, averbações, etc.), que geram custos cartorários. Embora a própria Lei nº 13.465/2017 preveja hipóteses de gratuidade ou redução, na prática, os custos podem representar obstáculo financeiro para Municípios, beneficiários e para as próprias serventias extrajudiciais de imóveis.

O dispositivo procura enfrentar uma questão estrutural na formulação de políticas públicas voltadas ao direito fundamental à moradia. No caso, viabilizar economicamente a Reurb-S, sem onerar expressivamente as serventias imobiliárias. Daí a solução proposta para o legislador: permitir que recursos federais do FNHIS sejam utilizados para compensar gratuidades cartorárias, custear, ainda que

parcialmente, despesas registraes e equalizar financeiramente o sistema de delegação pública dos cartórios de registro de imóveis.

É dever do Poder Público desenvolver planos específicos de ação e implementar legislação que respeite o princípio da igualdade, fraternidade e da não discriminação, a fim de propiciar a todas as pessoas uma segurança na posse, como é o caso da Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, Concessão de Direito Real de Uso e legitimação fundiária, instrumentos utilizados para atingir a função social constitucional da propriedade, todos registráveis na cadeia imobiliária, considerados direitos reais, nos moldes do art.1.225 do Código Civil (Lisboa, 2022).

Esse financiamento a partir da criação do fundo compensatório preserva dois princípios relevantes: o princípio da continuidade e sustentabilidade do serviço extrajudicial, exercido em caráter privado por delegação do Poder Público, e o da efetividade da política habitacional de interesse social. Para além disso, pode-se afirmar que se trata de dispositivo compatível com o direito fundamental à moradia, sendo a competência comum da União, Estados, Municípios e Distrito Federal a promoção de programas de habitação social. Há ainda total compatibilidade com a política nacional de habitação de interesse social, estruturada pela Lei nº 11.124, de 2005, que instituiu o FNHIS<sup>5</sup>.

Segundo Rodrigo de Oliveira Faria, o arcabouço normativo instituído pela Constituição de 1988 transformou consideravelmente o sistema orçamentário público brasileiro, a estabelecer imposição de vinculações obrigatórias de recursos a áreas essenciais, como saúde, educação, previdência e habitação, assegurando o financiamento de direitos sociais e limitando a discricionariedade do Executivo (Faria, 2010).

Em arremate, Josué Mastrodi e Mariane Dantas Rosmaninho afirmam que a Carta Magna de 1988, ao tratar, no art.170, da ordem econômica, fundou-se na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa e na justiça social e prevê a garantia de uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Existência digna que,

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005. Art. 9º: O FNHIS será gerido por um Conselho Gestor. Art. 10. O Conselho Gestor é órgão de caráter deliberativo e será composto de forma paritária por órgãos e entidades do Poder Executivo e representantes da sociedade civil.

§ 1º A Presidência do Conselho Gestor do FNHIS será exercida pelo Ministério das Cidades.

§ 2º O presidente do Conselho Gestor do FNHIS exercerá o voto de qualidade.

§ 3º O Poder Executivo disporá em regulamento sobre a composição do Conselho Gestor do FNHIS.

§ 4º Competirá ao Ministério das Cidades proporcionar ao Conselho Gestor os meios necessários ao exercício de suas competências.

por óbvio, está diretamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana” (Mastrodi, 2013, p.209).

A criação e a regulamentação do fundo compensatório atendem ao princípio da legalidade orçamentária, pois a destinação de recursos passa a ter fundamento normativo expresso e reduz entraves financeiros à Reurb-S; amplia a capacidade de atuação do Poder Público; confere maior segurança jurídica à política pública habitacional voltada para pessoas de baixa renda e, ainda, evita judicializações sobre custeio de atos cartorários registrais.

#### 4 FUNDO DE COMPENSAÇÃO – NATUREZA DA IMPOSIÇÃO AOS ESTADOS

Distintamente do § 4º do art.72, da Lei 11.465, de 2017, anteriormente analisado, que possui caráter habilitador, o qual autoriza e capacita os Estados a receberem recursos para fins de uso em políticas públicas habitacionais de regularização fundiária, a regra prevista no art.73 da mesma norma obriga a criação de fundos estaduais específicos, o que exige uma regulamentação própria e vincula tais fundos à finalidade exclusiva de compensar custos registrais cartorários da Reurb-S.

Cuida-se de mecanismo estruturante da política pública de regularização fundiária, prevista na lei nº 13.465, de 2017 e do próprio Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, instituído pela Lei nº 11.124, de 2005 (art.2º).

A finalidade do fundo estadual é muito clara: a Reurb-S gera custos, e o fundo funciona, de alguma forma, como mecanismo de proteção à sustentabilidade e ao equilíbrio financeiro do serviço delegado, constitucionalmente amparado pelo art.236 da Constituição Federal<sup>6</sup>.

Há, portanto, um cenário de federalismo cooperativo: a União institui a política pública nacional de habitação e do fundo respectivo nacional; os Estados estruturam fundos próprios específicos para a Reurb-S e o acesso aos recursos federais do fundo

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 236: Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

nacional fica a depender de termo de adesão, consoante a redação do § único do art.72 da lei da Reurb<sup>7</sup>.

Logo, nota-se que a União pode editar normas gerais estruturantes, especialmente quando a política pública possui dimensão nacional, no caso, a política urbana e de habitação de interesse social. O art.73, ao determinar a criação de fundos, deve ser compreendido como diretriz organizacional vinculada à execução de política nacional, jamais como ingerência direta na autonomia estadual. Trata-se de um modelo de adesão cooperativa condicionada e de estrutura de cofinanciamento, pois a norma não impõe encargo isolado aos Estados, mas cria sistema de compartilhamento financeiro.

Em outras palavras, o art.73 atua como norma de eficácia concretizadora de direito fundamental, e, sob essa questão, é possível afirmar que se trata de normativo instrumental de garantia e medida de redução de desigualdade estrutural.

Fernando Facury Scaff, quanto a esse cenário jurídico-financeiro, defende mudanças de paradigmas no direito orçamentário, pois o orçamento não pode ser tratado como apenas um documento contábil, mas como instrumento jurídico de concretização da democracia. Os direitos fundamentais são “direitos caros” e dependem da arrecadação e alocação de recursos. Inspirado em pensadores, como John Rawls, Scaff sustenta que o Estado deve usar o orçamento para garantir que todos tenham as mesmas condições básicas de exercer sua liberdade (Scaff, 2018, p. 267-316).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou o comando impositivo da criação e da regulamentação dos fundos de compensação estaduais para atos de registros, praticados no curso do processo de Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social. Esse arcabouço estabelecido pela lei nº 13.465/2017 não viola a autonomia estadual.

<sup>7</sup> O Estado da Paraíba, em que pese os esforços da ANOREG-PB, ainda não instituiu o fundo de compensação dos atos registrares praticados na Reurb-S. Tramita no TJPB processo administrativo nº 004189-61.2025.8.15, com parecer favorável da Diretoria Jurídica, datado de 09.04.2025, opinando pelo encaminhamento de anteprojeto de lei para o Poder Legislativo, com o destaque de que a movimentação dos recursos do fundo seja realizada exclusivamente por meio do Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI), garantindo a transparência, o controle externo do Tribunal de Contas do Estado e facilitando a prestação de contas anual.

Muito pelo contrário, estrutura mecanismos de cofinanciamento legítimo e harmoniza a política urbana (art.182, CF/88) com a sustentabilidade financeira dos cartórios de registro de imóveis, que ficam obrigados a abrir milhares de matrículas, realizar inúmeros registros e averbações, expedir centenas de certidões, sem qualquer ressarcimento, ainda que parcial, nos procedimentos da Regularização Fundiária de Interesse Social (Reurb-S).

A criação e a regulamentação dos fundos a que se reporta o art.73 da lei da Reurb promovem verdadeiro arranjo institucional de cooperação federativa e de efetividade de direitos fundamentais, notadamente do direito social constitucional à moradia. Ainda é relevante destacar que é permitido à União condicionar repasses voluntários de recursos, e, sem esse mecanismo financeiro específico para custear atos cartorários, o processo da Reurb-S pode se tornar, em alguma medida, materialmente inviável.

Assim, impõe compatibilizar a gratuidade dos serviços previstos na Lei nº 13.465, de 2017, com a viabilidade econômica das serventias extrajudiciais que participam do processo de regularização fundiária, uma vez que a ninguém interessa a quebra do equilíbrio econômico-financeiro da delegação cartorária.

O fundo compensatório do artigo 73 da lei de regularização fundiária urbana necessita observar os requisitos constitucionais e orçamentários do Direito Financeiro, uma vez que possui natureza contábil e financeira, vinculado à política urbana constitucional.

Embora a Lei nº 13.465/2017 seja uma norma de caráter predominantemente urbanístico e civil, a instituição de fundos públicos — como o destinado a compensar atos registrares da Reurb-S (Regularização Fundiária de Interesse Social) — atrai a incidência imediata das normas de Direito Financeiro (especialmente a Lei nº 4.320/1964 e a Lei Complementar nº 101/2000 - LRF). Isso ocorre porque tais fundos gerenciam receitas públicas ou paraestatais e realizam despesas que impactam o equilíbrio das contas estaduais.

Pelo Direito Financeiro, qualquer “fundo” constitui um produto de receitas especificamente vinculadas à realização de determinados objetivos. Como esses fundos envolvem a gestão de recursos, ficam eles sujeitos aos princípios da legalidade orçamentária.

A criação de um fundo ou a criação de novas despesas para compensação exigem estimativa de impacto financeiro-orçamentário, e o parágrafo único do art. 73 da Lei 13.465 menciona o acesso a recursos do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS). Para que um ente federado receba esses recursos, ele deve cumprir os requisitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, como estar em dia com as contas públicas e observar os limites de gastos, sob pena de suspensão de transferências voluntárias e outras medidas.

Por fim, o fundo compensatório representa uma ferramenta financeira de uma política pública de moradia. Para que a gratuidade da Reurb-S seja sustentável e não gere colapso nos cartórios, sua gestão deve observar estritamente a regularidade fiscal, a transparência e a eficiência exigidas pelo regime jurídico financeiro brasileiro. A criação do fundo é uma garantia de que o custo da justiça social não será obstáculo para quem mais precisa, e a sua implantação transforma o Direito Financeiro em um aliado da Política Urbana e de Habitação de Interesse Social, provando que, em uma República, o orçamento deve servir à pessoa humana, e não o contrário.

## REFERÊNCIAS

### Legislação e documentos oficiais

ACRE. Lei nº 3.615, de 16 mar. 2020. Cria o Fundo Especial Registral de Regularização Fundiária de Interesse Social (FERRFIS) e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=469781>>. Acesso em: 27 fev. 2026.

BAHIA. Lei Estadual nº 14.806, de 23 dez. 2011, art. 41. *Diário Oficial do Estado*, 27 dez. 2024.

BAHIA. Decreto Judiciário nº 125. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 3.757, 19 fev. 2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dez. 1940. Código Penal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2026.

MINAS GERAIS. Lei Complementar n° 91, de 19 jul. 2006. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LCP/91/2006/?cons=1>>. Acesso em: 27 fev. 2026.

MINAS GERAIS. Lei Estadual n° 23.229, de 28 dez. 2018. Cria o fundo especial registral de regularização fundiária de interesse social. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LEI/23229/2018/>>. Acesso em: 27 fev. 2026.

**Livros, capítulos e dissertações** ARAGÃO, Yan Cavalcanti. *Controle abstrato de constitucionalidade de leis orçamentárias: conflitos na aplicação da Constituição Financeira*. 2025. 230 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Unibrasil, Curitiba, 2025.

CASTANHEIRA, Alice; ARAÚJO, Bárbara. Reflexões sobre o papel da Defensoria Pública na sociedade. In: ROBERTO, Wilson Furtado et al. *Liber Amicorum: Homenagem aos 10 anos do Min. Reynaldo Soares da Fonseca no STJ*. v. 1. Leme: Mizuno, 2025.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB). *Campanha da Fraternidade 2026: Texto-base*. Brasília: Edições CNBB, 2025. Disponível em: <[https://unmp.org.br/wp-content/uploads/2026/01/CF26\\_Texto-base.pdf](https://unmp.org.br/wp-content/uploads/2026/01/CF26_Texto-base.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2026.

FARIA, Rodrigo de Oliveira. Reflexos do endividamento nas relações federativas brasileiras. In: BRAGA, Carlos Eduardo Faraco; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (org.). *Federalismo Fiscal – Questões contemporâneas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Tradução de Ruy Jungmann. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

LISBOA, José Herbert Luna. *A concessão de uso especial para fins de moradia e a regularização fundiária: institutos jurídicos da política urbana, nos termos da Lei n° 13.465/2017*. São Paulo: Dialética, 2022.

PINTO, Élide Graziane. *Financiamento de direitos fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-plano Real*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

PINTO, Élide Graziane; TAVARES, Francisco Mata Machado. Em busca dos direitos fundamentais: parâmetros para uma reconstrução dogmática do direito das finanças públicas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 125, p. 165-210, jul./dez. 2022. DOI: <https://doi.org/10.9732/2022.V125.905> (doi.org in Bing).

Disponível em:

<<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/905/655>>. Acesso em: 19 mar. 2026.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 267-316.

VIANA, Davi Tavares. *Direito civil e dignidade humana: neoconstitucionalismo e eficácia dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2025.

### Artigos em periódicos

MASTRODI, Josué; RODRIGUES, Mônica Nogueira. A vinculação do administrador às leis orçamentárias como meio de concretizar o direito fundamental à moradia: estudos sobre controle de políticas públicas de moradia no município de Campinas. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 19, n. 19, p. 3-21, jan./jun. 2016.

Disponível em:

<<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/650/452>>. Acesso em: 27 fev. 2026.

MASTRODI, Josué; ROSMANINHO, Mariante Dantas. O direito fundamental à moradia e a existência efetiva da reserva do possível. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 43, 2013. Disponível em:

<[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/103865/2013\\_mastrodi\\_neto\\_josue\\_direito\\_fundamental.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/103865/2013_mastrodi_neto_josue_direito_fundamental.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>.

SCHONARDIE, Elenise Felzke; CAMARGO, Gabrieli de. Ter que manter a vida mesmo sem ter um lugar: a exclusão do capital, a subcidadania e a naturalização da desigualdade social brasileira na negação do direito à moradia. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 27, n. 3, p. 31-49, set./dez. 2022. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1727/754>>. Acesso em: 27 fev. 2026.

## CIVIL LIABILITY FOR NON-COMPLIANCE WITH PARENTAL DUTIES

### A RESPONSABILIDADE CIVIL POR INCUMPRIMENTO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

*Juliana Duarte Maroja<sup>1</sup>*  
*Tribunal de Justiça da Paraíba*

82

#### ABSTRACT

From the Liberal to the Social State, Civil Law evolved from protecting private autonomy and patrimony to prioritizing human dignity and solidarity. Family Law ceased to be an untouchable nucleus and began to admit State intervention, regulating parental responsibilities as a power-duty. Debates persist regarding the limits of such interference and family autonomy, as well as the nature of parental responsibilities. Breach of these duties may give rise to civil liability, applicable to wrongful acts such as failure to provide support, domestic violence, omission of paternity, or transmission of diseases, thereby reinforcing the comprehensive protection of children and adolescents.

**Keywords:** Liberal State; Social State; Human Dignity; Parental Responsibility; Civil Liability.

#### RESUMO

Do Estado Liberal ao Social, o Direito Civil evoluiu da proteção da autonomia privada e patrimonial para a valorização da dignidade humana e solidariedade. O Direito de Família deixou de ser núcleo intangível e passou a admitir intervenção estatal, regulando responsabilidades parentais como poder-dever. Persistem debates sobre limites da ingerência e autonomia familiar, bem como sobre a natureza das responsabilidades parentais. O descumprimento desses deveres pode gerar responsabilidade civil, aplicável a ilícitos como falta de sustento, violência doméstica, omissão de paternidade ou transmissão de doenças, reforçando a proteção integral da criança e do adolescente.

Palavras-chaves: Estado Liberal; Estado Social; Dignidade Humana; Responsabilidade Parental; Responsabilidade Civil.

#### INTRODUCTION

While, in the Liberal State, the early Civil Codes—products of bourgeois thought—concentrated all regulation of the individual's civil life and prioritized non-intervention of the State in private relations and in the control of economic power, aiming to protect contractual freedom, autonomy of will, and property rights; the Social State sought to interfere in private order and in the regulation of economic power,

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa-Portugal. Juíza do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. [julianamaroja@gmail.com](mailto:julianamaroja@gmail.com).

pursuing the guarantee of a minimum existential standard for individuals or the means to achieve it.

Post-war social thought ushered in a new era of State intervention in private relations, resulting in significant changes in constitutional orders, which came to prioritize human dignity and the value of the human person.

Within this paradigm shift, the rules governing Family Law also began to reflect the prevailing social, moral, and religious conditions and models of each era, abandoning the notion of the family as an impermeable and untouchable nucleus, immune to corrective and guiding interventions by the State.

Nevertheless, although the idea of State intervention in private agreements and family relations has been consolidated, controversies persist regarding the limits of such interference in contrast with the autonomy of the family entity; as well as the tension between the exercise of parental authority and the recognition of the child's value within the parent-child relationship.

In this context, the need arises to question the breakdown of the traditional conception of parental authority or parental responsibilities. It is essential to analyze whether these consist of a power or an assignment, whether rights and duties within the family nucleus are impermeable or not; and to consider the child's condition as a rights-bearing subject, and thus whether subordination is absent or present in the relationship between parents and children.

Beyond the indispensable understanding of these issues, another crucial inquiry emerges: What is the limit of State interference in family relations as opposed to its immunity?

Given the relevance of parental responsibilities, the purpose of this study is to conduct an explanatory bibliographic analysis of parental responsibility and the potential duty to compensate children for harm caused by the failure to fulfill primary and accessory legal duties arising from parental authority.

Thus, in addressing civil liability for breach of legal duties inherent to parental authority, the generating fact to be analyzed consists of parental responsibilities, which subsist only during minority, although their consequences may manifest after the attainment of civil majority.

Moreover, it will be necessary to establish the applicability of general civil liability rules within Family Law, based on the breach of a pre-existing legal duty, thereby

granting it a legal foundation and abandoning the outdated conception that the basis for unlawful acts in parent-child relations would be confined to abstract moral values and laden with emotionality.

Accordingly, this study will outline the general framework of the constitutionalization of Civil Law, with the consequent State intervention in family relations, as a reflection of the transition from the Liberal State to the Social State. It will then analyze the legal protection afforded to the family institution within the Luso-Brazilian legal system.

Finally, the study will address the elements of civil liability for breach of duties arising from parental authority (voluntary act of the agent: action or omission of the parents; unlawfulness; culpability: intent or negligence of the agent causing the harm; damage; and causal nexus).

Equally important, some behaviors that may be considered civil wrongs and give rise to the duty to compensate—frequently encountered in forensic practice—will be examined. These include, among others, the failure to voluntarily acknowledge paternity, default in fulfilling the duty of support, the abusive exercise of parental authority through acts of domestic violence, illnesses contracted and transmitted by parents, and other violations.

## 1. THE PHENOMENON OF THE CONSTITUTIONALIZATION OF FAMILY LAW: BRIEF NOTES ON STATE INTERVENTION IN FAMILY RELATIONS

As a Portuguese colony, prior to the Civil Code of 1916, the Brazilian legal system was governed by the provisions contained in the *Ordenações Filipinas*. The first Brazilian Civil Code (Law No. 3,071) was published on January 5, 1916, and came into force on January 1, 1917. Inherited from the Napoleonic Code, the dichotomy between public law and private law was evident at the time.

The Federal Constitutions in force during the Liberal State essentially addressed the division and structure of powers and guaranteed only the so-called first-generation rights, according to which individual liberty was to be respected by the State. These were eminently political charters, lacking normative force, since they depended on legislative action to acquire applicability.

Strongly influenced by the nineteenth-century Napoleonic Code, the early Civil Codes—products of bourgeois thought—concentrated all regulation of the individual's

civil life and emphasized non-intervention of the State in private relations and in the control of economic power, aiming to safeguard contractual freedom, autonomy of will, and property rights.

The Brazilian Civil Code inherited from the French Civil Code of 1804 an eminently patrimonial and individualistic character, which extended to Family Law. Emotional aspects of family relations were deemed irrelevant. Family was legitimized only when constituted by marriage; distinctions were drawn between children born outside wedlock; hierarchy and patriarchy governed family life; marriage was indissoluble; and non-marital unions were considered immoral.

The nuclear family was composed of spouses and biological children born within marriage (a triangular relationship). The man exercised the role of head of the conjugal society, holding legal representation of the family, administering common property and, when authorized, the woman's separate property under the matrimonial regime or antenuptial agreement. He also had the right to determine the family domicile and the duty to provide for its maintenance.

The indissolubility of marriage implied that affectivity was disregarded; the individual was bound perpetually to the status of married, by virtue of a legal bond previously established, unless choosing to live on the margins of society. Moreover, the indissoluble, hierarchical, marriage-based family served to ensure that the wealth accumulated by the bourgeoisie, dominant at the time, would not be transferred to individuals of other social classes.

On the other hand, industrialization and capitalism gave rise to evident and tangible disparities among social classes and, consequently, to the conception of the need for State intervention in private relations in order to guarantee social justice—a need that intensified after World War I. Alongside this, scattered legislation emerged, primarily regulating economic matters.

In this context, diverse legal microsystems arose, gradually weakening the centralization of codified civil legislation. Constitutional recognition of so-called second-generation rights—social rights—also emerged. Thus, albeit timidly, the State began to interfere in private order and in the regulation of economic power. The interventionist social ideology gradually took root, aiming to guarantee individuals a minimum existential standard or the means to achieve it.

With the advent of third-generation rights, grounded in solidarity and fraternity, human dignity and the value of the human person attained, in some legislative systems, the status of constitutional principles. This led to greater public intervention in private relations, while also imposing upon the State the duty to observe and comply with the very norms it had established. The aim was to prevent the repetition of atrocities committed during wartime against individuals, under the pretext of legitimate State action based on public interest.

Such State intervention stemmed from the need to confer effectiveness upon fundamental and social constitutional rights, not only in the relationship between individual and State—but also in relations between private parties. Both were deemed essential to the stability of public order, given the recognition that imbalance between parties may also occur in relations of an eminently private nature.

## 2. WITHIN THE SCOPE OF FAMILY LAW

Starting from the premise that the family is the first social environment in which the individual establishes social bonds—whose consequences will have both immediate and long-term effects on society—and further, that human beings are more likely to achieve personal fulfillment within the family when affective ties are strong, ties which are not necessarily derived from biological connections, society gradually abandoned the notion of family as merely a unit for the constitution and transmission of patrimony.

### 2.1. *The Family and Its Legal Protection in the Luso-Brazilian Legal System*

The Federal Constitutions of Brazil of 1934, 1937, 1946, and 1967, under the strong influence of Canon Law, although not defining the concept of family, recognized it only as that constituted through marriage, which was considered indissoluble (art. 144, art. 124, art. 163, and art. 167, §1, respectively).

It was during the transition from the Liberal State to the Social State, with the Federal Constitution of 1934, that the family first received legal protection under the supreme law. However, it was the Federal Constitution of 1988 that most clearly embodied an interventionist, protective, and regulatory function in Family Law, serving as a true foundation of validity and guidance in the interpretation of family law norms.

Although containing rights considered to be of the third generation, the 1988 Constitution does not define the family; nevertheless, it recognizes it as constituted by

marriage (art. 226, §1), by stable union (art. 226, §3), and by the community formed by either parent and their descendants (art. 226, §4). Thus, the State's protection extended not only to families formed by blood relations but, above all, to those expressed through a spiritual and life communion.

Without delving deeply into constitutional matters, it is clear that the 1988 Constitution does not restrict the concept of family to those formed by marriage, stable unions, or single-parent families; it merely lists them as forms of constitution. Accordingly, the types of family entities mentioned in the constitutional text are illustrative, allowing for other forms of family constitution to arise through infraconstitutional norms. Similarly, the Brazilian Civil Code of 1916 also presented only forms of legitimate family constitution, established through marriage and, additionally, through biological and legal ties (adoption).

The Statute of the Child and Adolescent (Law No. 8,069/90) defines the natural family as the community formed by the parents—or either of them—and their descendants; and the extended or enlarged family as that which extends beyond the parents-and-children unit or the couple's unit, formed by close relatives with whom the child or adolescent lives and maintains ties of affinity and affection (art. 25).

More recently, the Federal Supreme Court, through landmark rulings in ADI No. 4,277/DF and ADPF No. 132/RJ, recognized the existence of stable unions between same-sex individuals, termed homoffective unions, granting them the status of family entities. This conferred a new legal dimension to Article 1,723 of the Brazilian Civil Code.

Given the absence of infraconstitutional legislation on the matter, the National Council of Justice, on May 14, 2013, issued Resolution No. 175, which administratively regulated the licensing and celebration of civil marriage, or the conversion of stable unions into marriage, between same-sex individuals.

### 3. THE EFFECTS OF FILIATION

The natural parent-child relationship arises, in the legal sphere, from a juridical fact *strictu sensu* which, in this case, occurs through a biological event. Biological filiation is constituted with the birth of a child alive. However, the effects of filiation or kinship are only legally recognized once filiation is formally established through the registration of birth, which has merely declaratory effect. Accordingly, the effects of filiation retroact to the date of the individual's birth.

Once filiation is constituted and registered, legal effects emerge concerning both the child and the parents. As a primary effect, there is the personal, inalienable, and imprescriptible right to filiation itself, which consists in the recognition by the legal order of belonging to a family unit, with the consequent identification not only of the parents but of the entire ancestry. This is the right to seek one's lineage.

The right to know one's biological origin constitutes a general personality right and derives from the principles of human dignity and the free development of personality. The right to personal identity encompasses the set of characteristics by which the individual defines their personality and distinguishes themselves from others. Deprivation of knowledge of one's origin prevents the full development of personality.

To guarantee the right to knowledge of biological origin, Article 48 of the Statute of the Child and Adolescent (ECA) grants adoptees the right to access the data contained in their adoption proceedings upon reaching 18 years of age; or, if younger, with legal and psychological assistance. It is important to note that the exercise of this right does not dissolve the kinship established by adoption, which remains inviolable and irrevocable (art. 39, §1 of the ECA).

Filiation also gives rise to the right to a name and to descent—understood broadly, not restricted to parents alone—which form part of the right to personal identity.

Parental responsibilities and parent-child duties likewise arise as effects of filiation. Once paternity and/or maternity are established, parents are legally bound to strictly comply with their duties toward their children while the latter remain civilly incapable. These duties persist even after the attainment of civil capacity, through majority or emancipation, and are grounded in the constitutional principle of solidarity, encompassing respect, support, and assistance.

Under the patriarchal conception of family, the repealed Civil Code provided that during marriage, although parental authority belonged to both parents, it was exercised by the husband with the collaboration of the wife; in case of disagreement, the father's decision prevailed, with the mother retaining the right to appeal to the courts (art. 380 of the 1916 Civil Code). This revealed a clear subordination of all family members to paternal will.

With the advent of the new legal order imposed by the 1988 Federal Constitution, which established equality between men and women in acquiring rights and obligations (art. 5, I), the current Civil Code and the Statute of the Child and

Adolescent abandoned the expression *pátrio poder* (“paternal power”) and adopted *poder familiar* (“parental authority”), discarding the notion of male predominance over women, even within the family (art. 1,631 of the Civil Code and art. 26 of Law No. 8,069/90).

Analyzing the legal provisions concerning the exercise of parental authority, it is clear that the duties imposed are intended to benefit the vulnerable person, ensuring their physical, mental, moral, spiritual, and social development under conditions of freedom and dignity (art. 227 of the Constitution and art. 3 of the ECA), as well as the administration of their property.

Thus, parental authority essentially consists of representing the incapable child and administering their assets. It unfolds in two dimensions: a) the personal aspect, encompassing custody, education, and discipline; b) the patrimonial aspect, concerning the administration and usufruct of the child’s property.

It must be emphasized that, regarding patrimonial matters, parents, as administrators of their minor children’s property, have the right to use and enjoy such assets; otherwise, they would be equated with ordinary employees. This assertion is clearly reflected in the Portuguese Civil Code, which distinguishes parental responsibility in relation to the personal sphere (arts. 1,885 to 1,887-A) and the patrimonial sphere, which includes the duty-power of administration and representation.

The term currently adopted in the Brazilian system (*poder familiar*) proves inadequate, since the duties arising from filiation imposed on parents do not constitute a “power,” which misleadingly suggests discretion, subordination, and self-interest. Rather, the expression *parental responsibility* is more appropriate, as it conveys the imposition of a duty exercised in the interest of another.

#### **4. PARENTAL RESPONSIBILITY AS A POWER-DUTY: THE EXERCISE OF A DUTY ORIENTED TOWARD THE INTEREST OF ANOTHER**

With the emergence of the new postmodern legal reality—marked by the *depatrimonialization* and *publicization* of civil law, in which pluralism of subjects is recognized and the individual is prioritized over their property—legal instruments began to acknowledge the equality of rights and obligations between men and women. This eliminated the notion of paternal authority prevailing over maternal authority, while the expression *pátrio poder* (“paternal power”) was replaced by *poder familiar*

(“parental authority”) in the 2002 Civil Code. In the Portuguese legal system, *paternal power* was likewise replaced by *parental responsibilities* (Law No. 61/2008).

It is observed, therefore, that the duty of one party and the right of another merge into a single legal provision, within a homogeneous context, whereby the parent’s duty to fulfill obligations corresponds to the child’s right to receive them, granting the child the right of action in case of parental omission.

In this regard, José Casalta Nabais (2017, p. 295) points out that the fundamental duties of parents—maintenance and education of their children—constitute a complex configuration, as they simultaneously represent a right-duty of parental freedom correlated with the rights of the child. He further notes that such duties have positive content, encompassing both obligations to act (*facere*) and obligations to provide (*dare*).

Thus, the conception of the family as an institution gives way to the perception of the family as an instrument for realizing individual dignity. Accordingly, all members of the family entity are granted rights and duties—often fused into a single legal provision—making them subjects of the relationship and holders of subjective rights. In this sense, the child, as an incapable subject of rights and no longer the object of the parental relationship, becomes the focus of parental responsibilities, which are exercised in pursuit of the child’s best interests, the predominant element in this legal relationship of filiation.

In the current context, parental authority or responsibility does not constitute merely a power, since its exercise does not involve only rights or faculties of action. Nor does it consist solely of a duty, as it is not limited to the imposition of legal obligations. Rather, it is a *power-duty*, a duty exercised in the interest of another, combining authority with responsibility.

## 5. CHARACTERISTICS OF PARENTAL RESPONSIBILITY

The power-duty of parents is aimed at protecting civilly incapable individuals and promoting their dignity, ensuring their physical, intellectual, and moral development. From this perspective, the specific values of parental authority—paternal authority and filial obedience—do not carry a material character but rather serve as instruments to safeguard and protect the personality rights of minors.

The exercise of parental authority is strictly personal to the parents, as it is their exclusive responsibility (art. 1,634 of the Brazilian Civil Code and art. 1,878(1) of the

Portuguese Civil Code). This characteristic functions as a guarantee for both children and parents, insofar as it secures their right to exercise this duty.

Since parental authority derives from filiation, it is an irrenounceable duty (art. 1,882 of the Portuguese Civil Code), as there is no option not to exercise it. It is also intransmissible, given that those invested with parental authority cannot deliberately transfer such responsibility to another.

Furthermore, because the norms governing parental authority are imperative and of public order, parents are not permitted to negotiate or alter the content of the duties and responsibilities imposed. These rights and duties are neither acquired nor lost through prescription.

The functional nature of parental authority highlights its connection to the purpose it serves, though not to the specific means employed, which are generally chosen by the parents. In other words, within the legal relationship between parents and children, parents are granted discretion in how they educate and raise their children, but this freedom is limited by the overriding interest of the vulnerable child. Additionally, parental authority based on minority is characterized by transience, beginning at birth and ending upon the attainment of civil majority.

As Jorge Duarte Pinheiro (2011) explains, filiation—a form of kinship—gives rise to both parent-child duties and parental responsibilities, except in cases where such responsibilities are legally or judicially conferred upon third parties.

While parent-child duties endure throughout the existence of the filial relationship, parental responsibilities are temporary, persisting only during minority and ceasing when the child reaches civil majority (art. 5 of the Brazilian Civil Code and art. 130 of the Portuguese Civil Code). Thus, parent-child duties and parental responsibilities coexist during minority, with the latter extinguished upon majority or emancipation.

In Brazil, parent-child duties are enshrined in art. 229 of the 1988 Federal Constitution. They consist of obligations to assist, raise, and educate children, reinforced by parental responsibilities listed in art. 1,634 of the Civil Code and art. 22 of Law No. 8,069/90. In Portugal, parent-child duties—which persist even after majority or emancipation—are set forth in art. 1,874(1) of the Civil Code, establishing that parents and children owe each other mutual respect, support, and assistance.

Support encompasses the principle of family solidarity (not limited to material aid but including moral support), while assistance refers to financial maintenance.

The duty of upbringing consists of parents providing their children with the necessary means to ensure their physical, intellectual, and moral development. This includes daily care, safety, and health protection. From this duty arise other legal rights-duties essential to its fulfillment, such as custody, education, and companionship, without which the healthy development of the child cannot be achieved.

In the realm of education, parents hold both the right and duty to educate their children (art. 227 of the Brazilian Constitution and art. 36(5) of the Portuguese Constitution). This encompasses defining and implementing intellectual, spiritual, moral, and professional training, ensuring access to education.

Education, as a process of socialization and acculturation, also entails the parents' right to exercise reasonable and moderate correction, pedagogical in nature rather than punitive. In turn, children owe obedience and respect, consisting of compliance with lawful orders issued by their parents in the exercise of their authority.

Another attribute of parental authority is the duty of companionship and custody (art. 1,634(II) of the Brazilian Civil Code), which reflects the fundamental right to family life (art. 227 of the Brazilian Constitution) and the Portuguese constitutional principle of inseparability of parents and children (art. 36(4) of the CRP).

From the duties of companionship and custody arise the determination of domicile and the child's right to remain in the parental home or in the residence designated by the parents. Parents, or in urgent cases those entrusted with the child, may reclaim the child, appealing to the courts or competent authority if necessary, should the child abandon or be removed from the home (art. 1,187 of the Portuguese Civil Code).

The exercise of companionship and custody, and the consequent determination of domicile, depends on the marital situation of the parents. As a general rule, both parents share this responsibility, though specific legal provisions apply in cases of separation, limitation, suspension, or termination of parental authority.

It is important to note that in cases where no marital relationship exists between the parents, custody granted to one does not limit or exclude the parental power-duty of both.

Linked to companionship and custody is the duty of visitation. This consists of periodic meetings, established consensually or judicially, allowing the non-custodial

parent to exercise their responsibilities, except in exceptional circumstances where incompatibility with the child's best interests is proven.

Personal contact between parents and children realizes the constitutional prerogative of family and community life (art. 227 of the Brazilian Constitution). It is fundamental to the formation and development of the child's personality, and therefore must be regarded as a legal duty, not merely a discretionary right.

## CIVIL LIABILITY IN THE LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN PARENTS AND CHILDREN

Members of the family unit—holders of constitutional guarantees—enjoy both rights and legal duties. Parents are granted the right to have their children in their company, to educate and raise them; while children are guaranteed the right to have a family (biological or substitute), preferably composed of their parents, to receive education and support, and, given their vulnerable condition, to have the exercise of parental responsibilities directed toward their best moral and social interests.

Failure to fulfill parental responsibility by parents—or third parties entrusted with such duties—may result in serious psychological, moral, and social consequences involuntarily borne by the child, constituting a violation of human dignity rights (art. 1(II) of the Brazilian Federal Constitution and art. 1 of the Portuguese Constitution). It is said to be involuntary because the child, as a vulnerable party, is shaped by the education received from family members and lacks the means to resist parental neglect, being left only to absorb and endure it.

The notion of harm immediately invokes the concept of civil liability, which arises from the need to compensate damages. Thus, the duty to repair (art. 927 of the Brazilian Civil Code and art. 483 of the Portuguese Civil Code) falls upon whoever, through an unlawful act (arts. 186 and 187 of the Brazilian Civil Code and art. 483 of the Portuguese Civil Code), causes harm to another.

Each situation must be carefully and individually assessed, since not every breach of parental responsibility constitutes a civil wrong, and not every civil wrong results in compensable damage—especially when questionable acts occur in highly emotional environments, where impersonal relations are not the norm.

The role of those exercising parental authority is so significant that it justifies considerable State intervention, ensuring the acquisition of rights and imposing minimum duties within family relations and between family members and society.

Failure to comply with parental duties may generate moral, emotional, and social consequences for children, who, as victims, lack the means to prevent such neglect of care. For illustration, the National Institute of Science and Technology for Public Policies on Alcohol and Other Drugs (INPAD) published partial results of a study on violence among children and adolescents and drug use. It concluded that exposure to physical and psychological abuse in childhood leads to negative outcomes in adulthood, including increased predisposition to depression and problematic use of psychotropic substances.

In Brazil, civil liability in Family Law faces three main objections. The first is the alleged absence of specific legal provisions authorizing civil liability in unlawful family relations. Yet, despite legislative inertia, it must be acknowledged that the absence of specific rules does not preclude the application of general civil liability principles to family relations.

Moreover, both art. 186 of the Brazilian Civil Code and art. 483 of the Portuguese Civil Code are unrestricted in scope. Thus, the lack of express regulation and absence of limitation lead to the application of a general theory of civil liability.

It would be implausible to exclude compensation for damages in family relations, since before patrimony comes the individual, who must be fully protected, including as a means of upholding human dignity.

Civil sanctions such as suspension or loss of parental authority do not replace or exclude the possibility of compensation, as their primary purpose is to safeguard the child's integrity by ensuring care and education through other means, not to compensate for harm caused by parental neglect.

Family measures aim to prevent the breakdown of institutional balance, seeking to preserve it where possible or provide alternative solutions. Their purpose is remedial, not compensatory or punitive.

Civil liability rests on a general clause: it does not necessarily presuppose unlawfulness, but rather the existence of damage, with compensation as its consequence. Criminal liability, in contrast, is based on the principle of typicity: it always presupposes unlawfulness, with punishment as its consequence, shaped by the crime and the offender.

Furthermore, the fact that wrongful conduct occurs within the family, specifically in the parent-child relationship, cannot serve as grounds for civil immunity. Nor can the

argument that compensation would reduce parental patrimony and thereby prejudice other heirs, since civil compensation is not equivalent to succession law's anticipation of inheritance.

Analogical extension of marital immunity to parent-child relations is also unfounded. If marital immunity is relative—allowing compensation for civil wrongs—then even more so should immunity be restricted in filial relations, given the vulnerability of children as rights-holders. Equality of treatment must prevail.

No immunity can legitimize the violation of fundamental constitutional rights. On the contrary, civil wrongs committed within the family must be subject to civil liability rules, and the familial context should aggravate, not mitigate, responsibility.

It is also implausible that legal protection among family members should be inferior to that afforded when the same harm is caused by a third party. Thus, there is no legal prerogative legitimizing unlawful acts or damages inflicted upon family members under the guise of family immunity.

Excluding Family Law from general civil liability rules does not preserve family harmony, since harmony is incompatible with civil wrongs. It is not the duty to compensate that disrupts family peace, but the wrongful act itself, which necessarily entails civil liability.

Another objection concerns the alleged absence of a legal duty to love, and the claim that lack of affection cannot give rise to civil liability. Indeed, affection is not a legal duty, as love is an abstract, subjective element, while law requires a minimum of objectivity to be effective. Civil liability in family relations between parents and children is therefore grounded in the breach of the duty of care, not in the absence of love.

This means that fulfilling one parental duty does not exempt compliance with others. For instance, punctual payment of child support does not absolve the parent from providing psychological assistance or enabling family life. All parental duties are interconnected, and each, considered individually, is indispensable to the proper development of children and adolescents.

## FINAL CONSIDERATIONS

Industrialization and the capitalist system brought about the need for greater State intervention in private relations, with the aim of ensuring social justice and reducing inequalities among social classes. Alongside this need, scattered legislation emerged, primarily regulating economic matters, culminating in the proliferation of

diverse legal microsystems, which gradually weakened the centralization of codified civil law.

Within this context of the constitutionalization of Civil Law, the principle of social solidarity was consolidated and, together with the process of *depatrimonialization*, the dignity of the human person came to be prioritized over patrimony.

In this constitutional paradigm shift, Constitutions assumed a unifying role within the legal system, composed of various diversified microsystems, thereby allowing permeability, communication, and integration between public and private norms contained in the different sectoral statutes that form the legal order.

As a consequence of the *depatrimonialization* and *publicization* of civil law, parental responsibilities came to be recognized as mandatory norms of public order, possessing the legal nature of true rights-duties, given the peculiar bilateral and reciprocal character of the relationship they contemplate.

From the parent-child relationship arise effects such as the personal, inalienable, and imprescriptible right to filiation itself, which encompasses the right to seek one's ancestry, as well as the effects of parental responsibilities and parent-child duties.

Parental responsibility is not a dead letter of the law, devoid of practical effect. The perception of normative evolution, together with the understanding of the insertion of certain legal provisions into the broader legal context, and the integrated study of constitutional norms with other scattered legislation, leads to the conclusion that parental responsibility is not a utopia exercised at will, but rather a duty oriented toward the best interests of the vulnerable child.

Since the Brazilian and Portuguese legal systems are not closed systems, the principle of specialty must be rejected. In the absence of specific legal provisions, there is no rule that prevents or limits the application of general civil liability principles to family relations.

Although civil liability is recognized within Family Law, in analyzing the occurrence of an unlawful act, it is necessary to consider the criteria of attribution, while also weighing the circumstances of the case against the standard of the reasonable person. Hypersensitivity must be rejected, excluding conduct that falls within the scope of permissible risk—that is, the general risks of life, understood as the dangers that every human being must endure when living in society.

## REFERENCES

- ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. *Poder paternal, direitos de personalidade e responsabilidade civil: a vigência dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011. v. III, p. 349.
- BRASIL. *Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Antônio Cláudio da Costa Machado (org.); Anna Cândida da Cunha Ferraz (coord.). Barueri, SP: Manole, 2009. p. 1201-1210.
- BRASIL. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002: contém o Código Civil de 1916*. Cezar Peluso (coord.). 3. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2009. p. 1748-1764.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1, 4. ed., p. 559-568; 854-877.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 1-21; 272-289.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Ana Sofia. *Responsabilidades parentais: de acordo com a Lei n. 61/2008*. Lisboa: Quid Juris, 2009.
- LOBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17-98; 189-271; 295-318; 371-396.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações: programa 2010/2011 apontamentos*. 3. ed. Lisboa, 2011. p. 5-195.
- MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981. p. 411-528.
- NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 293-336.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1-6; 35-56; 119-153; 213-217; 243-274.
- PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito de família contemporâneo*. 3. ed. Lisboa: AAFDUL Editora, 2011. p. 33-350.

SANTOS, Carla Lopes dos. *A tutela inibitória e o sagrado dever de visitas*. Disponível em:

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carla%20Lopes-%20Artigo%20versao%20final%2030.04.pdf> (abdpc.org.br in Bing). Acesso em: 4 fev. 2014, 16h02.

## GOVERNO DIGITAL E ESTRATIFICAÇÃO SOCIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA DIGITALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS SOB A ÓTICA DA EXCLUSÃO

### DIGITAL GOVERNMENT AND SOCIAL STRATIFICATION: A CRITICAL ANALYSIS OF PUBLIC SERVICE DIGITALIZATION THROUGH THE LENS OF THE DIGITAL DIVIDE

*Matheus Figueiredo Esmeraldo<sup>1</sup>*  
Universidade Estadual da Paraíba

*Maria Fernanda Soares Cantalice<sup>2</sup>*  
Universidade Estadual da Paraíba

*Vitória lasmin Cardoso da Silva<sup>3</sup>*  
Universidade Estadual da Paraíba

113

#### RESUMO

O avanço da transformação digital na administração pública brasileira, consolidado pela plataforma Gov.br, tem sido acompanhado por um discurso de eficiência e desburocratização. Contudo, essa transição ignora, por vezes, as assimetrias estruturais de acesso às Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) no país. O presente artigo analisa o fenômeno da estratificação social decorrente da digitalização dos serviços públicos, investigando como a exclusão digital atua como uma barreira à concretização da cidadania para populações em situação de vulnerabilidade. Partindo de uma abordagem crítico-analítica e bibliográfica, a pesquisa examina a transição do modelo de atendimento presencial para o *digital-first*, confrontando-o com os princípios da universalidade e da igualdade de acesso. Os resultados apontam que, na ausência de mecanismos inclusivos de letramento e infraestrutura, a digitalização estatal pode aprofundar abismos sociais, convertendo direitos fundamentais em serviços condicionados à competência tecnológica. Conclui-se pela necessidade de políticas de governança digital que transcendam a tecnocracia, garantindo que a inovação não se sobreponha à justiça social.

**Palavras-chave:** Governo Digital; Estratificação Social; Exclusão Digital; Cidadania; Gov.br.

#### ABSTRACT

The progress of digital transformation in the Brazilian public administration, consolidated through the Gov.br platform, has been accompanied by a discourse of efficiency and debureaucratization. However, this transition often overlooks the structural asymmetries in access to Information and Communication Technologies (ICTs) within the country. This article analyzes the phenomenon of social stratification

<sup>1</sup> Mestre em Ciência Política pela UFCG. Pós graduação em Direito Administrativo e Direito e Processo do Trabalho. Graduado em Direito pela UEPB.

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), com experiência prática na Defensoria Pública do Estado da Paraíba e no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba; monitora da disciplina de Direito Penal e extensionista do Projeto de Extensão Esperança García.

<sup>3</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), com atuação prática na Defensoria Pública do Estado da Paraíba e no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

resulting from the digitalization of public services, investigating how the digital divide acts as a barrier to the realization of citizenship for vulnerable populations. Based on a critical-analytical and bibliographic approach, the research examines the transition from face-to-face service models to a "digital-first" strategy, confronting it with the principles of universality and equality of access. The findings suggest that, in the absence of inclusive literacy mechanisms and infrastructure, state digitalization may deepen social gaps, converting fundamental rights into services conditioned by technological competence. The study concludes that digital governance policies must transcend technocracy, ensuring that innovation does not override social justice.

**Keywords:** Digital Government; Social Stratification; Digital Divide; Citizenship; Gov.br.

## INTRODUÇÃO

O processo de digitalização do Estado brasileiro não é um fenômeno isolado, mas antes o ápice de um projeto de reforma administrativa iniciado, em termos burocráticos, com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995. Nesse sentido, é na última década que essa transição ganha contornos de imperativo categórico, sobretudo impulsionada por marcos regulatórios como a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Em que pese o fato de tais normas serem fundadas na premissa da transparência e da democratização do espaço virtual, elas estabeleceram as bases para uma infraestrutura pública que pressupõe a onipresença da conexão, deslocando o eixo do atendimento presencial para a mediação por telas sem que houvesse, contudo, uma contrapartida proporcional em infraestrutura de acesso universal.

Ademais, a consolidação desse paradigma ocorreu com a promulgação da Lei do Governo Digital (Lei nº 14.129/2021), que institucionalizou a Estratégia de Governo Digital como ferramenta de eficiência e redução de custos operacionais. Com efeito, esta legislação cristaliza a transição do modelo de guichê para o modelo de plataforma, onde a interoperabilidade de dados e a desburocratização são apresentadas como garantias de modernidade.

No entanto, a fundamentação teórica da era digital no setor público brasileiro frequentemente negligencia o fato de que a norma jurídica não opera em um vácuo social; pelo contrário, ignora que a digitalização forçada de direitos essenciais pode colidir com o princípio da vedação ao retrocesso social, precisamente quando o meio de acesso se torna, por si só, uma barreira intransponível.

Sob essa ótica, a exclusão no Brasil foi moldada, historicamente, pela posse da terra e pelo acesso à educação formal. Atualmente, essa estratificação se

reconfigura através da posse de dispositivos e do domínio de códigos digitais. Nesse panorama, a migração de serviços vitais para ecossistemas fechados de autenticação desconsidera a realidade de uma parcela significativa da população que reside em zonas de sombra tecnológica ou que dispõe apenas de acesso precário via pacotes de dados limitados.

Por conseguinte, a evolução legislativa que visa à modernidade acaba por institucionalizar uma nova forma de invisibilidade, na qual o cidadão desprovido de capital tecnológico é excluído da própria definição de público, o que acaba transformando o direito administrativo em um sistema de algoritmos de exclusão.

Diante desse cenário, este artigo propõe uma análise crítica sobre como a digitalização desenfreada dos serviços públicos, sob a égide de plataformas como o Gov.br, tem aprofundado as assimetrias socioeconômicas no Brasil. Para tanto, a investigação estrutura-se a partir de uma revisão bibliográfica e documental, buscando desvelar as camadas de exclusão contidas no design das interfaces governamentais e na governança algorítmica que as sustenta. Em última análise, o objetivo é compreender em que medida a eficiência métrica buscada pelo Estado contemporâneo tem sacrificado a equidade e a universalidade, as quais são pilares fundamentais da administração pública democrática.

Em suma, o problema central que emerge desta análise reside na tensão entre a obrigatoriedade do meio digital e a garantia do acesso universal aos direitos fundamentais.

Questiona-se, portanto, como conciliar a inevitável evolução tecnológica da máquina estatal com a proteção das populações hipervulneráveis que se encontram à margem da rede. Por fim, esta problemática abre espaço para a discussão de soluções que transcendam a mera conectividade física, apontando para a necessidade de desenhos institucionais inclusivos e para o papel proativo de órgãos de defesa, como a Defensoria Pública, na mediação de uma cidadania que seja, de fato, para todos e não apenas para os digitalmente aptos.

## **1.A PLATAFORMA GOV.BR E A GOVERNANÇA ALGORÍTMICA EFICIÊNCIA MÉTRICA E OPACIDADE INSTITUCIONAL**

A consolidação da plataforma Gov.br, institucionalizada pela Lei nº 14.129/2021, não representa apenas uma modernização técnica, visto que sinaliza a

transposição definitiva do Estado brasileiro para a lógica do Estado-Plataforma. Nesse novo paradigma, a interação entre o Poder Público e o cidadão deixa de ser mediada pela burocracia humana tradicional para ser estruturada por uma arquitetura de sistemas e pela governança algorítmica.

Sob o pretexto da eficiência, o Estado passa a operar como uma interface única de autenticação na qual o acesso a direitos fundamentais é condicionado a fluxos de dados automatizados. Entretanto, a automação da desigualdade ocorre precisamente quando sistemas tecnológicos são desenhados para gerir populações vulneráveis sob a métrica da eficiência fria, transformando ferramentas de gestão em mecanismos de "confinamento digital" que barram o acesso em vez de facilitá-lo.

Nesse contexto, a governança algorítmica exerce um poder de gatekeeping que reconfigura a relação de força entre o administrador e o administrado. Ao adotar algoritmos para a triagem de demandas, a plataforma Gov.br introduz uma opacidade inerente ao design, frequentemente apresentada sob o manto do "solucionismo tecnológico". Essa postura negligencia as raízes políticas e sociais dos problemas, buscando soluções meramente técnicas para dilemas estruturais. A exigência de níveis de confiabilidade prata ou ouro, baseados em reconhecimento facial ou integração bancária, estabelece uma hierarquia de acesso que privilegia o cidadão plenamente inserido na economia digital.

Todavia, os dados da pesquisa TIC Domicílios (2023) revelam a fragilidade dessa premissa: cerca de 29 milhões de brasileiros permanecem totalmente desconectados e, entre os mais pobres (classes D e E), 84% acessam a rede exclusivamente pelo celular via pacotes de dados limitados, o que torna a navegação em interfaces complexas uma barreira material intransponível.

Ademais, a transição para o modelo de plataforma impõe um severo desafio ao dever de motivação dos atos administrativos, uma vez que a decisão estatal é atomizada em processos de *back-end* ininteligíveis. Essa segregação algorítmica ignora o analfabetismo digital de uma parcela significativa da população que, embora conectada, não possui o letramento necessário para operar códigos e sistemas de autenticação sofisticados.

Por conseguinte, o design da plataforma deixa de ser um facilitador para institucionalizar uma nova forma de invisibilidade social, na qual o indivíduo é excluído da esfera pública pela incapacidade de ser "legível" pelos algoritmos do Estado. A

eficiência buscada pelo poder público acaba, portanto, por sacrificar a universalidade e a equidade, transformando o direito administrativo em um sistema de filtros que, ao priorizar o digitalmente apto, aprofunda as assimetrias socioeconômicas que deveriam combater.

## 2. O MARCO TEÓRICO DA EXCLUSÃO DIGITAL: ENTRE A HIPERVULNERABILIDADE E O CAPITAL TECNOLÓGICO

A exegese da exclusão digital no cenário brasileiro contemporâneo demanda o reconhecimento de que o acesso às tecnologias de informação e comunicação não constitui um fenômeno tecnicamente neutro, mas sim uma reiteração das assimetrias estruturais que historicamente submetem a população nacional.

Sob essa perspectiva analítica, o conceito de exclusão digital transcende a dicotomia simplista da posse de equipamentos, transmutando-se em uma análise multidimensional que abarca o acesso material, a estabilidade da conexão e, fundamentalmente, as competências cognitivas indispensáveis ao manejo instrumental dessas interfaces. Nesse sentido, a transposição ao campo da tecnologia permite interpretar a literacia digital como uma nova modalidade de capital cultural e social, sem o qual o indivíduo é relegado a uma condição de subalternidade funcional dentro da arquitetura política e burocrática da atualidade.

No contexto doméstico, a evidência empírica corrobora que essa barreira possui contornos nitidamente socioeconômicos, conforme atestam os indicadores consolidados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Embora a expansão quantitativa do acesso à rede seja um dado estatístico inegável, a disparidade qualitativa revela-se alarmante, visto que, enquanto os estratos sociais de maior renda usufruem de uma multiplicidade de dispositivos com banda larga de alta velocidade, a parcela hipervulnerável da população permanece dependente exclusivamente de dispositivos móveis para a realização de interações complexas com o Estado.

Com efeito, estudos do Comitê Gestor da Internet no Brasil demonstram que o uso da rede mediante pacotes de dados limitados, fenômeno comumente associado às práticas de *zero rating*, confina o cidadão a um ecossistema digital segregado, o qual inviabiliza o acesso pleno a portais governamentais que demandam elevado tráfego de dados ou o processamento de documentos em formatos densos.

Por conseguinte, a exclusão digital deve ser compreendida sob a ótica da

estratificação horizontal, termo que designa situações nas quais a existência de acesso formal não anula o abismo de oportunidades gerado pela precariedade do uso. Para tanto, é imperativo destacar que a literacia digital, compreendida como a capacidade de decodificar e operar criticamente no ambiente virtual, erigiu-se como o novo divisor de águas da cidadania no século XXI.

Em virtude disso, a imposição de interfaces algorítmicas como via exclusiva para o exercício de direitos fundamentais desconsidera que uma fração considerável da população brasileira ainda enfrenta níveis de alfabetismo funcional que impedem a interpretação autônoma de comandos em telas, conforme evidenciado pelos diagnósticos do Indicador de Alfabetismo Funcional.

Em última análise, o marco teórico da exclusão digital revela que a modernização tecnológica, quando operada em descompasso com a realidade sociológica, atua como um mecanismo de interdição de direitos sob a máscara da eficiência. Desse modo, a transição para o governo digital, embora amparada por um discurso de desburocratização, corre o risco iminente de converter o direito administrativo em um sistema de privilégios censitários.

Isso ocorre porque, ao transladar a conexão para o status de pré-requisito ontológico para a existência civil, o Estado opera uma transferência de ônus indevida, exigindo que o cidadão proveja a infraestrutura necessária para o acesso ao serviço público. Assim, consolida-se uma cidadania de segunda classe, definida pela invisibilidade daqueles que permanecem à margem da rede mundial de computadores, onde a ausência de bits se traduz na aniquilação do próprio direito à dignidade.

### 3. A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA REDEFINIÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA FRENTE À BARREIRA DA HIPERVULNERABILIDADE DIGITAL

#### 3.1 A vulnerabilidade digital como obstáculo ao acesso à justiça

A vulnerabilidade é intensamente evidenciada se fazendo presente nos mais diversos espaços presentes na sociedade, tornando-se multidimensional. Em sua definição genérica, não se trata de fraqueza, mas sim de uma exposição a riscos, onde se encontra dificuldade ou incapacidade de adaptar-se ou recuperar-se desses.

Sob uma ótica filosófica, a vulnerabilidade é uma condição inerente ao ser

humano como componente de um corpo social, necessitando de suporte social e proteção (Butler, 2015, p. 20).

Dito isso, compreende-se que estar englobado por esse fenômeno, é saber que quanto mais ele faz alcance, mais se experimenta segregação e menos se vive com dignidade e participação em comunidade. Desta forma, gradativamente a vulnerabilidade se infiltra em áreas, transformando, portanto, a vulnerabilidade política, vulnerabilidade econômica e a vulnerabilidade digital (Blondel, 2015, 37).

Como supracitado a vulnerabilidade se faz presente no meio digital. Dito isso, adentrar ao assunto da vulnerabilidade digital hodiernamente vai muito além de olhar para falhas de sistema. Trata-se de um problema que articula tecnologia e questões sociais. Conforme observa Castells, vivemos em uma “sociedade em rede”, na qual a exclusão digital se configura como um importante fator de risco social, pois indivíduos que não possuem acesso a uma educação tecnológica adequada ou que não compreendem o funcionamento do ambiente virtual tornam-se significativamente mais suscetíveis a fraudes, golpes e invasões de dados (Castells, 1999, p. 82).

As consequências dessa exposição são graves e afetam o dia a dia de forma real. Além do prejuízo financeiro com fraudes e sequestro de dados, há um impacto emocional profundo. A vítima sente sua intimidade invadida e sua dignidade ferida, visto que se depara com o despreparo para resolver o problema.

No nível coletivo, o uso indevido de dados pessoais pode até ferir a democracia por meio da desinformação. Diante dessa realidade de desproteção, especialmente para as parcelas mais humildes da população, surge o papel fundamental das instituições de justiça. É nesse ponto que a Defensoria Pública assume o protagonismo, atuando para garantir que o cidadão vulnerável não seja deixado à própria sorte diante desses abusos digitais.

#### 4. O PAPEL INSTITUCIONAL A DEFENSORIA PÚBLICA NO CONTEXTO DIGITAL

A Defensoria Pública é uma instituição estatal prevista no art. 134 da Constituição Federal de 1988, concebida em um contexto histórico particularmente relevante: o período pós-ditatorial e de redemocratização do Brasil. Esse momento foi marcado pela ampliação dos direitos fundamentais e por uma crescente preocupação em assegurar o acesso à justiça a todos, especialmente às camadas mais vulneráveis da população. A Carta Magna em seu art. 134, *caput*, dispõe o seguinte:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função

jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

As transformações e os avanços tecnológicos são de extrema importância para o desenvolvimento humano em sentido amplo, inclusive no que se refere ao acesso à justiça. Entretanto, nem todos conseguem se beneficiar dessas inovações e é justamente esse público que se encontra sob a tutela da Defensoria Pública.

Nesse contexto, com a progressiva digitalização dos serviços públicos, o acesso à justiça e a direitos fundamentais passou a depender, em grande medida, do acesso à internet e da capacidade de utilização de plataformas estatais. Na prática, muitos cidadãos em situação de vulnerabilidade enfrentam dificuldades para acessar ferramentas como o Gov.br, realizar requerimentos administrativos junto ao INSS ou solicitar benefícios assistenciais, como o Benefício de Prestação Continuada, em razão da ausência de dispositivos adequados, conexão à internet ou conhecimento técnico mínimo.

Em matéria publicada pela Agência Brasil, no ano de 2015, apresenta-se a entrevista de Elzanira Machado, aposentada de 62 anos, que relata dificuldades ao utilizar o aplicativo “meu INSS”, reconhecendo que, nessas situações, necessita do auxílio de terceiros. Além disso, destaca a burocracia no acesso ao sistema, marcada pelo excesso de senhas e exigências específicas, o que dificulta ainda mais seu uso.

Diante desse cenário, a Defensoria Pública passa a exercer não apenas sua função tradicional de assistência jurídica, mas também uma função de mediação tecnológica, atuando como ponte entre o cidadão vulnerável e o Estado digitalizado.

Em 2022, a Defensoria Pública da União DPU e o INSS celebraram um Acordo de Cooperação Técnica com o objetivo de atenuar as barreiras de acesso enfrentadas pelos assistidos. Entre as ações previstas, destaca-se a possibilidade de realização, pelos órgãos administrativos da DPU, de requerimentos de serviços e benefícios do INSS de forma remota, em favor dos assistidos, bem como a formulação de pedidos de reabertura de processos administrativos indeferidos, especialmente nos casos de não cumprimento de exigências ou ausência de comparecimento.

I - em suas diversas unidades administrativas, realize, em favor de seus assistidos, requerimento de serviços e benefícios oferecidos pelo INSS por intermédio de canais remotos, na modalidade de atendimento à distância, conforme Plano de Trabalho. II - realize pedido de reabertura dos processos

administrativos nos quais houve indeferimento administrativo de benefícios assistências, postulados pelos seus assistidos, quando a negativa tiver como fundamento o não cumprimento de exigências ou não comparecimento, em caso de ficar evidenciado que houve problema de comunicação para cumprimento do ato; e III - encaminhar ao INSS, por canal específico a ser indicado no Plano de Trabalho, as demandas coletivas, salvo as que envolverem perecimento de direito, para análise prévia e busca de resolução extrajudicial por meio do Comitê de Análise Administrativa de Demandas Coletivas - CAADC, previamente ao ajuizamento de ações judiciais, buscando tratar o tema de modo estratégico, de modo a prevenir ou evitar o ajuizamento de ações civis públicas contra o Instituto. (DPU; INSS, 2022)

Além disso, a Defensoria Pública da União, na representação de pessoas afetadas pela exclusão digital, atua por meio da expedição de recomendações ao Estado e da formulação de requerimentos administrativos com o objetivo de ampliar o acesso a direitos por parte daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade. Conforme o Relatório de Atividades da Defensoria Nacional de Direitos Humanos (2022), o órgão promoveu ação voltada à adoção de medidas que assegurassem o acesso ao Registro Geral da Atividade Pesqueira por pescadores e pescadoras em situação de exclusão digital.

Outra iniciativa relevante, em reconhecimento à vulnerabilidade de indivíduos com dificuldades de acesso a plataformas digitais, foi o envio de ofício ao Ministério Público, solicitando a revisão do procedimento adotado pelo sistema consumidor.gov.br, especialmente no que se refere à exigência de autenticação por meio de níveis elevados de segurança, como contas do tipo prata ou ouro, a fim de facilitar o acesso desse público (DNDH, 2025).

Por fim, a Defensoria Pública da União desempenha atuação expressiva na proteção de segurados do INSS, sobretudo em situações que envolvem dificuldades de acesso a serviços digitais e irregularidades na concessão ou manutenção de benefícios. A partir de denúncias, a instituição apura casos de descontos indevidos, cobra providências do INSS e propõe aprimoramentos no sistema, como o aumento da transparência e a implementação de mecanismos de bloqueio mais eficazes. Ademais, participa de articulações interinstitucionais, propõe ações coletivas e promove a orientação da população acerca de seus direitos.

Na prática, a atuação da DPU se desenvolve em duas frentes complementares: de um lado, presta assistência direta ao cidadão, inclusive diante de obstáculos relacionados ao uso de plataformas digitais; de outro, busca enfrentar as falhas estruturais do sistema, com vistas a evitar a repetição dessas violações e ampliar, de forma efetiva, o acesso à justiça.

#### 4. ANÁLISE CRÍTICA

Diante do cenário já delineado, impõe-se uma análise empírica que evidencie como a exclusão digital se materializa no cotidiano e impacta diretamente o exercício de direitos fundamentais.

De acordo com dados recentes do IBGE (2025), referentes ao ano de 2024, 10,9% da população brasileira com 10 anos ou mais, o que corresponde a cerca de 20,5 milhões de pessoas, não utilizam a internet. Entre os principais fatores apontados, destaca-se a falta de conhecimento, mencionada por 45,6% dos entrevistados, o equivalente a aproximadamente 9,3 milhões de indivíduos. Esse dado demonstra que a exclusão digital não se restringe à ausência de infraestrutura, mas envolve, sobretudo, uma limitação no uso das tecnologias, evidenciando a insuficiência de políticas públicas voltadas à promoção de uma inclusão digital efetiva (IBGE, 2025).

No mesmo sentido, relatório do Cetic.br (2024), com base em dados de 2023, revela a persistência de desigualdades estruturais no acesso à internet. Enquanto, nas áreas urbanas, cerca de 30% da população se encontra na pior faixa de conectividade, nas zonas rurais esse percentual atinge 54%, indicando que mais da metade dessa população enfrenta condições precárias de acesso. Tal disparidade evidencia que a expansão da conectividade no país ocorre de forma desigual, reproduzindo e aprofundando vulnerabilidades preexistentes (CETIC.BR, 2024).

Desse modo, embora a tecnologia digital seja concebida sob uma lógica de universalização, sua fruição concreta permanece limitada. A desigualdade não se expressa apenas na possibilidade de conexão, mas também na qualidade do acesso e na capacidade de interação com sistemas digitais cada vez mais complexos. Nesse contexto, o acesso formal à internet não se converte, necessariamente, em inclusão digital.

A problemática se agrava com a digitalização de serviços públicos essenciais. Procedimentos anteriormente realizados de forma presencial, com possibilidade de orientação e mediação humana, passaram a ser executados exclusivamente por meio de plataformas digitais, muitas vezes sem considerar as limitações dos usuários.

Um exemplo paradigmático é a prova de vida exigida pelo INSS. Antes realizada em agências bancárias, com o auxílio de funcionários, passou a depender

de reconhecimento facial por meio de aplicativo. Ocorre que, em casos de falha na validação, situação recorrente em dispositivos com baixa qualidade de câmera ou entre usuários com baixo letramento digital, não há alternativa eficaz de resolução, restando ao indivíduo a repetição do procedimento sem o devido suporte.

Essa dinâmica evidencia a existência de uma barreira tecnológica estrutural, na qual o próprio desenho do sistema atua como mecanismo de exclusão. Trata-se do fenômeno denominado exclusão por design, em que serviços públicos são desenvolvidos a partir de um usuário idealizado, plenamente conectado, dotado de dispositivos adequados e com domínio das ferramentas digitais, em descompasso com a realidade de parcelas significativas da população.

Assim, a digitalização, longe de promover a universalização do acesso, pode operar como um filtro silencioso, restringindo o exercício de direitos justamente daqueles que mais dependem da atuação estatal. A eficiência administrativa, nesse contexto, revela-se seletiva, beneficiando indivíduos já inseridos no ambiente digital, ao passo que marginaliza aqueles que permanecem à margem desse processo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A análise empreendida ao longo deste artigo permite afirmar que a digitalização dos serviços públicos no Brasil, longe de representar um avanço linear rumo à eficiência e à universalização do acesso, tem operado como vetor de reconfiguração das desigualdades sociais. A promessa de modernização, alicerçada em marcos normativos e em uma racionalidade tecnocrática orientada por métricas de desempenho, revela-se ambivalente ao produzir, simultaneamente, inclusão funcional para alguns e exclusão estrutural para outros.

Em resposta à problemática proposta, verifica-se que a conciliação entre a evolução tecnológica do Estado e a garantia de acesso universal aos direitos fundamentais não pode ser alcançada por meio da mera expansão da infraestrutura digital. A exclusão observada não decorre apenas da ausência de conectividade, mas da incorporação acrítica de modelos de governança digital que pressupõem um usuário idealizado, dotado de capital tecnológico, letramento digital e condições materiais adequadas. Nesse sentido, a obrigatoriedade do meio digital, quando desvinculada de políticas compensatórias efetivas, converte-se em mecanismo de restrição de direitos, tensionando diretamente o princípio da vedação ao retrocesso

social.

A hipótese central deste estudo, portanto, se confirma: a digitalização, tal como implementada, não apenas reproduz, mas aprofunda a estratificação social, ao deslocar o critério de inclusão cidadã para o domínio de competências e recursos tecnológicos. O que se observa é a consolidação de uma cidadania condicionada, na qual o acesso a direitos fundamentais passa a depender da capacidade de interação com ecossistemas digitais complexos e, muitas vezes, excludentes por design.

Diante desse quadro, impõe-se a necessidade de reorientação do paradigma de governo digital, de modo a compatibilizá-lo com os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Isso implica reconhecer que a eficiência administrativa não pode ser perseguida em detrimento da equidade, exigindo a adoção de estratégias que incorporem, desde a concepção dos sistemas, princípios de acessibilidade, usabilidade e inclusão. A manutenção de canais presenciais, a simplificação dos níveis de autenticação, a ampliação de políticas de letramento digital e o fortalecimento de mecanismos institucionais de mediação constituem medidas indispensáveis para mitigar os efeitos excludentes da digitalização.

Nesse contexto, destaca-se o papel da Defensoria Pública como agente de correção dessas assimetrias, não apenas na prestação de assistência jurídica individual, mas na atuação estrutural voltada à garantia de acesso a direitos em um ambiente digitalizado. Sua atuação evidencia que o acesso à justiça, na contemporaneidade, ultrapassa a dimensão formal e passa a abranger também a superação de barreiras tecnológicas impostas pelo próprio Estado.

Por fim, conclui-se que a construção de um governo digital verdadeiramente democrático exige a superação do solucionismo tecnológico e a adoção de uma abordagem centrada no cidadão real, em sua diversidade e em suas limitações concretas. A tecnologia, nesse sentido, deve ser compreendida como instrumento de inclusão e não como critério de pertencimento. Caso contrário, corre-se o risco de consolidar um modelo de administração pública que, sob o pretexto da inovação, institucionaliza novas formas de exclusão e compromete a própria legitimidade do Estado perante aqueles que mais dependem de sua atuação.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; NUNES, Dierle; CAMPOS, Ricardo (org.). *Direito Digital e*

*Inteligência Artificial: fundamentos e perspectivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

BLONDEL, Marion. *Vulnerabilidade e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Acadêmica, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2026]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2026.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2026.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2026.

BRASIL. Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para a eficiência pública. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2026.

BUTLER, Judith. *Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CETIC.BR. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: TIC Domicílios 2023*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2024. Disponível em: <<https://cetic.br/pt/pesquisas/tic-domicilios/>>. Acesso em: 24 mar. 2026.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. *Relatório de Atividades da Defensoria Nacional de Direitos Humanos (DNDH)*. Brasília: DPU, 2022.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. *Relatório de Atividades da Defensoria Nacional de Direitos Humanos (DNDH)*. Brasília: DPU, 2025.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO; INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. *Acordo de Cooperação Técnica nº 01/2022*. Brasília: DPU/INSS, 2022.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua): Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal*. Rio de Janeiro: IBGE, 2025.

INAF. *Relatório de Alfabetismo Funcional no Brasil*. São Paulo: Instituto Paulo Montenegro/Ação Educativa, 2023.

RAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (org.). *Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

# Cognitio

Direito, Políticas  
Públicas e Cidadania.

Revista da Escola Superior da  
Magistratura da Paraíba - ESMA/PB



## GRAMÁTICAS DE LO SINCRÉTICO EN BRASIL Y CUBA: PERSPECTIVA COMPARADA DE UNA RESISTENCIA CULTURAL

### GRAMMATICS OF SYNCRETISM IN BRAZIL AND CUBA: A COMPARATIVE PERSPECTIVE ON CULTURAL RESISTANCE

*Moisés Mayán-Fernández<sup>1</sup>*  
*Universidade de Salamanca*

#### RESUMEN

El presente artículo examina las complejidades teórico-metodológicas que se derivan del empleo indiscriminado del término sincretismo en el ámbito de las Ciencias de las Religiones. Las nociones clásicas de sincretismo remiten en primera instancia, a una equivalencia simbólica entre los orishas del panteón yoruba y las iconografías del santoral católico. Sin embargo, también reflejan el grado de asimilación cultural de contenidos propios de cada una de estas expresiones religiosas. A medida que evoluciona la producción de conocimiento en los dominios de la espiritualidad de matriz africana, el concepto de sincretismo comienza a ser impugnado por teorías más recientes. Tanto Brasil como Cuba representan, desde la diversidad de sus campos religiosos, casos paradigmáticos para la observación de estos fenómenos en Latinoamérica. Por tanto, el objetivo general de la investigación consiste en evaluar la vigencia del sincretismo clásico a través de una perspectiva comparada de la presunta religiosidad afro-católica que se manifiesta en los contextos de Brasil y Cuba. Para ello, se ha recurrido a un enfoque cualitativo que permitirá un riguroso escrutinio de las fuentes bibliográficas disponibles. Además, se procedió a consultar a informantes claves mediante la aplicación de instrumentos de recolección de datos como la entrevista semiestructurada y el grupo focal. Esta investigación concluye que, aunque el término sincretismo precisa de una revisión y actualización de sus presupuestos argumentales, en el caso específico de Brasil se aprecia la tolerancia de la praxis de raíz africana en los espacios tradicionales del catolicismo.

**Palabras Claves:** Sincretismo; Brasil; Cuba; religión; catolicismo; santería; candomblé.

#### ABSTRACT

This article examines the theoretical and methodological complexities arising from the indiscriminate use of the term “syncretism” in the field of Religious Studies. Classical notions of syncretism refer primarily to a symbolic equivalence between the orishas of the Yoruba pantheon and the iconography of the Catholic calendar of saints. However, they also reflect the degree of cultural assimilation of elements specific to each of these religious expressions. As the production of knowledge in the fields of African-rooted spirituality evolves, the concept of syncretism is beginning to be challenged by more recent theories. Both Brazil and Cuba, given the diversity of their religious landscapes, represent paradigmatic cases for observing these phenomena in Latin America. Therefore, the general objective of this research is to evaluate the validity of classical syncretism through a comparative perspective of the presumed Afro-Catholic

<sup>1</sup> Grado en Historia. Máster en Historia y Cultura. Diplomado en Historia y Antropología de las Religiones por la ENAH- México. Actualmente cursa un Doctorado en Ciencias Sociales en la Universidad de Salamanca (USAL) como beneficiario de una Beca Santander para estudiantes latinoamericanos. Miembro de la Junta Directiva del Instituto de Investigaciones Antropológicas de Castilla y León (IIACyL). E-mail: [moisesmayan@usal.es](mailto:moisesmayan@usal.es). <https://orcid.org/0009-0004-0505-7679>

religiosity manifested in the contexts of Brazil and Cuba. To this end, a qualitative approach has been employed to allow for a rigorous examination of the available bibliographic sources. In addition, key informants were consulted using data collection tools such as semi-structured interviews and focus groups. This study concludes that, although the concept of syncretism requires a reexamination and updating of its underlying assumptions, in the specific case of Brazil, there is evidence of tolerance for African-rooted practices within traditional Catholic circles.

**Keywords:** Syncretism; Brazil; Cuba; Religion; Catholicism; Santeria; Candomble.

## INTRODUCCIÓN

Aunque Brasil y Cuba fueron colonizadas por dos metrópolis ibéricas distintas (Portugal y España), lo cierto es que comparten una serie de convergencias históricas y culturales que conviene destacar. Partiendo de esas analogías, ambos territorios se posicionan como candidatos idóneos para protagonizar esta investigación comparada. Entre el arribo a Cuba de la flota del almirante Cristóbal Colón, y la llegada a Brasil de Pedro Álvares Cabral, transcurrió menos de una década. La proyección del catolicismo que se asienta en el Nuevo Mundo desde fines del siglo XV, no solo está permeada de la más retrógrada escolástica tomista, además resulta barroca y profundamente performática, casi bajomedieval. Tal y como el papa Julio II confirmó en 1508 el Patronato Regio a los reyes de España, Fernando II de Aragón e Isabel I de Castilla; los portugueses pudieron disfrutar de los amplios beneficios del *Padroado* mediante las dos bulas emitidas por León X en 1514.

Mediante esta prerrogativa eclesiástica, los monarcas recibían autoridad de la Santa Sede para proceder al nombramiento de obispos y otras dignidades católicas. También administraban en representación de la Iglesia, las diócesis establecidas en el continente y acometían labores de evangelización. (Rivas y Méndez, 2021). Otra de las similitudes que vinculan el pasado colonial de Brasil y Cuba fue su destacada participación en el comercio trasatlántico de esclavos a partir del siglo XVI. El apogeo de renglones económicos como la minería del oro y la agricultura cañera, demandaron en ambas latitudes el reemplazo de mano de obra local de extracción indígena, por africanos de diversas etnias, fundamentalmente bantúes y yorubas (lucumíes o *nagos*). (Martínez, 2008). Estos grupos humanos, aunque desprovistos en su cautiverio del patrimonio material más básico, portaban formas de espiritualidad que lograron salvaguardar su identidad cultural.

Es precisamente en la coexistencia de esas religiones ancestrales con el catolicismo hegemónico donde se supone que tiene lugar el fenómeno de hibridación

religiosa que será definido como sincretismo (Bonte e Izard, 1991). Inobjetablemente, dos de los modelos socioculturales de mayor difusión en la actualidad —no solo Latinoamericana sino internacional—, y que apuntan aún a sus antecedentes africanos, son la santería cubana (Regla de Ocha) y el Candomblé brasileiro. En esa dirección queda planteado el objetivo central de la presente investigación, que consiste en evaluar la pertinencia del empleo de la categoría clásica de sincretismo, a través de una perspectiva comparada de la presunta religiosidad afro-católica en Brasil y Cuba. Para la consecución de dicho objetivo, se ha recurrido a un enfoque cualitativo que posibilitará un riguroso escrutinio de las fuentes bibliográficas disponibles. Además, se aplicará el método comparativo para garantizar el análisis científico de sistemas similares donde se advierten variables afines.

Es conocido que la fenomenología de las religiones de matriz africana en América, cuenta con una episteme en permanente expansión. Pese a ello, escasean estudios centrados en la comparación de sus niveles de mixtura con el catolicismo u otras profesiones cristianas. En este aspecto, deviene en obligatoria referencia el trabajo de Nodal (1979), donde coteja las expresiones sincréticas de las dos naciones, pero sin adentrarse en los dominios de la crítica terminológica. Entonces, el problema de investigación apuntaría no solo a la insuficiencia categorial del vocablo sincretismo, sino a la necesidad de justificar la presencia o no de una hibridación real entre sistemas religiosos impelidos a compartir un espacio geográfico. Finalmente, el artículo quedaría estructurado en dos partes: en la primera se examinará la noción clásica de sincretismo y se expondrán las variantes terminológicas que mejor se aproximen al proceso de acercamiento interreligioso. En la segunda, se explorarán los escenarios de Brasil y Cuba, partiendo del supuesto de imbricación socio-religiosa entre catolicismo y ritualidad de ascendencia africana. Una vez argumentadas estas posturas teóricas, se procederá a comunicar los resultados a modo de conclusiones.

## 1. LIMITACIONES DEL CONCEPTO CLÁSICO DE SINCRETISMO

Para identificar el proceso de sincretismo que tiene lugar en América, Barnett (1995, p. 39) emplea la frase “natural y espontáneo”, aunque reconoce como catalizador de este trasiego sociológico “la imposición represiva” del catolicismo. Estas aseveraciones podrían introducir ciertos índices de contradicción; hecho que denota

que la episteme entorno al sincretismo es aún un *working in progress*. Pese a las evidentes tensiones, este autor señala al elemento africano como productor de los paralelismos entre santos católicos y orishas, y refiere un tráfico inter-sistemas al que caracteriza como “toma y daca”. Badiane (2007) recupera la “toma y daca” como expresión que permite explicar —valiéndose de una alocución del lenguaje popular— el trueque cultural entre europeos y africanos. Así y todo, reconoce con Barnett (1995) que durante ese tránsito (transculturación y sincretismo), los africanos absorbieron muchos más elementos de los que consiguieron aportar.

Castellanos y Castellanos (1988, p. 57) indican el predominio de un “sincretismo multifacético” que tendría lugar ante la reducción del *corpus* cultural africano y la alteración resultante de su interacción con el componente ibérico. O sea, este complejo canje de productos identitarios no se constreñiría solo a los perímetros de lo puramente religioso, sino que invadiría otras zonas de influencia. Los cultos yorubas, según la opinión de estos autores, están permeados por la ritualidad conga y por componentes de un innegable origen cristiano, dando lugar a una expresión “cruzada” de religiosidad. Orozco y Bolívar (1998) insisten en que la Iglesia Católica desestimó su función evangelizadora entre los esclavos, sobre todo en las plantaciones ubicadas en zonas distantes de las ciudades. Este hecho guardaba relación con el desinterés de los propietarios a quienes no les era rentable que los esclavos invirtieran horas de trabajo en rezos y festividades, pero también obedecía a la morosidad de los clérigos para desplazarse a entornos rurales.

Es ineludible interrogarse sobre el grado real de hibridación que entrañó este “choque” de culturas y su reflejo en los campos de espiritualidades de Brasil y Cuba. Como se ha advertido hasta este punto, el sincretismo —término suficientemente divulgado por académicos y antropólogos de varias latitudes geográficas—, no es un concepto que logre sostenerse frente a cuestionamientos cada vez más incisivos. Las bases socio-históricas de la fusión entre cristianismo y religiones africanas parecen consolidarse esencialmente en la equivalencia de las divinidades yorubas con el santoral católico. Aunque el proceso incluyó, además, la subordinación de otras expresiones transculturales, como por ejemplo las reglas Conga, Iyessá, Arará, el Palo Monte y el vudú, proceso que algunos investigadores definirían arriesgadamente como sincretismo cristiano-lucumí. (Fuentes y Gómez, 1996; González, 2014). Sin

embargo, es justamente en esta presunta iconografía sincrética, en la amalgama de símbolos y ritualidades donde se generan las discordancias más notables.

Argüelles y Hodge (1991) estiman que el uso bastante generalizado de la expresión “cultos sincréticos” resulta impreciso, pues no detalla una cuestión inherente al vínculo entre prácticas africanas y cristianismo, debido a que es un fenómeno advertible también en otras expresiones religiosas. Al no poder justificar el empleo de lo sincrético como categoría diferencial, estos autores se inclinan por un espectro terminológico más amplio que incluiría conceptos como religiones de los orishas, de los antepasados o de origen africano. Galván Tudela (2011, p. 124) delibera sobre el riesgo de simplificar categorialmente el sincretismo a su acepción más recurrida, marginando dinámicas de interés donde pudiera articularse un auténtico intercambio cultural:

(...) en vez de interpretar el sincretismo religioso en un sentido clásico como la combinación de la religión tradicional y las de origen cristiano, por ejemplo la asociación de los orixas africanos con los santos católicos, se podrían plantear las religiones sincréticas en un sentido más amplio, que implica el bricolaje y el reconocimiento de que las religiones no pueden ser estrictamente separadas de lo no-religioso. No se trataría tanto de que se esté cultivando el culto a los orixas africanos tras el culto a los santos católicos, cuanto de que las religiones están siendo bricolajizadas cultural y religiosamente.

Fernández (2008), quien aborda en su tesis doctoral la santería cubana en el sur de La Florida (Estados Unidos), no vacila en declarar que la mencionada mixtura entre religiones africanas y catolicismo, es según su criterio, una apreciación desafortunada. Para este investigador justificar el sincretismo de las prácticas yorubas asociándolas a las creencias de la Iglesia Católica es una torcedura conceptual conectada con intereses no vinculados al conocimiento científico. La persistencia académica al continuar aludiendo una y otra vez al sincretismo, precisa como se ha visto, de algunas enmiendas teóricas que le impidan derivar en la rigidez metodológica. El primer paso estaría en reconocer, que por ejemplo la religión yoruba, estaba lo suficientemente sincretizada antes de su introducción en América. Sin embargo, una vez en los dominios del Nuevo Mundo se enriquecería con prácticas de espiritualidades análogas, principalmente africanas, como las de origen congo. (Fernández, 2008).

En el producto resultante de la correlación entre religiones de matriz afro e Iglesia Católica, los términos yuxtaposición, paralelismo, o enmascaramiento de

deidades, serían, en resumen, mucho más exactos que el socorrido sincretismo. El autor de este artículo ha definido como “religiosidad mulata” la capacidad de individuos o grupos de ejercer el bricolaje<sup>2</sup> en su campo local de espiritualidades y conformar una religiosidad propia. El calificativo “mulata” estaría sustentado por la preeminencia de contenidos simbólicos y rituales pertenecientes al catolicismo y a las prácticas de derivación africana. Sin embargo, el autor considera que este concepto, que opera en algunos estratos de la religiosidad popular como alternativa al sincretismo, dado su diversificación e intimidad no puede ser institucionalizado. O sea, sostiene la idea del eventual sujeto sincretizado, de un perfil personal de religiosidad sincretizada, pero impugna el sincretismo afro-católico tal y como lo presenta buena parte de la bibliografía académica. (Mayán, 2026).

## 2. SINCRETISMO AFRO-CATÓLICO EN BRASIL Y CUBA: CONVERGENCIAS Y ASIMETRÍAS

Orozco y Bolívar (1998) manifiestan que la tabla de equivalencias entre orishas y santos católicos, operó a modo de “pantalla”, que les permitía a los esclavos encubrir sus ceremonias bajo los telones de la religiosidad oficial. De hecho, estas analogías fueron en muchos casos tan improvisadas que rozaban el absurdo, como sucede en Cuba por ejemplo con Changó al coligarlo a Santa Bárbara. Changó, un soberano yoruba, notable por sus habilidades como guerrero, orisha de los rayos, los truenos, el fuego y la virilidad, se transfigura en un antojadizo giro asociativo, en una bellísima virgen católica que fue martirizada en Nicomedia en el 294 d.C. Esta variante de travestismo sincrético se aplica también a la paridad de Obatalá con la Virgen de las Mercedes. Con relación a estos mismos orishas y su equivalencia en el santoral católico, en Brasil se optó por personajes masculinos como reseña la Tabla 1. Sería extremadamente útil para los estudios sobre religiones de origen africano en América, subrayar las incompatibilidades de las equivalencias entre el panteón yoruba y el santoral católico. En lugar de insistir en las conocidas semejanzas, convendría estimular el abordaje de las contradicciones en un régimen de paridades forzosas,

<sup>2</sup> Préstamo de las Ciencias Técnicas que, extrapolado a la investigación social, remite a la asunción de un individuo o grupo de fragmentos culturales preexistentes para generar nuevos sistemas.

que no solo nunca llegó a ser simétrico, sino que muy pocos individuos terminaron asimilando realmente.

**Tabla 1:** Correspondencias iconográficas afro-católicas: Cuba/Brasil  
Fuente: Elaboración propia

| Orisha /Orixá    | Atributos/dominios                | Equivalencia en Cuba                              | Equivalencia en Brasil                                                          |
|------------------|-----------------------------------|---------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|
| Ochún/Oxum       | Belleza, aguas dulces, fertilidad | Virgen de la Caridad del Cobre ( <i>Cachita</i> ) | Nossa Senhora Aparecida ou da Conceição                                         |
| Yemayá/Iemanjá   | Madre de los orishas, mar         | Virgen de Regla                                   | Nossa Senhora dos Navegantes ou da Conceição                                    |
| Obatalá          | Creación, pureza, paz             | Virgen de las Mercedes                            | Jesus Cristo/Nosso Senhor do Bonfim                                             |
| Elegguá/Exú      | Mensajes, camino, destino         | Niño de Atocha/San Antonio                        | Santo Antônio (asociado equivocadamente con el diablo en el imaginario popular) |
| Changó/Xangô     | Fuego, trueno, justicia           | Santa Bárbara                                     | São Jerônimo, São João Batista ou São Pedro (varía por regiones)                |
| Oyá/Iansã        | Vientos, rayos, cementerio        | Virgen de la Candelaria/Santa Teresa              | Santa Bárbara                                                                   |
| Ochosi/Oxóssi    | Caza, justicia, astucia           | San Norberto                                      | São Sebastião                                                                   |
| Babalú Aye/Omolú | Enfermedades de la piel, sanidad  | San Lázaro                                        | São Roque                                                                       |
| Ogún/Ogum        | Herrería, guerra, trabajo         | San Pedro/San Juan Bautista/San Pablo             | São Jorge                                                                       |

Las irregularidades que se observan en la Tabla 1 constituyen evidencia de que el proceso de correlación entre el panteón yoruba con las vírgenes y santos católicos, no fue homogéneo ni orgánico, sino impositivo y arbitrario. De hecho, lo que se ha expresado gráficamente de un modo bastante simple, requeriría de profundas transformaciones en el imaginario que soporta las espiritualidades africanas. Bajo esta premisa, Soto (1988) insiste en la identificación de una agresiva fase de desculturación, que convertiría al esclavo en *tabula rasa* donde grabar los dogmas del cristianismo. Sin embargo, por lo menos en las dotaciones de las colonias regentadas por las monarquías hispano-portuguesas, no se produjo ese vacío de significación cultural, que favoreciera la reconstrucción del universo simbólico del sometido. No obstante, ese estado de abdicación de contenidos mágico-religiosos que derivaría en

la asimilación total de los paradigmas del protestantismo, se produjo en Norteamérica. Al respecto conviene visitar la discontinuidad de las estructuras litúrgicas en los esclavos destinados a los Estados Unidos. (López de Rego, 2021).

En los casos objeto de estudio, los sujetos esclavizados tendrían que ejecutar una reconfiguración antropomórfica de sus orishas antes de proceder a la correspondencia con el santoral católico. Es decir, las cosmovisiones africanas habían optado por soportes materiales no iconográficos como piedras, caracoles y semillas para depositarios del *ashé*, —la energía vital de sus orishas. Es pertinente acotar, tratándose por ejemplo de la Umbanda, que el tránsito de re-humanización de la deidad, —que no conlleva una sincretización afro-católica—, se ha gestado con mayor eficacia simbólica que en el candomblé y la santería. Si bien, tanto los cabildos como las cofradías, funcionaron como reservorios de la identidad cultural de los subyugados, lo cierto es que adjudicarles nominativos cristianos y emplazar imágenes de santos en las fachadas, actuaba solo como una estrategia de resistencia. (Nodal, 1979; Orozco y Bolívar, 1998). La presencia de la estatuaria católica en las ceremonias de ascendencia africana no era una prueba de sincretismo, sino por el contrario, maniobraba desde la semiótica del ocultamiento, utilizando la ortodoxia cristiana como camuflaje para encubrir la ritualidad subyacente.

Las dinámicas de ampliación del campo religioso africano se generaban sin forzamientos, pues las tribus conquistadas acostumbraban a incorporar a su panteón las deidades de los clanes dominantes. Los practicantes de la santería en Cuba mostraron su perplejidad cuando el gran Ooni de Ife, rey de los yorubas, confesó durante una visita a La Habana en 1987, que era además cristiano de filiación pentecostal. (Palmié, 2013). Sobre todo, porque en la isla, a los sacerdotes y sacerdotisas de Ifá (*babalawos*) no se les recomienda el acceso a los espacios culturales del protestantismo. Esta propensión a la extensibilidad del capital simbólico de las religiones ancestrales, viabiliza la adición de nuevas deidades, pero preserva la autonomía del orisha. A pesar de eso, la tendencia a dilatar el espectro de lo sagrado no se hizo prevalente en América. Pues el orisha estaba compelido no solo a homologarse con la iconografía católica antropomorfizada, sino además a transmutarse, a claudicar de su propia identidad en un afán civilizatorio.

Los informantes claves de la religiosidad yoruba entrevistados durante el trabajo de campo que sustentó esta investigación, están conscientes de la asimetría

ontológica entre divinidades africanas y santos católicos. Tanto en Brasil como en Cuba, desde la década de 1960 ha comenzado a propagarse la tendencia de “yorubización” o “yorubanización” en el seno de las comunidades donde se asientan las praxis de esencia africana. En estos grupos se aprecia una identificación con la diáspora africana, una vuelta a la ortodoxia en materia de creencias y ritos, así como el establecimiento de redes transnacionales con practicantes nigerianos. La inclinación hacia la reafricanización de religiones que se consideraban criollas o autóctonas, aunque de matriz africana, ha inducido el desasimiento gradual de los paradigmas del cristianismo.

Orozco y Bolívar (1998) remiten a la voz autorizada de Ernesto Pichardo (*abá-oriaté*), quien preside la Iglesia Lukumí Babalú Ayé en Hialeah, y resaltan que este líder prefiere manejar el término “paralelismo” en lugar de sincretismo para describir la coexistencia de las religiones africanas con el catolicismo en América. El quórum académico, no obstante, ha sido reacio a ajustar los márgenes teóricos del concepto, sobre todo, en cuanto a la hipotética mixtura con los credos católicos. Fernández (2008) percibe empecinamiento ideológico y negligencia —en cierto sentido incomprensibles—, en esta disciplina de las Ciencias de las Religiones. A pesar de que la mayoría parece estar de acuerdo sobre el hecho de que camuflar los *otanes*<sup>3</sup> tras los íconos cristianos, fue una falacia de resistencia cultural africana, el término sincretismo por el momento, permanece inamovible.

**Tabla 2:** Expresiones de religiosidad de matriz africana en Brasil y Cuba  
Fuente: Elaboración propia

| Brasil                                | Cuba                                                   |
|---------------------------------------|--------------------------------------------------------|
| Candomblé (Ketu-Nagó, Jeje, Angolano) | Regla Ocha (Santería o Culto a Ifá)                    |
| Umbanda                               | Regla Conga o Palo Monte (Mayombe, Kimbisa y Briyumba) |
| Babaçuê                               | Sociedad Secreta Abakuá (Ñañiguismo)                   |
| Cabula                                | Regla de Iyessá                                        |
| Culto a Engungun                      | Regla Arará                                            |
| Macumba                               | Vudú cubano                                            |
| Omoloko                               | Espiritismo cruzado                                    |

<sup>3</sup> Piedras sagradas empleadas en la religión yoruba, que se veneran como continentes del alma de los orishas y, por lo tanto, como emisoras de energía.

|                   |  |
|-------------------|--|
| Tambor de Mina    |  |
| Xambá             |  |
| Batuque           |  |
| Xangô do Nordeste |  |
| Culto de Ifá      |  |

Aunque a los iniciados en el mundo espiritual de procedencia africana se les exige en Cuba el sacramento católico del bautismo, no es habitual que se promuevan confluencias litúrgicas operativas. Tampoco resulta común que un laico exteriorice una doble adscripción confesional con el mismo nivel de compromiso: católico y santero. Las imágenes de la Virgen de la Caridad del Cobre percibidas como parte de la decoración en altares de la santería, remitían a la creencia anterior del adepto, pero no eran consideradas como elementos de fusión en su religiosidad actual. “Aquí el que quiera creer en la Virgen que se vaya para la Iglesia Católica”, expresó la responsable de un cabildo en la región oriental de Cuba durante una entrevista semiestructurada. (D. M. Rodríguez, comunicación personal, 15 de noviembre de 2025). Por consiguiente, catalogar las expresiones de matriz africana como religiones sincréticas es incurrir en una imprecisión conceptual que omite deliberadamente la existencia de fronteras inter-sistemas.

Las fotografías de adeptos de espiritualidades afro-brasileñas con sus trajes rituales en la iglesia Nossa Senhora do Rosário dos Pretos en San Salvador de Bahía, en medio de una liturgia con música de los *terreiros* del candomblé y toques de atabaques<sup>4</sup>, sería calificada como un exceso por la jerarquía católica cubana. Asimismo, cada segundo jueves de enero durante el Lavagem das Escadarias Bonfim, las *baianas* portando los atavíos litúrgicos del candomblé friegan con agua de flores las escalinatas de la Iglesia de Nosso Senhor do Bonfim. Por otra parte, en las celebraciones anuales de las Comunidades Eclesiales de Base (CEB) en Brasil, se puede constatar la participación conjunta de católicos, candomblecistas y chamanes indígenas. Inclusive, una Biblia se integra a la ritualidad africana y chamánica como objeto mágico que se acompaña de flores, plumas y de las representaciones de los orishas. (Lesta y Pedrero, 2009).

<sup>4</sup> También conocido como *atanabaque* es un instrumento de percusión de origen africano, que se emplea en los cultos afrobrasileños.

Esta convivencia previsiblemente armónica atentaría contra los principios de la ortodoxia católica cubana, dispuesta al diálogo ecuménico pero renuente a transgredir las fronteras del cristianismo. Cabría preguntarse también, si las dinámicas del entorno brasileño constituyen auténticas muestras de sincretismo, o si se trata únicamente de una proyección intersticial. De modo, que las religiones de matriz africana utilicen las brechas de la oficialidad católica para definir un hito eventual, pero ese ambiente de tolerancia no desdibuja los contornos institucionales. Lo más próximo que posee Cuba a este clima de coexistencia interreligiosa, es la peregrinación que tiene lugar cada 17 de diciembre hasta el santuario de El Rincón donde se venera a San Lázaro. Aunque la categoría de sincretismo demuestra una vez más su inadecuación, incluso dentro de escenarios fluidos, en la mutirreligiosidad que comienza a caracterizar el panorama Latinoamericano, la cultura brasileña parece haber gestionado esta complejidad con mayor eficacia.

## CONCLUSIONES

La presente investigación permite sostener que la categoría de sincretismo clásico, entendida como fundición, amalgama o intercambio unívoco de elementos afro-católicos resulta inexacta. Dado el altísimo nivel de tensión ontológica que se advierte en el campo de espiritualidades de los territorios seleccionados, y acorde con las recomendaciones de especialistas religiosos, se propone optar por un aparato terminológico alternativo. En el intento por decodificar el tejido multirreligioso Latinoamericano desde la coexistencia de ritualidades africanas con el catolicismo, resultan más proclives al rigor metodológico, conceptos como yuxtaposición, paralelismo, e incluso religiosidad mulata. Como mostró el análisis comparado, la equivalencia de los orishas con la iconografía católica, no devino en un proceso de asimilación orgánico, sino en una estrategia mimética de resistencia.

Aunque en el escenario cubano, las barreras institucionales parecen advertirse con mayor nitidez, las manifestaciones de tolerancia interreligiosa en el contexto brasileño tampoco deberían asociarse *a priori* con muestras de hibridación cultural. Pese a este conjetural espacio de contrato social donde coinciden el catolicismo, el candomblé y el chamanismo, Brasil es desde los años sesenta del siglo pasado, un núcleo significativo de la tendencia yorubizadora de las corrientes de matriz afro. Por

lo tanto, partiendo de una realidad comprobada, quizás lo que se percibe como un entorno ideal de socialización multicultural, podría interpretarse como el secuestro táctico y transitorio del espacio sagrado de la religiosidad dominante. Mientras el sincretismo práctico se repliega ante la radicalización de espiritualidades que concomitan, pero no comulgan entre sí, la categoría sigue afianzada como herramienta domesticadora en los entornos académicos de difusión de las ciencias.

Tanto en Brasil como en Cuba, la religiosidad de origen africano consiguió articular las gramáticas de resistencia necesarias para subsistir no solo en un medio católico, sino frente al posterior asentamiento de las misiones protestantes. Los esclavos, desposeídos de su cultura material, consiguieron en cambio salvaguardar sus estructuras simbólicas y subvertir el control católico que, pese a su hegemonía religiosa, posibilitó desde la pasividad institucional, el fomento de estas praxis ancestrales. En las Ciencias de las Religiones, resulta imperativo transitar hacia categorías analíticas de mayor alcance y ductilidad, que posibiliten desentrañar los matices y aristas que se han ocultado bajo el uso clásico de un término tan polémico como limitado: sincretismo.

## REFERENCIAS

- ARGÜELLES MEDEROS, Aníbal; HODGE LIMONTA, Ileana. *Los llamados cultos sincréticos y el espiritismo: estudio monográfico sobre su significación social en la sociedad cubana contemporánea*. La Habana: Editorial Academia, 1991.
- BARNET, Miguel. *Cultos Afrocubanos: La Regla de Ocha. La Regla de Palo Monte*. La Habana: Ediciones Unión, 1995.
- BONTE, Pierre; IZARD, Miche. (EDS.). *Dictionnaire de L'Ethnologie et de L'Anthropologie*. París: Presses Universitaires de France, 1991.
- CASTELLANOS, Jorge; CASTELLANOS, Isabel. *Cultura afrocubana: El negro en Cuba, 1492-1844*. Miami: Ediciones Universal, 1988. v. 1
- FERNÁNDEZ CANO, Jesús. Ocha, santería, lucumí o yoruba. Los retos de una religión afrocubana en el sur de Florida. Tesis en opción al título de Doctor: Granada, 2008.
- FUENTES GUERRA, Jesús; GÓMEZ, Grisel. *Cultos afrocubanos. Un estudio etnolingüístico*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1996.

- GALVÁN TUDELA, José. A. Sincretismo, performance y creatividad en las religiones afrocubanas Sincretismo, performance y creatividad en las religiones afrocubanas. *Revista Atlántida (La Laguna)*, N. 3, 2011.
- GONZÁLEZ CORREA, Alejandra. La ceremonia del itutu en la religión osha-ifá. *Vita Brevis*, v. 3, n. 5, p. 91–108, dez. 2014.
- LESTA, José.; PEDRERO, Miguel. *Claves ocultas del poder mundial*. Madrid: Edaf, 2019.
- LÓPEZ DE REGO FERNÁNDEZ, Fernando. *Fidel y el más allá. El hecho religioso en Cuba*. Primera ed. Madrid: CEU Ediciones, 2021.
- MARTÍNEZ MONTIEL, Luz M. *Africanos en América*. La Habana: Ciencias Sociales, 2008.
- MAYÁN-FERNÁNDEZ, Moisés. Campo cubano de espiritualidades: Religiosidad mulata y Revolución socialista. *Journal of the Sociology and Theory of Religion*, v. 18, n. 1, p. 69–94, 2026.
- NODAL, Roberto. El sincretismo afro-católico en Cuba y Brasil. *Estudios Ibero-Americanos*, v. 5, n. 2, p. 207–218, 1979.
- OROZCO, Román.; BOLÍVAR, Natalia. *Cuba santa: Comunistas, santeros y cristianos en la isla de Fidel Castro*. Madrid: El País Aguilar, 1998.
- PALMIÉ, Stephan. *The cooking of history. How not to study Afro-Cuban religion?* Chicago-London: The University of Chicago Press, 2013.
- RIVAS VILLA, Ramón.; MÉNDEZ MARTÍNEZ, Roberto. *Introducción a la historia de la Iglesia Católica en Cuba*. La Habana: Fondo Histórico: Jesuitas en Cuba, 2021.
- SOTO, Sara. *Magia e historia en los cuentos negros, por qué y ayapa de Lydia Cabrera*. Primera ed. Miami: Ediciones Universal, 1988.

## O COMITÊ DA BASILÉIA E A ARQUITETURA REGULATÓRIA NO BRASIL

### THE BASEL COMMITTEE AND THE REGULATORY ARCHITECTURE IN BRAZIL

Dan M. Kraft<sup>1</sup>

Universidade de Montreal-Canadá

#### RESUMO

Visando incrementar a integração nacional às finanças globais, as autoridades regulatórias brasileiras têm progressivamente absorvido normas harmonizadas que afetam diretamente a arquitetura do mercado financeiro interno. O Comitê da Basiléia iniciou seus trabalhos de avaliação do risco sistêmico e proposição de condutas mais de 4 décadas atrás, sendo que há dez anos o Brasil passou a participar ativamente de tais discussões. Este capítulo visa conhecer a natureza de tais normas, a evolução do envolvimento brasileiro e as implicações decorrentes dessa densificação normativa, lançando mão de fontes sobretudo internacionais.

**Palavras-chave:** Comitê da Basiléia, regulação bancária brasileira, densificação normativa, transplantes legais

#### SUMMARY

Brazilian regulatory authorities have adhered to rules' harmonization as a means to facilitate the country's integration to global finance, with direct impact in its internal market architecture. The Basel Committee started contributing with systemic risk evaluation and conduct proposals over four decades ago, but it's been only less than ten years that Brazil became an active player at those discussions. This chapter aims at examining the nature of these rules, Brazil's involvement and implications derived from such normative densification, mainly under an international perspective.

**Key-words:** Basel Committee, Brazilian banking regulation, normative densification, legal transplants

#### INTRODUÇÃO

Responsável pela estabilidade monetária mundial desde sua fundação, durante a Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas, ocorrida em Bretton Woods, em 22 de julho de 1944, o Fundo Monetário Internacional – FMI passou a integrar a rede de novas organizações responsáveis pela governança financeira global. Além de prestar assistência monetária, permitindo a reinclusão de países no comércio mundial por meio da disponibilidade de divisas pela via do empréstimo,

<sup>1</sup> Professor na Universidade de Montreal, Mestre em Direito Comercial Internacional (UFMG) e em Direito Bancário e Financeiro Internacional (Queen Mary Universidade de Londres), consultor de [www.pvslaw.com.br](http://www.pvslaw.com.br). Pesquisador do CDACI <https://www.cdaci.ca/equipe/kraft-dan/> - artigo publicado originalmente em 2019, <https://ssrn.com/abstract=3310389>.

cumpra a essa organização multilateral assistir tecnicamente aos que demandam seu auxílio, por vezes abrangendo programas de ajuste estrutural<sup>2</sup>.

Na citada conferência histórica, também se deliberou pela liquidação do Banco de Compensações Internacionais<sup>3</sup> (“BCI”), em razão da implicação de seus dirigentes em crimes de guerra. A liquidação acabou não ocorrendo e, ironicamente, três décadas depois, tal instituição foi escolhida para se tornar o fórum de colaboração entre banqueiros centrais em detrimento de que poderia – ou deveria - ter sido desempenhado pelo Fundo Monetário Internacional. Ressalte-se que o primeiro objetivo fixado no estatuto do FMI<sup>4</sup> é promover a consulta e a colaboração monetária internacional.

O FMI tampouco tornou-se a organização responsável pela introdução de princípios visando harmonizar regras financeiras, atividade assumida pelo Comitê da Basiléia<sup>5</sup>. Alguns autores<sup>6</sup> propuseram tornar o FMI no xerife global em matéria financeira, demandando estrutura institucional rígida e formal, inclusive hierárquica, similar à da Organização Mundial do Comércio (nesse caso, para as finanças). Isso não aconteceu e provavelmente nunca ocorrerá, em virtude da crescente complexidade em se harmonizarem interesses para uma governança global.

Quando, em junho de 2009, o Fórum de Estabilidade Financeira foi transformado em Conselho de Estabilidade Financeira (“CEF”), o Brasil<sup>7</sup>, na qualidade de membro do G20, passou a integrante e participante das discussões sobre políticas públicas até então restritas às nações mais ricas do planeta, representadas pelo G10.

<sup>2</sup> Para melhor análise, ver <https://www.imf.org/external/pubs/ft/esaf/exr/> acesso em 4 de junho de 2018.

<sup>3</sup> O Ministro das Finanças do México, à época, Eduardo Suárez, liderou a Comissão III, responsável por discutir meios de cooperação financeira internacional. Tal comissão deliberou, dentre outros assuntos, pela liquidação do Banco de Compensações Internacionais, em razão do envolvimento de seus dirigentes em crimes de guerra. Vide [https://www.cvce.eu/content/publication/2003/12/12/2520351c-0e91-4399-af63-69e4b33ef17a/publishable\\_en.pdf](https://www.cvce.eu/content/publication/2003/12/12/2520351c-0e91-4399-af63-69e4b33ef17a/publishable_en.pdf), item V, pág. 13, acesso em 15/08/2018.

<sup>4</sup> <https://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/pdf/aa.pdf>, acesso em 15/08/2018.

<sup>5</sup> Conhecido como Comitê da Basiléia para Supervisão Bancária. Ver <https://www.bis.org/bcbs/> acesso em 15/08/2018.

<sup>6</sup> ANAND, Anita, et al, *Systemic Risk, Institutional Design and the Regulation of Financial Markets*, Oxford Scholarship on line, Jan 2017, p. 29; GARICANO, Luis et al, *Towards a New Architecture for Financial Stability: Seven Principles* in Thomas COTTIER, John H JACKSON e Rosa M LASTRA (eds), *International Law in Financial Regulation and Monetary Affairs*, Oxford University Press, 2012, p. 92; Douglas W. ARNER; Ross P. BUCKLEY, *Redesigning the Architecture of the Global Financial System*, 11 Melb. J. Int'l L. 185, 2010, p. 191.

<sup>7</sup> Ver <http://www.cvm.gov.br/menu/internacional/organizacoes/fsb.html>, acesso em 15/08/2018.

O CEF<sup>8</sup> passou a coordenar diversos grupos de trabalho, dentre os quais se inclui o *Comitê da Basileia para Supervisão Bancária*.

Juntamente com o Banco Mundial, o FMI é membro do CEF. Ambos são responsáveis por avaliar e relatar a conformidade dos países a padrões e princípios internacionais<sup>9</sup> de governança financeira. Note-se, entretanto, que o papel de supervisão (sem competência regulatória) macrofinanceira mundial permanece no âmbito do FMI<sup>10</sup>, inexistindo atualmente um ente com status de organização internacional, regulador e, sobretudo, sancionador de mercados nos moldes da Organização Mundial do Comércio.

O Comitê da Basileia, originado em 1974, adveio da necessidade de se abordar, de forma única e concertada, por autoridades reguladoras e supervisoras do mercado financeiro, os efeitos internacionais adversos advindos da ruptura de meios de pagamento. A ruptura foi constatada quando da quebra do banco alemão *Herstatt*, servindo de estopim à iniciativa convergente e de colaboração das autoridades e supervisores. Banqueiros centrais se conscientizaram que a colaboração e práticas harmonizadas trariam maior segurança e estabilidade ao mercado, já que a interrupção do fluxo de créditos e débitos experimentada após a quebra do *Herstatt* criou um efeito dominó de proporções maiores que imaginado no novo ambiente interconectado das finanças globais.

O primeiro instrumento de natureza jurídica produzido pelo Comitê da Basileia foi denominado “concordat”, sucedido em 1986 pelo nome de (acordo da) “Basileia I” e assim por diante<sup>11</sup>. A colaboração entre bancos centrais e entidades assemelhadas era representada por recomendações em matéria de organização e conduta de agentes de mercado e seus supervisores. Por fim, recomendações de caráter originalmente técnico progrediram e acabaram por se transformar em normas cogentes em jurisdições incorporadoras de tais (boas) práticas. Várias jurisdições

<sup>8</sup> Conforme descrito no artigo 1, de seu estatuto, o CEF tem como missão *coordenar o trabalho das autoridades financeiras nacionais e entidades padronizadoras em nível internacional visando políticas regulatórias, fiscalizatórias e financeiras efetivas*. [http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r\\_090925d.pdf?page\\_moved=1](http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_090925d.pdf?page_moved=1) acesso em 15/06/18.

<sup>9</sup> BRUMMER, Chris, *Softlaw and the Global Financial System*, Cambridge University Press, 2011.

<sup>10</sup> AVGOULEAS, Emílios, *Governance of global financial markets the law, the economics, the politics*, Cambridge University Press, 2012, p. 206.

<sup>11</sup> Quando da redação de artigo Basileia IV deveria ter sua implementação concluída em 2027, constituindo-se na versão revisada de Basileia III, cf. <https://www.bis.org/bcbs/publ/d424.htm> acesso em 15/08/2018.

atingidas não são necessária ou somente aquelas participantes das discussões sobre políticas públicas globais: o universo desse “direito regulatório” expandiu-se exponencial e convergentemente.

A mudança do paradigma jurídico resta evidente tanto no conteúdo, quanto na forma. Tradicionalmente, a normatização harmonizada observaria ditames do direito internacional público, com discussões soberanas resultando em convenções ou tratados internacionais, sobretudo se utilizarmos o enfoque westfaliano.

A arquitetura financeira mundial, resultante da normatização de condutas e estruturas propostas por agentes públicos – contrariamente a órgãos legislativos – passou a definir o ambiente jurídico interno de cada país, sendo objeto deste estudo.

Aquelas normas fundamentalmente técnicas e ligadas ao inverso da contabilidade, de suposta adoção facultativa, transformaram-se em obrigatórias nos ambientes legais nacionais em que foram inseridas<sup>12</sup>. Inexistem dúvidas de que, apesar de tecnicamente pertinentes, standards carecem de legitimidade democrática, como vem sendo apontado por autores que se debruçaram sobre a matéria no passado recente<sup>13</sup>, inclusive sob o enfoque de diversas disciplinas, e não apenas sob um enfoque jurídico.

Crises monetárias sucessivas justificaram intervenções políticas – respondendo a clamores populares de intervenção governamental – e tem funcionado como resfriadores de questionamentos, aliviando ou retardando a discussão desse ponto focal. A ausência desse regime normativo originário, transparente e participativo, como ocorre em direito internacional público, é um fenômeno recorrente em matéria regulatória financeira.

<sup>12</sup> ELLIS, Jaye, *Risk, Uncertainty and the role of law*, in BENYEKHEF, K, Gouvernance et Risque – Les défis de la régulation dans un monde global, Ed. Thémis, Montréal, 2013, p. 161 e ss. O autor examina a relação entre a cientificidade do funcionamento e avaliação de risco dos mercados e o problema em se criar normas cogentes *erga omnes*.

<sup>13</sup> De forma não exaustiva, vide GIOVANOLI, Mario, *The reform of the international financial architecture after the global crisis*, New York University journal of international law and politics, 2009, p. 113; MAJOR, Aaron, *Neoliberalism and the new international financial architecture*, Review of International Political Economy, 2012, p. 544; ROCHA, Jean-Paul, *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira*, São Paulo, USP, 2004,; PANOURGIAS, Lazaros, *Banking Regulation and World Trade Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006, notadamente à p. 42: “The main weaknesses of the Basel-type arrangements relate to implementation divergence and democratic legitimacy (...) Democratic legitimacy is weak due to the absence of safeguards of international treaty making. (...) In addition, participation and a prevalent role are reserved only for the most important financial systems while non-transparent processes are the main mode of operation”.

## 1. REGULANDO MERCADOS CONECTADOS

A governança financeira global é baseada em ordenamentos jurídicos combinados quanto à sua origem, forma, organização e destinatários. Ela compreende<sup>14</sup> (i) instrumentos de direito público internacional, notadamente os tratados criadores de instituições multilaterais como o FMI e Banco Mundial, (ii) a coordenação consensual entre estados reunidos em grupos permanentes, como o G7, bem como (iii) instrumentos de *softlaw*, baseados em consenso, visando a fixação de padrões e estruturas técnicas focadas na funcionalidade.

No negociação e formalização de tratados internacionais, é regra o abandono parcial da soberania em favor da participação na sociedade internacional, no sólido ensinamento de Celso de MELLO<sup>15</sup>. O direito oriundo de tais instrumentos é originário, não se fundamentando no ordenamento positivo de nenhuma nação. Os membros da sociedade internacional interagem juridicamente de forma paritária, significando que cada nação possui - conceitualmente - igual peso na decisão e aplicação da norma negociada soberanamente.

Sabe-se, entretanto, que os estados poderosos<sup>16</sup> criam precedentes e definem, direta e indiretamente, qual será o bem ou valor eleito e defendido juridicamente. Tal escala de valores se reflete na norma, legitimada por meio de tratados e convenções. O jogo de forças é inerente a qualquer processo de formação do direito, posto que a eleição ou escolha de um bem ou valor a ser tutelado é filtrada, fazendo prevalecer a visão daquele em posição vantajosa para lhe formatar.

Nesse mesmo sentido, é recorrente se questionar se o direito internacional econômico (“DIE”) seria ramo do direito internacional público ou disciplina autônoma. Apesar da similitude formal de representações que lhe dão validade, aquele ocupa-se da criação e mobilidade de riquezas, conforme Dominique CARREAU<sup>17</sup>, justificando instrumentos flexíveis na origem e na forma, em necessário contraponto ao direito

<sup>14</sup> AVGOULEAS, Emiliós, *Governance of global financial markets the law, the economics, the politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 158.

<sup>15</sup> MELLO, Celso Albuquerque de, *Curso de Direito Internacional Público*, Volume I, Ed. Renovar, RJ, 2002, p. 52.

<sup>16</sup> No que Celso de MELLO (op. cit., p. 84) lembra ser a imposição da vontade das grandes potências: “nos tratados essa imposição é feita em dois momentos: o primeiro é a negociação, e se apesar disso a norma jurídica internacional é aprovada na conferência, existe um segundo momento para esta pressão a fim de que o tratado não seja ratificado” e, na mesma obra citando as palavras de Antonio CASSESE (p. 93): “a força é a principal fonte de legitimação na comunidade internacional”.

<sup>17</sup> CARREAU, Dominique e JUILLARD, P., *Droit International Économique*, LGDJ, 4ª ed., Paris, 1998, p. 8.

internacional público. O DIE materializa-se no direito da Organização Mundial do Comércio (“OMC”), legitimado por via do direito internacional público quando concluiu-se, após vários anos de negociação da denominada Rodada Uruguai, o Acordo de Marraquexe<sup>18</sup>.

A OMC estabeleceu um sistema multilateral baseado em regras jurídicas claras para o comércio, em substituição à mera diplomacia, tendo se fundado no princípio da paridade jurídica entre as nações<sup>19</sup>. A partir do início de vigência desse regime, iniciativas ligadas ao direito administrativo global acabaram por provocar reflexões sobre métodos e validade do DIE hodierno. A proliferação dos standards não apenas contábeis, mas de conduta, como sói em *softlaw* e *Lex Mercatoria*, ajudam a entender a dinâmica de atrito entre origem, validade e destinatários desse direito.

Desta foram, em matéria financeira, a nova forma de regulação de condutas passou a adotar origem, formato e destino diverso daqueles concebidos no direito internacional público. Isso acaba por gerar distorções<sup>20</sup>, resultando em críticas contundentes.

A coordenação consensual entre Estados tornou-se instrumento fundamental em governança global, em complemento ou paralelamente à rigidez do direito internacional público. É reconhecida a dificuldade de se produzirem convenções internacionais no mundo atual, tendo-se optado pela via das atuações pontuais e adesão a padrões vinculados ao que se denomina de *melhores práticas*.

Grupamentos transitórios, como G7<sup>21</sup> e G20<sup>22</sup> e organizações de direito internacional público, como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, atuam de forma útil e eficaz frente ao policentrismo decisório e à diversidade econômica atuais. Estes são espaços de diálogo, envolvendo atores econômicos públicos ou não, econômicos e não-econômicos, sendo possível citar empresas multinacionais, organizações não-governamentais focadas em meio ambiente e direitos humanos. Tais locais de diálogo identificam causas de

<sup>18</sup> Em 15/04/1994.

<sup>19</sup> Inexistindo a paridade econômica, reconhecem-se, nas regras da OMC, situações díspares para adesão e observância das mesmas, sobretudo com relação a países em desenvolvimento (que compõem 2/3 dos membros daquela organização internacional), conforme a parte 4 do GATT. Vide [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/dev1\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/dev1_e.htm) acesso em 15/08/2018.

<sup>20</sup> LASSERRE-KIESOW, Valérie, *Le nouvel ordre juridique: le droit de la gouvernance*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 12.

<sup>21</sup> Organização colaborativa transitória conforme <https://g7.gc.ca/en/> acesso em 15/08/2018.

<sup>22</sup> Organização colaborativa transitória conforme <https://www.g20.org/en/g20/what-is-the-g20> acesso em 15/08/2018.

instabilidades regionais ou mesmo globais, permitindo colaboração e propondo políticas, medidas e posturas para estudá-las e minimizá-las. São exemplos de cooperação e estabelecimento de bases comuns sólidas, fruto de certo consenso, marcados por dados consolidados mundialmente e abordagens uniformes.

Os instrumentos originados de tais grupamentos não possuem, *a priori*, poder sancionador ou regulatório. Ao invés de produzirem elementos de coordenação estáticos, estabelecem uma dinâmica que induz ao diálogo objetivo e continuado. São, sobretudo, iniciativas advindas dos poderes executivos, das administrações dos estados interessados com mandatos de colaborar ativamente e concorrerem sob condições formais e estruturais similares.

Podemos citar vários exemplos da materialização dessa coordenação, que gera efeitos difusores, como o *Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro* – GAFI/FATF<sup>23</sup>, criado pelo G7 no ano de 1989, que em 2001 (após o ataque às Torres Gêmeas) passou também a focar no financiamento do terrorismo. O *Grupo de Egmont*<sup>24</sup>, lançado em 1995, também tem um formato similar. O Brasil colabora com tais grupos por meio da Receita do Brasil<sup>25</sup> e do Banco Central<sup>26</sup>.

A cooperação internacional de órgãos de poderes executivos induz à preocupação para com países importadores de normas, os *rule-takers* que, débeis em *fora* internacionais, podem passar a ter seus mercados regulados “de fora para dentro”, no sentido de vetor originário das normas (ou seja, seguem a lógica de valores dos *rule-markers*). A preocupação legítima advém do risco de normas importadas mediante uniformização deixarem de observar não apenas princípios westfalianos, mas realidades, necessidades e demandas nacionais de seus destinatários.

Qual seria, então, a motivação desse enfoque uniforme?

Para compreender fatores motivacionais da uniformização da regra econômica, é útil se examinar o *método do prejuízo comparado* de BAXTER<sup>27</sup>. Em 1963, esse autor teorizou sobre a importância o papel do interesse comparado na decisão sobre a

<sup>23</sup> <http://www.fatf-gafi.org/about/whatwedo/> acesso em 15/08/2018.

<sup>24</sup> <https://egmontgroup.org/en> acesso em 15/08/2018.

<sup>25</sup> <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/cooperacao-internacional> acesso em 15/08/2018.

<sup>26</sup> <https://www.bcb.gov.br/fis/supervisao/acaoestado.asp> acesso em 15/08/2018.

<sup>27</sup> BAXTER, William, *Choice of Law and the Federal System*, 16 Stanford Law Review, I. em que expõe o que veio a ser o *Comparative Impairment Method* (método do dano comparado). Vide também "Comparative Impairment Reformed: Rethinking State Interests in the Conflict of Laws", Harvard Law Review 95, no. 5, Cambridge, 1982.

escolha da lei em caso de conflito, devendo se maximizar os objetivos de política pública dos estados envolvidos, de forma sistêmica, e não apenas observar-se a política de um único estado. Registre-se ser este um dos pilares teóricos da *análise econômica do direito*<sup>28</sup>, apesar de o autor ter afirmado que sem uniformidade não haveria previsibilidade, prejudicando o próprio direito (o que seria questionável, pois a tutela jurídica de sociedades diversas não pode ser equivalente).

Se a falência do *Herstatt*, em 1974, serviu para conscientizar bancos e autoridades que uma economia mais conectada permite circular riqueza e riscos na mesma velocidade e facilidade, o tratamento de falhas de mercado pode variar muito dependendo do ambiente em foco. Imperfeições de mercado demandam a intervenção preventiva e corretiva, visando evitar rupturas econômicas que poderiam adquirir proporções descontroladas, com funestas consequências.

A noção de contágio no universo financeiro, como bem lembra LASTRA<sup>29</sup>, inspira-se na área de saúde, tal como a Praga Negra da Idade Média ou a Gripe Espanhola, logo após a Primeira Grande Guerra. O risco de contágio é inerente a um sistema financeiro interconectado (nacional ou globalmente) e se representa pela possibilidade de a iliquidez ou até a insolvência de uma instituição se propagar não apenas no universo fechado do setor financeiro, mas atingindo a economia real. A Grande Depressão, após o *crash* da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, bem como a crise de 2008, são provas das proporções épicas de tal risco, razão pela qual merece tanta análise e abordagem.

Várias modelizações econômicas<sup>30</sup> buscam quantificar o risco sistêmico e prever cenários visando abordando a possibilidade de um desastre financeiro se estender a atores econômicos, além daqueles do mercado localizado. Reguladores acabam adotando padrões contábeis que, normatizados, se impõem a todos os atores, na tentativa de minimizar riscos pela via da leitura ou linguagem uniforme. Encontra-se sedimentado o conceito de que a regulação prevenindo o risco sistêmico é necessária para estabilizar o sistema financeiro e evitar eventuais choques, mas

<sup>28</sup> Cuja construção teórica teve início no final da mesma década, promovida em especial pelos juízes Richard POSNER e Guido CALABRESI.

<sup>29</sup> LASTRA, Rosa María, *Systemic risk, SIFIs and financial stability*, Capital Markets Law Journal, vol. 6, n. 2, 2011, p. 197

<sup>30</sup> SILVA, Tiago et al, *Systemic risk in financial systems: a feedback approach*, Working Paper 461, Banco Central do Brasil, 2017.

como indica ANDENAS<sup>31</sup>, um só argumento ou justificativa não deveria prevalecer ou orientar a lógica reguladora.

A regulação de mercados decorre da busca da estabilidade, proteção ao consumidor e prevenção de fraudes. O retro citado autor insiste no desacordo<sup>32</sup> entre legisladores, reguladores e acadêmicos (e este autor incluiria os agentes de mercado como o quarto ator influenciando a confecção de normas) sobre não apenas o conteúdo, mas também o peso de cada um desses itens em matéria de regulação.

O problema da regulação não adviria do remédio escolhido, mas de sua dose e de quem o ministra.

O Comitê da Basileia tem sucessivamente definido critérios prudenciais visando o controle do risco sistêmico, tendo o mais recente focado em colchão de liquidez e capital para bancos continuarem atuando. A base dessa construção regulatória se faz sob uma perspectiva eminentemente internacional, de instituições representando o pior dos cenários, o de risco sistêmico global, cuja quebra causaria uma catástrofe econômica sem fronteiras e duradoura.

Sem ter a pretensão, neste trabalho, de mergulhar nas especificidades dos diversos riscos de um sistema financeiro ou nas modalidades de remédios contra potenciais falhas de mercado, nota-se que a abordagem do risco sistêmico atual obedece a uma constante lógica geradora de normas “de cima para baixo”. Países como o Brasil, sem instituição de risco sistêmico global, acabaram por adotar regras uniformes que representam escala de valor diversa de suas necessidades. Regras estritas de conformidade acabaram por exercer pressão desproporcional nos antes de menor envergadura, reduzindo diversidade e inovação. Tal importação de modelos, promovendo-se harmonização não ajustada à realidade nacional, tem sido motivo de preocupação e crítica.

<sup>31</sup> ANDENAS, Mads, *Harmonising and regulating financial markets*, in Theory and practice of harmonisation Edward Elgar, 2011, p. 3.

<sup>32</sup> ANDENAS, Mads e Fairgrieve, *Misfeasance in public office, governmental liability and European influences*, 51 ICLQ, 2002, p. 757.

## 2. IMPORTAÇÃO DE MODELOS

YAZBEK<sup>33</sup> assevera que “a despeito da crescente imposição a todo o mundo de modelos jurídicos e negociais uniformizados, provenientes dos países centrais, a compreensão dos processos de circulação de tais modelos vem sendo quase que sistematicamente deixada de lado”.

O direito comparado, como bem lembrado por FAUVARQUE-COSSON<sup>34</sup>, constitui um imperativo para que se identifiquem, no atual complexo universo de regras estratificadas que se superpõem, aquelas que efetivamente agregarão valor ao ambiente local. A simples diminuição da relevância de sistemas legislativos e regulatórios nacionais ou regionais, visando a inserção global mediante a adesão a padrões uniformes seria um procedimento contraproducente e, sobretudo, ineficiente.

KAMBA<sup>35</sup> propôs uma abordagem adequada pela “fertilização cruzada” de idéias e experiências, que permitem aumentar a percepção sobre soluções de problemas locais, por meio do aprofundado estudo de regras pela via comparada. Adotar uma só fórmula para os problemas seria portanto, do ponto de vista lógico, no mínimo imprudente.

Nesse mesmo diapasão, LOQUIN e KESSEDJIAN<sup>36</sup> afirmaram categoricamente que a harmonização é preferível à uniformização, contrariando corrente que se desejaria majoritária. A modelagem econômica uniforme difere em muito da modelagem social uniforme. Quando LAMBERT e SALEILLES<sup>37</sup>, na primeira metade do século 20, propuseram a corrente doutrinária em que se fundamentou a criação da UNIDROIT – hoje revisitada – pensavam a diversidade jurídica como impedimento à evolução econômica, algo superado nos dias atuais em que o comparatismo permite o respeito às tradições e necessidades locais em contraponto à uniformidade.

<sup>33</sup> YAZBEK, Otávio, *Considerações sobre a Circulação e Transferência dos Modelos Jurídicos*, in GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.), *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 543

<sup>34</sup> FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte *Le droit comparé : Art d'agrément ou entreprise stratégique?*, in *De tous horizons*, BLANC-JOUVAN, Mél. Xavier, Société de Législation comparée, Paris, 2005, p. 81.

<sup>35</sup> KAMBA, W, *Comparative Law – a theoretical framework*, 1974, 23 *Int'l & Comp. L. Q.* 485, p. 493.

<sup>36</sup> LOQUIN, Éric et KESSEDJIAN, Catherine, *La Mondialisation du Droit*, 2000, Paris, Ed. Litec.

<sup>37</sup> Vide JAMIN, Christophe, *Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité*, 2000, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 52. Para melhor entendimento, na p.748, o autor cita SALEILLES que « *insiste na unificação possível do direito comercial, denotando seu vínculo ao pensamento econômico liberal.* » (trad. autor).

Certos autores buscam justificar a uniformização de regras técnicas como fundamento de certa *távola rasa* regulatória<sup>38</sup>, suposto elemento essencial à promoção de certa concorrência saudável. Essa convergência teria o condão de induzir a uma competitividade financeira global, já que sem diferenças – arbitráveis – regulatórias. O argumento de que a uniformidade de regras para maior criação (advinda da circulação) de riqueza foi contestado por DWORKIN<sup>39</sup>. Esse autor entendeu que o foco da circulação de riqueza não pode suplantiar certa noção fundamental de justiça, que teria maior valor à humanidade. Esse confronto de idéias proporciona um debate enriquecedor que não almeja fazer ganhadores ou perdedores<sup>40</sup>.

Buscando a justificativa de um ambiente financeiro unificado, MIRANDOLA<sup>41</sup> abordou a adoção das regras harmonizadas, notadamente no quesito capital mínimo global para bancos (nos padrões definidos em além-mar), como sendo aceitável para reduzir riscos e garantir uma melhor supervisão bancária. Tal fato, segundo o autor, limitaria diferenciais de competição entre bancos nacionais e estrangeiros, que se viriam desestimulados a efetuar o que se conhece por arbitragem regulatória. Ainda segundo o autor, aceitar tal condição uniforme de inspiração externa aumentaria a credibilidade do sistema financeiro, o que seria um resultado positivo. Resta que a questão da estratégia unificadora regulatória, causando limitação da capacidade legislativa ou regulatória nacional, mereceria ser reavaliada, face a seus efeitos.

O entendimento supracitado não faz minoria no Brasil, só que aborda apenas um viés lógico, sendo-lhe necessário o confronto por ângulo diverso. A decadência de soberania decorre da absorção de regras estrangeiras por nações débeis ou dependentes. A falta de tal questionamento sobre a uniformização regulatória imposta ao país, no setor bancário, parece ter resultado na perda de diversidade, eliminando

<sup>38</sup> Também referenciada em farta literatura como “*level playing field*”.

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald, O império do direito, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 89 e ss.

<sup>40</sup> Sobretudo se considerarmos que o mundo jurídico romano-germânico é voltado para a sobreposição do coletivo sobre o indivíduo (e seu interesse), conquanto o anglo-saxão (em especial o sistema norte-americano) é individualista. Vide DWORKIN, R. (op. cit. p. 92): “...para muitos de nós, a ética libertária é uma teoria da justiça sem atrativos”.

<sup>41</sup> MIRANDOLA, Carlos, *Globalização financeira e integração de mercados financeiros nacionais* (Tese de qualificação em doutorado), São Paulo, USP, 2010, p. 93.

as pequenas e médias instituições como regra geral. O custo de observância<sup>42</sup> tornou insuportável a sobrevivência desses atores, gerando maior concentração.

O movimento mecânico de uniformidade legal, promovido por meio da pura e simples importação de regras e modelos, tem em WATSON<sup>43</sup> seu melhor (e mais criticado e incompreendido) expoente. Ele foca no resultado e na função objetiva das regras importadas, sobretudo por sociedades menos sofisticadas<sup>44</sup>.

MORÉTEAU<sup>45</sup> e MONATERI<sup>46</sup> já haviam discorrido sobre a contaminação legal, demonstrando como se opera a inoculação de valores e lógicas estrangeiros em sistemas legais que podem lhes absorver na medida de sua adequação. Tais autores utilizaram-se da alegoria de que o mundo, não sendo um conjunto de ilhas, é a soma de sociedades interdependentes que trocam entre si, inclusive na eleição de valores e bens a serem normatizados.

Ocorre, entretanto, que o fenômeno da abordagem de risco sistêmico justificador da uniformidade regulatória bancária é diverso da narrativa dos autores citados. Não há, no âmbito da regulação bancária uniforme, real contaminação de conceitos em um *ambiente de diversidade*. O que há é certa imposição - pela via do uso da força econômica, da subserviência, oriunda da lógica da dependência e da compreensão parcial de certas vantagens por quem está mais avançado - de parâmetros transformados em regras estranhas não apenas ao ordenamento e à lógica jurídicos brasileiros (tal como o uso da perspectiva do direito consuetudinário para justificar regras e sua interpretação em país de tradição civilista), mas à própria estrutura de país, que por possuir demandas econômicas e sociais próprias, demandaria, no mínimo, maior criatividade regulatória. Tal aspecto, por si só, parece

<sup>42</sup> Em 2017, o Banco Central do Brasil iniciou o processo de redução de exigências harmonizadas de conformidade especialmente para instituições de menor risco, por força da Resolução CMN 4.553 do mesmo ano.

<sup>43</sup> WATSON, Alan, *Legal Transplants : An Approach to Comparative Law*, 2n Ed. Athens, University of Georgia Press, 1993. Acessível também em <http://digitalcommons.law.uga.edu/books/24/>

<sup>44</sup> A lógica de WATSON é adotada como válida por diversas correntes jurídicas, notadamente aquelas pró-mercado, que muitas vezes, sob cores fortes, se recusam a aceitar a perspectiva de seu maior crítico, William EWALD, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, 43 A.J.C.L., 1995, negando que o direito representaria o espírito de uma nação, sendo impossível deturpá-lo por meros transplantes ou importação de leis ou modelos jurídicos.

<sup>45</sup> MORÉTEAU, Olivier, *Des grands systèmes aux petits: la contamination des droits et des cultures juridiques*, dans *Liber Amicorum, Mél. Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 875-885.

<sup>46</sup> MONATERI, Giuseppe, *The weak law: contaminations and legal cultures (borrowing of legal and political forms)*, 2003, 13 *Transnat'l L. & Contemp. Problems*, p. 575

justificar o caráter complementar, e não principal e originário, ao qual deveriam se circunscrever os transplantes de modelos, tais como de Basiléia.

O risco da arbitragem regulatória - em que agentes de mercado optam pela jurisdição mais favorável visando estruturar operações e buscarem o menor custo, algo que se integra justificativas para a adesão brasileira à uniformidade de regras bancárias – pode ser uma quimera. A importação de regras não mudou, em essência, os diversos aspectos e desafios da organização social e econômica nacional para que tenha se tornado, em um passo de mágica, mais atraente ou segura para operadores globais. Pode-se mesmo argumentar existir uma constatação inversa: a importação normativa causou ineficiência no sistema financeiro nacional, sobretudo ao criar um oligopólio.

Montar-se uma frente única – na linguagem e na colaboração - visando combater o risco sistêmico é algo muito útil, mesmo necessário. Já a narrativa de que o combate ao risco sistêmico deveria ir além da colaboração global, impondo a uniformização por adoção de regras emanadas de redes normativas *tout court*, resultaria em prejuízos coletivos mensuráveis.

Como ensina BENSTON<sup>47</sup>, a colaboração entre autoridades é muito útil para reduzir fraudes e evasão fiscal, mas unificar regras artificialmente, visando tratar risco sistêmico, não encontra justificativa produtora ou aconselhável, no campo jurídico<sup>48</sup>.

WRISTON<sup>49</sup> afirmava, já em 1992, que as antigas fronteiras políticas dos estados-nação estavam se tornando obsoletas, por força da aliança entre comércio e tecnologia. Alertava ele que as fronteiras políticas, antigas causas de guerras, vinham se tornando porosas e a habilidade de qualquer poder soberano agir sem medo de contestação estava se limitando severamente, em alguns casos sendo destruída por força da circulação da informação.

Esse conceito propositivo, aliado ao fenômeno recente das redes sociais, ajudou a moldar regras na produção de provas na proteção de direitos humanos.

<sup>47</sup> BENSTON, George, *Regulating financial markets a critique and some proposals*, 1998, Institute of Economic Affairs, Londres, p. 117.

<sup>48</sup> ROMANO, Roberta, *For diversity in the international regulation of financial institutions: critiquing and recalibrating the Basel architecture*, *Yale journal on regulation*, 31-1, 2014, p. 1-76.

<sup>49</sup> WRISTON, Walter, *The twilight of sovereignty*, in *Royal Society of Arts Journal*, Londres, 1992, p. 574-757. No original: “the old political boundaries of nation states are being made obsolete by an alliance of commerce and technology. Political borders, long the cause of wars, are becoming porous (...) the ability of any sovereign to act without fear of contradiction has been sharply limited, and in some cases destroyed, by the way the world works in this age of information”.

Serviria o mesmo raciocínio para justificar o abandono da soberania no desenho de economias nacionais, onde o multilateralismo estaria a exigir o fim das fronteiras e da diversidade legal, abrindo-se mão de escolhas regulatórias?

Este autor acredita que as fronteiras persistem, a despeito da globalização legal<sup>50</sup>.

O reconhecimento da existência – ou persistência – de fronteiras nacionais exige que o argumento seja invertido: negócios e tecnologia já permitem a coexistência de múltiplos sistemas adaptados às necessidades de cada país e região. Os sistemas legais podem ser parecidos, mas têm sido “customizados” diante de inúmeras variáveis que definem diferenciais competitivos.

Por respeito à diversidade, as autoridades nacionais regulatórias e de supervisão devem continuar colaborando internacionalmente, visando identificar fontes potenciais de risco sistêmico e o melhor modo de atuarem sobre o mesmo. O monitoramento constante de tal ecossistema não deve ser substituído pela tentação ou flerte de certa engenharia social, oriunda dos transplantes legais puros aos quais se referia WATSON. O sonho da efêmera estabilidade, resultante da rigidez que a ficção normativa supõe proporcionar, não pode impor-se ao ambiente regulatório de um país como o Brasil. O mercado financeiro apresenta alvos móveis e o risco inerente ao seu funcionamento, à sua operação, exige monitoramento e geometria regulatória variável, inclusive coordenada por autoridades em diversas jurisdições.

### 3. IMPACTOS DE BASILÉIA NA ARQUITETURA FINANCEIRA BRASILEIRA

O Brasil refez seu sistema financeiro em 1964, quando a Lei de Reforma Bancária<sup>51</sup> redesenhou a arquitetura à época ligada a um passado ineficiente, sobretudo em matéria de disciplina e governança das finanças públicas. O Brasil demandava avanços. Adotaram-se instrumentos modernos, com inspiração em conceitos internacionais avançados, sem perder de vista as realidades locais.

A adoção de um Conselho Monetário Nacional (“CMN”) participativo de supervisão, regulamentador das instituições financeiras, indicava o caminho da

<sup>50</sup> E tal conceito não se confunde com a ideologia do nacionalismo, posto que a reafirmação de culturas locais, por diversas manifestações, resta inequívoca, razão da formalização de acordos comerciais bilaterais e regionais, visando preservá-las.

<sup>51</sup> Lei 4.595.

sintonia entre regulador, regulados e destinatários desse serviço público que consiste na gestão do crédito e da poupança. Durante o período militar, o CMN foi o principal órgão normativo da política econômica governamental, e a despeito do aparente espectro de representatividade dentre seus membros eram escolhidos pelo Poder Executivo.

O Brasil de 1988 foi palco de uma grande reforma no cenário regulatório bancário. Influenciado pelo Acordo da Basiléia (Basiléia I), foram introduzidas formas harmonizadas para a definição de capital, com a ponderação de risco dos ativos no balanço dos bancos, requisitos mínimos de capital próprio e um cronograma para implementar essas regras convergentes, no país.

Em seguida, quando do Plano Real, o CMN teve escopo alterado e sua representatividade reduzida, nos termos da lei 9.069, de 1995. Em seguida ao enorme ajuste monetário da época, que além da nova moeda arrefeceu o movimento inflacionário, a dita lei afirmou a capacidade reguladora do CMN como um órgão do Poder Executivo<sup>52</sup>. A partir de então, a arquitetura do setor financeiro nacional seria, na prática, majoritariamente orientada por regras importadas da Basiléia<sup>53</sup>, como já estava previsto na Resolução CMN 2.099, de 1994. Esse movimento não atingiu apenas o Brasil, mas vários outros países extra-G10.

A expansão do mercado bancário, oriunda da desregulamentação de 1988, foi confrontada pelo fim da inflação resultante do Plano Real expondo o país ao risco sistêmico nacional, o que exigiu a introdução de medidas prudenciais e mesmo corretivas.

Ao resultado adverso da adesão às normas uniformes podemos relacionar uma grande concentração bancária, fazendo com que cinco bancos controlem 80% do mercado de crédito<sup>54</sup>, no ano de 2018. A situação de oligopólio não pode ser imputada meramente a elementos econômicos ou de mercado. A estrita regulamentação de origem estrangeira ajudou na concentração, pois criou barreiras financeiras e regulatórias atingindo diretamente pequenos e médios bancos, que passaram a exercer um protagonismo marginal.

<sup>52</sup> Art. 8º e seguintes.

<sup>53</sup> SADDI, Jairo, *Crise e regulação bancária*, Textonovo, São Paulo, 2001, p. 107 e ss.

<sup>54</sup> Ver <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-04/quatro-maiores-bancos-concentram-785-do-credito-no-pais> acesso em 15/08/2018.

Alguns estudiosos na matéria insistem<sup>55</sup> na tese de que a regulação unificada, oriunda de uma fonte de inspiração externa, como é o Comitê da Basileia, tenha deixado um balanço favorável no Brasil. Apesar de o Brasil, desde 2009, participar do CEF, como indicado na Introdução, a ausência de instituições sem risco sistêmico global o torna um ator menor na definição de modelos em arquitetura financeira nacional. A voz brasileira naquele fórum - definidor de políticas de governança e arquitetura financeira global - é aparentemente inaudível. Isso nos induz à suposição de que o Brasil e seus pares figurem no CEF apenas para dar-lhe aparência de legitimidade.

Da mesma forma com que o país sonha eternamente em ocupar uma cadeira permanente do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas - apesar de não possuir arsenal atômico, premissa não-escrita, mas condição de protagonismo naquele organismo - o Brasil frequenta, mas não orienta a CEF. Ao legitimar uma arquitetura financeira que não define, mas que lhe afeta adversamente, esses 30 anos de Basileia induziram o Brasil ao oligopólio e a uma ordem jurídica que lhe penaliza, sem bônus correspondente. A justificativa a esta postura é compreensível apenas parcialmente: a sua participação no mercado global, com adesão a normas estranhas, haveria de compensar o engessamento regulatório de mercado, mas tal benefício não resta comprovado ou evidente, sobretudo se examinado o persistente custo do crédito com o *spread* provavelmente mais alto do mundo.

## CONCLUSÃO

*Eu pensava que o cérebro era o órgão mais maravilhoso do meu corpo. Foi então que eu percebi quem estava me dizendo isso.*

Emo Philips (comediante)

---

<sup>55</sup> MIRANDOLA (op. cit, p. 96) assevera, ao nosso ver equivocadamente, que “dadas as potenciais dificuldades que instituições menores enfrentariam para se adaptarem a critérios mais exigentes de capital, reservou-se também aos grandes bancos nacionais e aos bancos estrangeiros o papel de adquirir ou ajudar na recapitalização das instituições locais necessitadas”. Tal política atende adequadamente a uma agenda monopolística e causou um desserviço ao país, que lhe custa caríssimo em matéria de crédito, serviços e transparência, causados pela ausência de real concorrência.

Por quê se harmonizam normas? Qual a razão para um país abrir mão de sua soberania sobre eleger qual bem ou valor deve ser protegido por suas leis ou regulação?

KRASNER<sup>56</sup> explica que a adesão de um estado a regras uniformes, na arena internacional, não decorre de uma só motivação. Ele supõe que tal ato resulta do desejo de fortalecer valores e práticas sedimentados em uma dada tradição civilizatória, demandando seu reforço, sem que se produza uma mudança completa de paradigmas, afastadas das necessidades locais, sob pena de inoperante. Poderá sempre haver ganhos na adesão a normas uniformes, entretanto os resultados devem ser legítimos, palpáveis e concretos, compensando desvantagens tangíveis e intangíveis inerentes à renúncia de soberania decorrente de tal decisão.

É fato que especialmente para países periféricos persiste certo “medo do vazio” nos mundos jurídico e político. Como sabiamente indicado nas palavras de LASSERE<sup>57</sup>, há novas fontes do direito e forças que buscam lhes legitimar. Assevera a autora que não se deve aceitar o desenvolvimento descontrolado de novas formas de normatividade que se saiba serem “o direito sem a política”, ou “a política sem o direito” e até um misto de “não-jurídico e não político”. Nesse processo, é fundamental reconhecer o elo relacional humano para se contemplar a legitimação de fato merecedor de tutela jurídica<sup>58</sup>. O “não-direito” não deveria definir o relacionamento entre cidadãos, a arquitetura social e, no caso brasileiro, a arquitetura do seu mercado financeiro, quando examinado pelo prisma da absorção de conceitos estranhos à sua realidade.

É necessário insistir no elemento fundamental do direito, que é a de ser *mensageiro do mundo*, traduzindo-o e transformando-o para muito além da mera lógica racional. A submissão do direito a elementos de caráter meramente científico, como é o caso da imposição das regras e padrões da Basiléia ao Brasil, transborda a vocação da normatização econômica.

A citada autora denuncia que a cientificidade passou a ser a força motriz do novo direito (regulatório), em que especialistas<sup>59</sup> restritos às próprias convicções

<sup>56</sup> KRASNER, Stephen, *Sovereignty organized hypocrisy*, Princeton University Press Princeton, NJ, 1999.

<sup>57</sup> LASSERRE-KIESOW, Valérie, *Le nouvel ordre juridique: le droit de la gouvernance*, LexisNexis, Paris, 2015.

<sup>58</sup> LASSERRE-KIESOW, Valérie, op. cit., p. 22.

<sup>59</sup> Ainda que notavelmente bem preparados e intencionados.

peçoais definem a conduta da coletividade, diminuindo o direito e a própria validade do conhecimento científico (que deve auxiliar a coletividade e não fazer o inverso, moldando-a). Não nos esqueçamos ainda da conveniência de reguladores e oligopolistas em se autorregular, posto que beneficiários da regulação, segundo ensinamento lapidar de STIGLER<sup>60</sup>.

A sugestão resultante da constatação do risco de queda no vácuo jurídico proporcionado pela absorção de normas como as de Basiléia é que padrões propostos por técnicos sejam submetidos a um controle democrático, tornando-se lei ou não a juízo exclusivamente de conveniência local, após debate político, com adequação avaliada unicamente pela sociedade destinatária da norma. Estivesse isso ocorrendo, o Brasil não estaria se deparando com barreiras impostas ao setor financeiro e o oligopólio daí resultante, constatado como problemático pelo próprio Banco Central do Brasil. O Brasil deveria ser mais seletivo e criterioso no acolhimento de propostas, identificando o que efetivamente lhe faria sentido. O temor brasileiro de cair no vazio jurídico, de o país não ser aceito na comunidade financeira mundial como “avançado”, é ilusório e, caso comprovado, infundado. Importantes resultados oriundos da regulação proveniente da Basiléia são palpáveis e, infelizmente, desastrosos.

Considerar as normas de origem na Basiléia como *fait accompli* é insistir na ilegitimidade quanto às suas causa e consequência. Uma profunda revisão, sob uma perspectiva nacional desregulamentadora parece algo necessário e urgente. Desnecessário dizer que, sem concorrência, o setor financeiro está se derretendo.

Se na tradição da *Common Law*, a constatação da existência do direito exige materialidade, além da formal, a armadilha conceitual do civilismo induz a norma impressa a obter presunção de direito posto. O direito financeiro que aí está, importado em seus valores, métricas e forma, não deve ser considerado como direito brasileiro (contaminado ou influenciado), pois encontra-se ferido de morte pela ausência de inúmeros elementos legitimadores.

Para se melhor perceber a dimensão dessa inadequação normativa, devemos retornar 40 anos, a LOSCHAK<sup>61</sup>. Ela previu a desjuridicização da sociedade e a tentativa de dissolução do normativismo jurídico dentro de um novo normativismo

<sup>60</sup> STIGLER, George, *The theory of economic regulation*, Bell Journal of Economics and Management Science April 1971, Vol.2.

<sup>61</sup> LOSCHAK, Danièle, *Droit, Normalité et normalisation*, in *Le droit en procès*, PUF, Paris, 1983, p. 76.

objetivamente definido, impondo-se limites à eficácia do direito como instrumento autônomo de normatização, com perda da substância jurídica do direito.

Aceitar a regulação econômica sob o modelo da Basileia como fonte originária de direito brasileiro significa a aceitação do declínio de tal ciência como meio de regulação social (objetivo da norma). A despolitização do direito, substituindo legitimidade política por científica, nada mais é que uma privatização camuflada do interesse geral e, por fim, do próprio direito, em detrimento da coletividade. Tal fórmula não é autossustentável ou longa. Visando evitar nos tornarmos seres autômatos, o desafio e o questionamento deve ser lançado, pois a estrutura financeira brasileira atual impede que realmente frutifique e se organize em uma arquitetura adequada à sua vocação e às suas necessidades.

Como indica MELKEVIK<sup>62</sup>, deveríamos, na qualidade de juristas, refletir sobre os ensinamentos de David HUME e impedir que a racionalidade se converta em lei ou em direito-pronto. A aceitação do técnico sobre o jurídico, como bem notado pelo autor, é uma ação ideológica e irracional, que não serve à sociedade. Utilizarmos de conhecimento técnico e adotar uma colaboração construtiva em nada é incompatível ao respeito ao direito como representação de um meio para se atingir harmonia social e prosperidade coletiva.

## REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA BRASIL. Quatro maiores bancos concentram 78,5% do crédito no país. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-04/quatro-maiores-bancos-concentram-785-do-credito-no-pais>>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- ANAND, Anita; et al. *Systemic Risk, Institutional Design and the Regulation of Financial Markets*. Oxford Scholarship Online, jan. 2017, p. 29.
- ANDENAS, Mads. Harmonising and Regulating Financial Markets. In: *Theory and Practice of Harmonisation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011, p. 3.
- ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Misfeasance. Misfeasance in Public Office, Governmental Liability and European Influences. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 51, p. 757, 2002.
- ARNER, Douglas W.; BUCKLEY, Ross P. Redesigning the Architecture of the Global Financial System. *Melbourne Journal of International Law*, v. 11, p. 185-191, 2010.

<sup>62</sup> MELKEVIK, Bjarne, *Un peu de débroussaillage dans le domaine de l'épistémologie juridique*, in *Les Cahiers de Droit* 52, n. 304, Sept-Déc, Paris, 2011, p. 677.

- AVGOULEAS, Emilios. *Governance of Global Financial Markets: The Law, the Economics, the Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 206.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução CMN nº 4.553, de 2017. Dispõe sobre exigências harmonizadas de conformidade para instituições financeiras de menor risco. Brasília: Banco Central do Brasil, 2017.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Supervisão – Ação do Estado. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/fis/supervisao/acaoestado.asp>>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- BANCO DE COMPENSAÇÕES INTERNACIONAIS (BCI). Comissão III da Conferência de Bretton Woods. Documento histórico. Disponível em: <[https://www.cvce.eu/content/publication/2003/12/12/2520351c-0e91-4399-af63-69e4b33ef17a/publishable\\_en.pdf](https://www.cvce.eu/content/publication/2003/12/12/2520351c-0e91-4399-af63-69e4b33ef17a/publishable_en.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- BAXTER, William. Choice of Law and the Federal System. *Stanford Law Review*, v. 16, s/d.
- BAXTER, William. Comparative Impairment Reformed: Rethinking State Interests in the Conflict of Laws. *Harvard Law Review*, v. 95, n. 5, Cambridge, 1982.
- BENSTON, George. *Regulating Financial Markets: A Critique and Some Proposals*. Londres: Institute of Economic Affairs, 1998, p. 117.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. Atuação internacional – Cooperação internacional. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/cooperacao-internacional>>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- BRUMMER, Chris. *Soft Law and the Global Financial System*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- CARREAU, Dominique; JUILLARD, Philippe. *Droit International Économique*. 4. éd. Paris: LGDJ, 1998, p. 8.
- CASSESE, Antonio. Citação em: MELLO, Celso Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público*. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 93.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Organizações internacionais – Conselho de Estabilidade Financeira. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/menu/internacional/organizacoes/fsb.html>>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- COMITÊ DA BASILÉIA PARA SUPERVISÃO BANCÁRIA. Informações institucionais. Disponível em: <<https://www.bis.org/bcbs/>>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 89 e ss.

EGMONT GROUP. Informações institucionais. Disponível em: <<https://egmontgroup.org/en>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

ELLIS, Jaye. Risk, Uncertainty and the Role of Law. In: BENYEKHLEF, Karim (org.). *Gouvernance et Risque – Les défis de la régulation dans un monde global*. Montréal: Éditions Thémis, 2013, p. 161 e ss.

EWALD, William. Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants. *American Journal of Comparative Law*, v. 43, p. 489-510, 1995.

FATF – FINANCIAL ACTION TASK FORCE. About – What We Do. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/about/whatwedo/>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Le droit comparé: Art d'agrément ou entreprise stratégique? In: BLANC-JOUVAN, Xavier (Mél.). *De tous horizons*. Paris: Société de Législation Comparée, 2005, p. 81.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI). *The IMF's Enhanced Structural Adjustment Facility (ESAF): Is It Working?* Washington, D.C.: International Monetary Fund, 1999. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/esaf/exr/>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI). *Articles of Agreement of the International Monetary Fund*. Washington, D.C.: IMF, 1944. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/pdf/aa.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

GARICANO, Luis; et al. Towards a New Architecture for Financial Stability: Seven Principles. In: COTTIER, Thomas; JACKSON, John H.; LASTRA, Rosa M. (eds.). *International Law in Financial Regulation and Monetary Affairs*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 92.

GIOVANOLI, Mario. The Reform of the International Financial Architecture after the Global Crisis. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 42, p. 113, 2009.

G7. Organização colaborativa transitória. Disponível em: <<https://g7.gc.ca/en/>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

JAMIN, Christophe. Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 52, p. 748, 2000.

KAMBA, W. Comparative Law – A Theoretical Framework. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 23, p. 485-493, 1974.

- KRASNER, Stephen. *Sovereignty: Organized Hypocrisy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- LASSERRE-KIESOW, Valérie. *Le nouvel ordre juridique: le droit de la gouvernance*. Paris: LexisNexis, 2015, p. 22.
- LASTRA, Rosa María. Systemic Risk, SIFIs and Financial Stability. *Capital Markets Law Journal*, v. 6, n. 2, p. 197, 2011.
- LOQUIN, Éric; KESSEDJIAN, Catherine. *La Mondialisation du Droit*. Paris: Litec, 2000.
- LOSCHAK, Danièle. Droit, Normalité et Normalisation. In: *Le droit en procès*. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1983, p. 76.
- MAJOR, Aaron. Neoliberalism and the New International Financial Architecture. *Review of International Political Economy*, v. 19, n. 4, p. 544, 2012.
- MELLO, Celso Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público*. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 52-84.
- MELKEVIK, Bjarne. Un peu de débroussaillage dans le domaine de l'épistémologie juridique. *Les Cahiers de Droit*, v. 52, n. 304, p. 677, set./dez. 2011.
- MIRANDOLA, Carlos. *Globalização financeira e integração de mercados financeiros nacionais*. Tese (Qualificação em Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 93.
- MONATERI, Giuseppe. The Weak Law: Contaminations and Legal Cultures (Borrowing of Legal and Political Forms). *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 13, p. 575, 2003.
- MORÉTEAU, Olivier. Des grands systèmes aux petits: la contamination des droits et des cultures juridiques. In: *Liber Amicorum: Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*. Paris: Dalloz, 2013, p. 875-885.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). Parte IV do GATT – Desenvolvimento e adesão de países em desenvolvimento. Disponível em: <[https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/dev1\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/dev1_e.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- PANOUGIAS, Lazaros. *Banking Regulation and World Trade Law*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 42.
- POSNER, Richard; CALABRESI, Guido. Construção teórica sobre risco e direito. Década de 1970.

- ROCHA, Jean-Paul. *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.
- ROMANO, Roberta. For Diversity in the International Regulation of Financial Institutions: Critiquing and Recalibrating the Basel Architecture. *Yale Journal on Regulation*, v. 31, n. 1, p. 1-76, 2014.
- SADDI, Jairo. *Crise e regulação bancária*. São Paulo: Textonovo, 2001, p. 107 e ss.
- SILVA, Tiago; et al. Systemic Risk in Financial Systems: A Feedback Approach. Working Paper 461. Brasília: Banco Central do Brasil, 2017.
- STIGLER, George. The Theory of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, p. 3-21, abr. 1971.
- WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2. ed. Athens: University of Georgia Press, 1993. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.uga.edu/books/24>>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- WRISTON, Walter. The Twilight of Sovereignty. *Royal Society of Arts Journal*, Londres, p. 574-757, 1992.
- YAZBEK, Otávio. Considerações sobre a Circulação e Transferência dos Modelos Jurídicos. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 543.

## SOVEREIGNTY AS A CONSTITUTIVE ELEMENT OF THE STATE AND INTERNATIONAL LAW: CONTEMPORARY CHALLENGES IN LIGHT OF THE U.S. 2026 INTERVENTION IN VENEZUELA

A SOBERANIA COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DO ESTADO E O DIREITO INTERNACIONAL: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS À LUZ DA INTERVENÇÃO DOS EUA NA VENEZUELA EM 2026

*Lucília Napoleão Barros<sup>1</sup>*

*International Law and Geopolitics Analyst, based in Cyprus.  
PhD in Legal-Political Sciences (University of Coimbra).*

38

### RESUMO

Inúmeras teorias foram desenvolvidas com o propósito de analisar o caráter da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, bem como de determinar qual destes ordenamentos deveria prevalecer em caso de conflito. A oposição entre as correntes monista e dualista é emblemática. Mas a realidade é que nenhuma das duas correntes reflete adequadamente a atual política dos Estados. As significativas transformações pelas quais o Direito internacional vem passando nas últimas décadas, conduziram a um processo de relativização da soberania. Neste contexto, a intervenção militar na Venezuela e captura do Presidente Nicolás Maduro constitui um exemplo de aplicação seletiva do direito internacional, por Estados hegemônicos, redefinindo a (i)legalidade conforme seus interesses geopolíticos.

**Palavras-chave:** Direito Internacional; Direito Interno; Soberania Seletiva.

### ABSTRACT

Numerous theories have been developed to analyse the relationship between International Law and Domestic Law, as well as to determine which of these legal orders should prevail in the event of conflict. The opposition between monist and dualist approaches is particularly emblematic. However, neither framework adequately reflects contemporary state practice. The significant transformations that International Law has undergone in recent decades have led to a process of relativisation of sovereignty. In this context, the military intervention in Venezuela and the capture of President Nicolás Maduro can be characterized as the selective application of international law by hegemonic states, redefining (il)legality in accordance with their geopolitical interests.

**Keywords:** International Law; Domestic Law; Selective Sovereignty.

### INTRODUÇÃO

The period following the Peace of Westphalia marked a pivotal turning point in the global order, characterized by the rise of sovereign states and the establishment of an international legal framework. Since then, International Law has undergone

<sup>1</sup> PhD in Legal and Political Sciences (Faculty of Law, University of Coimbra) Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7571-8277>.

profound transformations, significantly shaping its relationship with the domestic legal systems of states. Understanding how these two spheres of law interact within this evolving context is therefore essential.

In this regard, sovereignty—traditionally conceived internally as the supreme authority of the state within its territory, and externally as the capacity of states to engage with one another as equally sovereign actors—has been subject to reinterpretation. This ongoing process seeks to more accurately capture the increasing interconnection between the domestic and international dimensions of law.

This article argues that contemporary state practice reveals a process of selective relativization of sovereignty, shaped by power asymmetries and geopolitical interests, as exemplified by the 2026 intervention in Venezuela.

## 1. ON THE ORIGIN OF THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY

According to the traditional theory of the State, sovereignty is identified as the third constitutive element of a State (MACHADO, 2004, p. 184). Its concept first emerged in France, intended to justify the supreme authority of the monarch. In other words, the principle of sovereignty is as old as the State itself. It essentially arose to consolidate the existence of states asserting themselves in Europe against the dual authority of the Pope and the Holy Roman Empire (DINH et al., 1999, p. 433).

However, the emergence of the State, as well as the idea of sovereignty, predates the sixteenth century. As Roberto Mattei (2002, p. 7) emphasizes, both already existed in the Middle Ages, “a historical period that not only did not ignore these concepts, but made them the foundations of its own social structure.” Nevertheless, it was in the sixteenth century that the modern concept of sovereignty was formulated, with the rise of the modern State, the phenomenon of the “territorial state,” and the development of a centralized power that exercised legislative and executive authority within the boundaries of a defined territory (VÁZQUEZ, 2003, p. 4).

Thus, although many authors identify Jean Bodin as the first theorist to develop the concept of sovereignty through his work *Les Six Livres de la République*, some argue that Bodin merely systematized an idea of sovereignty that did not differ significantly from that conceived in the medieval period—according to which the

monarch's power stood above positive law but remained subject to natural law. For Bodin, sovereignty consisted of a perpetual and absolute power.

According to Roberto Mattei (2002, pp. 47-50), Bodin's main innovation was the recognition of legislative power as the core of sovereign authority and the defense of the indispensability of an absolute and indivisible legislative sovereignty for the sovereign's function, namely, to promote the public good. Until the eighteenth century, monarchs found in this principle—upheld by Bodin, Vattel, and the leading philosophers of the time—the justification for their absolutism (DINH et al., 1999, p. 433).

## 2. FROM THE EIGHTEENTH CENTURY ONWARD: THE DEMOCRATIC CONCEPTION OF SOVEREIGNTY

Beginning in the eighteenth century, with the publication of *The Social Contract*, Rousseau developed the first democratic conception of sovereignty (VÁZQUEZ, 2003, p. 7). In his work, Rousseau defined sovereignty as the expression of the general will of the people, no longer as an exclusive attribute of the State or the sovereign (MIRANDA, 2004, p. 27). This notion of popular sovereignty, although not immune to criticism, exerted a strong influence on subsequent democratic thought (NÓBREGA, 2002).

With the French Revolution of 1789, the idea emerged that sovereignty did not belong to each individual but rather to the Nation, which became the sole repository of sovereign authority. The attribution of sovereignty to the Nation can be understood as a response to the concerns of publicists of that era, who sought to avoid both the risk of a certain popular despotism—arising from the plenitude of political power granted to the people by Rousseau's theory—and the abuses that could result from the continuation of monarchical power (NÓBREGA, 2002).

In the second half of the nineteenth century, the decline of absolutist monarchies coincided with the rise of classical constitutionalism. At this point, the thesis that sovereignty belonged to the State, now endowed with legal personality, came to be accepted. Traditionally defined as supreme and unlimited power, the concept of sovereignty was consolidated in the nineteenth century by German legal science, which, under Hegel's influence, directly associated sovereignty with the omnipotence of the State (DINH et al., 1999, p. 433). From this association, Jellinek

referred to sovereignty as the “competence of competences,” understanding it as the State’s unlimited and unconditional power to determine its own jurisdiction (*ibid.*, 1999, p. 433).

For Jónatas Machado, sovereignty manifests itself through the exercise of the State’s inherent competences. In this perspective, sovereignty is generally linked to the principle of effectiveness in the exercise of power, as “the quintessential expression of the right to self-organization” (2004, pp. 186-187). This right is exercised primarily through constituent power and is concretized, in practice, through the principles of autonomy, plenitude, and exclusivity of competences (*ibid.*, p. 186).

From a geographical standpoint, Machado argues that sovereignty can be divided into territorial competences of the State—relating to the spatial limits under its authority—and extraterritorial competences, exercised over the high seas, international airspace, outer space, and polar regions, in relation to the environment, resources, and persons. Within extraterritorial competences, personal jurisdiction over nationals residing abroad is also included. Furthermore, one must not overlook the relational competences of sovereign states, which refer to their capacity to engage diplomatically with other states (*ibid.*, p. 187).

### 3. THE RELATIONAL DIMENSION OF SOVEREIGNTY

Once state sovereignty is recognized in its relational aspect, the concept itself requires reinterpretation. Internally, sovereignty grants the State organic independence from any other entity within its territory. Externally, sovereignty is characterized by the capacity of a State to establish relations with other States “under conditions of equality and symmetry of knowledge” (*ibid.*, p. 186).

Sovereignty and the equality of States, according to Ian Brownlie, “represent the fundamental constitutional doctrine of the law of nations, which governs a community composed primarily of States endowed with a uniform legal personality” (1997, p. 309). For Brownlie, the principal corollaries of sovereignty and equality among States are: *prima facie* exclusive jurisdiction over their territory and the permanent population residing therein; the duty of non-interference in the exclusive jurisdiction of other States; and the subordination of each State to obligations arising from customary international law and treaties concluded with its consent (*ibid.*, p. 309).

Jurisdictional immunity also constitutes one of the corollaries of the sovereign equality of States, as highlighted by Jónatas Machado:

a imunidade soberana dos Estados compreende a imunidade processual, nos termos da qual um Estado, incluindo qualquer das suas unidades constitutivas, órgãos, entidades no exercício de prerrogativas de soberania ou representantes e mesmo vasos de guerra, não pode ser submetido à jurisdição interna de outro Estado (ilegitimidade processual passiva), sem o seu consentimento, devendo os ordenamentos jurídicos internos assegurar a existência de uma exceção processual de incompetência (2004, p. 194).

As we shall see later, the military intervention in Venezuela carried out by the United States in early January 2026, which culminated in the removal of Head of State Nicolás Maduro, constitutes a concrete example of the violation of the principle of sovereign equality of States and of non-intervention. This precedent raises serious concerns regarding the meaning of sovereignty, as well as the effectiveness of International Law and International Institutions within the contemporary geopolitical context.

#### 4. PUBLIC INTERNATIONAL LAW AND DOMESTIC LAW

Public international law and domestic law generally regulate distinct spheres of relations. Oliveiros Litrento explains that domestic law governs relations based on the sovereignty of States over their subjects, while international law addresses the protection of those same subjects when violations of their fundamental rights occur. He notes, however, that certain matters may simultaneously fall within the scope of both systems, which may consequently lead to conflict between them (1997, p. 46).

According to José Antonio Ridruejo, the importance of the relationship between these two spheres of law—domestic and international—has grown significantly due to the ever-expanding functions of international law (2003, p. 166).

The increasing interdependence of international relations has contributed to the development of a more integrated and cooperative legal system. In this context, international law plays a central role as a framework connecting states, seeking to balance diverse interests and mitigate the tensions inherent in diplomatic relations (Melo, 2012).

This is why several theories have been developed to explain the relationship between domestic and international law. These theories sought to establish the fundamental nature of this relationship and to determine which legal order should prevail in the event of conflict. Among them, the monist and dualist (or pluralist) theories stand out most prominently.

According to the monist theory, international law is directly linked to the domestic legal order of States, since there are relations of interpenetration between the two. This is made possible by the understanding that international law and domestic law belong to a single system founded on the identity of subjects (individuals) and sources of law. While recognizing the possibility of normative conflict between these two legal orders, monism argues that such conflicts can be uniformly resolved through common principles (DINH et al., 1999, p. 96).

In summary, it may be stated that the proponents of the monist theory affirm the essential unity of all legal orders (RIDRUEJO, 2003, p. 168). In other words, they advocate for the unification of domestic and international law into a single legal system, within which incompatible norms cannot exist (MACHADO, 2004, pp. 119ff).

Verdross, together with other jurists, justifies the unity of law on the basis of the singular and absolute reality of the value of justice. As Gerson Bóson explains (2000, p. 139), “the general rule of law is not a hypothesis, but an axiom: the objective presence of universal justice, upon which all legal orders rest.” According to Verdross, it is inadmissible to conceive of two distinct notions of justice—one in the domestic sphere and another in the international sphere (ibid., p. 139).

Nevertheless, it is important to note that the monist theory is subdivided into two strands: one nationalist and the other internationalist. According to the former, in the event of conflict between domestic and international law, domestic law prevails. The opposite is true of the latter, in which primacy is accorded to international law.

The most radical version of the monist theory was presented by Kelsen. For him, the State is nothing more than a process of unification of law, and the conception of the State as a superior entity endowed with will is entirely fictitious. Whereas Jellinek and his followers distinguished between State law and international law—arguing that the former is subordinate to the latter—Kelsen rejected this duality, asserting that “the State is law and nothing else.” In this sense, he defined the State as a system of norms or, more specifically, as a “legal order” (DINH et al., 1999, p. 103).

Kelsen justified the binding force of international law through his normativist theory. According to this theory, there exists a principle known as the “law of normativity,” whereby legal norms form a hierarchical system. Within this hierarchy, “each norm derives its binding force from a superior norm.” This system is organized in the form of a pyramid, at the apex of which lies the fundamental norm (*Grundnorm*) (ibid., 1999, p. 103; Malanczuk, 2000, p. 63; Ridruejo, 2003, pp. 168ff; Boson, 2000, pp. 139ff; Rigaux, 1998, p. 329).

In the realm of domestic law, the Constitution is considered the fundamental norm, followed in descending order by ordinary law, regulations, and individual decisions. In the realm of international law, the binding force of conventional law—comprising general or particular conventions, bilateral or multilateral—is grounded in the principle of *pacta sunt servanda*. In other words, since this principle belongs to the sphere of customary international law, it may be understood that, in terms of the hierarchy of international norms, Kelsen regarded conventional law as occupying a lower position than customary law (Dinh et al., 1999, p. 103).

As Jónatas Machado observes, “[t]he emphasis seems to lie on ensuring trust, security, predictability, stability, and regularity in interstate legal relations, rather than on subordinating States to a predetermined common value” (2004, p. 121).

In summary, according to Paul Sieghart’s interpretation, the monist theory rests on the assumption that there is only one legal system, in which international law and domestic law represent nothing more than different aspects of the same order. The unity of this system is justified by the understanding that both regulate relations among individuals (with States, in monist doctrine, being regarded as collectives of individuals), are binding, and constitute a singular manifestation of the concept of law. However, international law is considered superior to domestic law (1985, p. 40). For monists, international law represents the highest norm within the hierarchy of the entire system. According to this doctrine, jurisdiction in the domestic sphere is merely delegated to States, which cannot evade compliance with international law at the internal level. Thus, any conflict between international and domestic law is deemed a failure on the part of the State, which cannot exempt itself from bearing responsibility (ibid., 1985, p. 40).

The dualist theory, in turn, was developed in Germany by Triepel. It was later adopted by Oppenheim in England and by Anzilotti in Italy, and subsequently gained numerous adherents (Bóson, 2000, pp. 135ff).

According to this theory, international law and domestic law are regarded as two equally valid but distinct, independent, and separate legal systems (ibid., pp. 135ff; Teboul, 1999, p. 700; Ridruejo, 2003, p. 168). From an extreme perspective, some claim that “they are two legal orders indifferent to one another.” Jónatas Machado adds that the fundamental premises of this theory are of a “positivist and statist” nature (2004, p. 121). According to him, international law, under the dualist view, arises from the will of States—a conception incompatible with attempts to justify the existence of norms originating without State consent (ibid., p. 121).

For dualists such as Triepel, the essential difference between international and domestic law lies in the fact that they regulate different objects. In this sense, while international law governs relations among sovereign States, domestic law applies within a State, regulating relations among citizens and between citizens and the executive authority (Brownlie, 1997, p. 44; Machado, 2004, pp. 121-122; Teboul, 1999, p. 700).

On this point, Paul Sieghart asserts that international law in national courts is considered inferior and weaker than domestic law. He emphasizes that international law may only become part of domestic law if the latter chooses to incorporate it (1985, p. 40). In other words, under the dualist theory, international norms are deemed inferior to a State’s domestic legal order and remain irrelevant unless formally received into it (Ridruejo, 2003, p. 168).

In reality, neither of these two doctrines adequately reflects the contemporary practice of States. Both have therefore been compelled to restructure themselves in several respects—bringing them closer together—in order to provide a more accurate representation of the current relationship between international and domestic law (Malanczuk, 2000, p. 63). In the same vein, Louis Henkin:

The legal systems of different countries are at different points on a spectrum between pure monism and total dualism. No state is either strictly monist or wholly dualist...Each state has had to give its own answers to several elements in the relationship between international law and domestic law (1995, p. 67).

In practice, the application of the two doctrines is less divergent than it may appear. Even in States that identify themselves as dualist, international law is

regarded as part of domestic law. Likewise, constitutions such as that of France of 1958, often classified as monist, provided for formal procedures to introduce international legal norms into the domestic order (DINH et al., 1999, p. 97). In this regard, Araceli Mangas Martín adds:

The French Constitution of September 28, 1958, in Article 55, states that “Treaties or agreements duly ratified or approved shall, upon their publication, have authority superior to that of laws, provided that each treaty or agreement is applied by the other party.” Except for the final reference to reciprocity, this provision implies that the treaty provision takes precedence over French domestic law and may be applied within the domestic sphere once it has been ratified or approved and subsequently published. Thus, the position of the French legal order is monist, albeit moderate, insofar as it requires publication for treaties to be received into domestic law (our translation). (1999, pp. 196-197).

In light of the foregoing, it becomes evident that there is no single, definitively correct view on this matter. An increasing number of jurists have sought to move beyond the dichotomy between monism and dualism, arguing that neither adequately reflects the practices adopted by institutions and courts, whether international or domestic.

Thus, Fitzmaurice rejects the premise that international law and domestic law share a common field of application. He contends that the two legal systems operate in distinct spheres, each supreme within its own domain.

Consequently, according to him, there can be no true normative conflict between them. However, Fitzmaurice acknowledges the possibility of a conflict of “obligations,” arising from a State’s inability to act domestically in the manner required by international law. He cautions, however, that such incapacity does not render domestic law invalid; rather, it entails the international responsibility of the State (Brownlie, 1997, p. 46).

The current trend is that international law increasingly regulates aspects traditionally associated with domestic law, underscoring the need to establish greater normative coherence between the domestic and international orders (Machado, 2004, pp. 122-123). In the same vein, Louis Henkin emphasizes:

“Increasingly, in fact, states have found it desirable, if not indispensable, to incorporate their international obligations into their domestic law. Increasingly, international agreements—most notably human rights agreements—have created express obligations on state parties to modify their internal law” (1995, p. 64).

In this context, it is important to note the existence of a significant principle of international law according to which a State may not invoke the provisions of its domestic law as justification for failing to comply with its international obligations. Recognition of this principle is essential, since we frequently encounter situations in which treaties or other international norms impose upon States the obligation not to apply certain provisions of their domestic legal orders (Malanczuk, 2000, p. 64).

Moreover, this principle is reinforced by Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which provides: “[a] party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. On this point, we agree with Mattias Kumm, who clearly explains:

States do enjoy considerable discretion to determine *how* to internally organize their institutions so as *to ensure compliance*. International law does not generally require, for example, that domestic courts must have jurisdiction to enforce international law. But if a provision of international law prescribes a certain behavior, no feature of the domestic legal system can be invoked as a justification for non-compliance. Democratic discontent with specific rules of international law or more pressing domestic priorities are not valid justifications for non-compliance under international law (2004, pp. 910-911).

States are expected to fulfill their respective international obligations in good faith. However, each State retains the freedom to choose the most appropriate means of compliance within its domestic legal order, since international law allows the internal jurisdiction of each State to select the method most convenient to achieve this result (incorporation, reception, transformation, or adoption). In other words, States have autonomy to determine the legal status their international obligations will assume domestically. This explains why the internalization of international law takes place so differently from one State to another.

From a perspective of approximation between the international order and domestic legal systems, it can be observed that international law, in the exercise of its functions, does not entirely disregard domestic legal systems (MALANCZUK, 2000, p. 64).

Thus, it is not uncommon for a tribunal, when resolving a dispute under international law, to be compelled to examine the domestic law of one or several States. For instance, an international tribunal may need to analyze domestic law concerning expropriation, fishing limits, nationality, or the protection and welfare of

minors, in order to determine whether, in concrete terms, a treaty or customary international law has been violated.

Moreover, it may be noted that a significant number of treaties contain provisions that explicitly refer to domestic law or that “employ concepts which, by inference, must be understood in the context of a specific national legal system” (Brownlie, 1997, pp. 47ff).

## 5. THE RELATIVIZATION OF SOVEREIGNTY IN INTERNATIONAL LAW IN THE CONTEXT OF THE INTERVENTION IN VENEZUELA AND THE DEPOSITION OF NICOLÁS MADURO

In the early hours of January 3, 2026, the United States government carried out a complex military operation in Venezuela that resulted in the capture of Venezuelan President Nicolás Maduro and his wife, Cilia Flores, in Caracas.

The operation was highly planned. According to General Dan Caine, it had been in preparation for months, confirming that the U.S. President had long intended to invade Venezuela and forcibly remove its Head of State. Maduro and his wife were taken to New York, where they remain in custody awaiting Trial before the court.

Although the action was legally authorized under the domestic legal framework of the United States, it has been globally condemned as a serious violation of international Law and of Venezuela’s sovereignty. To remove an individual from another country, a process of extradition, a formal surrender, or international authorization would have been required.

The intervention in Venezuela and the capture of Nicolás Maduro transgressed fundamental principles of sovereignty established in the Charter of the United Nations, creating a dangerous precedent for future unilateral actions by hegemonic States pursuing their own interests. According to Enodien (2026, p. 145):

The U.S. military intervention in Venezuela has been widely condemned as a breach of international law and Venezuelan sovereignty because it involved the use of force without United Nations Security Council authorisation or a clear self-defence justification under the UN Charter, thereby violating the core prohibition on the use of force in international relations. Such actions set a harmful precedent by implying that powerful states can act without legal restraint, weakening global respect for sovereign equality and legal norms. (Enodien, 2026 p.145)

Such conduct appears incompatible with Article 2(4) of the United Nations Charter, which enshrines the prohibition on the use of force, and cannot be

convincingly justified under Article 51 concerning self-defence. In this regard, Milanovic (2026) observes that the U.S. operation cannot be framed as an act of legitimate self-defence and raises serious concerns regarding the expansion of coercive practices contributing to the erosion of the international legal order.

However, this is not the first time the United States has engaged in acts of interference in Latin America or undertaken military actions in another State with the aim of imposing regime change and directing its political transition.

The United States has asserted that it will remain in Venezuela until the consolidation of an adequate transition, arguing that this is necessary to prevent the possibility of a leader assuming power without regard for the best interests of the Venezuelan people. Nevertheless, the duration of the transition, its structural milestones, and its ultimate outcome remain uncertain (Sabatini; Lutsevych, 2026).

Meanwhile, Vice President Delcy Rodríguez has assumed de facto leadership of the government, with American support, despite having officially demanded the release of Nicolás Maduro in a formal statement (Tadeu, 2026).

In a statement issued on January 4, 2026, endorsed by 26 of the 27 European countries (Hungary abstained), the European Union's High Representative for Foreign Affairs emphasized that, above all circumstances, international Law and the Charter of the United Nations must be respected. She stressed that the member States of the Security Council bear a particular responsibility to defend these principles, which constitute the pillars of international security, and added that the will of the Venezuelan people must be respected as the only means of restoring democracy in the country and resolving the current crisis (European Union, 2026).

According to Maria Tadeu, this statement was the closest the European Union came to adopting a joint position on the matter. Reactions to the deposition of Nicolás Maduro divided European States. In Spain, Pedro Sánchez strongly rejected the American intervention, considering it a violation of international law. In Germany, Friedrich Merz adopted a more cautious stance, calling for a careful legal analysis. In France, Emmanuel Macron focused on the democratic transition. In Italy, Giorgia Meloni supported the American narrative, defending the operation as a legitimate response to combat drug trafficking (Tadeu, 2026).

The Venezuelan case makes explicit how the conduct of hegemonic states may violate the principle of non-intervention and the formal prohibition on the use of

force, through arguments that presuppose a selective interpretation of these principles according to their respective interests, compromising not only the exercise of sovereignty by the affected states, but also the credibility of the international order.

## FINAL CONSIDERATIONS

The analysis of monist and dualist theories, as well as the contemporary practice of States, reveals that neither framework alone can satisfactorily explain the relationship between international law and domestic law. In reality, States adopt hybrid solutions, at times recognizing the primacy of international norms, while at other times conditioning their application on specific domestic procedures.

The principle that a State cannot invoke its domestic law to justify non-compliance with international obligations remains a cornerstone of the global legal order, reinforced by the Vienna Convention on the Law of Treaties. Nevertheless, the autonomy of States in determining how to internalize such obligations explains the diversity of legal practices.

The United States' intervention in Venezuela in 2026, culminating in the capture of Nicolás Maduro, highlights the tension between State sovereignty and the normative force of international law. The episode generated widespread international condemnation and exposed the risks of unilateral actions that relativize fundamental principles of the United Nations Charter. Divergent reactions among European and Latin American countries further demonstrate that sovereignty remains a sensitive and contested issue in international politics.

The Venezuelan case allows us to observe the absence of neutrality in the application of international law, highlighting the asymmetrical influence of power and geopolitical interests. This compromises the legitimacy of international law and the protection of its institutions as regulators of the global order.

Thus, it can be concluded that the pursuit of greater normative coherence between domestic and international law is indispensable for dealing with political crises and preserving the legitimacy of the global order, avoiding precedents that undermine the pillars of international security and cooperation.

## REFERENCES

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Direito Internacional Público: o Estado em Direito das Gentes*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Tradução de Maria Manuela Farrajota et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- HENKIN, Louis. *International Law: Politics and Values*. Dordrecht; Boston; London: Martinus Nijhoff, 1995. v. 18.
- IKENBERRY, G. John. The end of liberal international order? *International Affairs*, [s. l.], v. 94, n. 1, p. 7-23, jan. 2018. Disponível em: doi.org. . Acesso em: 22 maio 2024.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. Iran/United States/Israel: unlawful attacks must cease. Genebra, 1 mar. 2026. Disponível em: <<https://www.icj.org/iran-united-states-israel-unlawful-attacks-must-cess/>>. Acesso em: 17 mar. 2026.
- KUMM, Mattias. The legitimacy of International Law: a constitutionalist framework of analysis. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 15, n. 5, p. 907-931, 2004.
- LITRENTO, Oliveiros. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- MALANCZUK, Peter. *Akehurst's modern introduction to international law*. 7. ed. London: Routledge, 2000.
- MARTÍN, Araceli Mangas. La Recepción del Derecho Internacional por los Ordenamientos Internos. In: VELASCO, Manuel Díez de. *Instituciones de derecho internacional público*. 12. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. p. 196-197.
- MATTEI, Roberto de. *A soberania necessária: reflexões sobre a crise do Estado moderno*. Tradução de Maria Delfina de Almeida Vasconcelos. Porto: Civilização, 2002.
- MILANOVIC, Marko. Some further thoughts on the illegal US attack on Venezuela: self-defence, cyber, and continuing coercion. EJIL: Talk!, 7 jan. 2026. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/some-further-thoughts-on-the-illegal-us-attack-on-venezuela-self-defence-cyber-and-continuing-coercion/>. Acesso em: 25 mar. 2026.
- MELO, Milena Barbosa de. *Direito internacional do mar*. Campinas: Servanda, 2012.

MIRANDA, Napoleão. Globalização, Soberania Nacional e Direito Internacional. *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, p. 86-94, out./dez. 2004.

NÓBREGA, Jair Rodrigues. Noção de soberania à luz do direito internacional do desenvolvimento. *Prim@ Facie*, [s. l.], ano 1, n. 1, jul./dez. 2002. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primaface/article/viewFile/4295/3245>>.

Acesso em: 10 maio 2013.

RIDRUEJO, José Antonio Pastor. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 9. ed. Madri: Tecnos, 2003.

RIGAUX, François. Hans Kelsen on International law. *European Journal of International Law*, [s. l.], v. 9, p. 325-343, 1998.

SABATINI, Christopher; LUTSEVYCH, Orysia. US to 'run' Venezuela after Maduro captured, says Trump: early analysis from Chatham House experts. *Chatham House*, [s. l.], 2026. Disponível em: <<https://www.chathamhouse.org/2026/01/us-attacks-venezuela-and-maduro-captured-early-analysis-chatham-house-experts>>. Acesso em: 21 mar. 2026.

SALGADO, Tiago Santos. O sequestro de Maduro e a permanência do imperialismo na América Latina. *Le Monde Diplomatique Brasil*, [s. l.], 7 jan. 2026. Disponível em: <<https://diplomatie.org.br/o-sequestro-de-maduro-e-a-permanencia-do-imperialismo-na-america-latina/>>. Acesso em: 21 mar. 2026.

SIEGHART, Paul. *The International Law of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1985.

STEPANSKY, Joseph. 'Remote coercion': What has US approach been since abduction of Maduro? *Al Jazeera*, 24 jan. 2026. Disponível em: <<https://www.aljazeera.com/news/2026/1/24/remote-coercion-what-has-us-approach-been-since-abduction-of-maduro>>. Acesso em: 25 mar. 2026.

TADEO, Maria. A UE apela ao respeito pelo direito internacional, enquanto Trump permanece vago sobre o plano de transição para a Venezuela. *Euro News*, [s. l.], 4 jan. 2026. Disponível em: <<https://www.euronews.com/my-europe/2026/01/04/eu-calls-for-respect-of-international-law-as-trump-remains-vague-on-venezuelan-transition->>. Acesso em: 21 mar. 2026.

TEBOUL, Gerard. Ordre juridique international et ordre juridique interne: quelques réflexions sur la jurisprudence du juge administratif. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, n. 3, p. 697-718, maio/jun. 1999.

UNIÃO EUROPEIA. European External Action Service. Venezuela: statement by the High Representative on the aftermath of the U.S. intervention in Venezuela. Brussels: EEAS Press Team, 4 jan. 2026. Disponível em: <[https://www.eeas.europa.eu/eeas/venezuela-statement-high-representative-aftermath-us-intervention-venezuela\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/venezuela-statement-high-representative-aftermath-us-intervention-venezuela_en)>. Acesso em: 21 mar. 2026.

VÁZQUEZ, Maria José de Carlos. Aproximación al concepto de soberanía en el marco de las relaciones internacionales. *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Madrid, v. 1, p. 1-20, 2003.

# DIÁLOGO JUDICIAL ENTRE ÓRGANOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO MEDIO PARA FORTALECER LA GOBERNANZA EXTRATERRITORIAL EN UN CONTEXTO POLÍTICO IMPREDECIBLE

## PROTECTING HUMAN RIGHTS AS A MEANS TO ENHANCE EXTRATERRITORIAL GOVERNANCE IN THE MIDST OF AN UNPREDICTABLE POLITICAL CONTEXT

Silviana Cocan<sup>1</sup>  
Universidade de Montreal

54

### RESUMEN

El diálogo judicial surgió como una práctica espontánea que consiste en que un órgano internacional haga referencia a decisiones o instrumentos internacionales que son fuentes externas al sistema en el cual dicho órgano debe ejercer su poder de interpretación. Este artículo explora la noción de diálogo judicial en el orden jurídico internacional cuando se vincula con la protección efectiva de los derechos humanos. Se cuestiona el diálogo judicial como un método complementario de interpretación de los instrumentos y principios de derechos humanos, así como una herramienta para alcanzar una judicatura internacional a pesar de los múltiples sistemas jurídicos concebidos como independientes. El artículo analiza el desarrollo del diálogo judicial en el orden jurídico internacional, su papel en la gobernanza extraterritorial y sus interacciones con el contexto político que influye en la implementación efectiva de los derechos humanos en los órdenes jurídicos internos.

**Palabras clave:** diálogo judicial, interpretación, derechos humanos, Estado de derecho

### ABSTRACT

Judicial dialogue emerged as a spontaneous practice that consists for an international body in referring to decisions or international instruments that are external sources to the system in which the considered body has to exercise its power of interpretation. This article explores the notion of judicial dialogue in the international legal order when linked to the effective protection of human rights. It questions judicial dialogue as a complementary method of interpretation of human rights instruments and principles and as a tool to achieve an international judiciary in spite of the multiple legal systems that were conceived as independent. This article analyses the development of judicial dialogue in the international legal order, its role in extraterritorial governance and its interactions with the political context that influences the effective implementation of human rights in domestic legal orders.

**Keywords:** judicial dialogue, interpretation, human rights, rule of law

### INTRODUCCIÓN

En el orden jurídico internacional, los órganos internacionales de protección de los derechos humanos son distintos e independientes. En efecto, aún se desconoce un principio jerárquico de organización, y múltiples sistemas jurídicos protegen los derechos humanos, ya sea en el ámbito universal o regional, de manera judicial o cuasi-judicial. No obstante, el diálogo judicial surgió como una práctica espontánea que consiste en hacer referencia a decisiones o

<sup>1</sup> Doctorat en droit international Université Laval (Canada), Université de Bordeaux (France), Maîtrise en droit international Université de Bordeaux (France), Licence en droit public general Université Montpellier I (France). [silviana.cocan@umontreal.ca](mailto:silviana.cocan@umontreal.ca). <https://www.researchgate.net/profile/Silviana-Cocan>

instrumentos internacionales que constituyen fuentes externas al sistema en el cual el órgano internacional debe ejercer su poder de interpretación (Allard Van Den Eynde, 2013; Romano, 2009; Hennebel, 2007).

Por lo tanto, el diálogo judicial puede entenderse como una técnica interpretativa que permite a los tribunales alcanzar interpretaciones comunes sobre la sustancia, el significado y el alcance de los tratados internacionales de derechos humanos. El diálogo jurisprudencial depende de sistemas judiciales abiertos a fuentes externas, a las cuales intérpretes autónomos e imparciales recurren si deciden incorporarlas en sus decisiones.

Este reconocimiento demuestra que los órganos internacionales desempeñan un papel normativo al aplicar e interpretar instrumentos internacionales. Si bien la voluntad de los Estados sigue siendo una piedra angular del derecho internacional, surge una forma de objetivismo judicial a partir de la práctica de los órganos internacionales cuando deciden referirse a decisiones e instrumentos internacionales externos a sus propios sistemas y que no forman parte del derecho directamente aplicable, pero que se utilizan para resaltar el significado, el alcance y el contenido de los derechos formulados en términos análogos, cuando no idénticos.

En este sentido, la expansión progresiva del diálogo judicial fortalece la gobernanza extraterritorial al definir normas de referencia y estándares jurídicos que deben implementarse en los órdenes jurídicos nacionales.

## 1. DEFINIR EL DIÁLOGO JUDICIAL Y SU PAPEL EN LA GOBERNANZA EXTRATERRITÓ

Si bien los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos fueron concebidos como independientes y regidos por un principio de organización no jerárquico, en la práctica se observa que las interacciones entre dichos sistemas se revelan a través del poder de interpretación conferido a los órganos internacionales.

En efecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), adoptada el 23 de mayo de 1969, define métodos generales de interpretación y métodos subsidiarios aplicables en toda jurisprudencia del derecho internacional cuando un tratado resulta pertinente para una determinada materia (McLachlan, 2005). No obstante, los jueces desarrollan métodos creativos de interpretación cuando participan en el diálogo judicial (Ferrer Mac-Gregor, 2017; Ferrer Mac-Gregor, 2018).

Es cierto que el artículo 38(1)(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) define las decisiones judiciales como “medios auxiliares para la determinación de las normas de derecho”, ya que la jurisprudencia no constituye una fuente directa del derecho internacional, sino más bien un medio de identificación e interpretación de las normas jurídicas.

Sin embargo, los órganos internacionales de protección de los derechos humanos poseen un margen de apreciación y un poder de interpretación necesario, dado que el derecho internacional de los derechos humanos se fundamenta en conceptos básicos formulados en términos vagos, como la noción de integridad y dignidad humana, la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o el derecho a un juicio justo, entre muchos otros.

El contenido de las obligaciones procesales y sustantivas derivadas de esos derechos e impuestas a los Estados ha sido definido y desarrollado principalmente por decisiones judiciales, más que por instrumentos convencionales.

Además, dado que los órganos internacionales adoptan métodos comunes de interpretación basados en la CVDT, la convergencia interpretativa puede entenderse como un proceso que conduce a la convergencia normativa a través de su jurisprudencia, la cual constituye el resultado final de dicho proceso interpretativo. La convergencia normativa se refuerza mediante técnicas de referencia cruzada cuando la sustancia y el contenido de los derechos humanos protegidos por el derecho internacional consuetudinario o por tratados internacionales en términos comparables o idénticos deben ser aclarados para precisar su alcance real.

La convergencia normativa derivada de la jurisprudencia de los órganos internacionales puede ilustrarse, en particular, mediante el consenso sobre la complementariedad entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, así como la unanimidad respecto de la prohibición absoluta de la tortura y su carácter de norma *jus cogens* (Maculan, 2015; Maculan, 2017).

De este modo, el diálogo judicial refleja la noción de interpretación global a través de interacciones normativas y sistémicas, lo que implica que un órgano internacional confronte normas jurídicas internacionales similares, aun cuando hayan sido adoptadas por sistemas separados e independientes, con el fin de alcanzar una mejor interpretación de la norma.

Si bien el debate general sobre la fragmentación del derecho internacional ha penetrado en diversas áreas del campo, parece que los riesgos para la integridad y la unidad de las normas han sido exagerados en relación con la noción de “regímenes autosuficientes” (*self-contained regimes*) (Simma y Pulkowski, 2003, p. 483), especialmente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, el objetivo de la universalidad y el carácter interdependiente de los derechos fue afirmado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada el 10 de diciembre de 1948.

Dado que la Declaración fue la raíz de los tratados internacionales vinculantes en materia de derechos humanos, más que concebir regímenes autosuficientes, los sistemas

universales y regionales de protección de los derechos humanos tienden a compartir prácticas comunes e intersecciones que hacen que la interpretación conjunta no solo sea posible, sino necesaria (Burgorgue-Larsen, 2018, pp. 187-2013).

La noción de interpretación global mediante interacciones normativas y sistémicas también puede identificarse como el “espíritu de armonización sistémica”, frecuentemente destacado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (Peters, 2017, p. 671; Staes, 2014).

Significa que un organismo internacional se enfrentará a normas jurídicas internacionales similares, aunque hayan sido adoptadas en sistemas separados e independientes, con el fin de alcanzar una mejor interpretación del Estado de derecho. Aunque los organismos internacionales de protección de los derechos humanos son bastante diferentes y formalmente independientes, tienden hacia la autorregulación mediante el uso de fuentes externas. En efecto, la práctica espontánea del diálogo judicial permite un proceso de autolimitación al remitirse a otras fuentes para interpretar una disposición jurídica determinada, ya que implica incluir límites opcionales al margen de apreciación.

Al mismo tiempo, el uso de fuentes externas conduce también a una autoexpansión de las posibilidades interpretativas al considerar soluciones encontradas por otros intérpretes en disputas jurídicas comparables. Por lo tanto, parece que el diálogo jurisprudencial internacional puede contribuir tanto a coordinar como a armonizar la aplicación e interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, al definir estándares mínimos que se integren en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Una mejor argumentación en el razonamiento jurídico implica una mejor decisión, mostrando una autoridad relevante y persuasiva capaz de convencer a otros jueces de seguir el mismo fallo en casos similares (Glenn, 1987, p. 262; Zammit Borda, 2015, p. 29). Este reconocimiento puede reforzar la autoridad persuasiva de los precedentes, especialmente dado que la regla del *stare decisis* no forma parte del ordenamiento jurídico internacional.

En efecto, si bien el uso del precedente es formalmente vinculante en los sistemas de *common law* a nivel nacional, no ocurre lo mismo en los sistemas de derecho civil ni en el ordenamiento jurídico internacional. Sin embargo, ello no significa que el precedente esté ausente en la práctica de los tribunales cuando no es obligatorio. De hecho, cada tribunal, nacional o internacional, tiende a remitirse de manera consistente a sus propios precedentes establecidos para demostrar su apego al Estado de derecho, a la seguridad jurídica y a que su jurisprudencia no se basa en la arbitrariedad.

El principal desafío sigue siendo la incorporación, a nivel nacional, de decisiones adoptadas en el ámbito extraterritorial, con el fin de reforzar la protección de los derechos

humanos mediante el control y regulación del poder político. Si los Estados rechazan cada vez más la regulación y protección de los derechos humanos en el plano internacional en el contexto actual, entonces el poder judicial ejercido en el nivel nacional, dada su capacidad coercitiva, tiene un papel importante para preservar la vigencia del Estado de derecho en democracias pluralistas.

A través de la globalización del uso del diálogo judicial y de fuentes externas, los organismos internacionales de protección de los derechos humanos tienden a adoptar métodos comunes de interpretación de los tratados y principios de derechos humanos (Fitzmaurice, 2013; French, 2006, pp. 281-314). La noción de interpretación global mediante interacciones normativas y sistémicas debe ser concebida en el marco de los métodos clásicos de interpretación del derecho internacional, enriquecidos con métodos complementarios como los definidos en la CVDT (McLachlan, 2005, pp. 279-320).

Los métodos complementarios son particularmente relevantes en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, al situar un instrumento específico en relación con otras normas de características similares y con referencia a principios generales que rigen otros sistemas.

La lógica general de la interpretación consiste en confrontar las normas, primero, con otras normas análogas; segundo, con la coherencia general del sistema extranjero según principios, normas y métodos comúnmente admitidos en dicho sistema; y tercero, con el objetivo perseguido dentro del marco de necesidad y proporcionalidad que regula el poder creativo judicial.

El proceso de interpretación judicial que conduce a definir el significado y el alcance de las normas puede ampliarse por el intérprete que ejerce un margen de apreciación mediante el uso espontáneo del diálogo judicial.

Así, la confrontación de estos parámetros en el contexto del diálogo judicial puede llevar, por un lado, a una interpretación convergente y extensiva de los tratados de derechos humanos; y por otro, a una interpretación divergente y restrictiva cuando no existe consenso o una tendencia general hacia la armonización.

Paralelamente, el diálogo judicial genera interacciones constantes entre los sistemas universales y regionales de protección de los derechos humanos. Siempre contribuye a reforzar el razonamiento judicial y la argumentación jurídica en sentencias y decisiones, al incluir fuentes externas para valorar el alcance, los hechos y las normas aplicables a las violaciones de derechos humanos bajo la consideración del órgano judicial. Implícitamente, el diálogo judicial aporta coherencia a la pluralidad y diversidad de tratados de derechos humanos mediante la coordinación espontánea de intérpretes que adoptan métodos comunes

de interpretación.

En efecto, el ámbito de los derechos humanos es especialmente propicio para las referencias cruzadas y el préstamo normativo. Aunque los sistemas universales y regionales fueron concebidos como formalmente independientes, sus normas sustantivas muestran interdependencia en cuanto a su contenido (Jones, 2018; Deprez, 2017).

Además, su coexistencia en el ordenamiento jurídico internacional está regulada por principios generales del derecho internacional público que constituyen su fundamento. Asimismo, los sistemas de protección de los derechos humanos comparten un objeto y fin común, ya que buscan garantizar los derechos fundamentales, la integridad y la dignidad frente a las violaciones de las obligaciones internacionales por parte de los Estados.

## 1. EL DIÁLOGO JUDICIAL COMO MÉTODO DE INTERPRETACIÓN DE PRINCIPIOS CLAVE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

A veces, el diálogo judicial como práctica interpretativa espontánea revela la existencia de posiciones comunes internacionales respecto de ciertos aspectos de los derechos humanos. Este es el caso del consenso consolidado sobre la complementariedad entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario (Droege, 2008, p. 501; Jaquemet, 2001), o sobre el carácter vinculante de las medidas provisionales dictadas por tribunales internacionales en procesos judiciales para evitar daños irreparables a las partes (Tzanakopoulos, 2004, pp. 53-84).

También ocurre en relación con la extraterritorialidad de los tratados de derechos humanos, que conduce a una ampliación de la jurisdicción de los Estados al enriquecer el principio de territorialidad con la noción de control ejercido sobre personas o sobre un territorio extranjero (Gondek, 2009, pp. 122-123). Este reconocimiento amplía la jurisdicción estatal y refuerza la protección ofrecida a los individuos, al tiempo que incrementa las interacciones entre los sistemas jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos, mostrando así un estado de interdependencia sustantiva.

El aspecto de complementariedad entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados también ha sido destacado, insistiendo en la necesidad de adoptar un enfoque sistemático (Chetail, 2015, pp. 701-734) para garantizar una protección efectiva de los derechos humanos. Esta afirmación resulta especialmente relevante cuando se vincula a la hipótesis de personas vulnerables o que enfrentan una emergencia o crisis grave, contexto que exige una interpretación y aplicación del Estado de derecho conforme al principio *pro homine*. Este último, bien conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), requiere

interpretar los derechos de la manera más favorable a la protección de la integridad y dignidad de la persona humana (Pinto, 1997).

La jurisprudencia convergente respecto de principios clave, cualquiera que sea la interpretación considerada, demuestra que ciertos términos o afirmaciones serán abordados de manera similar a pesar de las diferencias que caracterizan a cada sistema jurídico (Cançado Trindade, 2004, pp. 309-312). No obstante, el uso de fuentes externas no siempre conduce a interpretaciones extensivas, ya que también puede poner de relieve desacuerdos, en cuyo caso las interpretaciones restrictivas resultan inevitables. La falta de consenso en el orden jurídico internacional constituye el límite último al diálogo judicial constructivo. En efecto, en cuestiones controvertidas, la referencia a fuentes externas puede acentuar posiciones divergentes en materia interpretativa. Uno de los ejemplos más significativos es la dificultad de determinar con precisión el efecto de las normas imperativas cuando jueces y/o tribunales se enfrentan a las inmunidades de los Estados y sus representantes en el derecho internacional.

La falta de consenso sobre el efecto de las normas imperativas, en conflicto con las reglas sobre inmunidad en el derecho internacional, conduce a interpretaciones divergentes dictadas por posiciones restrictivas consideradas respetuosas de la soberanía estatal (Van Alebeek, 2012; Gaeta, 2009; Orakhelashvili, 2007). En estas circunstancias, las técnicas de diálogo judicial pueden entenderse como un proceso positivo que permite a los jueces confrontar diferentes puntos de vista, posibilitando un proceso inevitablemente realista, cuando la ausencia de consenso y la *opinio juris* de los Estados se muestran reacias a interpretaciones más flexibles y evolutivas.

La inspiración mutua y el préstamo normativo entre organismos internacionales de protección de los derechos humanos no siempre conducen a interpretaciones más protectoras de los derechos humanos. Sin embargo, los precedentes jurídicos pueden servir como un dique frente a la fragmentación, al contribuir a la realización de una “comunidad global de tribunales [que ejercen su] función común de resolver disputas bajo reglas de derecho” (Slaughter, 2003, p. 192).

Las interacciones multidimensionales entre tribunales mediante referencias cruzadas de normas y decisiones reflejan el proceso de “comunicación transjudicial” (Slaughter, 1994, p. 99). En efecto, el sistema jurídico internacional puede entenderse “como una colección de comunidades de práctica” (Cohen, 2015, pp. 185-186), en la que cada área del derecho internacional se encarna en una “comunidad de práctica” que comparte sus propias convenciones, principios rectores y reglas sobre argumentación y autoridad. En el ámbito de la protección de los derechos humanos, el sistema universal y los sistemas regionales representan una “comunidad de práctica” al coexistir juntos. Aun así, ejercen jurisdicciones

diferentes y cumplen diversas funciones, aunque con un objetivo y propósito común: la protección de la dignidad e integridad humanas.

## **2. PROMOVER EL DIÁLOGO JUDICIAL PARA CONTRARRESTAR EL PODER POLÍTICO Y GARANTIZAR EL ESTADO DE DERECHO**

El contexto político actual parece estar marcado por una fuerte incertidumbre y se caracteriza por el populismo nacional, la desconfianza hacia las instituciones internacionales, un resurgimiento de la soberanía nacional y el declive del multilateralismo como parte del marco de la gobernanza transnacional.

En estas circunstancias, la protección efectiva de los derechos humanos puede verse comprometida tanto a nivel interno como internacional, especialmente en tiempos de conflicto armado o para personas vulnerables, como aquellas expuestas a migraciones forzadas y persecuciones. Cuando la práctica del diálogo judicial se enfrenta a este contexto político y a los peligros que representa para los derechos y libertades, también debe cuestionarse la autoridad persuasiva de la judicatura internacional y su capacidad de alcanzar una convergencia normativa mediante el uso de fuentes externas que, en primer lugar, evidencian una convergencia interpretativa.

En efecto, el diálogo judicial puede utilizarse como herramienta para contrarrestar consecuencias políticas negativas, coordinando y armonizando la práctica de tribunales en los recursos judiciales, con el fin de asegurar la protección efectiva de los derechos humanos afectados por procesos legislativos y decisiones políticas.

Si la práctica del diálogo judicial genera pesos y contrapesos en el orden jurídico internacional al confrontar múltiples puntos de vista sobre la interpretación de una disposición específica, también conduce a una mejor calidad en la motivación de sentencias y decisiones. Además, cuando el intérprete incorpora espontáneamente fuentes externas en las decisiones judiciales, ello implica que la resolución se justifica no solo en relación con los requisitos de su propio sistema, sino también a la luz de exigencias jurídicas aplicables en otros sistemas extranjeros.

En consecuencia, la solución adoptada en la decisión judicial estará respaldada por una sólida argumentación jurídica, reforzada por otras decisiones que llegaron a la misma conclusión frente a problemas comunes. Dado que una argumentación más fuerte incrementa la motivación, también potencia la autoridad persuasiva reconocida en sentencias y decisiones que carecen de poder coercitivo, en comparación con el poder ejercido por tribunales y autoridades nacionales.

El razonamiento y la argumentación jurídica de las decisiones determinan el alcance de

las obligaciones internacionales cuando estas se justifican en relación con múltiples fuentes de derecho. En efecto, utilizar diversas fuentes —ya sean decisiones judiciales o tratados internacionales que muestran un contenido normativo convergente respecto de la misma regla transversal— mejora la comprensión de las obligaciones derivadas de violaciones de derechos humanos.

Asimismo, la autoridad de las fuentes externas puede reforzarse cuando el razonamiento jurídico demuestra la existencia de obligaciones transversales que no se aplican únicamente a un sistema jurídico específico, sino que son comunes a varios de ellos.

Por ejemplo, para establecer un foro permanente de diálogo institucional, el 18 de julio de 2018 se adoptó la primera Declaración Conjunta de San José por los presidentes del Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de organizar reuniones regulares para intercambiar opiniones, ideas y jurisprudencia reciente entre las tres jurisdicciones regionales de protección de derechos humanos.

Esta Declaración fue actualizada el 25-26 de mayo de 2023 para “reafirmar su compromiso con los principios y objetivos de sus respectivos instrumentos regionales de derechos humanos”. Así, el diálogo judicial puede practicarse cada vez más no solo por organismos internacionales, sino también por jueces nacionales que incorporan jurisprudencia internacional en los ordenamientos internos.

Si la voluntad de los Estados soberanos sigue siendo el fundamento del derecho internacional y de los sistemas de protección de derechos humanos, la práctica espontánea del diálogo judicial muestra la emergencia de un objetivismo jurisprudencial que surge de la independencia e imparcialidad reconocidas a un órgano judicial en cuanto a su naturaleza y funciones.

La noción de orden público internacional puede vincularse al desarrollo de la jurisprudencia de los organismos internacionales de protección de derechos humanos (Jiménez Solares, 2014; Orakhelashvili, 2002). Estos han intervenido como tribunales de última instancia para juzgar violaciones de derechos humanos cuando la acción de las jurisdicciones nacionales resultaba insuficiente.

A nivel nacional, la salvaguarda del orden público y la seguridad puede utilizarse para justificar restricciones legales y derogaciones de la norma general en circunstancias excepcionales. A nivel internacional, la noción de orden público internacional encarna valores compartidos y principios comunes basados en la necesidad de proteger la integridad y la dignidad humanas, que constituyen la piedra angular de la universalidad de los derechos humanos.

El orden público internacional también implica el respeto de estándares mínimos y normas de referencia, en particular a través de normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*, comunes a los sistemas jurídicos y de interés para la comunidad internacional en su conjunto. Está estrechamente vinculado a la convergencia normativa y al objetivismo jurisprudencial. En efecto, la convergencia normativa derivada de la jurisprudencia conduce a la emergencia y consolidación de un objetivismo jurisprudencial, opuesto al voluntarismo estatal.

Las obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos fundamentales no se basan en la voluntad de los Estados, sino que derivan de la universalidad asociada a estos derechos y de la protección del Estado de derecho (Petersmann, 2010). Este reconocimiento exige el respeto de estándares mínimos y normas de referencia que deben implementarse en los ordenamientos internos y a la luz de los cuales deben evaluarse las violaciones de derechos humanos (Gardbaum, 2008).

Por lo tanto, el crecimiento del diálogo multidimensional entre organismos internacionales de protección de derechos humanos, entre jueces nacionales y entre organismos internacionales y jueces nacionales contribuye a la emergencia de una red de la judicatura internacional (Ulfstein, 2014). Esta se ejerce en el contexto de sistemas jurídicos distintos e independientes dentro del orden jurídico internacional.

Las interacciones transjudiciales siguen estando sustancialmente vinculadas por la práctica judicial, que ayuda a definir normas de referencia y estándares mínimos de protección. Estos principios deben incorporarse en los ordenamientos nacionales para su plena aplicabilidad y efectividad, ya que la responsabilidad primaria de garantizar el respeto de los derechos humanos recae en las autoridades nacionales. Los organismos internacionales, al aplicar e interpretar tratados de derechos humanos y sancionar violaciones que implican responsabilidad internacional de los Estados, buscan lograr una limitación del poder, enmarcando los procesos legislativos y políticos conforme al Estado de derecho.

### **3. FORTALECER EL DIÁLOGO JUDICIAL PARA MEJORAR LA GOBERNANZA EXTRATERRITORIAL**

El diálogo judicial puede entenderse como un medio para coordinar y armonizar la interpretación de principios clave del derecho internacional, y para materializar la judicatura internacional mediante interacciones entre sistemas jurídicos que refuerzan la gobernanza extraterritorial en el ámbito de la justicia. Los organismos internacionales, sean jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales, y los jueces nacionales, tanto ordinarios como constitucionales, deberían comprometerse de manera constante y a largo plazo en el diálogo judicial,

especialmente cuando están en juego problemas jurídicos comunes, como suele ocurrir en cuestiones de derechos humanos.

Esto implica adoptar una perspectiva de cooperación y solidaridad entre órganos judiciales y otros actores, dejando de lado la percepción de que está surgiendo un gobierno supranacional de jueces en el orden jurídico internacional, que compite con los tribunales nacionales y socava la soberanía de los Estados.

No obstante, sigue existiendo el desafío de difundir los logros jurisprudenciales y la doctrina de los organismos internacionales en los ordenamientos jurídicos nacionales, lo cual constituye una responsabilidad primaria de las autoridades estatales. Reuniones formales o informales, intercambios y cualquier otro tipo de interacción regular entre jueces nacionales e internacionales podrían constituir un recurso esencial.

Estas prácticas pueden favorecer la implementación de una red multidimensional que difunda información sobre avances, desafíos y dificultades enfrentadas en la jurisprudencia de derechos humanos. Sin duda, el diálogo judicial es un catalizador para el fortalecimiento de la judicatura internacional en un mundo globalizado, más permeable a fuentes externas.

Asimismo, del mismo modo que los organismos internacionales se remiten unos a otros, también tienden a incorporar referencias a tribunales nacionales cuando su jurisprudencia resulta especialmente relevante para una cuestión jurídica determinada. Por un lado, los tribunales ordinarios nacionales suelen integrar en el proceso interpretativo normas internas, tratados internacionales vinculantes para su Estado y derecho internacional consuetudinario, además de decisiones provenientes de jurisdicciones nacionales o internacionales y otros órganos no judiciales.

Por otro lado, múltiples tribunales constitucionales o supremos han adoptado el préstamo normativo como práctica común al aplicar e interpretar las Constituciones nacionales (Groppi y Ponthoreau, 2013). Este reconocimiento muestra una intensificación del diálogo judicial en un nivel multidimensional, tanto horizontal como vertical, pero siempre espontáneo, sin principio jerárquico de organización, quedando a la iniciativa y apreciación de los intérpretes que participan en la gobernanza extraterritorial.

Cualquier órgano judicial que interprete derechos humanos en el marco de su jurisdicción, al integrar fuentes externas en su margen de apreciación, se sitúa en una perspectiva global del derecho internacional. Los riesgos y problemas derivados de la fragmentación del derecho internacional fueron señalados por el juez Gilbert Guillaume en su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de octubre de 2001, y en el informe final del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional adoptado el 13 de abril de 2006.

Las discusiones y conclusiones destacaron la multiplicación de jurisdicciones internacionales y de normas jurídicas positivas en un orden descentralizado, susceptible de amenazar la unidad y coherencia del derecho internacional. Sin embargo, el desarrollo del diálogo judicial en los últimos años entre organismos internacionales que protegen tratados de derechos humanos distintos pero análogos demuestra que, a pesar de su independencia y de la ausencia de un principio jerárquico de organización, el poder de interpretación que podría conducir a logros jurisprudenciales divergentes tiende hacia la autorregulación.

Aunque las referencias externas no se incluyen en todas las decisiones de los tribunales internacionales, suelen aparecer en sentencias importantes, especialmente cuando están en juego cuestiones jurídicas comunes de gran relevancia. Los préstamos normativos espontáneos parecen ampliar el margen de apreciación y la autoridad interpretativa de dichos órganos. Estos se remiten a instrumentos y decisiones que no forman parte inicialmente de su sistema y que van más allá de los límites definidos por el instrumento bajo su jurisdicción, que también delimita sus funciones y poderes.

Sin embargo, en materia de derechos humanos, considerar jurisprudencia similar para resolver cuestiones jurídicas análogas, incluso idénticas, permite alcanzar soluciones comunes. Esto forma parte del desarrollo de la convergencia normativa, que contribuye al proceso de armonización mediante la aplicación e interpretación de tratados de derechos humanos.

Además, dado que el diálogo judicial no constituye una obligación vinculante, la apertura de un órgano específico a fuentes externas refleja la búsqueda y la voluntad de alcanzar una perspectiva implícita de justicia universal, en consonancia con la universalidad que caracteriza a los derechos humanos fundamentales, pese a las diferencias de culturas, tradiciones y prácticas jurídicas (Frydman, 2007, p. 157).

La búsqueda de instrumentos y decisiones externas refleja la idea de la existencia de estándares comunes que trascienden las diferencias y la independencia entre sistemas jurídicos, emergiendo como un factor determinante en la interpretación y aplicación de normas compartidas por múltiples tratados de protección de derechos humanos.

Así, la eventualidad de estándares comunes y normas de referencia identificables en decisiones o instrumentos jurídicos bajo la jurisdicción de otros organismos internacionales resulta en una expansión de facto de las posibilidades ofrecidas al poder de interpretación.

En consecuencia, el poder judicial reconocido a un órgano interpretativo se fortalece en sus relaciones e interacciones con otros poderes judiciales en un proceso mutuo de autorregulación encarnado en la práctica del diálogo judicial. En efecto, remitirse a la práctica y logros de otros sistemas jurídicos no solo amplía el margen de apreciación del intérprete,

sino que también lo restringe. Espontáneamente, ese órgano recurrirá a otras decisiones e instrumentos que podrían limitar sus posibilidades interpretativas al mostrar un estado de derecho diferente, una falta de consenso o la existencia de una interpretación común sólida sobre cuestiones jurídicas.

La multiplicación de tribunales y cortes internacionales forma parte del proceso de jurisdicción del derecho internacional de los derechos humanos. Lejos de resultar en un gobierno de jueces, mejora la gobernanza extraterritorial mediante un movimiento lento pero constante hacia la armonización interpretativa de normas jurídicas análogas, reflejado en la práctica espontánea del diálogo judicial.

La referencia a fuentes externas también enmarca el poder legítimo de interpretación de los órganos judiciales internacionales. En efecto, su poder se basa en la voluntad soberana de los Estados que inicialmente decidieron crearlos como intérpretes imparciales e independientes de normas jurídicas. Sin embargo, también ejercen un margen de apreciación en los procesos interpretativos que puede conducir a la expansión de obligaciones internacionales, a medida que el objetivismo jurisprudencial se consolida mediante una práctica judicial consistente y coherente.

## REFERENCIAS

- ALLARD, Julie; VAN DEN EYNDE, Laura. Le dialogue des jurisprudences comme source du droit: arguments entre idéalisation et scepticisme. In: HACHEZ, Isabelle (ed.). *Les sources du droit revisitées*. v. 3. Bruxelles: Anthemis, 2013.
- BURCHARD, Christoph. Judicial Dialogue in Light of Comparative Criminal Law and Justice. In: LOBBA, Paolo; MARINIELLO, Triestino (eds.). *Judicial Dialogue on Human Rights: The Practice of International Criminal Tribunals*. Leiden: Brill, 2017.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Decentralization: The key technique for interpreting regional human rights treaties. *International Journal of Constitutional Law*, v. 16, n. 1, p. 187-213, 2018.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. The Merits of Coordination of International Courts on Human Rights. *Journal of International Criminal Justice*, v. 2, n. 2, p. 309-312, 2004.
- CHETAIL, Vincent. Armed Conflict and Forced Migration: A Systematic Approach to International Humanitarian Law, Refugee Law, and International Human Rights Law. In: CLAPHAM, Andrew; GAETA, Paola (eds.). *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- COHEN, Harlan Grant. International Precedent and the Practice of International Law. In: HELFAND, Michael A. (ed.). *Negotiating State and Non-State Law: The Challenge of Global*

*and Local Legal Pluralism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

DEPREZ, Christophe. Article 21(3) of the ICC Statute and 'Internationally Recognized Human Rights' as a Source of Mandatory Judicial Dialogue. In: LOBBA, Paolo; MARINIELLO, Triestino (eds.). *Judicial Dialogue on Human Rights: The Practice of International Criminal Tribunals*. Leiden: Brill, 2017.

DROEGE, Cordula. Elective affinities? Human rights and humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, v. 90, n. 871, p. 501-548, 2008.

DUBOUT, Édouard; TOUZÉ, Sébastien (eds.). *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*. Paris: Pedone, 2010.

FAHLBUSCH, Markus. Le rôle du dialogue des juges dans la formation de standards de protection des droits de l'Homme. In: DISANT, Mathieu; LEWKOWICZ, Gregory; TÜRK, Pauline (eds.). *Les standards constitutionnels mondiaux*. Bruxelles: Bruylant, 2018.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. What do we mean when we talk about judicial reflections of a judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, v. 30, p. 89-128, 2017.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Le développement du corpus juris interaméricain à travers l'action prétorienne de la Cour interaméricaine des droits l'Homme. In: BURGORGUE-LARSEN, Laurence (ed.). *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'Homme – De l'ouverture du dialogue*. Paris: Pedone, 2017.

FITZMAURICE, Malgosia. Interpretation of Human Rights Treaties. In: SHELTON, Dinah (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. New York: Oxford University Press, 2013.

FRENCH, Duncan. Treaty interpretation and the incorporation of extraneous legal rules. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 2, p. 281-314, 2006.

FRYDMAN, Benoît. Conclusion: Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle. In: *Le dialogue des juges – Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles*. Bruxelles: Bruylant, 2007.

GAETA, Paola. Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest? *Journal of International Criminal Justice*, v. 7, n. 2, p. 315-332, 2009.

GARDBAUM, Stephen. Human Rights as International Constitutional Rights. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 4, p. 749-768, 2008.

GLENN, H. Patrick. Persuasive Authority. *McGill Law Journal*, v. 32, n. 2, p. 262-298, 1987.

GONDEK, Michal. *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*. Cambridge: Intersentia, 2009.

GROPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. *The Use of Foreign Precedents by*

*Constitutional Judges*. Oxford: Hart Publishing Limited, 2013.

JAUQUOMET, Stephane. The cross-fertilization of international humanitarian law and international refugee law. *Revue internationale de la Croix Rouge*, v. 83, n. 843, p. 651-673, 2001.

JIMENEZ SOLARES, Elba. Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional. *Revista de Derecho UNED*, v. 14, p. 325-347, 2014.

JOINT SAN JOSÉ DECLARATION I. Adopted on July 18, 2018. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/San\\_Jose\\_Declaration\\_2018\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/San_Jose_Declaration_2018_ENG)>. Acesso em: 25 mar. 2026.

JOINT SAN JOSÉ DECLARATION II. Adopted on May 25-26, 2023. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/san\\_jose\\_declaration\\_2023\\_eng](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/san_jose_declaration_2023_eng)>. Acesso em: 25 mar. 2026.

JONES, Annika. Judicial Cross-Referencing and the Identity of the International Criminal Court. *North Carolina Journal of International Law*, v. 43, n. 1, p. 72-129, 2018.

KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (eds.). *A Europe of Rights: The Impact of the ECtHR on National Legal Systems*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MACULAN, Elena. Judicial Dialogue and the Definition of Torture: The importation of ICTs from European Jurisprudence. In: LOBBA, Paolo; MARINIELLO, Triestino (eds.). *Judicial Dialogue on Human Rights: The Practice of International Criminal Tribunals*. Leiden: Brill, 2017.

MACULAN, Elena. Judicial definition of torture as a paradigm of cross-fertilisation. Combining harmonisation and expansion. *Nordic Journal of International Law*, v. 84, n. 2, p. 456-481, 2015.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretation? In: SHELTON, Dinah (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. New York: Oxford University Press, 2013.

MCLACHLAN, Campbell. The principle of systemic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, n. 2, p. 279-320, 2005.

ORAKHELASHVILI, Alexander. State Immunity and Hierarchy of Norm: Why the House of Lords Got It Wrong. *European Journal of International Law*, v. 18, n. 5, p. 955-970, 2007.

ORAKHELASHVILI, Alexander. State Immunity and International Public Order. *German Yearbook of International Law*, v. 45, p. 226-257, 2002.

PETERS, Anne. The refinement of international law: from fragmentation to regime interaction and politicization. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 3, p. 671-704, 2017.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Constitutional Justice Requires Judicial Cooperation and Comity in the Protection of Rule of Law. In: FONTANELLI, Filippo; MARTINICO, Giuseppe; CARROZZA, Paolo (eds.). *Shaping Rule of Law Through Dialogue*. Groningen/Amsterdam: Europa Law Publishing, 2010.

PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de la hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 1997.

ROMANO, Cesare. Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 41, n. 4, p. 755-787, 200

SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 3, p. 483-529, 2006.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, n. 1, p. 99-137, 1994.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003.

STAES, Dorothea. The importation of 'external sources' by the European Court of Human Rights: Opportunities and challenges in light of legal certainty. In: ARCARI, Maurizio; BALMOND, Louis (eds.). *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international: Entre pluralisme et sécurité juridique*. Naples: Editoriale Scientifica, 2014.

TZANAKOPOULOS, Antonios. Provisional measures indicated by international courts: emergence of a general principle of international law. *Revue hellénique de droit international*, v. 57, n. 1, p. 53-84, 2004.

ULFSTEIN, Geir. Towards an International Human Rights Judiciary? In: EBBESSON, Jonas; JACOBSSON, Marie; KLAMBERG, Mark Adam; LANGLET, David; WRANGE, Pal (eds.). *International Law and Changing Perceptions of Security – Liber Amicorum Said Mahmoudi*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2014.

VAN ALEEBEK, Rosanne. The judicial dialogue between the ICJ and International Criminal Courts on the Question of Immunity. In: VAN DEN HERIK, Larissa; STAHN, Carsten (eds.). *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*. Leiden: Koninklijke Brill, 2012.

ZAMMIT BORDA, Aldo. The Notion of 'Persuasive Value' of External Precedent in International Criminal Law. *Nordic Journal of International Law*, v. 84, n. 1, p. 29-58, 2015.

## AS (DIS)FUNÇÕES DA PENA E O ABOLICIONISMO PENAL DE THOMAS MATHIESEN

### THE (DYS)FUNCTIONS OF PUNISHMENT AND THOMAS MATHIESEN'S PENAL ABOLITIONISM

*Marianna Salvão Felipetto*<sup>1</sup>  
Universidade de Coimbra

70

#### RESUMO

O sistema penal articula três eixos fundamentais: Direito Penal, Processo Penal e Criminologia. Os dois primeiros estabelecem normas e formas jurídicas, enquanto a Criminologia, de caráter interdisciplinar, atua como instância crítica e explicativa do fenômeno criminal. Claus Roxin a define como “ciência da realidade”, por se ocupar do delito, da reação social e dos mecanismos de controle. Ao longo de sua evolução, a Criminologia analisou crime, criminoso e processos de criminalização, influenciando políticas criminais e tensionando conceitos como pena e execução. A definição das funções da pena torna-se campo privilegiado de crítica, revelando contradições entre objetivos declarados e resultados práticos. O trabalho organiza-se em duas partes: a primeira examina teorias retributivas e preventivas da pena; a segunda aborda a Criminologia Crítica e o abolicionismo penal de Thomas Mathiesen, que denuncia a irracionalidade da prisão. Essa articulação permite confrontar discurso jurídico e realidade, apontando limites e possíveis alternativas ao modelo vigente.

**Palavras-Chave:** Sistema penal; abolicionismo penal; Thomas Mathiesen.

#### ABSTRACT

The penal system is structured around three key axes: Criminal Law, Criminal Procedure, and Criminology. The first two define the normative and formal legal framework, while Criminology, with its interdisciplinary nature, serves as a critical and explanatory instance of crime. Claus Roxin describes it as a “science of reality,” since it focuses on crime, social reaction, and mechanisms of control. Over time, Criminology has analyzed crime, offenders, and criminalization processes, influencing criminal policies and challenging concepts such as punishment and its execution. The definition and functions of punishment thus become a privileged field of critique, exposing contradictions between declared aims and practical outcomes. This work is divided into two parts: the first examines retributive and preventive theories of punishment; the second explores Critical Criminology and penal abolitionism, particularly Thomas Mathiesen’s critique of imprisonment. This articulation confronts legal discourse with reality, highlighting limits and suggesting possible alternatives to the current penal model.

**Keywords:** Criminal justice system; penal abolitionism; Thomas Mathiesen

<sup>1</sup> Mestre e Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra, Investigadora Colaboradora no Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, Professora de pós-graduação da PUCPR, Advogada e Relatora nas Comissões de Defesa de Direitos Humanos e de Advocacia Criminal, ambas da OAB/PR.

## INTRODUÇÃO

O sistema penal pode ser compreendido a partir da articulação de três eixos fundamentais: o Direito Penal, o Processo Penal e a Criminologia. Enquanto os dois primeiros se estruturam sob bases normativas e formais, estabelecendo os contornos jurídicos de funcionamento do sistema, a Criminologia assume natureza interdisciplinar, operando como instância crítica e explicativa do fenômeno criminal.

Ao longo de sua evolução, a Criminologia dedicou-se à análise do crime, do criminoso e dos processos de criminalização, influenciando de maneira decisiva a formulação das políticas criminais e, por conseguinte, a própria configuração do sistema penal. Nesse sentido, Claus Roxin a define como “ciência da realidade”, na medida em que se ocupa do saber empírico relativo ao delito, à reação social e aos mecanismos de controle<sup>2</sup>.

Dessa inter-relação decorre que os conceitos de Direito Penal, sua execução e seu processo são continuamente tensionados pelas construções criminológicas. A definição da pena - e, sobretudo, de suas funções - não escapa a esse movimento, revelando-se campo privilegiado de incidência da crítica criminológica.

A partir dessas premissas, o presente trabalho estrutura-se em duas partes complementares. A primeira dedica-se à análise das funções declaradas da pena no âmbito do Direito Penal, com enfoque nas teorias retributivas e preventivas. A segunda desloca o olhar para a Criminologia Crítica, com o objetivo de examinar o abolicionismo penal, nomeadamente a partir da obra de Thomas Mathiesen, que sustenta a irracionalidade da prisão.

A articulação entre esses dois planos - normativo e crítico - permitirá problematizar a coerência interna do sistema penal, confrontando suas funções declaradas com sua efetiva (in)capacidade de realizá-las, bem como apontar possíveis caminhos de superação.

### 1. O DIREITO PENAL E AS TEORIAS DA FUNÇÃO DA PENA

Enquanto ciência, o Direito Penal pode ser analisado a partir de seus fundamentos, princípios orientadores e funções, sendo esta última categoria de especial relevância para o presente estudo.

<sup>2</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana e y notas por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 46.

Conforme assinala Jorge de Figueiredo Dias<sup>3</sup>, a questão da função do Direito Penal encontra-se intimamente vinculada à pena, uma vez que esta representa a expressão mais intensa do sistema punitivo. Nesse sentido, a finalidade da pena revela o paradigma que orienta o Direito Penal, razão pela qual o tema tem sido objeto de reflexão contínua ao longo da história.

O consenso, entretanto, revela-se difícil de alcançar. As diferentes perspectivas variam de acordo com as matrizes filosóficas, políticas e sociológicas adotadas por cada autor. Ainda assim, o debate é essencial, pois fundamenta - ou coloca em xeque - a própria legitimidade do Direito Penal e da pena como forma de resposta ao fenômeno social da criminalidade.

Dessa forma, a análise das razões e finalidades da pena mostra-se indispensável para determinar tanto a necessidade quanto a forma da punição, em consonância com as funções atribuídas ao Direito Penal. Nesse contexto, Jorge de Figueiredo Dias identifica três grandes correntes teóricas:

- a) as teorias absolutas, de matriz clássica, centradas na retribuição e na expiação;*
- b) as teorias relativas, de orientação moderna, nas quais a pena é concebida como instrumento de prevenção, por meio da intimidação, da ressocialização e da reafirmação da norma;*
- c) as teorias mistas ou unificadoras, que resultam de combinações, em diferentes graus, das duas correntes anteriores.*

Para os fins deste trabalho, interessam sobretudo as duas primeiras, na medida em que estruturantes dos principais discursos legitimadores da pena.

## 2. TEORIAS RETRIBUTIVAS DA PENA

As teorias retributivas, também denominadas teorias absolutas, concebem a pena como retribuição pelo mal causado, vinculando-se à ideia de imposição de um “mal justo” como forma de compensar o “mal injusto” decorrente do crime.

A denominação “absoluta” decorre do fato de que, para essa corrente, a pena constitui uma exigência de justiça em si mesma, desvinculada de qualquer finalidade externa. Trata-se de uma concepção que não se orienta por efeitos sociais, mas por

<sup>3</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 41.

uma exigência ética que se impõe independentemente das circunstâncias do caso concreto<sup>4</sup>.

Nesse sentido, Pedro Maria Godinho Vaz Patto destaca o pensamento de Immanuel Kant, um dos principais expoentes dessa teoria, para quem a pena representa um imperativo categórico da justiça. A punição, assim, não se justificaria por seus efeitos, mas por sua própria necessidade moral, constituindo exigência anterior a qualquer ordenamento jurídico positivo ou finalidade político-criminal<sup>5</sup>.

Antes mesmo da formulação kantiana, porém, a concepção de retribuição já estava inserida no seio social. Um claro exemplo é o princípio de Talião, presente no Código de Hamurabi, que há mais de 1.700 anos antes de Cristo já evidenciava a ideia de correspondência entre ofensa e punição, influenciando profundamente o pensamento penal ao longo da história<sup>6</sup>.

Séculos mais tarde, na Grécia antiga, a relação entre culpa e castigo também se manifestava, por exemplo, por meio da mitologia grega, com histórias nas quais a violação da ordem implicava punição<sup>7</sup>. Tal lógica se intensificou na Idade Média, sob a influência da Igreja Católica, com a associação entre crime, pecado e expiação. Nesse contexto, o poder punitivo era legitimado como expressão da vontade divina, sendo exercido por representantes de Deus na Terra. Já na modernidade, a ideia de retribuição é reelaborada sob fundamentos filosóficos, especialmente a partir do já referido imperativo categórico de Kant e a ideia da pena como elemento constituinte da Justiça.

Apesar das críticas dirigidas a essa concepção retributivista, não se pode ignorar um dos seus aspectos mais positivos: a imposição de limites à pena, especialmente por meio do princípio da proporcionalidade. Desde o Código de

<sup>4</sup> ROXIN, Claus. 1997, *op. cit.*, p. 82.

<sup>5</sup> PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. **Os fins das penas e as práticas judiciais** – algumas questões, 2001. Disponível em <[https://tre.tribunais.org.pt/fileadmin/user\\_upload/docs/criminal/OS\\_FINS\\_DAS\\_PENAS\\_PRATICA\\_JUDICIARIA.pdf](https://tre.tribunais.org.pt/fileadmin/user_upload/docs/criminal/OS_FINS_DAS_PENAS_PRATICA_JUDICIARIA.pdf)>. Acesso em 30 de março de 2026.

<sup>6</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, 2004, *op. cit.*, p. 44.

<sup>7</sup> Como exemplo, o “Suplício de Tântalo”, que durante um jantar dos deuses furtou o néctar e a ambrosia, substâncias que garantiam a imortalidade. Após ingeri-los, Tântalo passou a se considerar um “quase deus” e por isso convidou as demais divindades para um banquete, onde ofereceu-lhes seu filho Pélops como alimento. Deméter, uma das deusas, estava atordoada e acabou comendo o ombro do rapaz, o que deixou os demais deuses furiosos. Como forma de retribuir o mal causado, Tântalo recebeu o castigo eterno de nunca mais conseguir se alimentar. Assim, a água lhe escapava quando tentava bebê-la e os galhos das árvores voavam para longe quando ele tentava alcançar uma fruta. (**Tântalo e seu terrível castigo**. Disponível em <<https://mitologiagrega.net.br/tantalo-e-seu-terrivel-castigo/>> Acesso em 30 de março de 2026).

Hamurabi, com a máxima “olho por olho, dente por dente”, observa-se a tentativa de restringir o excesso punitivo, estabelecendo algum critério mínimo de correspondência entre o mal causado e a sanção aplicada e evitando sanções desproporcionalmente mais gravosas do que o delito em si.

Essa perspectiva, voltada exclusivamente ao passado e à retribuição do dano, revela-se insuficiente no contexto contemporâneo. Conforme sustenta Jorge de Figueiredo Dias, a ideia de expiação constitui meio inadequado e ilegítimo de realização das finalidades da pena, uma vez que um Estado de Direito, democrático, pluralista e laico, não pode assumir a função de sancionar pecados ou vícios<sup>8</sup>, limitando-se a infligir sofrimento sem que haja qualquer tentativa de ressocialização ou restauração da paz jurídica.

### 3. TEORIAS PREVENTIVAS DA PENA

As teorias preventivas, também denominadas relativas, surgem como superação da lógica retributiva, deslocando o fundamento da pena do passado para o futuro. Nessa perspectiva, a pena passa a ser legitimada por sua utilidade na prevenção de novos delitos.

Trata-se de uma concepção que atribui à pena uma função instrumental no âmbito da política criminal. Conforme observa Anabela Miranda Rodrigues, a pena deixa de ser concebida em sua “pureza majestática” e passa a desempenhar papel concreto na prevenção da criminalidade, seja por meio da ressocialização do infrator, seja pela dissuasão de potenciais agentes<sup>9</sup>.

Parte-se, assim, de um caso concreto para produzir efeitos futuros, buscando evitar a repetição de comportamentos criminosos, tanto pelo próprio indivíduo quanto pela coletividade.

Nesse contexto, Wilfried Bottke destaca a importância de distinguir os efeitos da pena de suas finalidades. Nesse sentido, embora a retribuição do mal causado acabe sendo uma consequência penal, com respeito aos princípios da proporcionalidade e da adequação, não pode ser considerada sua finalidade<sup>10</sup>, sob

<sup>8</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, 2004, *op. cit.*, p. 46.

<sup>9</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Critério de Escolha das Penas de Substituição no Código Penal Português**. Sep. do número especial do BFD – «*Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*» – 1984, Coimbra: 1988, p. 17.

<sup>10</sup> BOTTKE, Wilfried. **La actual discusión sobre las finalidades de las penas**. In SILVA SÁNCHEZ, JesúsMaría, (Edit.) Política criminal y nuevo Derecho penal. L.H. a Claus Roxin, Barcelona: Bosch, pp. 41-71, p. 47-48.

pena de se admitir que o Estado tenha como objetivo simplesmente a punição, tomada pela lógica da vingança.

### 3.1. A prevenção geral – positiva e negativa

A prevenção geral dirige-se à coletividade e busca, por meio da pena, produzir efeitos que ultrapassem o caso concreto, projetando-se sobre aqueles que não participaram diretamente da prática delitiva. Trata-se, portanto, de uma função comunicativa da sanção penal, cujo destinatário não é apenas o infrator, mas a sociedade em geral.

Nesse contexto, a prevenção geral positiva tem por objetivo reafirmar a validade da norma jurídica, demonstrando que o bem jurídico afetado pelo crime permanece sob proteção. Parte-se da premissa de que o Direito Penal não se esgota na relação entre autor e vítima, na medida em que tutela bens jurídicos essenciais à convivência social, sendo o delito uma lesão que repercute no corpo social como um todo<sup>11</sup>.

Dessa forma, diante da ruptura da paz social ocasionada pela prática do crime, a intervenção penal atua como mecanismo de recomposição simbólica da ordem, sinalizando que a norma permanece vigente e eficaz. Conforme observa Hassemer<sup>12</sup>, a prevenção geral positiva estabelece uma relação fundamental entre a norma, sua violação e a sanção como instrumento de restabelecimento da ordem normativa, de modo que, na ausência de resposta penal, a norma permaneceria irremediavelmente fragilizada.

Não obstante a consistência teórica dessa construção, sua correspondência empírica revela-se problemática. A centralidade atribuída à sanção como meio de restauração da confiança normativa não se confirma plenamente na realidade contemporânea, marcada por uma expansão significativa do sistema penal - com aumento do encarceramento e do rigor punitivo - paralelamente à persistência, e até intensificação, da sensação de insegurança social. Esse descompasso impõe a necessidade de problematizar a efetividade dessa finalidade da pena, que, ao menos em termos práticos, não parece cumprir integralmente o papel que lhe é atribuído.

<sup>11</sup> HASSEMER, Winfried. **¿Por qué y con qué fin se aplican las penas?** (Sentido y fin de la sanción penal). in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 3, 1999, pp. 317-331, p. 323.

<sup>12</sup> HASSEMER, Winfried. **Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal**, p. 37. Disponível em <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/36hassemer.pdf>>. Acesso em 30 março de 2026.

Por sua vez, a prevenção geral negativa fundamenta-se na lógica da intimidação. Segundo essa perspectiva, a pena funcionaria como fator dissuasório, na medida em que a observação da punição aplicada a determinados comportamentos levaria os demais indivíduos a evitá-los, por receio de sofrer sanção semelhante<sup>13</sup>.

Entretanto, assim como ocorre com a ideia de restauração da paz social, essa vertente também encontra limites empíricos relevantes. A persistência - e, em muitos contextos, o aumento - da criminalidade, mesmo diante de sistemas punitivos cada vez mais severos, evidencia a fragilidade da hipótese de que a ameaça de punição seja suficiente para conter a prática delitiva.

O equívoco central dessa concepção reside na pressuposição de que as condutas humanas são orientadas predominantemente por critérios racionais de cálculo de custo-benefício. Tal perspectiva desconsidera a complexidade dos fatores que influenciam o comportamento humano, especialmente aqueles de natureza social, econômica e histórica. Ao atribuir à pena a função de prevenir novos delitos por meio da intimidação, ignora-se que a criminalidade não pode ser reduzida a uma escolha racional simples, passível de ser evitada pela mera existência de sanção.

Em última análise, se a pena fosse efetivamente capaz de impedir a prática de crimes por meio da ameaça, o problema da criminalidade já teria sido superado há séculos. A persistência do fenômeno criminal, apesar da contínua aplicação de sanções, evidencia os limites dessa construção teórica e reforça a necessidade de uma análise mais aprofundada acerca das reais funções da pena.

### 3.2. A prevenção especial – positiva e negativa

A prevenção especial, por sua vez, volta-se diretamente ao infrator, tendo como objetivo evitar a reincidência por meio da intervenção penal. Diferentemente da prevenção geral, seu foco não é a coletividade, mas o indivíduo que praticou o delito.

Na sua vertente positiva, a prevenção especial fundamenta-se na ideia de reeducação, reforma e ressocialização. A pena assumiria, assim, a função de preparar o indivíduo para o retorno à vida em sociedade, afastando-o de trajetórias desviantes e promovendo sua adequação às normas sociais vigentes. Em termos teóricos, essa concepção representa a dimensão mais humanizada da sanção penal, ao propor a

<sup>13</sup> Nesse sentido, a “coação psicológica” de Feuerbach. In BENTHAM, Jeremias. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. 1ª. Ed. São Paulo: Edições Cultura, 1943. p.23-24.

reintegração social do sujeito e a construção de perspectivas de vida após o cumprimento da pena.

Todavia, na prática, essa finalidade encontra-se há décadas em evidente crise. Os elevados índices de reincidência, aliados à própria lógica do encarceramento - que se propõe a socializar por meio do isolamento -, evidenciam a fragilidade dessa proposta<sup>14</sup>. Soma-se a isso o estigma associado à condição de egresso do sistema prisional<sup>15</sup>, que dificulta sobremaneira sua reinserção social, de modo que o fracasso da ressocialização não se limita ao período de execução da pena, mas se projeta para além dele.

Nesse contexto, destacam-se os estudos empíricos de Robert Martinson que, já em 1974, realizou ampla investigação sobre o sistema penitenciário norte-americano<sup>16</sup>. Ao percorrer diversas instituições prisionais, buscava responder à pergunta que também intitulava sua pesquisa: “What works?”. A conclusão a que chegou foi contundente: independentemente dos investimentos realizados, das condições estruturais ou da quantidade de presos, nenhuma das estratégias adotadas produzia resultados significativos em termos de ressocialização. Daí a célebre síntese: “Nothing works”. Tal constatação reforça a percepção de que as tentativas de reforma do sistema prisional, ao menos nos moldes tradicionais, revelam-se insuficientes.

Outro ponto crítico dessa forma de legitimação da pena reside no fato de que nem todos os infratores necessitam de ressocialização. Essa inadequação é evidente em casos de crimes culposos ou de menor gravidade, nos quais não há propriamente um “desvio” a ser corrigido. Por outro lado, mesmo em situações de criminalidade mais grave, pode não haver risco concreto de reincidência, especialmente quando as circunstâncias que possibilitaram o delito não tendem a se repetir<sup>17</sup>.

Diante disso, Wilfried Bottke reconhece que, embora a ressocialização deva ser considerada um ideal orientador, não pode ser compreendida como um efeito efetivo do sistema penal, dada a sua reduzida incidência, que ocorre muito mais de forma contingente do que como resultado de um funcionamento estruturado<sup>18</sup>. Em sentido oposto, o efeito predominante da pena privativa de liberdade parece ser a

<sup>14</sup> BOTTKE, Wilfried. *op. cit.*, p. 55.

<sup>15</sup> ROXIN, Claus. **Problemas Atuais da Política Criminal** in Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, ano 2, n. 4, set/dez 2001, pp. 11-18, p. 12.

<sup>16</sup> MARTINSON, Robert. **What works? Questions and answers about prison reform**. Disponível em <<https://gwern.net/doc/sociology/1974-martinson.pdf>>. Acesso em 30 março de 2026.

<sup>17</sup> ROXIN, Claus. 1997, *op. cit.*, p. 89.

<sup>18</sup> BOTTKE, Wilfried. *op. cit.*, p. 56.

dessocialização. Conforme aponta Maurício Dieter, a prisão promove simultaneamente a “desculturação” do indivíduo - ao romper com suas referências sociais anteriores - e sua “aculturação” à lógica própria do cárcere<sup>19</sup>.

Por fim, na perspectiva da prevenção especial negativa, a pena assume a função de neutralização do infrator. Conforme leciona Jorge de Figueiredo Dias, essa neutralização pode ocorrer tanto por meio da atemorização - visando dissuadir o indivíduo de futuras práticas delitivas - quanto pela sua segregação, retirando-o do convívio social e, conseqüentemente, impedindo a prática de novos crimes<sup>20</sup>.

Essa lógica insere-se em uma perspectiva de contenção de riscos, orientada à prevenção da reincidência e à eliminação de perigos futuros. Todavia, tal construção levanta preocupações, na medida em que se aproxima da ideia de um Direito Penal do inimigo, baseado na identificação e no isolamento de sujeitos considerados potencialmente perigosos.

Trata-se de uma expressão do atuarialismo jurídico-penal, que, sob o discurso de eficiência na gestão da criminalidade, legitima práticas de controle seletivo voltadas a determinados grupos sociais previamente estigmatizados. Nesse contexto, a pena deixa de responder a um fato passado para incidir sobre riscos futuros, tensionando os limites do Estado de Direito e colocando em questão os fundamentos de legitimidade da intervenção penal<sup>21</sup>.

#### 4. A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E O ABOLICIONISMO DE THOMAS MATHIESEN

Superadas as questões relativas à dogmática penal, impõe-se o deslocamento do olhar para a Criminologia. Embora se tratem de campos científicos distintos e dotados de relativa autonomia, os pontos de interseção entre ambos são numerosos, o que torna particularmente fecunda a análise comparativa entre as construções normativas do Direito Penal e as explicações oferecidas pela Criminologia.

<sup>19</sup> DIETER, Maurício. **Sociedade Black Mirror: Ódio, Vingança e Punição**. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=e9mLWHjwEao>> 48:50 – 49:15, Acesso em 30 de março de 2026.

<sup>20</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, 1999. *op. cit.*, p. 103.

<sup>21</sup> CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli. **Prevenção especial negativa da pena: o terreno fértil para a implementação e difusão da lógica atuarial no subsistema jurídico-penal** in Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 8, nº 1, abr/2018, pp. 114-127, p. 119.

Nesse contexto, cumpre destacar que, por ser desenvolvida em grande medida por não-juristas<sup>22</sup>, a Criminologia não se encontra vinculada ao formalismo conceitual característico da dogmática penal. Os conceitos rígidos e sistematicamente delimitados, tão caros ao Direito Penal, cedem lugar a uma abordagem mais aberta, crítica e interdisciplinar, o que possibilita a construção de raciocínios inovadores e, muitas vezes, profundamente questionadores das bases do sistema punitivo.

## 5. A ESCOLA CRÍTICA DA CRIMINOLOGIA

De forma absolutamente oposta à Escola Positivista até então existente, desenvolveu-se a Escola Crítica da Criminologia. O nome recebido não é por acaso: em um cenário de transformações políticas e econômicas, as teorias radicais sobre crime e controle social se insurgiram para criticar o objeto e método de estudo até então existentes na Criminologia.

Os estudos criminológicos, até então focados nas causas do crime e no perfil do criminoso<sup>23</sup>, passam a refutar as justificações biológicas, psicológicas e ambientais dadas à criminalidade e, por outro lado, questionar a forma como ocorre o processo de criminalização.

O crime deixa, assim, de ser compreendido como um dado natural, passando a ser concebido como uma construção social. Trata-se de uma “realidade construída”, na medida em que consiste em uma qualidade atribuída a determinados comportamentos ou indivíduos pelo sistema de justiça criminal. Tal atribuição decorre de processos seletivos marcados por estereótipos, preconceitos e idiossincrasias, frequentemente associados a indicadores sociais negativos, como pobreza, marginalização e desemprego<sup>24</sup>.

Nesse movimento, o “criminoso” deixa de ocupar o centro da análise criminológica, que passa a dirigir sua atenção ao funcionamento do sistema penal,

<sup>22</sup> Nesse sentido: PELÁEZ, Michelangelo. **Introdução ao estudo da Criminologia**. Coimbra: Coimbra Editora LTDA, 1974, p. 27.

<sup>23</sup> A respeito disso, Alessandro Baratta elenca os dois pressupostos teóricos fundantes das Escolas Positivistas: o primeiro, impunha ao delinquente uma característica de “anormal”, um sujeito diferente do resto da sociedade. O segundo, baseava-se justamente nesta suposta diferença para tentar encontrar as causas e fatores da criminalidade. (BARATTA, Alessandro. **Criminologia e Dogmática Penal. passado e futuro do modelo integral da ciência penal**. 1981, p. 5. Disponível em <<https://www.passeidireto.com/arquivo/21983660/1981-alessandro-baratta---criminologia-e-dogmatica-penal---passado-e-futuro-do-m>>. Acesso em 30 de março de 2026.

<sup>24</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal**. Apresentação na XIX Conferência Nacional dos Advogados/OAB. Florianópolis, 2005.

aos mecanismos de seleção das condutas criminalizadas e aos interesses subjacentes às escolhas estatais.

As raízes dessa perspectiva encontram-se no chamado *labeling approach*, ou teoria do etiquetamento. Essa corrente introduziu a ideia de que o crime não é uma qualidade intrínseca à conduta, mas sim o resultado de um processo de definição social. Em outras palavras, o comportamento não é criminoso em si mesmo, mas torna-se criminoso a partir do momento em que é assim rotulado pelo ordenamento jurídico.

A partir dessa base, os criminólogos da vertente radical - posteriormente identificados como expoentes da Escola Crítica<sup>25</sup> - aprofundaram a análise, passando a questionar não apenas os mecanismos de rotulação, mas também a própria estrutura social e as relações de poder que sustentam o processo de criminalização.

Fortemente influenciada pelo pensamento marxista, a criminologia crítica radical passa a interpretar o crime e o sistema penal a partir das categorias de desigualdade social e luta de classes. Nesse sentido, a criminalidade é compreendida como fenômeno intrinsecamente ligado à estrutura do capitalismo.

Paradoxalmente, embora se valham de diversos pressupostos do *labeling approach*, os autores radicais são alguns dos principais críticos da teoria, pois entendem haver uma falha intransponível, consistente na “romantização” dos problemas estruturais. Nesse sentido, a teoria do etiquetamento teria conseguido explicar *quais são* as instâncias formais de controle e *como* elas *atuam*, mas teria deixado de lado a questão mais importante: o *porquê* da atuação ocorrer exatamente do jeito que ocorre<sup>26</sup>. Segundo os radicais, ao negligenciarem as críticas quanto à estrutura social, política e econômica, os autores do *labeling* acabaram por colaborar com a manutenção do sistema tradicional vigente, sustentando a divisão de classes, a opressão do proletariado e a perpetuação do fascismo penal existente dentro do capitalismo.

<sup>25</sup> Taylor, Walton e Young, na obra *The New Criminology: For a Social Theory of Deviance*, de 1973, apresentaram “uma crítica interna das teorias do crime, desvio e controle social, desde as concepções clássicas, passando pelos positivismo biológicos e sociológicos, as contribuições fenomenológicas e interacionistas e, finalmente, as teorias conflituais, destacando, nas conclusões, os estágios analíticos da *criação* e da *aplicação* da norma criminal: as origens do comportamento desviante (estruturais e imediatas), o comportamento desviante concreto e as origens da reação social (imediatas e estruturais)”. In SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3ª, Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 5.

<sup>26</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 339.

Assim, com base nos ideais de Karl Marx, os Críticos passam a visualizar o crime como uma consequência da luta de classes, pela qual a classe dominante, com o argumento da manutenção da ordem e sob o manto da legalidade, consegue perpetuar o seu poder e manter o proletariado sob seu controle.

Os dados empíricos corroboravam essa leitura, na medida em que evidenciavam a concentração da população carcerária entre os segmentos mais pobres e marginalizados da sociedade. Ademais, essa seletividade podia ser observada já no plano normativo, especialmente na forma como o Direito Penal historicamente privilegiou a proteção da propriedade, em detrimento de outros bens jurídicos, inclusive a vida.

Para a criminologia crítica, portanto, o sistema penal não apenas falha em combater injustiças, mas contribui ativamente para sua reprodução. A seleção das condutas criminalizadas determina, em grande medida, quem serão os sujeitos do Direito Penal, permitindo que os detentores do poder definam os destinatários da repressão.

Mais do que isso, ao direcionar o controle penal sobre determinados grupos sociais, o sistema contribui para a fragmentação das classes subalternas, desviando o foco de possíveis conflitos estruturais e impedindo a formação de consciência crítica voltada à contestação das relações de dominação<sup>27</sup>.

Nesse contexto, a década de 1970 representa um marco importante, com o surgimento de novas vertentes no interior da criminologia crítica, que passam a compor o campo da chamada esquerda criminológica contemporânea: o realismo de esquerda, o minimalismo penal e o abolicionismo penal.

De forma breve (e por não ser exatamente o foco do presente trabalho), refere-se que o realismo de esquerda surge como reação tanto ao realismo de direita - associado a políticas como a “tolerância zero” e a teoria das *broken windows* - quanto ao que considera um excesso de idealização por parte de determinados setores da esquerda. Para essa corrente, o crime não pode ser reduzido a uma mera construção jurídica, devendo ser reconhecido como problema social concreto, que demanda respostas efetivas.

O minimalismo penal, por sua vez, mantém a inspiração marxista, mas propõe a redução drástica do Direito Penal, defendendo sua utilização apenas em situações

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 349.

estritamente necessárias. Nessa perspectiva, a pena e o cárcere devem ser excepcionais, reservados a hipóteses em que os custos da não intervenção sejam superiores aos danos causados pelo próprio sistema penal<sup>28</sup>.

Por fim, os abolicionistas representam a parcela ortodoxa do pensamento marxista, que entende o crime como expressão clara e indubitável do capitalismo, que visa a manutenção do poder da classe dominante sobre o proletariado<sup>29</sup>. São chamados de idealistas de esquerda e decorrem diretamente da linha de raciocínio criada na década de 70 pela Escola Crítica. Para a corrente abolicionista, da pena e do Direito Penal não decorrem benefícios, sendo irracional a tentativa de fazer com que o Sistema funcione, já que desde o princípio ele foi criado e estruturado não para “funcionar”, mas sim para cumprir com os interesses daqueles que definem o crime como tal<sup>30</sup>.

## 6. A IRRACIONALIDADE DA PRISÃO E O ABOLICIONISMO PENAL DE THOMAS MATHIESEN

A compreensão do fenômeno carcerário revela-se particularmente desafiadora. Para aqueles que não vivenciam diretamente a realidade prisional, o cárcere tende a permanecer como uma abstração distante, frequentemente reduzida a uma resposta automática ao crime.

<sup>28</sup> E mesmo aquele que “deseja e profetiza um longo futuro para o direito penal terá de admitir que a justiça criminal é um *mal* talvez necessário, e por isso, se deva promover, mas que continua sendo um mal. Ela submete numerosos cidadãos, nem sempre culpados, a medidas persecutórias extremamente graves do ponto de vista social e psíquico. Ela estigmatiza o condenado e o leva à desclassificação e à exclusão social, consequências que não podem ser desejadas num Estado social de direito, que tem por fim a integração e a redução de discriminações. Seria portanto melhor se os benefícios que se imputam ao direito penal pudessem ser obtidos de modo socialmente menos oneroso, dever-se-ia, assim, enxergar o direito penal como uma instituição necessária em sociedades menos desenvolvidas, fundamentada e historicamente, mas que é preciso superar. Ele teria um longo passado, porém não mais um grande futuro”. ROXIN, Claus. **Tem futuro o Direito Penal?** in Revista dos Tribunais, ano 90, vol. 790, agosto de 2001, pp. 459-474, p. 460.

<sup>29</sup> Nesse sentido, “a cada modo de produção correspondem formas de punição adequadas para sua produção e desenvolvimento”. DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: a Criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 17.

<sup>30</sup> A respeito disso, Louk Hulsman questiona: “¿Por qué el hecho de ser homosexual, de drogarse o de ser bígamo es punible en determinados países y no en otros? ¿Por qué conductas que fueron punibles en el pasado, como la blasfemia, la brujería, la tentativa de suicidio, etc., no lo son ya? Las ciencias criminales han puesto en evidencia la relatividad del concepto de infracción, el cual varía en el tiempo y el espacio, de modo que lo “delictivo” en un contexto se considera aceptable en otro. Según que uno haya nacido en tal lugar y no en otro, o en tal época y no en otra, se es o no merecedor de encarcelamiento por lo que uno hace o es”. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: hacia una alternativa**. Barcelona: Editorial Ariel, 1984

Louk Hulsman, um dos principais representantes do abolicionismo penal, propõe um exercício de empatia: imaginar-se no interior do sistema prisional<sup>31</sup>. Tal esforço é fundamental, pois, para aqueles que não se percebem como potenciais destinatários do Direito Penal, o cárcere dificilmente se apresenta como objeto de preocupação, tornando o debate aparentemente irrelevante.

Entretanto, na medida em que se reconhece a possibilidade de ser, direta ou indiretamente, atingido pelo sistema penal, a discussão adquire nova dimensão e passa a revelar sua centralidade. É nesse contexto que as correntes abolicionistas ganham força, impulsionadas pelo crescente questionamento acerca da legitimidade e da racionalidade do cárcere.

### 6.1. *A história e pensamento de thomas mathiesen*

Thomas Mathiesen, sociólogo norueguês nascido em 1933, na cidade de Oslo, desenvolveu sua trajetória acadêmica entre a Europa e os Estados Unidos. Após seus estudos no exterior, retornou à Noruega, onde fundou um pequeno instituto de Sociologia, com alguns poucos alunos e apenas um professor.

Sua aproximação com o sistema prisional ocorreu de forma empírica, a partir de uma pesquisa de larga escala realizada no início da década de 1960 em uma prisão norueguesa. Durante os dois anos de investigação, Mathiesen deparou-se com uma realidade profundamente distinta das suas expectativas, tendo presenciado, nas suas palavras, “muitas injustiças e ineficiência”. Foi justamente esse “ataque moral aos prisioneiros” que motivou o sociólogo a se comprometer com o estudo do cárcere e, posteriormente, com a defesa da sua extinção<sup>32</sup>.

Inserido no contexto da criminologia crítica radical, Mathiesen passa a analisar o sistema penal a partir de uma perspectiva “de baixo”, ressaltando que “olhando de

<sup>31</sup> A respeito disso, ressalta: “No es poca cosa privar a alguien de su libertad. El solo hecho de estar encerrado, de no poder ir y venir, al aire libre, a donde nos plazca, de no poder encontrar a quien tenemos ganas de encontrar, ¿no es esto, de suyo, un mal extremadamente penoso? El encarcelamiento es esto, desde luego. Pero es también un castigo corporal. Se dice que los castigos corporales han sido abolidos, pero no es verdad. He ahí la prisión, que degrada la incolumidad corporal: la privación de aire, de sol, de luz, de espacio, el confinamiento entre cuatro muros estrechos, el paseo entre rejas, la promiscuidad con compañeros no deseados, en condiciones sanitarias humillantes, el olor, el color de la prisión, las comidas siempre frías, en que predominan las féculas hervidas (no es por azar que las caries dentarias y las molestias digestivas se suceden entre todos los detenidos); tales sufrimientos físicos implican una lesión corporal que deteriora lentamente”. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *op. cit.*, p. 49-50.

<sup>32</sup> MATHIESEN, Thomas. **Thomas Mathiesen, Professor of Sociology of Law at University of Oslo.** Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=y5vOhwMsWJI&t=552s>> 00:40 – 04:45, Acesso em 30 de março de 2026.

baixo, a lei tem uma aparência diferente de quando se olha de cima”<sup>33</sup>. A partir dessa inversão de perspectiva, torna-se possível identificar e denunciar as contradições e falhas do sistema.

## 6.2. Os escudos protetores da prisão<sup>34</sup>

Para Mathiesen, as inconsistências do Sistema Penal são tantas e tão graves que, se fossem conhecidas pela população, o sistema sequer conseguiria se sustentar. Entretanto, toda a irracionalidade que circunde o cárcere e o sistema de penas é escondida, em um dos segredos que o criminólogo considera o mais bem escondido da humanidade, por conta de três camadas de proteção existentes: os administradores do sistema, os cientistas sociais e os meios de comunicação em massa.

Na primeira camada aparecem os Administradores do Sistema de Controle Criminal que, embora convivam pessoal e cotidianamente com as falhas existentes, mantêm-se em silêncio porque integram o próprio sistema, sendo praticamente impossível posicionar-se contra algo do qual se faz parte, principalmente diante de todos os ideais de disciplina que desde logo são ensinados aos membros do sistema.

Na segunda camada, Mathiesen critica o posicionamento dos Cientistas Sociais que, por serem intelectuais e pesquisadores, mais do que quaisquer outros deveriam discutir e criticar o Sistema, porque o conhecem e sabem de todas as suas mazelas. Ao invés disso, mantêm-se silentes e, nas poucas oportunidades em que falam, externalizam de forma superficial e insuficiente.

Por fim, a terceira e última camada responsável pela manutenção do segredo da irracionalidade do Sistema é, também, a mais importante - por ser a que consegue produzir reflexos de maior impacto na realidade: os meios de comunicação de massa. Eles, responsáveis por repassar todas as informações à comunidade, são capazes de moldar, distorcer, omitir e acrescentar informações, da forma que lhes for mais conveniente. O poder desta camada é tanto, que torna-se capaz de influenciar até mesmo nos representantes das camadas anteriores, determinando a maneira como a

<sup>33</sup> MATHIESEN, Thomas. **Thomas Mathiesen, Professor of Sociology of Law at University of Oslo.** Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=y5vOhwMsWJI&t=552s>> 07:10 – 07:15, Acesso em 30 de março de 2026.

<sup>34</sup> MATHIESEN, Thomas. **A caminho do século XXI - Abolição, um sonho impossível?**, in Verve, nº 4, 2003, pp. 80-111, p. 99-103.

sociedade terá acesso à informação e, conseqüentemente, como irá pensar a respeito do que ocorre no mundo.

No que se refere ao papel da imprensa na construção da percepção social acerca do cárcere, Mathiesen sustenta que, embora haja ampla circulação de informações sobre a realidade prisional, tais conteúdos são, em regra, transmitidos de forma “fria e seca”, o que impede o desenvolvimento de uma compreensão crítica por parte da sociedade. Segundo o autor, na medida em que essa capacidade racional for efetivamente mobilizada, tornar-se-á evidente que a prisão, longe de contribuir para a segurança coletiva, opera no sentido de produzir maior periculosidade social, na medida em que os indivíduos, para sobreviverem ao ambiente carcerário, são frequentemente compelidos a internalizar e reproduzir dinâmicas de violência<sup>35</sup>.

### 6.3. *A irracionalidade do sistema*<sup>36</sup>

Apesar dessas camadas de proteção, Mathiesen sustenta que o sistema penal apresenta fragilidades estruturais que, em algum momento, tendem a se revelar. Para ilustrar essa ideia, recorre à metáfora de um “gigante com pés de barro”: embora aparente solidez, o sistema possui fundamentos frágeis, que comprometem sua sustentação.

A irracionalidade do cárcere constitui, nesse sentido, seu principal ponto de vulnerabilidade. A pena, embora se proponha a cumprir múltiplas finalidades, revela-se incapaz de realizar qualquer uma delas de forma efetiva.

Essa dificuldade de percepção por parte da sociedade não é inédita. Ao longo da história, diversos sistemas extremamente poderosos e considerados legítimos em seu tempo - como o Império Romano, a caça às bruxas na Inquisição e o modelo escravagista - foram posteriormente superados, justamente em razão de suas contradições internas.

A partir das ideias de Scheerer, Mathiesen sustenta que transformações sociais significativas frequentemente são inicialmente consideradas utópicas ou inviáveis, até que, em determinado momento histórico, se concretizam<sup>37</sup>. Assim, a abolição do

<sup>35</sup> MATHIESEN, Thomas. 2003, *op. cit.*, p. 95.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 89-90.

<sup>37</sup> SCHEERER, Sebastian. **Towards abolitionism in Contemporary Crisis**, 1986, p. 7, *Apud* MATHIESEN, Thomas. 2003, *op. cit.*, p. 82.

sistema penal não deve ser vista como mera utopia, mas como possibilidade histórica mais ou menos distante, a depender de cada sociedade.

Com base nesse horizonte, Mathiesen parte da análise das finalidades das penas, que em grande medida sustentam o Direito Penal como um todo, para demonstrar que nenhuma delas é cumprida e tampouco chega-se perto de alcançá-las. Nesse sentido, embora o criminólogo não esteja restrito ao formalismo jurídico da dogmática e conceitos penais, escolhe partir das funções da pena (sob a perspectiva de prevenção e retribuição) para, em suas palavras, explicitar o que seria esperado das penas e em que medida estes objetivos não vêm sendo logrados.

## 7. REABILITAÇÃO<sup>38</sup>

O objetivo da reabilitação, tal como delineado por Mathiesen, encontra correspondência direta com a função preventiva especial positiva da pena. Nessa perspectiva, a sanção penal seria o instrumento por meio do qual o transgressor é regenerado e preparado para o retorno ao convívio social. O autor analisa essa finalidade sob duas dimensões complementares.

A primeira perspectiva é a da *palavra*. Nesse âmbito, “reabilitar” significaria restaurar o indivíduo à condição anterior ao delito, reintegrando-o à sua dignidade pretérita e aos privilégios sociais anteriormente desfrutados, com a consequente restituição de sua honra<sup>39</sup>.

No que diz respeito à perspectiva da *ideologia* que sustenta a instituição prisional, Mathiesen observa que a crença no cárcere como mecanismo de reabilitação acompanha historicamente a própria existência da prisão. Sob o argumento de corrigir uma suposta “falha moral” do sujeito, o sistema o retira do meio social e o submete ao ambiente prisional. Nesse contexto, o trabalho emerge como instrumento central de dignificação, de modo que aqueles que se engajam em atividades laborais no cárcere tendem a ser melhor avaliados e, eventualmente, a obter antecipação de benefícios.

Ao citar Kjeld Bugge, Mathiesen evidencia o pensamento dominante em meados do século XX<sup>40</sup>, segundo o qual os presos, concebidos como indivíduos indigentes, deveriam ser educados para garantir sua subsistência após a libertação.

<sup>38</sup> MATHIESEN, Thomas. 2003, *op. cit.*, p. 90

<sup>39</sup> MATHIESEN, Thomas. **Prison On Trial**. 3rd edition. Winchester UK: Waterside Press, 2006, p. 27.

<sup>40</sup> Em 1969, mais precisamente.

Assim, homens e jovens infratores seriam preparados para atividades comerciais, enquanto mulheres e meninas deveriam ser instruídas em tarefas domésticas, como fiar, tecer, tricotar e administrar um lar, visando sua inserção como trabalhadoras domésticas ou sua preparação para o casamento (com o recebimento do dote)<sup>41</sup>. Para além da evidente carga de gênero presente nesse discurso, importa destacar a ideologia subjacente, que atribui ao trabalho um papel quase exclusivo como via legítima de reabilitação.

Posteriormente, à centralidade do trabalho somou-se a educação como instrumento ressocializador<sup>42</sup>. Em tese, o acesso à alfabetização, à leitura e a cursos diversos representaria um campo privilegiado para a afirmação da dimensão humanizadora da pena. Contudo, na prática, observa-se que tais iniciativas ocupam posição secundária, sendo frequentemente negligenciadas diante de obstáculos mínimos, o que revela a baixa prioridade atribuída a essa finalidade no âmbito do sistema penal.

Por fim, “moral” e “disciplina” completariam os quatro pilares da ideologia reabilitadora do cárcere. Todavia, como ressalta Mathiesen, trata-se de uma construção mais normativa do que empírica. Os estudos realizados indicam que a prisão atua, em realidade, em sentido inverso, promovendo a “desabilitação” do indivíduo, ao excluí-lo do convívio social e intensificar sua ruptura com a sociedade<sup>43</sup>. Isso ocorre porque, embora o sistema se legitime sob o discurso de proteção do detido, na prática prevalece a lógica de manutenção da ordem interna do cárcere. Assim, sempre que houver conflito entre os interesses institucionais e o bem-estar do preso, evidenciar-se-á a inconsistência do discurso reabilitador.

## 8. ARGUMENTOS DE PREVENÇÃO GERAL<sup>44</sup>

No que concerne à prevenção geral, Mathiesen analisa os efeitos da pena sobre a coletividade, partindo da premissa de que a punição serviria como fator de dissuasão para potenciais infratores. Tal concepção funda-se na ideia de que a sanção penal desempenha uma função de “educação moral” e formação de hábitos sociais,

<sup>41</sup> Bugge, 1969, p. 127, *apud* MATHIESEN, Thomas, 2006, *op. cit.*, p. 30.

<sup>42</sup> MATHIESEN, Thomas, 2006, *op. cit.*, p. 35-36.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 46-53.

<sup>44</sup> MATHIESEN, Thomas. 2003, *op. cit.*, p. 91-93

profundamente enraizada na tradição histórica, a ponto de raramente ser questionada em sua efetividade<sup>45</sup>.

Com o intuito de problematizar essa premissa, o autor apresenta dois argumentos centrais. O primeiro, de caráter mais moderado, consiste em apontar a ausência de evidências sólidas acerca da relevância da pena aplicada a terceiros na formação das decisões individuais<sup>46</sup>. Nesse sentido, fatores de natureza política, econômica e social revelam-se significativamente mais determinantes do comportamento humano do que a mera observação da punição alheia.

O segundo argumento, de caráter mais radical, exige uma análise mais aprofundada. Parte-se da compreensão da pena como um mecanismo comunicativo, por meio do qual o Estado transmite três mensagens fundamentais<sup>47</sup>: (i) o crime não compensa, dada a sanção correspondente (dissuasão); (ii) determinadas condutas devem ser evitadas por serem moralmente reprováveis (formação de conduta); e (iii) é necessário internalizar hábitos de conformidade normativa (formação de hábito).

Para que essa comunicação se efetive, o Estado estrutura um complexo aparato institucional - composto por forças policiais, magistratura, Ministério Público, sistema penitenciário, entre outros - que atua como veículo dessa mensagem. A punição, aqui, constitui apenas um dos instrumentos dessa engrenagem comunicativa, e é justamente a partir desta ideia que Mathiesen começa suas reflexões.

Se a sanção é compreendida como comunicação, torna-se imprescindível analisar tanto o emissor quanto o receptor da mensagem. Diversos estudos empíricos indicam que os efeitos preventivos gerais são, na melhor das hipóteses, mínimos. Em outras palavras, a mensagem estatal não alcança adequadamente seus destinatários. Paradoxalmente, os grupos mais vulneráveis à prática delitiva tendem a não internalizar esse “recado”, ao passo que aqueles que, por questões sociais, históricas e financeiras, não estão tão propensos à criminalidade, acabam, eles sim, permanecendo conformes à norma.

Para explicar esse fenômeno, Mathiesen sustenta que a falha comunicativa decorre do foco excessivo na *severidade* da pena, quando, para os grupos mais expostos à criminalidade, o elemento decisivo é a *probabilidade* concreta de punição. Em contextos marcados pela convivência cotidiana com a criminalidade, a sanção é

<sup>45</sup> MATHIESEN, Thomas. 2006, *op. cit.*, p. 55.

<sup>46</sup> MATHIESEN, Thomas. 2003, *op. cit.*, p. 91.

<sup>47</sup> MATHIESEN, Thomas. 2006, *op. cit.*, p. 65.

percebida como um evento contingente, sujeito à lógica do acaso: alguns são punidos, outros não. Nessa lógica, a intensidade da pena torna-se irrelevante diante da incerteza quanto à sua efetiva aplicação.

Dessa forma, conclui-se que o problema central não reside na gravidade da sanção, mas na sua imprevisibilidade. A comunicação falha, e a mensagem estatal chega de forma distorcida aos seus destinatários. Nesse cenário, como observa Mathiesen, o que surpreende não é o fato do “recado” possuir efeitos mínimos, mas sim “a persistente crença política em tal método de comunicação primário”<sup>48</sup>.

## 9. INTIMIDAÇÃO DO INDIVÍDUO<sup>49</sup>

A intimidação do indivíduo insere-se no âmbito das chamadas “teorias da incapacitação”, ao lado da interdição do transgressor, e guarda correspondência com a prevenção especial negativa. Parte-se da premissa de que a pena, ao produzir temor, impediria a reincidência.

Mathiesen problematiza essa lógica a partir de dois eixos principais: a precisão e os princípios. No que tange à precisão<sup>50</sup>, evidencia-se a impossibilidade de prever, com segurança, quais indivíduos voltarão a delinquir. Ainda que certos perfis indiquem maior propensão à reincidência, trata-se sempre de probabilidades, nunca de certezas.

No plano principiológico<sup>51</sup>, emerge o problema dos “falsos positivos”, isto é, indivíduos que seriam submetidos à privação de liberdade sem representarem efetivo perigo, em nome da contenção de um número reduzido de infratores potencialmente reincidentes.

Essa abordagem compromete os fundamentos do Direito Penal ao deslocar o foco do fato praticado para prognoses futuras e características pessoais do agente. Trata-se, em última análise, de uma tentativa de antecipação do delito, fundada em critérios incertos e potencialmente arbitrários.

Além disso, a realidade empírica oferece um argumento contundente: se a pena fosse eficaz na prevenção da reincidência, os índices correspondentes seriam significativamente reduzidos - o que não se verifica na prática.

<sup>48</sup> MATHIESEN, Thomas. 2003, *op. cit.*, p. 93.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 90-91.

<sup>50</sup> MATHIESEN, Thomas. 2006, *op. cit.*, p. 86-87.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 87-89.

## 10. INTERDIÇÃO DOS TRANSGRESSORES<sup>52</sup>

A interdição configura outra expressão das teorias de incapacitação, voltada à prevenção especial negativa, e consiste no afastamento do transgressor do convívio social para impedir a prática de novos delitos. Segundo Mathiesen, pode assumir modalidades coletiva ou seletiva.

Na sua vertente coletiva, sustenta-se que o encarceramento em massa de categorias inteiras consideradas de risco constituiria uma estratégia eficaz para a redução dos índices de criminalidade. Parte-se da premissa de que, ao retirar de circulação todos os indivíduos pertencentes a determinado grupo (como reincidentes ou autores de crimes graves) por períodos prolongados, produzir-se-ia um efeito incapacitante suficiente para eliminar, ao menos temporariamente, essas formas de criminalidade<sup>53</sup>. Contudo, a experiência empírica revela a fragilidade dessa hipótese. Pesquisa realizada entre 1973 e 1982 demonstrou que, embora a população carcerária dos Estados Unidos tenha duplicado no período, as taxas de criminalidade permaneceram estáveis<sup>54</sup>. Em outras palavras, se a interdição coletiva fosse efetiva, a neutralização de grupos inteiros deveria ter resultado em redução significativa dos delitos, o que não se verificou na prática.

Já na modalidade seletiva, busca-se identificar e neutralizar indivíduos especificamente considerados perigosos, por meio de sua exclusão do convívio social. Todavia, essa abordagem enfrenta obstáculos semelhantes aos observados nas teorias da intimidação. Em primeiro lugar, destaca-se a impossibilidade de prever com segurança quais sujeitos efetivamente representam risco futuro. Em segundo lugar, emerge o problema estrutural dos “falsos positivos”, isto é, a inevitável inclusão, no grupo dos neutralizados, de indivíduos que não apresentariam perigosidade concreta. Assim, a lógica da interdição seletiva, ao pretender antecipar comportamentos futuros com base em critérios incertos, acaba por legitimar restrições indevidas à liberdade, sob o pretexto de uma prevenção que não se sustenta empiricamente<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> MATHIESEN, Thomas. 2003, *op. cit.*, p. 93-95.

<sup>53</sup> MATHIESEN, Thomas. 2006, *op. cit.*, p. 89-90.

<sup>54</sup> MATHIESEN, Thomas. 2003, *op. cit.*, p. 93.

<sup>55</sup> *Idem*.

## 11. “EQUILÍBRIO” DA JUSTIÇA

Por fim, Mathiesen aborda a ideia de “equilíbrio” da justiça, que possivelmente se aproxima das concepções retributivas da pena, ao tentar compensar o “mal” do crime por meio da imposição de um mal proporcional, concebendo a pena como instrumento de equalização.

Com o abandono das penas corporais e a consolidação da prisão, o tempo passou a ser utilizado como unidade de medida da sanção. A premissa subjacente é a de que o tempo é um recurso universal, homogêneo e mensurável, permitindo uma equivalência entre o delito e a punição<sup>56</sup>.

Entretanto, tal premissa revela-se insustentável. O tempo, longe de ser uma variável objetiva, é experimentado de forma profundamente subjetiva. Fatores como condições materiais do cárcere, manutenção de vínculos familiares, acesso a postos de trabalho ou a vagas de ensino e características individuais influenciam decisivamente a percepção da pena.

Assim, embora a duração da sanção possa ser formalmente idêntica, seus efeitos concretos variam significativamente entre os indivíduos. Um período mais curto pode ser experimentado de forma mais gravosa do que uma pena mais longa, a depender das circunstâncias.

A falha estrutural desse modelo reside, portanto, na tentativa de comparar grandezas incomensuráveis: o crime e o tempo. Trata-se de realidades qualitativamente distintas, cuja equivalência é meramente aparente. Consequentemente, a balança jamais está equalizada e o pretendido equilíbrio jamais se concretiza, permanecendo como uma construção abstrata desprovida de correspondência prática<sup>57</sup>.

### 11.1. *As perspectivas para o futuro*

A partir da análise das diferentes finalidades atribuídas à pena, Mathiesen conclui que o sistema penal, tal como estruturado, fracassou em seus próprios termos. A ausência de uma reação social mais contundente diante desse fracasso não decorreria de sua inexistência, mas sim de uma espécie de inércia coletiva, marcada pela falta de consciência crítica acerca da realidade que circunda o cárcere.

<sup>56</sup> MATHIESEN, Thomas. 2006, *op. cit.*, p. 136-137.

<sup>57</sup> MATHIESEN, Thomas. 2003, *op. cit.*, p. 95.

Como alternativa, o criminólogo propõe uma mudança paradigmática de enfoque. A estratégia historicamente adotada - consistente no recrudescimento da punição - mostra-se reiteradamente ineficaz. Nesse contexto, impõe-se o deslocamento do eixo de atenção do infrator para a vítima, mediante o fortalecimento de redes de apoio e de mecanismos de assistência àqueles que efetivamente suportam os efeitos da criminalidade<sup>58</sup>.

No que se refere ao tratamento do delinquente, Mathiesen sustenta que, diante das evidentes distorções do sistema punitivo, seria mais racional redirecionar os recursos atualmente destinados à manutenção do cárcere para outras áreas de intervenção estatal. Investimentos em educação básica, saúde, geração de emprego, capacitação profissional, políticas informacionais e programas de tratamento para dependência química revelam-se potencialmente mais eficazes na mitigação das causas estruturais da criminalidade<sup>59</sup>. É inegável que tais medidas demandariam aportes financeiros significativos; contudo, considerando os elevados custos do sistema prisional e a baixa efetividade de seus resultados, mostra-se não apenas razoável, mas necessária, a reorientação das prioridades orçamentárias.

A implementação dessa transformação não se dará de forma imediata, sobretudo em razão da resistência cultural de uma sociedade historicamente habituada ao paradigma punitivo. Ainda assim, a mudança exige um ponto de partida. Nesse sentido, Mathiesen propõe a progressiva abolição do sistema penal nos moldes atualmente existentes, admitindo, em caráter residual, a possibilidade de formas alternativas de contenção para situações extremas em que não haja outra solução viável<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Lista resumida de medidas de apoio às vítimas, de diversas formas: compensação econômica (do Estado) quando isso for pertinente, um sistema de seguro simplificado, apoio simbólico em situações de luto e pesar, abrigos para onde levar as pessoas quando necessitarem de proteção, centros de apoio para mulheres espancadas, solução de conflitos quando isso for possível, e assim por diante. *Ibidem*, p. 96.

<sup>59</sup> Para Mathiesen, a mudança com relação à política de drogas é possivelmente a mais importante, pois atualmente é o maior meio de encarceramento de pessoas que, sem o vício, não representariam qualquer perigo. Assim, é urgente a necessidade de legalizar e regulamentar o uso de entorpecentes, possibilitando tratamento aos que assim desejarem e retirando do cárcere centenas de milhares de pessoas. MATHIESEN, Thomas. 2003, *op. cit.*, p. 97.

<sup>60</sup> *Idem*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que um determinado modelo institucional se justifique, é necessário que seja capaz de atingir, ao menos em alguma medida, os objetivos que motivaram a sua criação. Ainda que tais finalidades não sejam plenamente alcançadas, seria possível sustentar sua legitimidade caso produzisse efeitos socialmente relevantes e positivos. No entanto, no que se refere ao sistema penal contemporâneo, observa-se um cenário de crescente tensionamento entre suas promessas teóricas e seus resultados práticos.

De fato, a pena privativa de liberdade, tal como aplicada, apresenta limitações significativas no cumprimento das funções que lhe são atribuídas, ao mesmo tempo em que produz efeitos colaterais relevantes, como a estigmatização, a exclusão social e elevados índices de reincidência. Isso não significa, contudo, que o Direito Penal deva ser simplesmente descartado, mas impõe a necessidade de uma reflexão crítica acerca de seus limites e de sua real capacidade de resposta ao fenômeno da criminalidade.

Nesse contexto, é importante reconhecer que o Direito Penal, tal como o conhecemos hoje, frequentemente se apresenta como a única solução possível diante do crime. Essa percepção, entretanto, não decorre de uma inevitabilidade natural, mas sim de uma construção histórica e social. O Direito, enquanto produto da sociedade, transforma-se à medida que as próprias estruturas sociais se modificam. Assim, a centralidade do modelo punitivo não deve ser compreendida como definitiva ou imutável, mas como contingente e, portanto, passível de revisão.

É justamente nesse ponto que a contribuição de Mathiesen se mostra relevante. Ao evidenciar as fragilidades do sistema penal e questionar suas bases de legitimidade, o autor não apenas critica o modelo vigente, mas também convida à reflexão sobre alternativas possíveis, como a reorientação de políticas públicas e a redução da centralidade do cárcere. Suas propostas, ainda que possam parecer ambiciosas, cumprem o papel fundamental de ampliar o horizonte de debate e de desafiar a naturalização do paradigma punitivo.

Dessa forma, mais do que oferecer respostas definitivas, a análise desenvolvida ao longo deste trabalho sugere a necessidade de abertura para novos caminhos. A crítica ao sistema penal não implica necessariamente sua rejeição absoluta, mas demanda a construção de modelos mais eficazes, proporcionais e

alinhados às transformações sociais contemporâneas. Em última análise, trata-se de reconhecer que, se o Direito é uma construção humana, também deve ser capaz de se reinventar diante das suas próprias insuficiências.

## REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia e Dogmática Penal: passado e futuro do modelo integral da ciência penal*. 1981. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/21983660/1981-alessandro-baratta---criminologia-e-dogmatica-penal---passado-e-futuro-do-m>>. Acesso em: 30 mar. 2026.
- BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos*. 1. ed. São Paulo: Edições Cultura, 1943.
- BOTTKE, Wilfried. La actual discusión sobre las finalidades de las penas. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Ed.). *Política criminal y nuevo Derecho penal. L.H. a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997. p. 41-71.
- CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli. Prevenção especial negativa da pena: o terreno fértil para a implementação e difusão da lógica atuarial no subsistema jurídico-penal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, p. 114-127, abr. 2018.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a Criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- DIETER, Maurício. Sociedade Black Mirror: Ódio, Vingança e Punição. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=e9mLWHjwEao>>. Acesso em: 30 mar. 2026.
- HASSEMER, Winfried. ¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 3, p. 317-331, 1999.
- HASSEMER, Winfried. Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/36hassemer.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2026.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.

MARTINSON, Robert. What works? Questions and answers about prison reform. Disponível em: <<https://gwern.net/doc/sociology/1974-martinson.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2026.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – Abolição, um sonho impossível? *Verve*, n. 4, p. 80-111, 2003.

MATHIESEN, Thomas. *Prison On Trial*. 3rd ed. Winchester, UK: Waterside Press, 2006.

MATHIESEN, Thomas. Thomas Mathiesen, Professor of Sociology of Law at University of Oslo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=y5vOhwMsWJI&t=552s>>. Acesso em: 30 mar. 2026.

PARMELEE, Maurice. *Criminology*. New York: The Macmillan Company, 1918.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. Os fins das penas e as práticas judiciais – algumas questões. 2001. Disponível em: <[http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/OS%20FINS%20DAS%20PENAS\\_PRATICA%20JUDICIALIA.pdf](http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/OS%20FINS%20DAS%20PENAS_PRATICA%20JUDICIALIA.pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2026.

PELÁEZ, Michelangelo. *Introdução ao estudo da Criminologia*. Coimbra: Coimbra Editora LTDA, 1974.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Critério de Escolha das Penas de Substituição no Código Penal Português. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, número especial «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia». Coimbra, 1988.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª edición alemana e notas por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. Problemas atuais da política criminal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 2, n. 4, p. 11-18, set./dez. 2001.

ROXIN, Claus. Tem futuro o Direito Penal? *Revista dos Tribunais*, ano 90, v. 790, p. 459-474, ago. 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal. Apresentação na XIX Conferência Nacional dos Advogados/OAB. Florianópolis, 2005. Tântalo e seu terrível castigo. Disponível em: <<https://mitologiagrega.net.br/tantalo-e-seu-terrivel-castigo/>>. Acesso em: 30 mar. 2026.

## LETHAL AUTONOMOUS WEAPONS SYSTEMS: LEGAL AND ETHICAL DILEMMAS IN AN ERA OF ALGORITHMIC WARFARE

### ARMAS AUTÔNOMAS LETAIS: DESAFIOS JURÍDICOS E ÉTICOS NA ERA DA GUERRA ALGORÍTMICA

Louise Amorim Beja<sup>1</sup>

Universidade de Coimbra

*"Only the dead have seen the end of war."*

*George Santayana, Soliloquies in England and Later Soliloquies (1922).*

97

#### ABSTRACT

War has long been regulated by International Humanitarian Law (IHL) and International Criminal Law (ICL), aiming to limit violence and ensure accountability for crimes. However, the rise of artificial intelligence and autonomous systems introduces new challenges. Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWs), capable of selecting and attacking targets without human intervention, threaten the normative foundations of the legal order. Unlike traditional or remotely operated weapons, LAWs rely on algorithms, raising ethical and legal dilemmas. Their use undermines principles of dignity, proportionality, and distinction between combatants and civilians, while complicating the attribution of responsibility for violations of IHL. From a Kantian perspective, delegating lethal decisions to machines disregards the intrinsic value of human life, collapsing the moral basis of justice. The lack of consensus on regulating LAWs has stalled treaty efforts, with technologically advanced states resisting limits. This paper examines their definition, risks, human rights impact, and proposes strengthening international regulation, including expanding the ICC's mandate.

**Key-words:** International Humanitarian Law; International Criminal Responsibility; Lethal Autonomous Weapons (LAWs); Ethical Dilemmas of Algorithmic Warfare.

#### RESUMO

A guerra sempre foi regulada pelo Direito Internacional Humanitário (DIH) e pelo Direito Penal Internacional (DPI), visando limitar a violência e responsabilizar autores de crimes. Contudo, o avanço da inteligência artificial e dos sistemas autônomos traz novos desafios. Os Sistemas de Armas Autônomas Letais (LAWs), capazes de selecionar e atacar alvos sem intervenção humana, ameaçam os fundamentos normativos da ordem jurídica internacional. Diferentes das armas tradicionais ou remotamente operadas, as LAWs dependem de algoritmos, levantando dilemas éticos e jurídicos. Seu uso compromete princípios de dignidade, proporcionalidade e distinção entre combatentes e civis, além de dificultar a atribuição de responsabilidade por violações do DIH. Sob uma perspectiva kantiana, delegar decisões letais a

<sup>1</sup>PhD candidate in Legal and Criminal Sciences at the Faculty of Law of the University of Coimbra; Master's degree in Legal and Political Sciences with a specialisation in Public and European International Law and Specialist in Collaborative R&D&I Project Management from the same institution; Postgraduate in Armed Conflicts and Human Rights from the IGC (Human Rights Centre of the University of Coimbra) and the Military University Institute; and in Teaching and Management in Higher Education. Researcher at the University of Coimbra Institute for Legal Research (UCILeR); Scholarship holder from the Foundation for Science and Technology (2025.01733.BD); Member of the Eduardo Correia Institute; Human Rights Activist for Amnesty International Portugal, Coimbra Group. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0003-4120-6868>>. E-mail: [louisebeja@ij.uc.pt](mailto:louisebeja@ij.uc.pt)

máquinas ignora o valor intrínseco da vida humana, corroendo a base moral da justiça. A ausência de consenso sobre sua regulação trava tratados específicos, enquanto Estados tecnologicamente avançados resistem a limites. Este trabalho analisa riscos, impactos e propõe fortalecer normas internacionais, incluindo ampliar o mandato do Tribunal Penal Internacional.

**Palavras-Chave:** Direito Internacional Humanitário; Responsabilidade Penal Internacional; Armas Autônomas Letais (LAWs); Dilemas Éticos da Guerra Algorítmica.

## INTRODUCTION

War is a social and political phenomenon that has always been subject to normative principles aimed at mitigating its destructive consequences and protecting those who are not directly involved in it. International Humanitarian Law (IHL) and International Criminal Law (ICL) have become central tools for limiting the use of force and holding perpetrators accountable for war crimes and serious human rights violations. However, the evolution of military technology, specifically in the field of artificial intelligence and autonomous systems, creates new and unique problems for the governance of war and the attribution of criminal responsibility.

One such challenge is the emergence of Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWs), whose deployment in conflict theatres threatens the normative basis of the international legal order. LAWs are defined as weapons systems capable of selecting and engaging targets without human intervention in the decision-making process at the moment of firing. Unlike traditional weapons and even weapons operated remotely by human operators, Lethal Autonomous Weapons rely on algorithms and probabilistic models that process data in real time to optimise the execution of military objectives.

But this optimisation of lethality raises questions that go beyond the operationally imperative sphere. The autonomisation of lethal force undermines the classical conception of war as a phenomenon that can be regulated according to human rationality, which violates the principles of dignity, proportionality, and distinction between combatants and non-combatants. This, in turn, jeopardises the very concept of being able to blame and hold accountable those deemed guilty of violations of IHL, insofar as there may be systems operating without moral judgement.

From a Kantian perspective, war, although an undesirable reality, must be limited by rational principles that ensure the observance of humanity in its participants. Human dignity is an absolute value in Immanuel Kant's thinking, meaning that no

person can be treated as merely a means to external ends.<sup>2</sup> This ethical conception resonates with the legal framework that underpins both IHL and IPL, assuming that conduct during war is governed by objective and universally applicable rules. However, if lethal decisions are entrusted to machines incapable of understanding the intrinsic value of human life, then the moral basis on which the distinction between legitimate and illegitimate use of force rests collapses. Thus, the question arises: can international criminal responsibility accommodate the complexity of LAWs without distorting the fundamental principles of justice?

Faced with these uncertainties, the international community has been debating the need for a specific treaty to regulate LAWs. However, the lack of consensus on the legal status of LAWs hinders the creation of binding regulations. States with greater technological development tend to resist the imposition of limits, arguing that the use of these weapons can reduce risks to their own military personnel. However, regulatory inertia could result in an algorithmic arms race, in which war would become progressively dehumanised and less subject to legal control.

In this context, this paper analyses the legal and ethical challenges associated with LAWs from the perspective of International Criminal Law and human rights. The first chapter addresses the definition and classification of LAWs, as well as the risks inherent in their use in armed conflicts. The second chapter explores the impact of these weapons on the protection of human rights, discussing the loss of meaningful human control, the dehumanisation of conflicts, and the challenges related to criminal accountability. Finally, the third chapter presents proposals for strengthening international regulations applicable to LAWs, including the possibility of a new treaty and the expansion of the International Criminal Court's mandate to cover crimes committed by autonomous systems.

## 1. LETHAL AUTONOMOUS WEAPONS AND THE CHALLENGES FOR INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

### 2.

<sup>2</sup>Kant, I. (1785/1997). *Fundamentação da metafísica dos costumes* [Groundwork of the Metaphysics of Morals] (P. Quintela, Trans.). Lisboa: Edições 70. Available at: <<https://id.bnportugal.gov.pt/bib/bibnacional/1874091>>, accessed on 1 March 2025 (Original work published 1785).

### 1.1. Definition and Classification of LAWs

Lethal Autonomous Weapons are weapon systems that operate independently of direct human intervention in the selection and neutralisation of targets. They differ from conventional drone-guided systems in that they do not require a human operator to make specific decisions in real time. This operational autonomy can be classified into different degrees, depending on the extent of human control over the system.<sup>3</sup>

The specialised literature distinguishes three main categories of LAWs: (i) human-supervised systems, where the machine performs actions upon the express authorisation of an operator; (ii) semi-autonomous systems, which have partial decision-making capacity, but with the possibility of human intervention for final approval; and (iii) fully autonomous systems, which carry out military operations without any human interference at the moment of lethal action. The latter category raises the most concerns, as it questions the very notion of morally justifiable decision-making in a conflict context, and is therefore the one that this paper seeks to examine in detail.<sup>4</sup>

The classification of LAWs, however, is not limited to a technical or operational problem. Kant argued that true autonomy is based on practical reason and moral self-determination.<sup>5</sup> In any event, a weapon, however sophisticated, can never possess such a capacity, because it does not act in accordance with universal principles, but rather according to probabilistic calculations and pre-programmed commands. Thus, any attempt to attribute to LAWs a status analogous to that of a moral agent is a legal fiction that compromises the very foundations of criminal imputability.

### 1.2. Benefits and Risks Associated with the Use of LAWS

<sup>3</sup>Boulanin, V., & Verbruggen, M. (2017). *Mapping the development of autonomy in weapon systems*. Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI). Available at: <<https://www.sipri.org/publications/2017/policy-reports/mapping-development-autonomy-weapon-systems>>, accessed on 1 March 2025.

<sup>4</sup>Valente, M. M. G. (2024). *A utilização de robots na guerra: A responsabilidade penal* [The use of robots in war: Criminal liability]. In M. M. G. Valente (Ed.), *Ciências Criminais e Inteligência Artificial* [Criminal Sciences and Artificial Intelligence] (p. 14). Almedina. See also: Lemos, M., & Costa, M. J. (2022). *Inteligência Artificial e Direito da Guerra: Reflexões sobre as Armas Autônomas Mortíferas* [Artificial Intelligence and the Law of War: Reflections on Lethal Autonomous Weapons]. In A. M. Rodrigues (Ed.), *A Inteligência Artificial no Direito Penal. Vol. II* [Artificial Intelligence in Criminal Law. Vol. II] (pp. 91–124). Almedina.

<sup>5</sup>Heyns, C. (2013). *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*. United Nations. Available at: <<https://digitallibrary.un.org/record/755741?v=pdf>>, accessed on 01 February 2026.

Technological advances applied to the military field have historically been accompanied by arguments extolling their ability to reduce collateral damage and make war “cleaner.” In the context of Lethal Autonomous Weapons (LAWs), this rhetoric manifests itself in the belief that such systems, being free from emotions and irrational tendencies, can act with greater precision, minimizing errors and, consequently, reducing civilian and military casualties.<sup>6</sup> In addition, its proponents argue that by eliminating the need for human presence in combat scenarios, LAWs could preserve the lives of soldiers and operators, reducing human exposure to unnecessary risks. However, this technocratic view of war ignores a number of structural problems that compromise the ethical and legal viability of using LAWs.

First, there is a fundamental problem related to the lack of meaningful human control. Boulanin & Verbruggen warn that removing or reducing human oversight in lethal decision-making can lead to situations where attacks are conducted based on opaque criteria, making it impossible to assign responsibility in the event of an error.<sup>7</sup> Although advanced machine learning systems and predictive algorithms can optimize target selection, the impossibility of immediate human intervention compromises the ethics of lethal decision-making. By transferring the power to decide on life and death to a machine, a logic of mechanized warfare is established that undermines the moral autonomy of the human agent.

The second concern is the violation of the principle of human dignity. International humanitarian law is based on the premise that acts of war must always be conducted by agents capable of distinguishing between right and wrong.<sup>8</sup> However, LAWs operate according to probabilistic rules and predictive models that do not consider the moral complexity of combat situations. A system that determines lethality based on data, without any understanding of the dignity of the other, contradicts Kant's categorical imperative, which requires that every human being be treated as an end in itself. What is at stake, therefore, is not only the technical accuracy of LAWs, but their ontological incompatibility with a legal system based on moral imputability.

<sup>6</sup> Arkin, R. C. (2010). *Governing lethal behavior in autonomous robots*. CRC Press.

<sup>7</sup> Boulanin, V., y Verbruggen, M. (2017). *Mapping the development of autonomy in weapon systems*. Instituto Internacional de Investigación para la Paz de Estocolmo (SIPRI). Disponible en: <<https://www.sipri.org/publications/2017/policy-reports/mapping-development-autonomy-weapon-systems>>, consultado el 1 de marzo de 2025.

<sup>8</sup> Heyns, C. (2013). *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*. United Nations. Disponible em: <https://digitallibrary.un.org/record/755741?v=pdf>, acesso em 24 de fevereiro de 2026.

Another significant risk is the possibility of errors in target identification. LAWs rely on databases and sensors to operate, but these systems are not immune to failure. The misidentification of combatants, the inability to interpret complex scenarios and susceptibility to external interference can lead to attacks on civilians or protected infrastructure. The problem is exacerbated by vulnerability to cyberattacks, as AI-based military systems can be targeted by *hacking*, being reprogrammed to act against their operators or cause unforeseeable collateral damage.

The lack of *accountability* is another key issue<sup>9</sup>. If an LAWs commits a serious violation of International Humanitarian Law, who should be held responsible? The programmer who wrote the algorithm? The military commander who authorised the use of the system? The state that funded its development? This lack of clarity creates a grey area where responsibility is diluted, making it difficult, if not almost impossible, to attribute blame to a specific individual.

Finally, there is the risk of conflict escalation. Sharkey observes that the proliferation of LAWs could alter the dynamics of war, making it more accessible and less costly for technologically advanced states. By reducing the number of military casualties, policy-makers may feel less pressure to avoid armed conflicts, thereby encouraging a scenario of global instability and technological asymmetry.<sup>10</sup> This could result in an algorithmic arms race, in which military power ceases to depend on strategic capability and comes to be determined by the sophistication of AI systems.<sup>11</sup>

<sup>9</sup>In the legal sphere, *accountability* refers to the responsibility and obligation to give an account of one's actions; in the context of Lethal Autonomous Weapons (LAWs), the absence of a direct human agent at the moment of the lethal decision calls into question the possibility of attributing blame, since the actions of these systems derive from algorithmic processes that are often opaque and unpredictable. Cf. Kesavan, Sanjay, *Autonomous Weapon System: Accountability Under International Criminal Law* (15 April 2024). Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=4819857>>, accessed 15 February 2025; See also: Jain, N. (2023). *The accountability gap in international law: Who is responsible for AI-driven war crimes?* *International Law Studies*, 99(4), 567–589.

<sup>10</sup>Sharkey, N. (2018). The impact of autonomous military systems on international peace and security. In Bhuta, N., Beck, S., Geiß, R., Liu, & H., C. Kreß (Eds.), *Autonomous weapons systems: Law, ethics, policy* (pp. 333-352). Cambridge University Press.

<sup>11</sup>Despite fears of an uncontrolled escalation of conflicts due to the autonomy of weapons, the current political climate reveals a contrary trend at a global level, where political discourse has been characterised by calls to strengthen conventional armaments. In the case of Europe, this phenomenon has become particularly evident with the recent statement by Ursula von der Leyen, President of the European Commission, in which she argued for the urgent need to 'rearm Europe' and to significantly increase investment in defence due to the complex contemporary geopolitical landscape (Observador, 2025). This stance reflects the growing perception that states must prepare to face new security challenges, which may mean bolstering traditional arsenals rather than placing an unrestricted focus on the autonomisation of weaponry. (RTP, 2025). Thus, one must consider the possibility that, in a future scenario, LAWs may be viewed not as substitutes for conventional armies, but as complementary components of a broader military strategy.

Therefore, the purported benefits of LAWs reveal that their risks are not merely secondary or collateral, but structural. The replacement of human moral judgement with algorithmic processes renders the attribution of criminal responsibility unfeasible and undermines the fundamental principles of international humanitarian law. Kant maintained that morality is an inalienable condition of freedom, and that any system which disregards this prerogative is destined to dehumanise existence itself. By transferring lethal decision-making to entities devoid of conscience and a sense of justice, LAWs represent, rather than an evolution, a regression in the way conflicts are conducted.<sup>12</sup>

If war, however undesirable, must be regulated by norms aimed at preserving what is human even on the battlefield, then it is imperative to question to what extent the autonomisation of lethality is compatible with legal civilisation. It is not, therefore, merely a matter of discussing the effectiveness of LAWs, but of questioning whether international criminal law is prepared to deal with a form of warfare in which responsibility becomes, paradoxically, increasingly impersonal and intangible. These issues will be explored in greater detail below.

### 1.3. Legal Framework and Limitations of the Rome Statute

The Rome Statute of the International Criminal Court (ICC)<sup>13</sup> constitutes the cornerstone of international criminal law, establishing the parameters for accountability for war crimes, crimes against humanity and genocide. However, the document reflects a legal paradigm that presupposes the existence of a human agent as the perpetrator of such crimes. The autonomisation of warfare systems, embodied by Lethal Autonomous Weapons (LAWs), challenges this traditional conception, as it shifts the decision-making regarding lethal force from humans to machines, creating a regulatory vacuum that undermines the attribution of criminal responsibility. Without specific provisions for LAWs, the Rome Statute proves inadequate to address the complexities of algorithmic warfare.

The decision-making autonomy of LAWs raises far-reaching ethical and legal issues. Firstly, the problem of algorithmic transparency known as the “black box”<sup>14</sup>

<sup>12</sup>Kant, I. (1785/2003). *Groundwork of the Metaphysics of Morals* (trans. P. Quintela). Ed. 70.

<sup>13</sup>International Criminal Court. (1998). *Rome Statute of the International Criminal Court*. United Nations. Available at: <https://www.icc-cpi.int/resource-library>, accessed on 1 March 2026.

<sup>14</sup>Or, as it is also known in the literature as the “*black box problem*” – the opacity of algorithmic systems prevents a clear reconstruction of the causal chain that led to the attack. See Sousa, S. A. (2022). “It

makes it difficult to understand how lethal decisions are processed.<sup>15</sup> The opacity of artificial intelligence systems prevents the reconstruction of causal chains, making it virtually impossible to determine with precision whether an error stemmed from a programmer's mistake, the way the data was processed, or a structural flaw in the algorithm. This problem is not merely technical, but rather a challenge to *accountability* in International Criminal Law<sup>16</sup>.

Among the main challenges of the current legal framework, the following stand out: Algorithmic Discrimination: AI systems, far from being neutral, are conditioned by the data that feeds them. This means that if algorithms are trained with biased information, LAWs may reproduce discriminatory patterns when selecting targets. Studies show that such biases can disproportionately affect vulnerable populations<sup>17</sup>, raising concerns about systematic violations of International Humanitarian Law.

Lack of Direct Criminal Liability: The Rome Statute is structured around individual accountability for international crimes, as set out in Article 25. This provision stipulates that only individuals can be held criminally liable, which creates an impasse in cases where unlawful acts are committed by autonomous systems. As international criminal law does not provide for the possibility of holding a machine directly liable, there are also no provisions for attributing blame to developers and manufacturers of LAWs. This gap may lead to impunity, insofar as crimes committed through such systems may not have a directly liable criminal subject<sup>18</sup>. Consequently, the absence of a clearly identifiable human perpetrator poses a significant normative challenge to the administration of international justice.

---

wasn't me, it was the machine": Theory of crime, liability and artificial intelligence. In A. M. Rodrigues (Ed.), *Artificial Intelligence in Criminal Law* (pp. 66–68). Almedina. This raises the following question: if it is not possible to determine precisely whether an error resulted from a programmer's mistake, algorithmic programming or an unforeseeable automated decision, how can the culpability of a human agent be established? Criminal liability in the context of AALs therefore requires a broader review of the concept of imputability in international criminal law, to include technical parameters that allow us to identify at what point human supervision failed and, thus, to define legal liability.

<sup>15</sup>Marchant, G. E., Allenby, B. y Herkert, J. (2020). *La creciente complejidad de los sistemas autónomos y el problema de la rendición de cuentas*. *Ethics and Information Technology*, 22(3), 217-228.

<sup>16</sup>Jain, N. (2023). *La brecha de responsabilidad en el derecho internacional: ¿Quién es responsable de los crímenes de guerra cometidos por la IA?* *International Law Studies*, 99(4), 567-589.

<sup>17</sup>Ekelhof, M. A. (2019). Sistemas de armas autónomas letales, control humano y el estatus especial de la toma de decisiones militares. *Revista de Ética y Asuntos Internacionales*, 33(1), 37–52. <https://doi.org/10.1017/S089267941800097X>

<sup>18</sup>Acquaviva, G. (2023). Crimes without Humanity? Artificial Intelligence, Meaningful Human Control, and International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, 21(5), 981–1004. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqad024>.

Circumvention of State Responsibility: States that invest in and deploy LAWS within their military arsenals often delegate operational decisions to private companies and contractors. This outsourcing of warfare creates an additional problem: the dilution of state responsibility. As a result, human rights violations committed by LAWS may be attributed to non-state actors, thereby evading conventional international obligations.

The limitations of the Rome Statute in addressing algorithmic warfare reflect a fundamental dilemma for international criminal law. Kant argued that justice must be applied according to universal and impartial principles, ensuring that all morally reprehensible acts are punishable.<sup>19</sup> However, if war crimes committed by humans can be prosecuted, there is no justification for those committed by autonomous systems to fall outside the reach of justice. The Rome Statute's omission in this regard creates a paradox: whilst International Humanitarian Law reinforces the need for control over lethal means, it allows weapons operated by artificial intelligence to act without a clear regime of accountability.

Against this backdrop, the issue is not merely to adapt International Criminal Law to new technologies, but rather to rethink the very concept of guilt and accountability in times of automated warfare. If the current system is maintained, the world may witness a new era of impunity, in which crimes are committed without the possibility of attributing responsibility to a specific individual. This leads to a deeper reflection on the limits of the legal system and on the need to establish new paradigms to hold accountable those involved in the creation, development and use of LAWS.<sup>20</sup>

In short, the Rome Statute, as conceived, faces difficulties in holding the true perpetrators accountable. The identified regulatory gaps highlight the need for a broader debate on the adequacy of international criminal law to contemporary technological realities. The problem is not merely the absence of a criminally liable

<sup>19</sup>Kant, I. (1795/2008). *Perpetual Peace and Other Essays* (trans. A. Morão). Edições 70.

<sup>20</sup>The use of artificial intelligence for military purposes is no longer a mere theoretical abstraction, but an operational reality in some conflict zones. In the context of the war between Israel and Palestine, investigations reveal that an AI system known as *Lavender* has been used to select targets for air strikes in Gaza. These algorithmic decisions, in addition to lacking transparency, are made based on prior calculations that estimate the acceptable number of civilian casualties, which raises serious concerns about the compliance of this model with International Humanitarian Law (IHL, 2024; O Globo, 2024). The growing use of these technologies in war zones indicates that the absence of clear regulation may lead to the normalisation of practices that undermine the distinction between combatants and non-combatants, as well as the principle of proportionality in armed conflicts (A Pública, 2024).

party, but rather the lack of a regulatory framework that prevents such systems from operating without control and without legal consequences.

#### 1.4. *The Legal Framework for LAWs in International Criminal Law*

Currently, there is no specific regulation covering LAWs in international law. The Rome Statute, a fundamental document of international criminal law (ICL), presents challenges in its application to crimes committed by LAWs, particularly with regard to the accountability of individuals and entities involved in their development and use.

Article 8 of the Rome Statute defines war crimes, but does not expressly provide for liability for the use of LAWs. However, certain acts that may be committed using these weapons fall within the scope of existing war crimes, such as intentional attacks against civilian populations, the indiscriminate destruction of protected property, and the use of means of combat that cause unnecessary suffering. The lack of a specific regulatory framework for LAWs prevents their use from being properly analysed within the current IHL regime.

Commander responsibility, as provided for in Article 28<sup>o</sup> of the Rome Statute, establishes that superiors may be held accountable when they permit or fail to prevent crimes committed by subordinates. In the context of LAWs, this article could be interpreted broadly to cover commanders who authorise the use of such weapons without ensuring effective oversight and control mechanisms. However, the difficulty in proving intent (*mens rea*) in errors committed by LAWs limits its application<sup>21</sup>. If an autonomous system acts unexpectedly, becoming unpredictable even to its operators, it may be difficult to attribute direct blame to a commander, as the latter would have no way of predicting or controlling all the variables of the weapon's algorithmic behaviour.

In the context of international criminal law and accountability for war crimes, the concept of *mens rea* plays a central role in the criminal imputation of agents involved in unlawful acts<sup>22</sup>. Traditionally, *mens rea* refers to the mental state of the perpetrator at the time the crime is committed, encompassing different degrees of culpability, ranging from direct intent to gross negligence<sup>23</sup>. However, the autonomisation of military systems, such as Lethal Autonomous Weapons (LAWs), challenges this

<sup>21</sup>Schmitt, M. (2013). *Autonomous weapon systems and international humanitarian law: A reply to the critics*. Harvard National Security Journal, 4(1), 1-20.

<sup>22</sup>Cassese, A. (2008). *International Criminal Law (2nd ed.)*. Oxford University Press.

<sup>23</sup>Ambos, K. (2016). *Treatise on International Criminal Law: Volume I – Foundations and General Part*. Oxford University Press.

dogmatic framework, as the lethal decision is delegated to an algorithmic system, which is often opaque and unpredictable<sup>24</sup>. Thus, the difficulty lies in determining whether and how a military commander, a remote operator, or even an AI developer can be considered to possess *mens rea* when the lethal outcome stems from algorithmic processes<sup>25</sup>.

Authors such as Schmitt argue that, in the case of LAWs, the attribution of *mens rea* to the superior officer may be compromised due to the difficulty in demonstrating that the latter had actual knowledge of how the AI would process the data to make lethal decisions. This issue is particularly sensitive in light of Article 28 of the Rome Statute, which requires that the commander “had or ought to have had knowledge” of the crime committed by subordinates.<sup>26</sup> In the context of LAWs, the legal status of AI as a “subordinate” is not clearly defined, creating a legal vacuum.

On the other hand, Jain emphasises that criminal responsibility in the context of algorithmic warfare may require a reconfiguration of the traditional concept of *mens rea*, so as to include not only the subjective intent of the human agent, but also the degree of foreseeability and control that the agent had over the machine.<sup>27</sup> This would entail that intent could be interpreted more broadly, treating failures of supervision and of algorithmic design as relevant elements for criminal attribution.

Another significant legal challenge concerns the liability of developers. At present, programmers and companies responsible for the development of AI are not held criminally responsible for war crimes committed through their technologies, creating an “accountability vacuum”.<sup>28</sup> Article 25 of the Rome Statute provides for individual criminal responsibility, but applies only to natural persons, excluding companies and legal entities. A normative model designed to hold political and military leaders accountable proves inadequate to address the realities of LAWs, since these systems result from the interaction of diverse actors developers, manufacturers,

<sup>24</sup>Dubber, M. D. (2020). *Theories of Crime and Artificial Intelligence*. Cambridge University Press.

<sup>25</sup>Schmitt, M. (2013). *Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law: A Reply to the Critics*. Harvard National Security Journal, 4(1), 1–20; See also: Sousa, S. A. (2022). “It wasn’t me, it was the machine”: Theory of crime, liability and artificial intelligence. In A. M. Rodrigues (Ed.), *Artificial Intelligence in Criminal Law* (pp. 59–95). Almedina.

<sup>26</sup>Schmitt, M. (2013). *Autonomous weapon systems and international humanitarian law: A reply to the critics*. Harvard National Security Journal, 4(1), 1–20.

<sup>27</sup>Jain, N. (2023). The accountability gap in international law: Who is responsible for AI-driven war crimes? *International Law Studies*, 99(4), 567-589.

<sup>28</sup>Jain, N. (2023). The accountability gap in international law: Who is responsible for AI-driven war crimes? *International Law Studies*, 99(4), 567-589.

suppliers, and military personnel thus complicating the attribution of blame to a single agent. Against this backdrop, two possible approaches can be discussed within international criminal law in response to new technological realities:

Expansion of the doctrine of command responsibility: Article 28 could be interpreted so as to encompass responsibility of commanders who authorise the use of LAWs without adequate control. This would require revisiting ICL doctrine to include a duty of continuous supervision over autonomous systems, as well as requirements for auditing AI-generated decisions. This approach, however, faces practical obstacles, as commanders may claim they lack sufficient technical knowledge to understand and anticipate failures in systems operating through complex algorithms.

Adoption of specific norms for crimes committed through LAWs: a more effective solution could be the development of an international norm that attributes responsibility directly to States and companies involved in the development, production, and use of LAWs. Such a framework would allow developers and manufacturers to be held accountable in cases of systemic failures or design defects resulting in serious violations of IHL. This approach would address the gap in Article 25, which currently does not permit the criminal responsibility of legal persons.

Wherever the chain of command still includes a human being who orders or controls the actions of a LAWs, that person may be held responsible for its unlawful use. The ICC, operating under the Rome Statute, could establish guidelines for accountability not only of military commanders, but also of operators and engineers involved in the development of LAWs. Nevertheless, proving effective control over the machine's lethal decision remains a central difficulty.

Accordingly, algorithmic warfare is not only a military and ethical challenge, but also one that requires rethinking the current model of international justice. Developing legal mechanisms to hold States, commanders, and AI developers accountable is essential to prevent impunity and to ensure that technological progress does not erode the foundational principles of IHL.

More serious than the legal uncertainty resulting from the absence of specific regulation is the impact that LAWs may have on the very manner in which conflicts are conducted. Throughout history, war has been associated with a moral calculus: violence, however devastating, was accompanied by restraints intended to preserve the humanity of those involved. The autonomisation of lethality, however, places that

balance at risk, turning destruction into a purely technical operation, devoid of ethical judgement and moral responsibility.

If human dignity must always be treated as an end in itself and never merely as a means to external ends, delegating lethal decisions to machines constitutes an affront to this fundamental maxim. The mechanistic logic governing autonomous systems may dehumanise the very act of war, increasingly distancing those who initiate and control it from the devastating effects it produces. Beyond legal questions, a deeper ethical reflection is therefore required on the impact of LAWs on the protection of fundamental rights in times of conflict.

Thus, the debate cannot remain confined to the need for normative revision of international criminal law. The real problem lies in the compatibility between algorithmic warfare and the protection of human rights. Accordingly, this issue will be examined in greater depth below, analysing the risks inherent in the use of LAWs for the foundational principles of IHL and for human dignity itself.

## 2. THE IMPACT OF LETHAL AUTONOMOUS WEAPONS ON THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

The defining feature of LAWs is their ability to select and attack targets without direct human intervention. This fact creates a legal and ethical paradox: on the one hand, the use of these weapons may be justified as a means of reducing civilian casualties by eliminating human error and increasing the precision of attacks;<sup>29</sup> on the other, the total absence of direct human intervention compromises the ability to assess complex contexts, resulting in opaque and unpredictable lethal decisions.

The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and international treaties establish that human life must be protected against arbitrary deprivation.<sup>30</sup> Yet, when an autonomous system makes a decision to kill, can one guarantee that such a decision is not arbitrary? The absence of a subjective moral criterion makes this question even more urgent, as algorithms possess no ethical conscience, but only statistical patterns derived from training data.<sup>31</sup> There is therefore a risk that LAWs

<sup>29</sup>Arkin, R. (2013). Lethal autonomous systems and the plight of the non-combatant. *AISB Quarterly*, (137), 1-9.

<sup>30</sup>Assembleia Geral das Nações Unidas. (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos.

<sup>31</sup>Marchant, G. et al. (2011). International governance of autonomous military robots. *Columbia Science and Technology Law Review*, 12, 273–315.

reproduce algorithmic bias, leading to discrimination in target selection and violating the principle of human dignity.<sup>32</sup>

The growing autonomy of LAWs drastically reduces meaningful human control over life-and-death decisions. The International Committee of the Red Cross (ICRC) emphasises that human oversight of the use of force is essential to ensure compliance with IHL.<sup>33</sup> The Martens Clause, enshrined in the Additional Protocols to the Geneva Conventions, provides that even where a situation of war is not explicitly regulated by positive law, the principles of humanity and the dictates of public conscience must prevail.<sup>34</sup>

In international tribunals, the Martens Clause has been invoked to argue that any use of weapons that escapes human control may be incompatible with IHL.<sup>35</sup> Accordingly, the introduction of LAWs without guarantees of meaningful human control may be interpreted as a breach of that principle, opening the way for claims that their use is unlawful.

### *2.1. Breach of the Principles of International Humanitarian Law*

International humanitarian law is grounded in a set of norms intended to limit the effects of armed conflict, ensuring that war is conducted with the minimum possible human suffering. For the purposes of this analysis, the following principles are particularly relevant:

- Humanity: limits war, ensuring that military violence does not exceed the demands of human dignity, as reflected in the Geneva Conventions and the Rome Statute of the International Criminal Court;<sup>36</sup>
- Distinction: requires that combatants be distinguished from civilians, ensuring that only the former are legitimate targets;<sup>37</sup>

<sup>32</sup>Ekelhof, M. A. (2019). Lethal autonomous weapons and targeting processes: The moral implications of human-machine interaction. *International Review of the Red Cross*, 100(1), 119-144.

<sup>33</sup>Comité Internacional da Cruz Vermelha (CICV). (2006). *A Guide to the Legal Review of Weapons, Means and Methods of Warfare*. Geneva: ICRC.

<sup>34</sup>Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 1949, Protocolo I, Artigo 1.º, parágrafo 2.º (1977).

<sup>35</sup>Weizmann, N. (2014). *Autonomous Weapons Systems under International Law*. Academy Briefing no. 8, Geneva Academy.

<sup>36</sup>Valente, M. M. G. (2024). A utilização de robots na guerra: A responsabilidade penal. In M. M. G. Valente (Coord.), *Ciências Criminais e Inteligência Artificial* (p. 18). Almedina.

<sup>37</sup>CICV. (2016). *Autonomous Weapon Systems: Implication of Increasing Autonomy in the Critical Functions of Weapons*. Geneva: International Committee of the Red Cross.

- Proportionality: requires that incidental civilian harm not be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated from an attack;<sup>38</sup>
- Military Necessity: requires that the force employed be strictly necessary to achieve a legitimate objective, avoiding disproportionate actions.<sup>39</sup>

However, the operationalisation of these principles becomes highly problematic when applied to LAWS. Their capacity to make decisions independently raises serious doubts as to whether these foundational directives can be complied with. Unlike human beings, who can assess subjective and contextual factors on the battlefield, AI systems rely on predictive algorithms and statistical patterns that lack the capacity to interpret legal and ethical nuances.<sup>40</sup>

The distinction between combatants and non-combatants is among the most critical challenges. IHL requires that attacks be directed exclusively against military objectives, but LAWS, operating on the basis of data and pre-programmed classifications, may err in identifying a lawful target. Issues such as combatants wearing civilian clothing, the presence of human shields, or chaotic movement in urban areas create highly complex scenarios that an AI may not be able to interpret correctly.<sup>41</sup>

Concerns about distinction become even more acute when one considers concrete cases of AI use in military operations. The Lavender system, reportedly used by Israel in the Gaza conflict, is a paradigmatic example of the challenges posed by algorithmic decision-making in contemporary warfare. Reports indicate that this AI was employed to identify and flag targets, relying on large volumes of data collected through aerial surveillance and intercepted communications. There are, however, indications that the system's criteria led to the overestimation of threats and the misclassification of civilians as combatants, potentially resulting in attacks on unlawful targets.<sup>42</sup>

<sup>38</sup>Schmitt, M. (2013). Autonomous weapon systems and international humanitarian law: A reply to the critics. *Harvard National Security Journal*, 4(1), 1-20.

<sup>39</sup>Convenção de Genebra de 1949 e Protocolos Adicionais (1977).

<sup>40</sup>Boularin, V., & Verbruggen, M. (2017). Mapping the development of autonomy in weapon systems. Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI). Available at: <<https://www.sipri.org/publications/2017/policy-reports/mapping-development-autonomy-weapon-systems>>, accessed on 4 March 2025.

<sup>41</sup>Melzer, N. (2016). Human Rights Implications of the Usage of Drones and Unmanned Robots in Warfare. United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR).

<sup>42</sup>IHU. (2024, abril 4). Lavender: A inteligência artificial de Israel que decide quem é bombardeado em Gaza. Instituto Humanitas Unisinos. Available at: <<https://www.ihu.unisinos.br/categorias/638566-lavender-a-inteligencia-artificial-de-israel-que-decide-quem-e-bombardeado-em-gaza>>, accessed on 17 February 2025.

The lack of transparency in the way Lavender's algorithms operate raises fundamental questions about responsibility and compliance with IHL. In the absence of clarity concerning the precise parameters used to determine a target's identity, it becomes extremely difficult to verify whether the decisions taken respect the principle of distinction. Moreover, reports suggest that the system was designed to operate with a considerable error threshold, permitting decision-making that tolerated a pre-calculated number of civilian casualties. Such an approach directly conflicts with humanitarian principles, as it runs counter to the duty of precaution in the conduct of attacks.<sup>43</sup>

Proportionality, in turn, is even more difficult to guarantee through autonomous systems. The principle requires a moral and legal judgement to weigh whether a particular attack will cause greater harm than the concrete military advantage anticipated. A LAWs cannot subjectively assess the tactical significance of a target, nor can it weigh humanitarian consequences in an ethically meaningful way. Studies show that AI systems may be manipulated through external interference or programmed with bias, leading to erroneous interpretations that produce disproportionate attacks.<sup>44</sup>

The principle of military necessity is likewise compromised by the functioning of LAWs. If an autonomous system is programmed to eliminate any potential threat within an operational perimeter, it may make attack decisions without considering less lethal alternatives, such as the surrender of combatants or the use of non-lethal force. In addition, the opacity of the algorithms used in these systems often described as the "*black box*" problem prevents transparent auditing of the decisions made, making it difficult to attribute responsibility for failures or violations of IHL.<sup>45</sup>

The Martens Clause, set out in the Preamble to the 1899 Hague Convention and reaffirmed in the Additional Protocols to the Geneva Conventions, provides that in situations where there is no specific regulation, "civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of the law of nations, as they result from

<sup>43</sup>O Globo. (2024, abril 4). Israel usou IA para definir 37 mil alvos, com cálculo de permissão prévia de morte de civis, diz investigação. Available at: <<https://oglobo.globo.com/mundo/noticia/2024/04/04/israel-usou-ia-para-definir-37-mil-alvos-com-calculo-de-permissao-previa-de-morte-de-civis-diz-investigacao.ghtml>>, accessed on 17 February 2025. <sup>44</sup>Russell, S. (2019). Human Compatible: Artificial Intelligence and the Problem of Control. Viking Press.

<sup>44</sup>Russell, S. (2019). Human Compatible: Artificial Intelligence and the Problem of Control. Viking Press.

<sup>45</sup>Docherty, B. (2012). Losing Humanity: The Case Against Killer Robots. Human Rights Watch.

established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience”.<sup>46</sup> This clause has been invoked before international tribunals to argue that, even in the absence of specific norms for LAWs, they must be governed by fundamental principles of humanity and ethics in war.<sup>47</sup> Accordingly, any use of weapons that escapes meaningful human control may be interpreted as a serious breach of the Martens Clause, calling into question the legality of their use in contemporary conflicts.

Thus, the advance of LAWs without adequate human control represents a critical challenge to the effective application of IHL. The risk of systematic breaches of distinction, disproportionate attacks, and military decisions without justified necessity reinforces the need for an in-depth debate on the legitimacy of employing such technologies on the battlefield. Without guarantees that autonomous systems can operate within the legal and ethical parameters demanded by IHL, their deployment may lead to a significant erosion of fundamental rights in armed conflict.

Replacing human discernment with algorithmic processes in the use of lethal force constitutes a degradation of the ethics of war, as it shifts responsibility for the decision to a mechanised system that operates without any intrinsic regard for the dignity of those targeted.<sup>48</sup> If war is conducted without moral judgement, in accordance with the mechanistic logic of LAWs, there is a risk of transforming armed conflict into a process of indiscriminate annihilation, in which legal norms cease to have practical applicability. Human dignity, a foundational principle of international human rights law, thus becomes increasingly vulnerable in the face of the growing autonomisation of weaponry and the lack of control over its operation in theatres of military operations.

## *2.2. The Logic of “Legal by Design” in Algorithmic Warfare: Between Programming and Human Morality*

The concept of “legal by design”, applied to LAWs, proceeds from the premise that a robotic system can be designed with a normative and ethical framework embedded in its algorithms, enabling it to decide autonomously whether to fire or not,

<sup>46</sup>Convenção de Haia, Preâmbulo, 1899.

<sup>47</sup>Weizmann, N. (2014). Autonomous Weapons Systems under International Law. Academy Briefing no. 8, Geneva Academy.

<sup>48</sup>Bhuta, N., Beck, S., Geiß, R., Liu, & H., C. Kreß (Eds.), Autonomous weapons systems: Law, ethics, policy (pp. 333-352). Cambridge University Press.

between life and death.<sup>49</sup> The underlying ideal is the possibility of modelling a machine that, through the parametrisation of legal rules and ethical principles, could conduct military operations while respecting the limits imposed by IHL and human rights. This model, however, confronts fundamental contradictions, particularly when analysed in light of the UDHR and international treaties that protect dignity and human life.

At the technical level, designing lethal systems based on legal by design would mean that military decisions are taken by an algorithm structured around programmed norms to distinguish combatants from civilians, assess proportionality, and evaluate military necessity. This model seeks to minimise human error and ensure that the use of lethal force fits within a pre-defined normative framework. Yet such an approach ignores the moral and contextual complexity of war, reducing the application of law and ethics to binary calculations.<sup>50</sup> War, as a human phenomenon, is marked by unpredictable factors that cannot be translated solely into zeros and ones.

Article 3 of the UDHR provides that “everyone has the right to life, liberty and security of person”.<sup>51</sup> On this basis, one may argue that delegating lethal decisions to an algorithmic system undermines the requirement of universal protection of human life, since there is no moral subject responsible for the choice to attack. AI, however advanced, does not comprehend the moral value of human life; it only processes data on the basis of statistics and patterns. Accordingly, the introduction of LAWs that autonomously decide upon targets creates a scenario of depersonalised responsibility, in which deaths result from probabilistic calculations rather than conscious ethical judgement.

The logic of legal by design also raises serious concerns regarding the protection of civilian objects and essential infrastructure. Article 52 of Additional Protocol I to the Geneva Conventions provides that civilian objects shall not be the object of attack unless and for such time as they are used for concrete military purposes.<sup>52</sup> Determining whether a building is being used for military purposes requires contextual interpretation and an analysis of intent something an algorithmic system

<sup>49</sup>Valente, M. M. G. (2024). A utilização de robots na guerra: A responsabilidade penal. In M. M. G. Valente (Coord.), *Ciências Criminais e Inteligência Artificial* (p. 18 e 19). Almedina.

<sup>50</sup>Valente, M. M. G. (2024). A utilização de robots na guerra: A responsabilidade penal. In M. M. G. Valente (Coord.), *Ciências Criminais e Inteligência Artificial* (p. 18 e 19). Almedina.

<sup>51</sup>Assembleia Geral das Nações Unidas. (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nações Unidas.

<sup>52</sup>Comité Internacional da Cruz Vermelha (CICV). (1977). Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra, Artigo 52.º.

cannot reliably perform. As a result, programming a robot on the basis of fixed rules may lead to the unjustified destruction of hospitals, schools, and humanitarian shelters, violating the international protection afforded to such infrastructure.

Another critical issue in applying legal by design is the possibility of algorithmic bias in identifying threats. Studies show that AI systems may reflect the prejudices embedded in training data, disproportionately classifying certain populations as potential threats.<sup>53</sup> This creates heightened risks of discrimination in target selection, especially in conflict zones characterised by significant ethnic or religious segregation. If an autonomous lethal system operates on biased data, it may contribute to systematic extrajudicial killings, violating Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, which similarly guarantees that no one shall be arbitrarily deprived of life.<sup>54</sup>

From the standpoint of accountability, applying legal by design to LAWs creates a grey zone within international criminal law, as discussed in Chapter 1. Article 25 of the Rome Statute provides that only individuals may be prosecuted before the ICC.<sup>55</sup> A machine cannot be tried, and its programmers cannot readily be held responsible for a decision taken through opaque statistical processes.

In light of these difficulties, accepting that life-and-death decisions be left to algorithmic systems means relinquishing human control over the use of lethal force, thereby undermining the foundational pillars of the international system for the protection of human rights. War cannot be reduced to a mathematical calculation, as it involves moral and legal dimensions that cannot be translated into binary commands. Human dignity, a central principle of international law, requires that the decision to kill remain subject to human judgement, ensuring that morality and justice are not replaced by the cold logic of algorithms.

Accordingly, while legal by design may be useful as a decision-support tool, it cannot substitute the ethical and legal responsibility of human agents. Accepting that a machine may choose between preserving or extinguishing human lives represents an unacceptable risk to the foundations of IHL and to the modern conception of human rights. International regulation must therefore ensure that any lethal weapons system

<sup>53</sup>Ekelhof, M. (2019). Lethal autonomous weapons and targeting processes: The moral implications of human-machine interaction. *International Review of the Red Cross*, 100(1), 119-144.

<sup>54</sup>Assembleia Geral das Nações Unidas. (1966). Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Artigo 6.º.

<sup>55</sup>Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, Artigo 25.º (1998).

remains under meaningful human supervision, so that morality and law prevail over algorithmic logic.

### 3. PROPOSALS FOR STRENGTHENING INTERNATIONAL NORMS APPLICABLE TO LETHAL AUTONOMOUS WEAPONS

The autonomisation of warfare systems and the rise of LAWs constitute one of the most complex challenges for contemporary international law. While such technologies may promise increased military effectiveness and reduced risk to combatants, they also raise ethical and legal questions that transcend the boundaries of traditional war.<sup>56</sup> The existing regulatory vacuum makes urgent the need for a specific international treaty governing the development, use, and limitations of LAWs.

Among the principal concerns stemming from the absence of regulation is the risk of uncontrolled proliferation, facilitating the integration of these weapons into non-conventional conflicts and their use by non-state actors.<sup>57</sup> Moreover, in the absence of clear rules establishing responsibility, accountability for operations conducted through LAWs remains nebulous, hindering the investigation of war crimes.

A specific international treaty should therefore provide for:

- Objective criteria for classifying LAWs, distinguishing systems operating under human supervision from those that are fully independent;
- Clear limits on their use, ensuring respect for the principles of distinction, proportionality, and military necessity;<sup>58</sup>
- The creation of international oversight mechanisms, including a specialised body to monitor the use of these technologies;
- International sanctions for States and companies that violate the treaty's provisions.

Discussion of the need for such a treaty has been pursued in international forums, notably within the United Nations disarmament process, which since 2013 has

<sup>56</sup>Bhuta, N., Beck, S., Geiß, R., Liu, H., & Kreß, C. (Eds.). (2016). *Autonomous Weapons Systems: Law, Ethics, Policy*. Cambridge University Press.

<sup>57</sup>Boulanin, V., & Verbruggen, M. (2017). *Mapping the development of autonomy in weapon systems*. Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI). Available at: <<https://www.sipri.org/publications/2017/policy-reports/mapping-development-autonomy-weapon-systems>>, accessed on 1 March 2025.

<sup>58</sup>Conforme o que estabelece o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, Artigos 7 e 8 (1998). Available at: <<https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf>>, accessed on 24 February 2025.

debated the feasibility of a partial or total ban on LAWs.<sup>59</sup> Nevertheless, resistance from military powers investing in the development of these weapons has hindered concrete progress.

### 3.1. *The Stop Killer Robots Initiative*

One of the principal international campaigns advocating the prohibition of LAWs is the Stop Killer Robots initiative, which calls for the adoption of an international treaty banning the development, production, and use of such weapons. Created by a coalition of human rights organisations, academics, and disarmament experts, the campaign is premised on the view that weapons operating without meaningful human control represent an inadmissible ethical, political, and humanitarian risk.<sup>60</sup>

The initiative's central argument is that LAWs violate foundational principles of IHL and human rights, because they: (i) undermine distinction, as AI may fail to identify civilians and combatants, as well as the principle of humanity; (ii) undermine criminal accountability, since autonomous systems cannot be tried for war crimes; (iii) increase the risk of proliferation, enabling States and armed groups to acquire lethal technologies without international supervision.<sup>61</sup>

Although the initiative is supported by various States and organisations, some countries strongly resist its implementation, arguing that a general ban on LAWs may hinder military innovation and national security.<sup>62</sup>

The Stop Killer Robots campaign is only one among several initiatives aimed at regulating LAWs. In 2021, the ICRC issued a formal recommendation calling for the adoption of rules ensuring meaningful human control over lethal decisions.<sup>63</sup> Similarly,

<sup>59</sup>Comitê das Nações Unidas sobre Desarmamento. (2013). Report on Lethal Autonomous Weapons Systems. Available at: <<https://undocs.org/en/A/74/303>>, accessed on 3 March 2025.

<sup>60</sup>Stop Killer Robots. (2024). About the Campaign. Available at: <<https://www.stopkillerrobots.org>>, accessed on 5 March 2025.

<sup>61</sup>Human Rights Watch. (2020). New Weapons, Proven Precedent - Elements of and Models for a Treaty on Killer Robots. Available at: <<https://www.hrw.org/report/2020/10/20/new-weapons-proven-precedent/elements-and-models-treaty-killer-robots>>, accessed on 6 March 2025; e Human Rights Watch. (2020). Stopping Killer Robots Country Positions on Banning Fully Autonomous Weapons and Retaining Human Control. Available at: <<https://www.hrw.org/report/2020/08/10/stopping-killer-robots/country-positions-banning-fully-autonomous-weapons-and>>, accessed on 6 March 2025.

<sup>62</sup>Human Rights Watch. (2020). Stopping Killer Robots Country Positions on Banning Fully Autonomous Weapons and Retaining Human Control. Available at: <<https://www.hrw.org/report/2020/08/10/stopping-killer-robots/country-positions-banning-fully-autonomous-weapons-and>>, accessed on 6 March 2025.

<sup>63</sup>Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV). (2021). Recommendations on Lethal Autonomous Weapons. Available at: <<https://www.icrc.org/en/document/icrc-position-autonomous-weapon-systems>>, accessed on 2 March 2025. See also: Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV). (2024).

the European Union has discussed guidelines to restrict the use of these AI technologies within its territory, although the development of weapons has remained outside the scope of the AI Act.<sup>64</sup>

The growing international concern surrounding LAWs has prompted statements from various actors, including intergovernmental organisations and the Holy See. The Vatican, through its representation at the UN, has warned of the ethical risks of allowing autonomous systems to decide over life and death, reaffirming that such weapons affront human dignity and the principles of international law.<sup>65</sup> In addition, the UN Secretary-General, António Guterres, has argued that autonomous weapons should be prohibited or, at a minimum, strictly regulated.<sup>66</sup>

In addition, Harvard Law School has developed a set of legal materials reflecting different State interpretations of legal questions associated with the use of algorithmic systems in armed conflict.<sup>67</sup> This analysis demonstrates that, notwithstanding the absence of global consensus, there is a growing recognition of the need to establish binding norms to ensure that the use of AI in war does not violate the fundamental principles of IHL.

International pressure for the regulation of LAWs has increased in recent years; however, absent global consensus, it is unlikely that a binding treaty will be adopted in the short term. In this context, international law must continue to adapt in order to respond to the new threats posed by algorithmic warfare.

### 3.2. *Debates Concerning the International Criminal Court*

---

Autonomous weapons: ICRC submits recommendations to UN Secretary-General. Available at: <<https://www.icrc.org/en/document/autonomous-weapons-icrc-submits-recommendations-un-secretary-general>>, accessed on 2 March 2025.

<sup>64</sup>União Europeia. (2022). Artificial intelligence act. Available at: <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_BRI\(2021\)698792](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2021)698792)>, accessed on 1 March 2025.

<sup>65</sup>Vatican News. (2021). ONU: Vaticano apela contra o uso de armas autónomas letais. Available at: <<https://www.vaticannews.va/pt/vaticano/news/2021-08/onu-vaticano-armas-automaticas.html>>, accessed on 6 March 2025.

<sup>66</sup>United Nations. (2024). UN Secretary-General Report on Lethal Autonomous Weapons Systems. Available at: <<https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/n24/305/45/pdf/n2430545.pdf>>, accessed on 5 March 2025.

<sup>67</sup>Harvard Law School. (2020). A Compilation of Materials Reflecting States' Views on Algorithmic and Data-Reliant Socio-Technical Systems in Armed Conflict. Available at <<https://pilac.law.harvard.edu/a-compilation-of-materials-apparently-reflective-of-states-views-on-international-legal-issues-pertaining-to-the-use-of-algorithmic-and-data-reliant-socio-technical-systems-in-armed-conflict>>, accessed on 3 March 2025.

As discussed above, the Rome Statute provides that the ICC may prosecute only crimes committed by individuals, excluding the responsibility of collective entities such as corporations and States. This legal framework presents serious challenges in the current technological landscape. In order to ensure that crimes committed through LAWs may be prosecuted, the ICC's mandate could be expanded in three principal ways:

- Explicit criminalisation of the unlawful use of LAWs, by inserting into the Rome Statute provisions that characterise the use of these weapons in violations of IHL as international crimes;
- Inclusion of crimes committed through autonomous systems, establishing objective criteria for determining the responsibility of commanders, developers, and operators of LAWs;
- Creation of a regime of corporate responsibility, allowing companies involved in the production and commercialisation of LAWs to be investigated and sanctioned by the ICC.

Including such provisions in the Rome Statute would require normative revision a process that traditionally faces resistance from States Parties. Yet precedents demonstrate that adaptations are possible in order to reflect new legal and technological realities.<sup>68</sup> Accordingly, growing international pressure for the regulation of LAWs may create a political environment conducive to expanding the ICC's scope of action.

In light of these challenges, it becomes evident that the ICC's current mandate could be expanded to encompass crimes committed through LAWs. Adapting the Rome Statute to include such crimes, broadening the doctrine of command responsibility, imposing transparency obligations for autonomous systems, and holding developers and States accountable are fundamental steps to prevent algorithmic warfare from producing a condition of legal impunity.

Therefore, this study has shown that the regulation of LAWs is not merely a technical or military question, but an ethical and legal imperative for the protection of human rights and international humanitarian law. The conclusions that follow synthesise the principal reflections developed throughout the paper and present

<sup>68</sup>CICV. (2021). Recommendations on Lethal Autonomous Weapons.

concrete recommendations to enable the international community to mitigate the risks posed by these weapons before their use becomes irreversible.

## CONCLUSIONS

The analysis undertaken in this study has shown that LAWs represent one of the greatest contemporary challenges to international criminal law, international humanitarian law, and the modern conception of human rights itself. The autonomisation of warfare, once confined to the realm of science fiction, has become an operational reality whose ethical, legal, and geopolitical impacts remain insufficiently regulated. The debate concerning these technologies is not limited to their military effectiveness or their alleged potential to reduce casualties among armed forces; it forms part of a broader reflection on the limits of technological power and the role of humanity in the conduct of armed conflict. The issue cannot be approached with indifference, as decisions taken today will shape the future of war and the protection of fundamental rights in the twenty-first century.

The existing normative vacuum favours impunity and enables State and private actors to exploit legal gaps in order to employ LAWs without effective oversight. In its current configuration, the ICC lacks adequate means to address crimes committed through autonomous systems, as the Rome Statute is grounded in a traditional model of individual criminal responsibility that does not accommodate the complexity of algorithmic warfare.

The absence of a specific international treaty regulating LAWs is among the most evident legal deficits in this field. Unlike other military technologies that have been the subject of specific international regulation, LAWs remain in a normative limbo that permits accelerated development without a corresponding supervisory mechanism. As argued throughout this paper, creating a dedicated international treaty is an urgent necessity to prevent LAWs from becoming instruments of indiscriminate violence, dehumanisation of conflict, and the perpetuation of systematic human rights violations.

The principle of human dignity, a cornerstone of international human rights law, requires that the decision to take life not be delegated to machines, but remain under the responsibility of a human agent. However, the absence of a universally accepted definition of “meaningful human control” enables divergent interpretations and hinders effective regulation. While some States and international organisations advocate

continuous human supervision over the use of LAWs, others argue that ex post facto oversight would suffice. This study has shown that any regulatory approach allowing lethal decision-making without a human agent at the moment of action not only violates foundational principles of IHL, but also undermines any subsequent attempt at criminal accountability.

The analysis also highlighted the need to expand the ICC's mandate to encompass crimes committed through LAWs. Criminal responsibility in algorithmic warfare must be understood within a framework that includes military commanders, software developers, manufacturing companies, and States that promote unrestricted use of these weapons. The doctrine of command responsibility in the Rome Statute can and should be adapted to cover situations in which a commander authorises the use of LAWs without ensuring adequate supervision. Likewise, the responsibility of developers and manufacturers must be seriously considered, because in many cases these actors design algorithms without sufficiently clear criteria to prevent attacks against civilians or infrastructure protected by IHL.

The opacity of algorithmic systems used in LAWs often described as the “black box” problem was identified as one of the principal obstacles to criminal accountability. The lack of transparency in LAWs' decision-making processes impedes the identification of failures and creates challenges for auditing the algorithms responsible for target selection. As argued above, any effective normative regime must include mechanisms ensuring that algorithms are auditable and that their use in military operations can be examined retrospectively. The principle of foreseeability, essential to criminal law, must be protected, preventing lethal decisions from being made by systems whose criteria cannot be understood by human operators or by the legal system itself.

Beyond legal considerations, the research showed that regulating LAWs is not only a normative necessity but also a moral and ethical requirement. The claim that LAWs could reduce casualties and make war “cleaner” ignores battlefield complexity and the risks associated with dehumanisation. Allowing machines to make life-and-death decisions without any human mediation not only undermines foundational IHL principles, but also redefines the very nature of war. The cold logic of statistics, applied blindly by algorithms, cannot replace human judgement: war cannot be reduced to a probabilistic calculation of military efficiency.

The Stop Killer Robots initiative and the ICRC's recommendations show that civil society and international organisations already recognise the urgency of regulating LAWs before their use becomes irreversible. However, resistance from major military powers, which regard such weapons as a strategic advantage, hinders the adoption of binding international treaties. The absence of global consensus on prohibiting or limiting LAWs may create a scenario of uncontrolled technological proliferation in which States and armed groups acquire autonomous systems without regulation. The risk of an algorithmic arms race in which AI sophistication replaces strategic and diplomatic capacity is an imminent reality requiring an immediate response from the international community.

In light of these reflections, the regulation of LAWs cannot be postponed. It is imperative that the international community advance the creation of specific regulations imposing clear restrictions on the development and use of these weapons, ensuring meaningful human control over their operations, and establishing a regime of criminal accountability for the actors involved. The ICC may refine its mandate to better prosecute crimes committed through LAWs, ensuring that impunity does not prevail in the face of new forms of warfare. Regulating algorithmic warfare is not only a matter of law, but also a matter of justice and of preserving the fundamental values of humanity.

## REFERENCES

- A PÚBLICA. *Lavender: A máquina de inteligência artificial que comanda bombardeios de Israel em Gaza*. 4 abr. 2024. Disponível em: <<https://apublica.org/2024/04/lavender-a-maquina-de-inteligencia-artificial-que-comanda-bombardeios-de-israel-em-gaza>>. Acesso em: 17 fev. 2025.
- ACQUAVIVA, G. Crimes without Humanity? Artificial Intelligence, Meaningful Human Control, and International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, v. 21, n. 5, p. 981–1004, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1093/jicj/mqad024>.
- AMBOS, K. *Treatise on International Criminal Law: Volume I - Foundations and General Part*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- ARKIN, R. Lethal autonomous systems and the plight of the non-combatant. *AISB Quarterly*, n. 137, p. 1-9, 2013.
- ARKIN, R. C. *Governing Lethal Behavior in Autonomous Robots*. Chapman & Hall, 2010.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos*. 1966.

BHUTA, N.; BECK, S.; GEIß, R.; LIU, H.; KREß, C. (Eds.). *Autonomous weapons systems: Law, ethics, policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

BOULANIN, V.; VERBRUGGEN, M. *Mapping the Development of Autonomy in Weapon Systems*. SIPRI, 2017.

CASSESE, A. *International Criminal Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

CICV. *Autonomous Weapon Systems: Implication of Increasing Autonomy in the Critical Functions of Weapons*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 2016.

CICV. *Recommendations on Lethal Autonomous Weapons*. Geneva: International Committee of the Red Cross, 2021.

COMITÊ DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DESARMAMENTO. *Report on Lethal Autonomous Weapons Systems*. 2013. Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/74/303>>. Acesso em: 3 mar. 2025.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CICV). *Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra*. 1977.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CICV). *A Guide to the Legal Review of Weapons, Means and Methods of Warfare*. Geneva: ICRC, 2006.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CICV). *Recommendations on Lethal Autonomous Weapons*. 2021. Disponível em: <<https://www.icrc.org/en/document/icrc-position-autonomous-weapon-systems>>. Acesso em: 2 mar. 2025.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CICV). *Autonomous weapons: ICRC submits recommendations to UN Secretary-General*. 2024. Disponível em: <<https://www.icrc.org/en/document/autonomous-weapons-icrc-submits-recommendations-un-secretary-general>>. Acesso em: 2 mar. 2025.

CONVENÇÃO DE GENEBRA. 1949.

CONVENÇÃO DE HAIA. 1899.

DOCHERTY, B. *Losing Humanity: The Case Against Killer Robots*. Human Rights Watch, 2012.

DUBBER, M. D. *Theories of Crime and Artificial Intelligence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

EKELHOF, M. A. Lethal Autonomous Weapon Systems, Human Control and the Special Status of Military Decision-Making. *Journal of Ethics & International Affairs*, v. 33, n. 1, p. 37–52, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1017/S089267941800097X>.

EKELHOF, M. A. Lethal autonomous weapons and targeting processes: The moral implications of human-machine interaction. *International Review of the Red Cross*, v. 100, n. 1, p. 119-144, 2019.

ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. 1998. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2025.

HARVARD LAW SCHOOL. *A Compilation of Materials Reflecting States' Views on Algorithmic and Data-Reliant Socio-Technical Systems in Armed Conflict*. 2020. Disponível em: <<https://pilac.law.harvard.edu/a-compilation-of-materials-apparently-reflective-of-states-views-on-international-legal-issues-pertaining-to-the-use-of-algorithmic-and-data-reliant-socio-technical-systems-in-armed-conflict>>. Acesso em: 3 mar. 2025.

HEYNS, C. *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions*. United Nations Human Rights Council, 2013.

HUMAN RIGHTS WATCH. *New Weapons, Proven Precedent - Elements of and Models for a Treaty on Killer Robots*. 2020. Disponível em: <<https://www.hrw.org/report/2020/10/20/new-weapons-proven-precedent/elements-and-models-treaty-killer-robots>>. Acesso em: 6 mar. 2025.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Stopping Killer Robots: Country Positions on Banning Fully Autonomous Weapons and Retaining Human Control*. 2020. Disponível em: <<https://www.hrw.org/report/2020/08/10/stopping-killer-robots/country-positions-banning-fully-autonomous-weapons-and>>. Acesso em: 6 mar. 2025.

IHU. *Lavender: A inteligência artificial de Israel que decide quem é bombardeado em Gaza*. Instituto Humanitas Unisinos, 4 abr. 2024. Disponível em: <<https://www.ihu.unisinos.br/categorias/638566-lavender-a-inteligencia-artificial-de-israel-que-decide-quem-e-bombardeado-em-gaza>>. Acesso em: 17 fev. 2025.

JAIN, A. G. Autonomous Weapon Systems, Errors and Breaches of International Humanitarian Law. *Journal of International Criminal Justice*, v. 21, n. 5, p. 1005–1032, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1093/jicj/mqad043>.

KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. P. Quintela. Lisboa: Edições 70, 2003 [1785].

KANT, I. *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Trad. A. Morão. Lisboa: Edições 70, 2008 [1795].

KESAVAN, S. Autonomous Weapon System: Accountability Under International Criminal Law. SSRN, 15 abr. 2024. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4819857>. Acesso em: 15 fev. 2025.

LEMO, M.; COSTA, M. J. Inteligência Artificial e Direito da Guerra: Reflexões sobre as Armas Autônomas Mortíferas. In: RODRIGUES, A. M. (Coord.). *A Inteligência Artificial no Direito Penal*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2022. p. 91-124.

MARCHANT, G. E.; ALLENBY, B.; HERKERT, J. *The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight*. Springer, 2020.

MARCHANT, G. et al. International governance of autonomous military robots. *Columbia Science and Technology Law Review*, v. 12, p. 273-315, 2011.

MELZER, N. Human Rights Implications of the Usage of Drones and Unmanned Robots in Warfare. United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), 2016.

OBSERVADOR. Von der Leyen defende aumento das despesas militares na Europa. 3 mar. 2025. Disponível em: <https://observador.pt/2025/03/03/temos-urgentemente-de-rearmar-a-europa-von-der-leyen-pede-aumento-acentuado-das-despesas-na-defesa/>. Acesso em: 3 mar. 2025.

O GLOBO. Israel usou IA para definir 37 mil alvos, com cálculo de permissão prévia de morte de civis, diz investigação. 4 abr. 2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/noticia/2024/04/04/israel-usou-ia-para-definir-37-mil-alvos-com-calculo-de-permissao-previa-de-morte-de-civis-diz-investigacao.ghtml>. Acesso em: 17 fev. 2025.

RTP. Temos urgentemente de rearmar a Europa: Von der Leyen pede aumento acentuado das despesas na defesa. Rádio e Televisão de Portugal, 2025. Disponível em: [https://www.rtp.pt/noticias/mundo/carta-de-von-der-leyen-traca-plano-para-rearmar-a-europa\\_a1638235](https://www.rtp.pt/noticias/mundo/carta-de-von-der-leyen-traca-plano-para-rearmar-a-europa_a1638235). Acesso em: 3 mar. 2025.

RUSSELL, S. *Human Compatible: Artificial Intelligence and the Problem of Control*. Viking Press, 2019.

SCHMITT, M. N. Autonomous Weapons Systems and International Humanitarian Law: A Reply to the Critics. *Harvard National Security Journal Features*, p. 1–37, 2013.

SHARKEY, N. The Impact of AI on Warfare. *Journal of Peace Research*, v. 55, n. 2, p. 223–236, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1177/0022343317750212>.

SOUSA, S. A. “Não fui eu, foi a máquina”: Teoria do crime, responsabilidade e inteligência artificial. In: RODRIGUES, A. M. (Coord.). *A Inteligência Artificial no Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2022. p. 66-68.

STOP KILLER ROBOTS. *About the Campaign*. 2024. Disponível em: <<https://www.stopkillerrobots.org>>. Acesso em: 5 mar. 2025.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Nações Unidas, 1998. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/resource-library>>. Acesso em: 1 mar. 2025.

UNIÃO EUROPEIA. *Artificial Intelligence Act*. 2022. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_BRI\(2021\)698792](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2021)698792)>. Acesso em: 1 mar. 2025.

UNITED NATIONS. *UN Secretary-General Report on Lethal Autonomous Weapons Systems*. 2024. Disponível em: <<https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/n24/305/45/pdf/n2430545.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2025.

VALENTE, M. M. G. A utilização de robots na guerra: A responsabilidade penal. In: VALENTE, M. M. G. (Coord.). *Ciências Criminais e Inteligência Artificial*. Coimbra: Almedina, 2024.

VATICAN NEWS. ONU: Vaticano apela contra o uso de armas autónomas letais. 2021. Disponível em: <<https://www.vaticannews.va/pt/vaticano/news/2021-08/onu-vaticano-armas-automaticas.html>>. Acesso em: 6 mar. 2025.

WEIGEND, T. Convicting Autonomous Weapons? Criminal Responsibility of and for AWS under International Law. *Journal of International Criminal Justice*, v. 21, n. 5, p. 1137–1154, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1093/jicj/mqad037>.