

II CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO, DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO ANALÍTICOS

JUS SCRIPTUMS
INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW

a. 18 • v. 8 • dossiê • 2024

- 07 **Cláudio Cardona**
Prefácio
- 18 **Luiza Pigozzo Rocha**
Environmental threats as an international security matter in the United Nations agenda: new perspectives for global environmental governance
- 47 **João Pedro Quintela**
The interaction between International Humanitarian Law and International Human Rights Law regarding the protection of the right to life during armed conflicts
- 67 **Carolina Cerqueira Cruz e Arthur Frazão Ferreira da Silva**
Refúgio: uma luta pela dignidade humana
- 90 **Júlia Rodrigues Oliveira Sousa**
O combate as fake news e a desinformação: o dilema de proteger a liberdade e a integridade dos discursos democráticos nas sociedades digitais
- 131 **Ricardo Chacur**
As perspectivas da atual política migratória portuguesa em relação aos nômades digitais a partir da análise econômica do direito

JUS SCRIPTUM'S
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

**OS NOVOS PARADIGMAS
DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO**

Analíticos do II Congresso Luso-Brasileiro de Direito Internacional Público

Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

2023
a. 18 v. 8 d. 1
EDIÇÃO ESPECIAL

Jus Scriptum's International Journal of Law

Revista Internacional de Direito do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Ano 18 • Volume 8 • Edição Especial • 2023

Analíticos do II Congresso Luso-Brasileiro de Direito Internacional Público

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Equipe Editorial

Diretor da Revista – Editor-In-Chief

Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB

Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum

Jordano Paiva, Diretor Científico do NELB

Alysson Bezerra Miranda, Diretor Científico do NELB

Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Caio Guimarães Fernandes

Camila Franco Henriques

Leonardo Castro de Bone

Maria Amélia Renó Casanova

Maria Vitória Galvan Momo

Paulo Gustavo Rodrigues

Samara Machado Sucar

Suelen Augusta da Cunha

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

André Saddy, Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (BRA)

Eduardo Vera-Cruz Pinto, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Edvaldo Brito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (BRA)

Fernanda Martins, Universidade do Vale do Itajaí (BRA)

Francisco Rezek, Francisco Rezek Sociedade de Advogados (BRA)

Janaina Matida, Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado (CHI)

Lilian Márcia Balmant Emerique, Faculdade Nacional de Direito - UFRJ (BRA)

Luciana Costa da Fonseca, Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA (BRA)
Maria Cristina Carmignani, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (BRA)
Maria João Estorninho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Rosado Pereira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Vaz Freire, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Rute Saraiva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Sergio Torres Teixeira, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (BRA)
Susana Antas Videira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Caroline Lima Ferraz
César Fiuza
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro de Bone
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre
Sílvia Gabriel Teixeira
Thais Cirne
Vânia dos Santos Simões

Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da Universidade de Lisboa

Gestão 2022-2023

Assembleia Geral

Leandra Souza, Presidente
Joice Bernardo, Primeira-Secretária
Mylla Purcinelli, Segunda-Secretária

Direção Geral

Diretoria Executiva

André Brito, Presidente
Joice Bernardo, Secretária Executiva
Patrícia Almeida, Tesoureira

Diretoria Científica

Alysson Bezerra, Diretor
Jordano Paiva, Diretor

Cláudio Cardona, Diretor da Revista Jus Scriptum
Thiago Santos Rocha, Observador Externo do Conselho Editorial

Diretoria de Eventos

Maria Eduarda Pinheiro, Diretora
Talita Amaral, Diretora

Diretoria de Comunicação

Andressa Mota, Diretora
Élder Neves, Diretor

Diretoria de Apoio Pedagógico

Ana Alcântara, Diretora

Conselho Fiscal

Jeferson Nicolau, Presidente

Mylla Purcinelli, Secretária

Clarisse Marsicano, Vogal

Conselho de Presidentes

Cláudio Cardona, Presidente

Leandra Souza

Elizabeth Lima

II Congresso Luso-Brasileiro de Direito Internacional Público | Os Novos Paradigmas do Direito Internacional Público

Data: 13, 14 e 15 de Março de 2023

Organização: NELB — Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro

Programação:

Dia 13 de Março de 2023

17h15 (Brasília) | 20h15 (Lisboa)

Evento: Cerimônia de abertura e Conferência Inaugural (aberto ao público geral)

Apresentação: Presidente do NELB - Sr. André Brito

Convidada: Prof.^a Doutora Paula Vaz Freire (Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

Conferência de Abertura: "Um mundo em Guerras. Os desafios e futuro do Direito Internacional Público." por Prof. Doutor Francisco Pereira Coutinho (NOVA School of Law -PT)

Dia 14 de Março de 2023

15h00 (Brasília) | 18h00 (Lisboa) - Pannel 1: "Direito Internacional e Saúde Mundial."

Conferência: "Impacto das crises sanitárias internacionais sobre os direitos dos migrantes" por Dra. Emmelin de Oliveira (Nova School of Law | PT)

Conferência: "O papel da ONU na prevenção de futuras pandemias" por Prof. Doutora Marina Sanches Wünsch (UNIVERSIDADE DO PAMPA | BR)

Moderadora: Dra. Jamila Campanaro

17h15 (Brasília) | 20h15 (Lisboa) - Pannel 2: "Direito Internacional e Regulação do Ciberespaço."

Conferência: "Os desafios da regulação do ciberespaço pelo Direito Internacional" por Prof. Catedrático Jorge Bacelar Gouveia (Faculdade de Direito Nova de Lisboa | PT)

Conferência: "Guerra Cibernética: Os novos desafios do Direito internacional" por Prof.^a Doutora Renata Furtado de Barros (PUC/MG | BR)

Moderador: Dra. Nathaly V. Lehnen

Dia 15 de Março de 2023

15h00 (Brasília) | 18h00 (Lisboa) - Pannel 3: "Direito Internacional, Energia, Gás e Petróleo"

Conferência: "A internacionalização do Direito do Gás, Petróleo e Energia" por Prof.^a Doutora Maria João C. P. Rolim (CEDIN/BR)

Conferência: "Perspectivas e tendências do futuro do Direito Internacional da Energia pós agenda 2030" por Prof. Doutor Francisco Paes Silva Marques (FDUL/PT)

Mediador: Dr. Filipe Novaes (FDL/PT)

17h15 (Brasília) | 20h15 (Lisboa) - Conferência de Encerramento

Apresentação: Dr. Alysson Bezerra (Diretor Científico do NELB)

Conferência: "O combate à fake news em escala internacional" por Prof. Doutor Daniel Freire e Almeida (UNISANTOS | BR)

Moderador: Dr. Frederico Gonçalves Junkert (FDUL)

PREFÁCIO

Preface

Cláudio Cardona¹
Diretor da Revista | Editor-In-Chief

O II Congresso Luso-Brasileiro de Direito Internacional Público, realizado na emblemática Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, representa um marco significativo na colaboração jurídica entre Portugal e Brasil. Este evento, fruto da iniciativa do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro, não apenas fortaleceu os laços acadêmicos e profissionais entre os dois países, mas também propiciou uma reflexão profunda sobre os novos paradigmas que estão a moldar o Direito Internacional Público no século XXI.

A escolha do tema “Os novos paradigmas do Direito Internacional Público” não poderia ser mais oportuna. Vivemos em uma era de rápidas transformações, onde questões como conflitos armados, crises sanitárias globais, regulação do ciberespaço, questões energéticas e a luta contra as fake news em escala internacional estão no cerne dos debates jurídicos contemporâneos. Este congresso abordou essas questões com a profundidade e a seriedade que elas exigem, reunindo especialistas e acadêmicos renomados de ambos os países para discutir e propor soluções para os desafios que se apresentam.

Nos dias 13 e 14 de março de 2023, a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa tornou-se um palco para o intercâmbio de ideias e conhecimentos. As coordenadoras dos grupos de trabalho, Prof^a Doutora Ana Rita Gil, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), e Prof^a Doutora Luciana Costa da Fonseca, da Universidade Federal do Pará (UFPA), desempenharam um papel crucial na condução dos trabalhos, garantindo que cada sessão fosse não apenas informativa, mas também inspiradora.

O primeiro dia do congresso foi marcado por uma cerimônia de abertura que contou com a presença de figuras proeminentes, como o Sr. André Brito, Presidente do NELB, e a Prof.^a Doutora Paula Vaz Freire, Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. A conferência inaugural, proferida pelo Prof. Doutor Francisco Pereira Coutinho, abordou de maneira incisiva o tema “Um mundo em Guerras: Os desafios e futuro do Direito Internacional Público”, estabelecendo o tom para os debates subsequentes. A moderação de Dr. Francisco Cordeiro de Araújo, Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, foi essencial para o sucesso dessa sessão inaugural.

As discussões do primeiro dia continuaram com o Grupo de Trabalho 1, coordenado cientificamente pela Prof^a Doutora Ana Rita Gil. Este grupo concentrou-se nas implicações do Direito Internacional em contextos de conflito e guerra, um tópico de grande relevância dada a atual conjuntura mundial. A abordagem multidisciplinar adotada permitiu uma análise aprofundada dos desafios legais e humanitários presentes em cenários de conflito.

No segundo dia, as atenções voltaram-se para o Grupo de Trabalho 2, sob a coordenação científica da Prof^a Doutora Luciana Costa da Fonseca. Este grupo teve como foco o "Direito Internacional e Saúde Mundial", um tema que

ganhou uma nova dimensão com a recente pandemia global. As discussões abordaram desde a regulação internacional da saúde até o impacto das crises sanitárias sobre os direitos dos migrantes, revelando a complexidade e a interconexão dos desafios globais na área da saúde.

A palestra da Dra. Emmelin de Oliveira, da Nova School of Law, intitulada "Impacto das crises sanitárias internacionais sobre os direitos dos migrantes", foi um dos destaques do dia, trazendo à tona as complexas interações entre migração, saúde e direito internacional. A discussão subsequente, liderada pela Prof.^a Doutora Marina Sanches Wunsch da Universidade Federal do Pampa, sobre "O papel da ONU na prevenção de futuras pandemias", enfatizou a necessidade de uma governança global mais eficaz no contexto de saúde pública.

O painel sobre "Direito Internacional e Regulação do Ciberespaço" também merece destaque. As conferências de Prof.^a Doutora Renata Furtado de Barros e Prof. Catedrático Jorge Bacelar Gouveia abordaram respectivamente a "Guerra Cibernética: Os novos desafios do Direito internacional" e "Os desafios da regulação do ciberespaço pelo Direito Internacional". Essas discussões ressaltaram a importância crescente da cibersegurança e da regulamentação digital em um mundo cada vez mais conectado.

No último dia, o foco se voltou para "Direito Internacional, Energia, Gás e Petróleo", com palestras que exploraram desde a internacionalização do Direito do Gás e Petróleo até as tendências futuras pós-agenda 2030. A conferência de encerramento, proferida pelo Prof. Doutor Daniel Freire e Almeida, sobre "O combate à fake news em escala internacional", foi um

poderoso lembrete da influência da desinformação na sociedade contemporânea e da necessidade de uma resposta jurídica efetiva.

Além das sessões plenárias, o congresso foi enriquecido por uma série de resumos e artigos que refletem o amplo espectro de questões abordadas. Os trabalhos apresentados no livro oferecem insights valiosos sobre temas como a Globalização e a Sociedade da Informação, o desafio dos fluxos migratórios globais, o aumento da xenofobia e as políticas migratórias variadas adotadas pelas nações. Por exemplo, a análise da Lei 18/2022 de Portugal, que busca reformar a Lei de Estrangeiros, é particularmente relevante, destacando tanto as inovações quanto os desafios enfrentados na gestão da migração contemporânea.

Outro artigo de destaque aborda a luta dos refugiados por liberdade, dignidade e direitos humanos, enfatizando a necessidade de soluções efetivas e ações concretas por parte dos países. Da mesma forma, a pesquisa sobre o impacto das notícias falsas na democracia e a interface entre o Direito Humanitário Internacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos oferecem contribuições cruciais para o entendimento e a prática do Direito Internacional Público.

Em resumo, o II Congresso Luso-Brasileiro de Direito Internacional Público foi uma demonstração impressionante do poder e da necessidade de colaboração internacional no campo do direito. As discussões, debates e trabalhos apresentados refletem a diversidade e a complexidade dos desafios que enfrentamos no mundo atual. Este livro é uma compilação vital dessas contribuições e serve como uma fonte valiosa de conhecimento e inspiração para estudiosos, praticantes e estudantes de Direito Internacional Público.

Agradecemos sinceramente a todos os participantes, oradores, coordenadores e organizadores que tornaram este congresso um sucesso. Acreditamos que as reflexões e discussões geradas aqui terão um impacto duradouro e contribuirão significativamente para o desenvolvimento do Direito Internacional Público.

À medida que concluímos este prefácio, é imperativo reconhecer a importância do II Congresso Luso-Brasileiro de Direito Internacional Público como um farol de conhecimento e colaboração internacional. As interações e trocas que ocorreram durante este evento não só demonstraram a riqueza e a diversidade do pensamento jurídico contemporâneo, mas também reafirmaram a necessidade imperativa de diálogo e cooperação transnacional no enfrentamento dos desafios globais.

Este livro, contendo os artigos e descobertas oriundos do congresso, é um testemunho da dedicação e do rigor intelectual dos participantes. Ele oferece não apenas uma janela para as discussões e debates que ocorreram, mas também serve como um recurso indispensável para todos aqueles que buscam compreender e navegar no complexo terreno do Direito Internacional Público.

Agradecemos profundamente às coordenadoras dos grupos de trabalho, Prof^a Doutora Ana Rita Gil e Prof^a Doutora Luciana Costa da Fonseca, cuja orientação e liderança foram fundamentais para o sucesso do congresso. Um reconhecimento especial também deve ser dado a todos os palestrantes, moderadores e participantes que, com suas contribuições, enriqueceram as discussões e ampliaram nosso entendimento sobre os temas abordados.

Por fim, mas não menos importante, expressamos nossa gratidão ao Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de

Lisboa por sua iniciativa visionária em organizar este congresso. A colaboração entre Portugal e Brasil, como demonstrado neste evento, é um exemplo poderoso de como a cooperação internacional pode levar a avanços significativos no campo jurídico.

Esperamos que este livro não apenas preserve o legado do II Congresso Luso-Brasileiro de Direito Internacional Público, mas também inspire futuras gerações de juristas, acadêmicos e profissionais a continuar explorando, debatendo e contribuindo para o avanço do Direito Internacional Público. Que as reflexões aqui compartilhadas sirvam como um guia e uma fonte de inspiração para todos aqueles comprometidos com a promoção da justiça e do entendimento global.

The II Luso-Brazilian Congress on Public International Law, held at the esteemed Faculty of Law of the University of Lisbon, stands as a significant milestone in the legal collaboration between Portugal and Brazil. This event, an initiative of the Luso-Brazilian Study Centre, not only strengthened the academic and professional ties between the two nations but also fostered profound contemplation on the new paradigms shaping Public International Law in the 21st century.

The selection of the theme “The New Paradigms of Public International Law” could not be more timely. In an era of rapid transformations, where issues such as armed conflicts, global health crises, cyberspace regulation, energy matters, and the battle against fake news on an international scale are at the heart of contemporary legal debates, this congress addressed these concerns with the depth and seriousness they demand, bringing together distinguished experts and scholars from both countries to discuss and propose solutions to the emerging challenges.

On the 13th and 14th of March 2023, the Faculty of Law at the University of Lisbon became a hub for the exchange of ideas and knowledge. The coordinators of the working groups, Professor Doctor

Ana Rita Gil from the Faculty of Law of the University of Lisbon (FDUL), and Professor Doctor Luciana Costa da Fonseca from the Federal University of Pará (UFPA), played a pivotal role in steering the sessions, ensuring each was not only informative but also inspirational.

The congress commenced with an opening ceremony graced by prominent figures such as Mr. André Brito, President of NELB, and Professor Doctor Paula Vaz Freire, Director of the Faculty of Law at the University of Lisbon. The inaugural lecture by Professor Doctor Francisco Pereira Coutinho, incisively addressing “A World in Wars: The Challenges and Future of Public International Law”, set the tone for the subsequent discussions. The moderation by Doctor Francisco Cordeiro de Araújo, Guest Assistant at the Faculty of Law of the University of Lisbon, was instrumental in the success of this opening session.

The first day's discussions continued with Workshop 1, scientifically coordinated by Professor Doctor Ana Rita Gil. This group focused on the implications of International Law in conflict and war contexts, a topic of great relevance given the current global situation. The multidisciplinary approach adopted allowed for a comprehensive analysis of the legal and humanitarian challenges present in conflict scenarios.

On the second day, attention shifted to Workshop 2, under the scientific coordination of Professor Doctor Luciana Costa da Fonseca. This group's focus was "International Law and Global Health", a theme that has taken on new dimensions with the recent global pandemic. Discussions ranged from international health regulation to the impact of health crises on the rights of migrants, revealing the complexity and interconnectedness of global health challenges.

The lecture by Doctor Emmelin de Oliveira from the Nova School of Law, titled "The Impact of International Health Crises on the Rights of Migrants", was a day's highlight, bringing to the forefront the complex interactions between migration, health, and international law. The subsequent discussion, led by Professor Doctor Marina Sanches Wunsch from the Federal University of Pampa, on "The Role of the UN in Preventing Future Pandemics", emphasised the need for more effective global governance in public health contexts.

The panel on "International Law and Cyberspace Regulation" also warrants special mention. The lectures by Professor Doctor Renata Furtado de Barros and Professor Chair Jorge Bacelar Gouveia, respectively addressing "Cyber Warfare: The New Challenges of International Law" and "The Challenges of Regulating Cyberspace by International Law", highlighted the growing importance of cybersecurity and digital regulation in an increasingly connected world.

On the final day, the focus turned to "International Law, Energy, Gas, and Oil", with lectures exploring everything from the internationalisation of Gas and Oil Law to future trends post-2030 agenda. The closing conference by Professor Doctor Daniel Freire e Almeida on "Combating Fake News Internationally" served as a potent reminder of the influence of misinformation in contemporary society and the need for an effective legal response.

Beyond the plenary sessions, the congress was enriched by a series of abstracts and articles reflecting the broad spectrum of issues addressed. The works presented in this book offer valuable insights into topics such as Globalisation and the Information Society, the challenge of global migratory flows, the rise of xenophobia, and the varied migratory policies adopted by nations. For instance, the analysis of Portugal's Law 18/2022, aiming to reform the Foreigners' Law, is particularly pertinent, highlighting both the innovations and challenges faced in contemporary migration management.

Another notable article discusses the struggle of refugees for freedom, dignity, and human rights, emphasising the need for effective solutions and concrete actions by countries. Similarly, research on the impact of fake news on democracy and the interface between International Humanitarian Law and International Human Rights Law provides crucial contributions to the understanding and practice of Public International Law.

In summary, the II Luso-Brazilian Congress on Public International Law was an impressive demonstration of the power and necessity of international collaboration in the legal field. The discussions, debates, and works presented reflect the diversity and complexity of the challenges we face in today's world. This book is a vital compilation of these contributions and serves as a valuable source of knowledge

and inspiration for scholars, practitioners, and students of Public International Law.

We sincerely thank all the participants, speakers, coordinators, and organisers who made this congress a success. We believe that the reflections and discussions generated here will have a lasting impact and significantly contribute to the development of Public International Law.

As we conclude this preface, it is imperative to recognise the importance of the II Luso-Brazilian Congress on Public International Law as a beacon of knowledge and international collaboration. The interactions and exchanges that occurred during this event not only demonstrated the richness and diversity of contemporary legal thought but also reaffirmed the imperative need for transnational dialogue and cooperation in tackling global challenges.

This book, containing the articles and findings from the congress, is a testament to the dedication and intellectual rigour of the participants. It offers not just a window into the discussions and debates that took place but also serves as an indispensable resource for all those seeking to understand and navigate the complex terrain of Public International Law.

We extend our profound gratitude to the coordinators of the working groups, Professor Doctor Ana Rita Gil and Professor Doctor Luciana Costa da Fonseca, whose guidance and leadership were fundamental to the congress's success. Special recognition must also be given to all the lecturers, moderators, and participants who, with their contributions, enriched the discussions and broadened our understanding of the topics addressed.

Lastly, but certainly not least, we express our gratitude to the Luso-Brazilian Study Centre of the Faculty of Law of the University of Lisbon for their visionary initiative in organising this congress. The collaboration between Portugal and Brazil, as demonstrated in this event, is a powerful example of how international cooperation can lead to significant advancements in the legal field.

We hope this book not only preserves the legacy of the II Luso-Brazilian Congress on Public International Law but also inspires future generations of jurists, academics, and professionals to continue exploring, debating, and contributing to the advancement of Public

International Law. May the reflections shared herein serve as a guide and source of inspiration for all those committed to promoting justice and global understanding.

ARTIGOS CIENTÍFICOS

ENVIRONMENTAL THREATS AS AN INTERNATIONAL SECURITY MATTER IN THE UNITED NATIONS AGENDA: NEW PERSPECTIVES FOR GLOBAL ENVIRONMENTAL GOVERNANCE

Ameaças ambientais como questões de segurança internacional na agenda das Nações Unidas: novas perspectivas para a governança ambiental global

Luiza Pigozzo Rocha *

Abstract: The objective of this article is to analyze the approach the United Nations has been taking to deal with environmental challenges over the years to highlight the increasing connection between the environment and the United Nations international security agenda. As the lack of good global environmental governance is one of the major challenges of the current century, this paper aims to point out one of the most recent paths considered for the governance of climate crises, namely, the inclusion of this subject under the United Nation's Security Council activities. Therefore, the role of the Council will be contextualized, and, subsequently, its role in the environmental sphere will be pondered in relation to its negative and positive prospects.

Key words: Environmental Global Governance; United Nations; Security Council; Climate Change.

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar a abordagem que as Nações Unidas vêm adotando para lidar com os desafios ambientais ao longo dos anos para destacar a crescente conexão entre o meio ambiente e a agenda de segurança internacional das Nações Unidas. Uma vez que a falta de boa governança ambiental global é um dos grandes desafios do século atual, este trabalho visa apontar um dos caminhos mais recentes considerados para a governança das crises climáticas, a inclusão desse tema no âmbito das atividades do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas. Para tanto, será contextualizado

* Lawyer with subscription in the Brazilian and Portuguese Bar Association. Post-graduated in Human Rights by the *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC/CDH), Faculty of Law of the University of Coimbra. Post-graduated in Law Enforcement, Compliance and Corporate's Responsibility by the University of Lisbon. Enrolled in the Nova School of Law Master's in International and European Law.

o papel deste órgão, e, posteriormente, ponderado seu papel na esfera ambiental em relação às suas perspectivas negativas e positivas.

Palavras-chave: Governança Ambiental Global; Nações Unidas; Conselho de Segurança; Alterações Climáticas.

Table of contents: 1. United Nations and the Environment; 2. Globalization and New International Security Actors; 3. Climate Change in the United Nations' Security Agenda; 4. Security Council's Duties and The Controversies Related to its Role on Climate Change; 5. Future Prospects and the Role of the Security Council on Climate Change; Conclusion; Bibliography.

1. United Nations and The Environment

In the 1960's, during the context of post-war and Cold War, the threats that came from toxic chemicals, atomic radiation, and countless forms of massive destruction of natural ecosystems, exemplified a complex reality that brought a new name to the significance of human concerns, the environment.²

As a result of this context, a growing consensus on the necessity to protect the planet and to ensure domestic and international actions in this matter started to taken place among nations. However, a divergence between countries that gained political independence only in the 60s and countries which had already severely exploited the environment in order to achieve growth, richness, autonomy, and political sovereignty, took place, creating a “history of compromise and confrontation”³.

² MARIA IVANOVA, *Designing the United Nations Environmental Programme: A Story of Compromise and Confrontation*. 2007. P. 338-341. Accessed March 2023 on: https://www.researchgate.net/publication/226711707_Designing_the_United_Nations_Environment_Programme_A_story_of_compromise_and_confrontation

³ Ibid.

Thereupon, the first efforts to translate the environmental worrisome in to international action in started 1967 in the UN level with a Swedish representative proposing the UN General Assembly to hold a conference to facilitate the co-ordination of problems related to the human environment.

As a consequence, some years later (1972) the United Nations General Assembly accepted the Swedish proposal and elaborated the first United Nations conference on the human environment in the capital of Sweden, commonly known today as the Stockholm Conference. The conference delivered the Stockholm Declaration with common principles in relation to the environment, and created the United Nations Environment Programme.⁴

After this first achievement, environmental movements emerging from civil society and from other actors started gaining grounds and force, enhancing global attention in relation to the environment.

For instance, the publication of the book the “Limits of Growth” by the Club of Rome (a group of individuals from different nations) in collaboration with the UN, was launched in 1972 raising awareness of the non-renewable resources of the planet and opening the floor to new forms of developments in the area.⁵

During this period, consensus between nations on the path follow to protect the environment was too hard to find. Undeveloped countries were attempting to manage their natural resources and intensify their capital flow as a way of bettering economic and human conditions, and developed economies were counting more

⁴ UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Stockholm Declaration: Declaration on the Human Environment*. 1972. pp. 1-10.

⁵ DONELLA MEADOWS, et. al, *The Limits to Growth*. 1972. pp- 17-24.

and more with larger trades for their non-sustainable patterns of consumption and production to intensify their capital flow.⁶

In the search for common consent, the General Assembly released a resolution to form a special commission with the aim of creating strategies to deal with urgent concerns such as global warming, the destruction of Earth's ozone layer, deserts consuming agricultural land, and other forms of environmental degradation, establishing the United Nations World Commission on Environment and Development (1983).⁷

From this commission, one of the most significant reports of all times was released in 1987, the Brundtland Report. In this document, the recognition that the globe was perpetuating trends that the planet and its people could no longer bear, saying that those patterns were “environmental trends that threaten to radically alter the planet, that threaten the lives of many species upon it, including the human species”⁸, highlighted that the economic, environmental and security links between nations were growing rapidly.

Since then, efforts to protect and include the environment in the international agenda intensified, and in 1992, 20 years after the Stockholm Conference, the United Nations Conference on Environment and Development held

⁶ WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Our Common Future (Brundtland Report)*. 1987. pp. 60.

⁷ SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS KNOWLEDGE PLATFORM. *Report of the World Commission on the Environment and Development*. Accessed June 2023 on <https://sustainabledevelopment.un.org/milestones/wced>.

⁸ Op.cit. 1987 p. 11

the “earth summit” in Rio, originating the Rio Declaration, that expressed a global political commitment with the 27 principles on environment and development.

In addition to that, the “earth summit” established other important materials such as the Agenda 21, a plan of action to guarantee life in the next millennium, the United Nations Framework Convention on Climate Change, which created a legal framework for international cooperation to stabilizing concentration of greenhouse gases, the Convention on Biological Diversity, for the conservation of biological diversity, the Declaration on the Principles of Forest Management, a non-binding statement for a global consensus on the conservation of all types of forests, and formed the United Nations Commission on Sustainable Development.⁹

In the following years, the same logic was continued in the five-to-five years sessions the General Assembly arranged to review and appraise the implementation of the commitments there taken. On this occasion, in New York the conference occurred in 1997, in 2002 in Johannesburg, in 2008 in New York, and again in Rio de Janeiro in 2012 (which updated the agenda 21 into the 2030 Agenda, or the sustainable development goals).

Such sessions, along with similar summits, were the origin of a multitude of conventions on environmental matters. As an example, the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, 1985, and Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 1987, Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, 1989,

⁹ UNITED NATIONS PRESS RELEASES, *United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992*. Accessed March 2023 on: <https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>.

Convention on Biological Diversity, 1992, and Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity, 2000, are some of them.¹⁰

Likewise, further documents gathered efforts to ensure that the new human concern that became evident in the 60's, the environment, would be properly secured.

For instance, the United Nations Convention to Combat Desertification in those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa, 1994, the Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 1997, Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, 1997; Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, 2001; Principles on the Allocation of Loss in the Case of Transboundary Harm Arising Out of Hazardous Activities, 2006; Articles on the Law of Transboundary Aquifers, 2008; Paris Agreement, 2015, and more.¹¹

In the midst of those events, the United Nations Environment Programme and the World Meteorological Organization (1988) created the International Panel on Climate Change (IPCC) to understand the impacts of climate change and greenhouses emissions in the earth¹², and in 1994, for the first time, the Human Development Report to Human Security openly linked security, the environment,

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² IPCC, *Intergovernmental Panel on Climate Change Report*. 2022.

and development, suggesting that environmental security was one of the seven areas that should constitute a new global paradigm.¹³

Consequently, the rising concern over environmental and climate issues triggered and straightened the linkage between security and the environment, taking part of prominent reports in the European Union, United States, United Kingdom, and Germany, which aimed at focusing more policy attention to climate change and emphasizing its security linkages.¹⁴

Similarly, the concept of security also passed through transformations in the international perception, and, in the due time, this concept started to encompass environmental threats as one security threats. That being so, the evolution of the concept of security will be developed in the next chapter.

2. Globalization And New International Security Actors

The concept of security was not much explored until the 1980s, being confused many times with the concept of power¹⁵.

Until that time, security thinking emphasized the nation-state and competition for power in the international system¹⁶, and, up to the Cold-War, the

¹³ UNDP, Human Development Report. 1994. <https://www.un-ibrary.org/content/books/9789210576550>

¹⁴GEOFFEY DABELKO, *An Uncommon Peace: Environment, Development and Global Security Agenda, Environment: Science and Policy for Sustainable Development*. 2010. pp. 34-40.

¹⁵ DAVID BALDWIN, *The Concept of Security*. British International Studies Association. 1997, pp 8-9.

¹⁶ SEAN KAY. *Global Security in the twenty-first century: The quest of power and the search for Peace*. 2012. Rowman &. Littlefield Publishers, Inc. UK. pp. 1-5.

concept of the security was understood as military security, focusing in the role of states to “secure” the protection of external military attacks.¹⁷

Nevertheless, in the early twenty-first century a new sense of danger emerged after the terrorist attack of 11th September 2001, rebuilding and considering new forms of security threats.

In this occasion, the understanding of threat to security that was very much rooted in usual wars, received a new perspective, individuals, and thereupon the concept of security started open up to encompass new actors.¹⁸

The result of this expansion put security as a question of perspective and construction, and as the product and the result of a determined context, leading the concept to include the global changes that were happening with the world’s entrance in the 21th century. Therefore, the interdependency in world’s trade, political relationship, communication, technology, movement of people, services and environmental goods, brought more elements and new forms of violence and conflicts to the concept of global security.¹⁹

Accordingly, new actors such as internet, instantaneous communication apps, social networking websites and applications became a sign that global security would have to start to comprehend those kinds of asymmetric attacks, as threats could come not only from states, but also non-state actors, and actors with

¹⁷ REIMUND SEIDELMANN, *Old versus new security: A contribution to the conceptual debate*. Center for Global Studies of Bonn - CGS Discussion Paper 1. 2010. p.6.

¹⁸ DAVID BALDWIN, *The Concept of Security*. British International Studies Association. 1997, pp. 8-12.

¹⁹ SEAN KAY. *Global Security in the twenty-first century: The quest of power and the search for Peace*. 2012. Rowman & Littlefield Publishers, Inc. UK. Pg. 3.

little power could do serious damage to the national interest and the security of powerful countries.²⁰

Likewise, the form of impact of those security threats also expanded once a new foreign policy paradigm identified that actions of states' international and external policies could threaten the safety and security of individuals in their singularity (and not only of a state as a whole)²¹.

As a result, new approaches to this concept related to "human" security" aimed to protect people from severe and pervasive threats, both societal and natural. In some countries, human security threats were interpreted as terrorism or global climate change, and, in others, health, food, community and environmental security.²²

In addition to that, as human-induced perturbations in the environment increased and provoked not only changes in the Earth's environment, but in socio-economic drivers, combining hazards in the ecosphere (air – ex. climate change; land – ex. soil and ecosystem degradation; and water – ex. scarcity, degradation, floods) and in the anthroposphere (human population – ex. growth, changes of its value system; urban systems – ex. pollution, health, industries, services; and rural systems – ex. securing food and fibre), those kind of threats were included as part of security studies.²³

²⁰ Ibid. pg. 4-12.

²¹ DAVID BALDWIN, *The Concept of Security*. British International Studies Association. 1997, pg.13.

²² Op. Cit. pg. 245.

²³ HAND BRAUCH, *Threats, Challenges, Vulnerabilities And Risks In Environmental And Human Security*. University Institute for Environment and Human Security. pp.14 - 16.

Hence, in the present moment, living a dignified life in a stable nation with a stable the rule of law has been more and more connected to the right to have a safe environment. For this reason, serious environmental threats, for example climate change, has been winning space in political agenda and shaping the global security understanding and its approaches.

3. Climate Change in The United Nations' Security Agenda

Climate change has been receiving a broad consensus from scientific studies to be not only an environmental issue, but also a complex and multifaceted national security threat.²⁴

The latest report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) mentioned that climate change risks affect both states (in its infrastructure, networks, services, finances, capabilities and resources, and, consequently in their governance,) and individuals (in their socioeconomic and development factors such as physical and social vulnerability, living standards and human health, food and water security, risks to peace and migration, etc.)²⁵

In addition to that, the report highlighted that the perception of the type of threats coming from climate change are being increasingly perceived as emergencies.²⁶

²⁴ MARK NEVITT, *On Environmental Law, Climate Change, & National Security Law* . Faculty Scholarship at Penn Carey Law, Pennsylvania Law School.2020. Faculty Scholarship at Penn Carey Law, Pennsylvania Law School. P. 323. Accessed May 2023 on https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2101.

²⁵ IPCC, *Intergovernmental Panel on Climate Change Report*. 2022. pp. 143-145.

²⁶ *Ibid.* 126.

Furthermore, NASA has been playing a decisive role in analysing evidences of human activities impacting earth's climate through its specific centre of Global Climate Change, and it affirms that global climate change is not a future problem, but that "The effects of human-caused global warming are happening now, are irreversible for people alive today, and will worsen as long as humans add greenhouse gases to the atmosphere".²⁷(NASA, 2022).

Correspondingly, several methods were shough in international level to control the rise of world's temperature and deal with climate change globally, ranging from political agreements to international and national policies, economic, and regulatory actions.

Likewise, laws, educational and social awareness, along with other methods, begun to join forcers in order to limit global warming bellow 2°, and preferably to 1.5° degrees Celsius, which, according to the Paris Agreement, indicates the threshold not to unleash far more severe climate change impacts.²⁸

However, as The Climate Action Tracker (an independent scientific research organisation which tracks progress towards the globally agreed aim of limiting global warming), reported very recently, "there remains a substantial gap

²⁷ NASA, *NASA Global Climate Change: The Effects of Climate Change*. 2022. Accessed May 2023 on: <https://climate.nasa.gov/effects/>.

²⁸ UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Paris Agreement*. 2015. Accessed May 2023 on: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf

between what governments have promised to do and the total level of actions they have undertaken to date.²⁹

Amid all of those efforts and the permanent difficulties to tackle climate crisis, the most recently discussion to deal with this issue is taking place in the United Nations Security Council, dating back to a of discussion that originated in 2007 in a debate relating to security and climate change during an attempt to find a place for solid action, as following:

“With the recent release of the contributions of Working Groups I and II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), there is now greater scientific certainty that dangerous climate change is already occurring and that the opportunity to a void potentially irreversible, unimaginable damage to the climate system will be lost if urgent and ambitious global efforts are not made. [...], if we continue to ignore climate change, the impact on the global economy will be “on a scale similar to those associated with the great wars and the economic depression of the first half of the twentieth century”. And while we might differ on the issues of timing, location and scope, any economic, social, humanitarian and environmental crisis of this magnitude will likely have other unfortunate consequences, including for international peace and security. There is no excuse — scientific or otherwise — to delay immediate action.”³⁰

As it can be inferred, this meeting urged the attention of the council to the maintenance of international peace and security by finding responses to tackle and mitigate those threats.

²⁹ CLIMATE ACTION TRACKER. *Addressing Global Warming*. 2022. Accessed June 2023 on: <https://climateactiontracker.org/global/temperatures/>

³⁰ UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, *Sixty-second year - 5663rd Meeting*. 2007. Accessed Feb 2023 on: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_pv_5663_rev_1.pdf

After this first movement, further formal and informal debates started to take place in the UN's Security Council, while, as mentioned previously, efforts in other UN levels were being discussed.

Some informal consultations of the of the Security Council, which are not envisaged in the Charter of the United Nations or the Security Council's provisional rules of procedure (Arria-formula meetings) but which the Charter allows the Council to master its own procedure and its own practices³¹, took place in February 2013, approaching Security dimensions of climate change.

In the following years, similar consultations took place, approaching climate change as a threat multiplier for global security (in June 2015), approaching Security Implications of Climate Change in relation to Sea Level Rise (in April 2017), approaching Climate Change and Preparing for security implications of rising temperatures (in December 2017), approaching the link between water, peace and security (in October 2018), and discussing the latest data in April 2020³².

Together with that, 10 formal meetings (which counts with rules of Procedure, discussions, making decisions, adoption of agenda, workplan and documents, along with the opening and closing of the Plenary)³³, discussed themes that were related to Climate and Security.

³¹ UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Model United Nations*. Accessed May 2023 on: <https://www.un.org/en/model-United-nations/security-council>

³² UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL *The UN Security Council and Climate Change Report*. 2021, p. 20. Accessed May 2023 on: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/climate_security_2021.pdf

³³ Op. Cit.

In June 2007, the related topic was “Natural resources and conflict”; In November 2011, “New challenges to international peace and security and conflict prevention”, including pandemics, climate change, and transnational organised crime ; In June 2013, Conflict Prevention and Natural Resources”; in July 2015, “Peace and security challenges facing small island developing states”; in May 2016, “Challenges in the Sahel Region”; in November 2016, “Water, peace and security”.

34

Ten years passed from the 1th meeting, other formal meeting took place. In June 2017, with the thematic “Preventive Diplomacy and Transboundary Waters”; in December 2017, “Addressing complex challenges to international peace and security”; in October 2018, “The Role of Natural Resources as a Root Cause of Conflict”, and, in November 2020, “Contemporary drivers of conflict and instability and insecurity”.³⁵

In addition to that, specific thematic meetings (a format that often focuses on thematic issues and typically involves the diversity of speakers including members of the Secretariat, the Secretary-General, representatives of non-governmental organizations, Council members and non-Council members)³⁶ were held specifically on climate-security matters.

³⁴ UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, *The UN Security Council and Climate Change Report*. 2021, pg. 19. Accessed May 2023 on: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/climate_security_2021.pdf

³⁵ *Ibid.*

³⁶ UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Model United Nations*. Accessed May 2023 on: <https://www.un.org/en/model-united-nations/security-council>

In July 2011, the Security Council discussed under the thematic meetings the Impact of climate change, in July 2018, the Council had a thematic meeting to understand and address climate-related security risks, and, in the following year, to address the impacts of climate-related disasters on international peace and security.

37

Subsequently, in July 2020 another thematic meeting took place to discuss Climate and security, and, in September of the same year to discuss the Humanitarian effects of environmental degradation and peace and security, and, in the next year, the Council gathered to discuss climate related security risks to international peace and security through mitigation and resilience building.³⁸

In sum, climate change language could be observed in more than 20 Security Council's outcomes since 2009, showing the Council's engagement and effort to deal with the issue of climate change, peace and security.³⁹

In that matter, recently some member states showed a particular interest to include this United Nations body to work permanently in cooperation with other bodies in order to tackle climate change in a more comprehensive way, as it follows:

“As at mid-2021, there are 12 Security Council members that believe that the Security Council, working in cooperation with other parts of the UN system, should be an important factor in the effort to resolve the security effects of climate change. Many of these countries have emphasised that

³⁷ UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL *The UN Security Council and Climate Change Report*. 2021, p. 19. Accessed May 2023 on: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/climate_security_2021.pdf

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid. pp. 21-27.

climate change should be integrated more systematically into the Council's work, and that enhanced analysis of climate-related security threats is needed to help the UN, including the Security Council, to develop more effective responses. [...]. They see the Security Council as part of a larger constellation of actors within and outside the UN system working together to address the security impacts of climate change".⁴⁰

Accordingly, this position to include climate change more systematically in the Council's work originated a draft resolution proposal with the requests for the Secretary-General to integrate climate-related security risk as a central component into comprehensive conflict-prevention strategies of the United Nations.

This draft represented a will of the Council to integrate climate change and security concerns in its work and to strengthen synergies among the UN system, and other actors in managing and mitigating climate change-related security risks, as it can be observed:

"The Security Council, [...] 1. Expresses its intention to take into consideration comprehensive conflict analysis and conflict management strategies incorporating information on the security implications of climate change, to enable the Council to pay due regard to any root causes of conflict or risk multipliers which may represent a challenge to the implementation of Council mandates or endanger the process of consolidation of sustaining peace; 2. Requests the Secretary-General to integrate climate-related security risk as a central component into comprehensive conflict-prevention strategies of the United Nations to contribute to the reduction of the risk of conflict relapse due to adverse effects of climate change;[...] 13. Requests relevant special political missions, Peacekeeping Operations and United Nations country teams to consider the environmental impacts of its operations conducting mission

⁴⁰ Ibid. Pg. 12.

management and, in this context, to manage them as appropriate and in accordance with applicable United Nations rules and regulations, mindful of the Secretary-General's United Nations Secretariat Climate Action Plan goals; [...].⁴¹

The proposition above had its basis on the promotion of strategies to contribute to the reduction of the risk of conflict relapse due to adverse effects of climate change, understanding that this approach could benefit the global environmental governance challenge in relation to climate change.

In spite of this important effort, the draft resolution, that was co-sponsored by 113 member states, failed to be adopted because of a veto that came from Russia. It received 12 votes in favour, two against (India and Russia) and one abstention (China).⁴²

Essentially, because of the way the Security Council functions, the difference of interests between its members, and the power of veto, some resistance is still being faced to include the Council's engagement on climate change.

In order to explore more this challenge, the next chapter will discuss about the role and the functioning of the Security Council, and the controversies related to the engagement of the Council with climate change.

⁴¹UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Draft Resolution on Climate and Security*. 2021. Accessed Mar 2023 on: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2021_990.pdf

⁴² Op. Cit.

4. Security council's duties and controversies related to its role on climate change

The founding document of the United Nations, the UN Charter, established under chapter V that the Security Council is the organ with the responsibility for the maintenance of international peace and security, and, in order to ensure prompt and effective action, its activities are performed mostly through a system of resolutions and votes.⁴³

As Charter IV of the same document referred above explains, the Security Council counts with mechanisms of Pacific Settlement of Disputes, action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression (chapter VII), regional arrangements in (chapter VIII), and international trustee system for non-autonomous territories (that has fallen into disuse), all to ensure the maintenance of international peace and security.⁴⁴

The precise nature of international peace and security that is referred in Article 24 (1) of the Charter is not specified, and it is up to the Council to determine what this entails. According to the research report on climate change of the Security Council, the lack of this clear definition is what makes the Security Council's mandate contested and controversial, especially regarding its possibility or not to play a role in climate change and when to define a climate issue as a threat to the breach of peace or an act of aggression.⁴⁵

⁴³ UNITED NATIONS, *Charter of the United Nations*. 1945. Chapter V. Accessed Mar 2023 on: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>

⁴⁴ Ibid. Chapters IV to VIII.

⁴⁵ UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL., *The UN Security Council and Climate Change Report*. 2021, p. 4. Accessed May 2023 on:

Because of the lack of definition, it is understood that the role that the Security Council could play on climate change can be identified in Article 34 of the UN Charter, as it disposes that the Security Council may investigate any dispute, or any situation that might lead to international friction or give rise to a dispute, in order to determine whether the continuance of the dispute or situation is likely to endanger the maintenance of international peace and security.⁴⁶

Although some scholars still discuss the environmental-security connection,⁴⁷ this reference to ‘disputes’ and ‘situations’ under article 34, can express economic and trade issues, as well as social and human rights matters, when those are in such an intensity that can be considered threats to human security.⁴⁸

That being said, another point that remains not very clear in relation to the Security Council role on climate change is because of its structure formation.

Article 23 of the UN Charter explains that the Council is composed of fifteen members of the United Nations. Five of them, have a permanent seat: China, France, the Russian Federation, the United Kingdom, and the United States, and ten of them are elected by the General Assembly every two years, with specific regard to equitable geographic distribution.⁴⁹

https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/climate_security_2021.pdf

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ MARC SCHETTER, et. al, *Security: What is it? What is does?* Global Policy and Development, Germany, 2016. Think piece 09. pp. 2-5.

⁴⁸ Op. Cit.

⁴⁹ UNITED NATIONS, Charter of the United Nations. 1945. Chapter V, Accessed Mar 2023 on: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>.

Within this composition, Article 27 explains that the voting procedural of the Security Council resolutions consists of nine members giving affirmative votes, yet, those votes must have included the concurring votes of the 5 permanent members, so, no resolution can be adopted if one of the permanent members are opposed to it.⁵⁰

This format in which the Council was designed counts with a process of collective decision-making. Consequently, reaching an agreement between the permanent members depends on a reasonable alignment of interests of its members, and, in special, of its permanent member who have the power of veto.

It is notorious that the functioning of Security Council encounters many barriers as there is hardly ever consensus among its members. China, Russia, United States, France and the United Kingdom have fundamental disagreements which creates a barrier to the adoption of the Council's resolutions.

Because of this structure, this issue of the working dynamic of the Security Council naturally ends up to affect its possible role on climate change actions as well, even though the latest research report of the Security Council concluded that "All Council members recognise that climate change poses a threat to human existence, where they disagree is on what role, if any, the Council should play".⁵¹

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *The UN Security Council and Climate Change: Tracking the Agenda after the 2021 Veto*. pp. 11. 2022. Accessed Mar 2023 on: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/unsc_climatechange_2022.pdf

Disagreements in relation to the Council's role on climate change come from China and Russia, who showed to have been long sceptical of the Security Council engagement on climate change. For both of those countries, climate change is fundamentally a sustainable development issue rather than a matter of international peace and security, considering to be more appropriately to address it by other parts of the UN system, such as the General Assembly, the UNFCCC, ECOSOC, and the UN's development system.⁵²

A clear illustration of the referred disagreement could be observed on the voting of the draft resolution of 2021 on the security implications of climate change, in which 12 members voted in favour of the draft resolution, Russia vetoed it, and India also voted against the draft, while China, in its turn, abstained.

While no consensus is found under the role of the Security Council on climate change, some members states that are already suffering harsh effects of climate change, such those located in Pacific Islands, are more ambitious about incorporating climate change in the Security Council's agenda, and on trying to find ways to stop the impacts of climate change in their population.⁵³

In short, it can be inferred that the workability of the Security Council to play a role on climate change will require collective response and an additional focus on human security. In addition, a strong consensus among major powers (especially among the permanent members) is also needed, not differing much from the other themes that the Security Council plays a role and tries to find ways to

⁵² Ibid. Pg. 13.

⁵³ KEN CONCA. *Is There a Role for the UN Security Council on Climate Change?* Environment: Science and Policy for Sustainable Development. 2018. Pgs. 4-11.

maintain peace and security. However, the pressure of international society urging for climate action can play its part to find consensus among the Security Council members.

5. Future prospects and the role of the security council on climate change

The United Nations' Security Council has been examining the linkages between climate change and its impacts on peace and security, and has been including this issue in its discussion.

This approach comes not only because of the pressure coming from international society and the visible impacts reaching the globe, but from lots of evidences and advises coming scientists, from youth and other scholars of the area.

In fact, in 2019 The World Meteorological Organization brought clear scientific data to the Security Council explaining that climate change is increasingly regarded as a national security threat because of the multitude of security impacts it has. For instance, it was mentioned climate impacts in nutrition and access to food, heightening the risk of wildfires and exacerbating air quality challenges, increasing the potential for water conflicts, and leading to more internal displacement and migration.⁵⁴

⁵⁴ UN PEACEBUILDING. *Climate change recognized as 'threat multiplier'*, UN Security Council debates its impact on people. UN News. 2019, Accessed Mar 2023 on: <https://www.un.org/peacebuilding/news/climate-change-recognized-%E2%80%99threat-multiplier%E2%80%99-un-security-council-debates-its-impact-peace>

Furthermore, beyond the current impact, scientists are assured that is inevitable that the situation is going to worsen. In a presage for the next 10 years, it is possible to see predictions for the growth of the world's population for around 9.4 billion people⁵⁵, what, as a consequence, will worsen the control of strategic resources, in particular water, food and energy, and the effects of climate change will exacerbate the competition over these scarce resources.⁵⁶

In addition to that, the Intergovernmental Panel on Climate Change foresees risks of global warming for the next years related to, firstly, cities, settlements and key infrastructure (urban infrastructure, including building, transportation, and energy, water availability for agriculture, hydropower, and human settlements); Secondly, flood damages, streamflow magnitude, issues on food production and access, undermining food security and nutrition; Thirdly, Biodiversity loss and degradation; Fourthly, population change and displacement associated with flooding, tropical cyclones, drought and sea level rise; and, fifthly, unavoidable multiple climate hazards and risks to ecosystems and humans.⁵⁷

Under those circumstances, and considering that these kinds of threats are considered as “multiple stressors unfolding, cascading or compounding together, that has non-linear behaviour, and with high potential for surprise”⁵⁸ the role of the Security Council, may help to generate heightened attention to the linkages among

⁵⁵ U.S CENSUS BUREAU, *International Programs: International Database: Total Midyear Population for the World: 1950-2050*, 2015. Accessed April 2023 on: <https://www.census.gov/population/international/data/idb/worldpoptotal.php>

⁵⁶ DAVID MILLER, *Defense 2045: Assessing the Future Security Environment and Implications for defense policymakers*. Center for Strategic & International Studies. 2015. p. 51.

⁵⁷ IPCC, *Summary for Policymakers*, 2022. Working Group II Report, pp. 9-11.

⁵⁸ IPCC, *Intergovernmental Panel On Climate Change Report*, 2022. pp. 143-145.

climate change, peacebuilding, and security, while addressing climate-related security risks, as it was understood in the Security Council report on the agenda after the veto of 2021⁵⁹.

Accordingly, scholars suggest that the Council can play a role ensuring the Responsibility to Protect in relation to climate change in several ways “taking advantage of the space the Council provides for climate policy coordination among the P5, increasing awareness, and calling on countries to strengthen emergency plans.”⁶⁰

Moreover, an article published in the UN Chronicle proposed to approach environmental security issues in a comprehensive and cooperative manner, understanding that the Security Council and the General Assembly should use their competences “to submit requests to the International Court of Justice for Advisory Opinions on the duties of States to cooperate for the security and protection of humanity and its habitat”.⁶¹

In this sense, scholars have been reinforcing that there is space under the Security Council for incorporating climate risks into peacekeeping operations, developing an early-warning system, managing the threat to small-island states,

⁵⁹ UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *The UN Security Council and Climate Change: Tracking the Agenda after the 2021 Veto*. pp. 11. 2022. Accessed Mar 2023 on: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/unsc_climatechange_2022.pdf

⁶⁰ KEN CONCA. *Is There a Role for the UN Security Council on Climate Change?* Environment: Science and Policy for Sustainable Development. 2018, pp. 11.

⁶¹ BERTRAND RAMCHARAN, *A New International Law of Security and Protection*. UN Chronicle No. 4 Vol. LII, Implementing the 2030. 2015. Accessed on May 2023 on: <https://www.un.org/en/chronicle/article/new-international-law-security-and-protection>.

engaging in preventive diplomacy, addressing climate refugees, and embracing a climate-related analogy to the norm of a responsibility to protect.⁶²

On those grounds, studies that encompassed the extension of the Security Council's mandate for a possible "environmental mandate", understood that the mandate should be reinterpreted to accommodate non-traditional threats to peace and security such as complex humanitarian emergencies and gross abuse of human rights, as the following:

"Further attention is required to determine which environment-related circumstances might invoke or require a response, particularly a military one, under Security Council auspices and on what basis the Council would have a mandate for such action. Such action would involve an interpretive extension of the Security Council mandate relying in part on analogy with intervention on human rights grounds. It draws our attention to what is, in effect, a normative development of the jus ad bellum – the reasons for which states, and by extension the international community of states, might legitimately deploy force."⁶³

Such expansion draws its basis considering that the Security Council should have an environmental mandate in times of armed conflict and on post-conflict situations, on Rapid Deployment in Environmental Emergencies, on Preventive Environmental Security, and on Environmental Threats to Peace and Security in a broader context.⁶⁴

⁶² KEN CONCA, et al. *Climate Change and the UN Security Council: Bully Pulpit or a Bull in a China Shop?* Global Environmental Politics. 2017.

⁶³ LORRAINE ELLIOTT, *Expanding the Mandate of the UN Security Council to Account for Environmental Issues*. 2002. p.11.

⁶⁴ Ibid.

Therefore, although controversies are often raised when considering if the Security Council should or not play a role on climate change and environmental threats to international security, and if its role would be helpful, or if it would work, it seems that there has been a positive discussing going on between scholars and other specialists who consider that there is space to work on this issue under this body.

All in all, given that at this time responses to this issue are still seen as a “nascent research agenda on global climate security governance”⁶⁵, in which “the agenda is still very much in its infancy”⁶⁶, what can be expected for the next time are more studies, further promotion of how to tackle environmental threats, and considerations to build environmental security in more comprehensive terms, enhancing international environmental governance.

In the meantime, relevant points are being raised about this challenge, especially from the Security Council itself. As identified by the latest Security Council Report, “While cogent arguments can be made about the encroachment of the Security Council on the prerogatives of other UN entities, it could also be argued that a Security Council that does not respond to such a fundamental threat to human survival is not fulfilling its responsibilities under the UN Charter.”⁶⁷

⁶⁵ NIKLAS BREMBER, et al. *Global Response to Climate Security: Discourses, Institutions and Actions*. *Journal of Peacebuilding and Development*. 2022. Pp. 343-344.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *The UN Security Council and Climate Change: Tracking the Agenda after the 2021 Veto*. p. 11. 2022. Accessed Mar 2023 on: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/unsc_climatechange_2022.pdf

6. Conclusion

In conclusion, in front of a global and complex threat that is showing signs of aggravation and perdurance in time, the United Nations is increasingly taking steps to strengthen global governance in relation to climate change, the environment and international security.

Within those steps, a recent approach being considered is including a role of the Security Council to act in relation to climate change threats, substantially supporting and complementing the work of different bodies of the UN.

Controversies and reluctance have been expressed in relation to the Council's mandate and its possible role in this matter, but, in front the UN's charter broad definition for the scope of action of the Security Council the maintenance of international peace and security, it is possible to enlarge its activities to environmental concerns that are seen as threats to human security.

In addition to that, the difficulty of the workability of this body in relation to climate change does not differ much from the difficulty to deal with other security issues, and, due to the increasing threat that climate change represents, it can be considered that it is forward-looking to use this body's enforceability to achieve greater results in the battle against climate change and environmental threats to international security, even though there are still some points to be refined for this possibility.

Bibliography

BERTRAND RAMCHARAN, *A New International Law of Security and Protection*. UN Chronicle No. 4 Vol. LII, Implementing the 2030. 2015.

- CLIMATE ACTION TRACKER. *Addressing Global Warming*. 2022.
- DAVID BALDWIN, *The Concept of Security*. British International Studies Association. 1997.
- DAVID MILLER, *Defense 2045: Assessing the Future Security Environment and Implications for defense policymakers*. Center for Strategic & International Studies. 2015.
- DONELLA MEADOWS, et. al, *The Limits to Growth*. 1972.
- GEOFFEY DABELKO, *An Uncommon Peace: Environment, Development and Global Security Agenda, Environment: Science and Policy for Sustainable Development*.
- HAND BRAUCH, *Threats, Challenges, Vulnerabilities And Risks In Environmental And Human Security*. University Institute for Environment and Human Security.
- IPCC, *Intergovernmental Panel On Climate Change Report*, 2022.
- IPCC, *Summary for Policymakers*, 2022. Working Group II Report.
- KEN CONCA, et al. *Climate Change and the UN Security Council: Bully Pulpit or a Bull in a China Shop?* Global Environmental Politics. 2017.
- KEN CONCA. *Is There a Role for the UN Security Council on Climate Change?* Environment: Science and Policy for Sustainable Development. 2018.
- LORRAINE ELLIOTT, *Expanding the Mandate of the UN Security Council to Account for Environmental Issues*. 2002.
- MARC SCHETTER, et. al, *Security: What is it? What is does?* Global Policy and Development, Germany, 2016.
- MARIA IVANOVA, *Designing the United Nations Environmental Programme: A Story of Compromise and Confrontation*. 2007
- MARK NEVITT, *On Environmental Law, Climate Change, & National Security Law*. Faculty Scholarship at Penn Carey Law, Pennsylvania Law School.2020. Faculty Scholarship at Penn Carey Law, Pennsylvania Law School.
- NASA, *NASA Global Climate Change: The Effects of Climate Change*. 2022.
- NIKLAS BREMBER, et al. *Global Response to Climate Security: Discourses, Institutions and Actions*. *Journal of Peacebuilding and Development*. 2022.
- SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS KNOWLEDGE PLATFORM. *Report of the World Commission on the Environment and Development*
- U.S CENSUS BUREAU, *International Programs: International Database: Total Midyear Population for the World: 1950-2050*. 2015.
- UN PEACEBUILDING. *Climate change recognized as 'threat multiplier', UN Security Council debates its impact on people*. UN News. 2019.
- UNDP, Human Development Report. 1994.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Stockholm Declaration: Declaration on the Human Environment*. 1972.
- UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Paris Agreement*. 2015.
- UNITED NATIONS PRESS RELEASES, *United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992*.

- UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Model United Nations*. UN website.
- UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL *The UN Security Council and Climate Change Report*. 2021.
- UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, *Sixty-second year - 5663rd Meeting*. 2007.
- UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Draft Resolution on Climate and Security*. 2021.
- UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *The UN Security Council and Climate Change: Tracking the Agenda after the 2021 Veto*.
- UNITED NATIONS, Charter of the United Nations. 1945. Chapter V.
- WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Our Common Future (Brundtland Report)*. 1987.

THE INTERACTION BETWEEN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW REGARDING THE PROTECTION OF THE RIGHT TO LIFE DURING ARMED CONFLICTS¹

A interação entre o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos relativamente à proteção do direito à vida durante conflitos armados

João Pedro Quintela*

Keywords: Developments in international and regional jurisprudence have recognized the overlap between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in multiple domains. However, the different logic on which the branches were based may offer contrasting solutions when it comes to the protection of the right to life. There are still challenges to be addressed in comprehending the interaction between the two branches, even when taking into consideration the suggestions provided by the International Court of Justice and the key human rights treaty bodies. This article analyzes these challenges and considers how complementarity and the *lex specialis* principle should be employed toward the maximum protection of individuals and the systemic coherence of international law.

Keywords: International Humanitarian law; human rights; armed conflict; complementarity; *lex specialis*.

Resumo: Desenvolvimentos na jurisprudência internacional e regional reconheceram a sobreposição do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos

¹ List of acronyms: ACHPR (African Charter of Human and Peoples' Rights); ACHR (American Convention on Human Rights); API (Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949); APII (Additional Protocol II to the Geneva Conventions); ECHR (European Convention on Human Rights); ECtHR (European Court of Human Rights); ICJ (International Court of Justice); ICCPR (International Covenant on Civil and Political Rights); ICRC (International Committee of the Red Cross); IACHR (Inter American Commission of Human Rights); IHL (International Humanitarian Law); IHLR (International Human Rights Law); UDHR (Universal Declaration of Human Rights); VCLT (Vienna Convention on the Law of Treaties).

* Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e inscrito no Mestrado em Direito Internacional e Europeu na NOVA School of Law

Humanos em diferentes domínios. No entanto, a distinta lógica sobre a qual os ramos foram construídos pode oferecer soluções distintas no que tange à proteção do direito à vida. Tendo-se em consideração as indicações do Tribunal Internacional de Justiça e dos principais organismos de direitos humanos, há ainda obstáculos a serem superados no entendimento da interação entre os dois ramos. O presente trabalho visa analisar esses desafios e responder à questão de saber como efetivamente a complementaridade e o princípio da *lex specialis* devem ser aplicados com vista à máxima proteção dos indivíduos e à coerência sistemática jurídico-internacional.

Palavras-chave: Direito Internacional Humanitário; direitos humanos; conflitos armados; complementaridade; *lex specialis*.

Table of contents: 1. Introduction; 2. The right to life under IHRL; 3. The right to life under IHL; 4. The interplay between IHL and IHRL; 4.1. Complementarity/*lex specialis*; 4.2. Teleological/systemic interpretation; 5. Conclusion.

1. Introduction

IHL was created to regulate the conduct of the parties while providing minimal protection and limiting the impacts of armed conflicts. IHRL, on the other hand, deals with the inherent rights of the person to be protected at all times against abusive power³. Therefore, IHRL relies on humanity as the reference point insofar as IHL leans on the order of states as determining entities of rights and obligations⁴.

Thus, it appears that the interplay between IHL and IHRL is a dialectical process that draws attention to their respective limitations. However, they share a

³ CORDULA DROEGE, The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict, *Israel Law Review*, vol. 40, n.º 2, 2007, p. 310.

⁴ DANA SCHMALZ, Normative demarcations of the right to life in a globalized world: Conflicts between Humanitarian Law and Human Rights Law as markers, *KritV, Crit Q, RCrit. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft / Critical Quarterly for Legislation and Law / Revue critique trimestrielle de jurisprudence et de législation*, vol. 99, n.º 3, 2006, p. 234.

common idea of human dignity as well as they have a range of aspects in common that make them substantially overlap in practice. The protection of the right to life is one of these points of contact. Even if it was never meant for the branches to intersect, because different degrees of protection to the right to life are put out it is crucial to reconcile them⁵.

When it comes to theoretical approaches to their interaction, the complementarity idea has the upper hand in the discussions, whereas separatist and integrationist theories have been overtaken⁶. It is claimed from a separatist perspective that, as the branches do not overlap, there is no co-application between them. When an armed conflict breaks out, it is as though a curtain would come down for IHRL's application because IHL completely controls the new situation⁷. In this sense, the branches would be irreconcilable and have an opposed nature⁸.

The authors of the integrationist school, on the other side of the spectrum, favored a merger between the two branches, as though the two sets of norms could

⁵ CORDULA DROEGE, *The Interplay Between...*, p. 310.

⁶ Nevertheless, there are new trends regarding the separatist conception that IHL can “do it all” in efforts to secure the protection of the human person in times of armed conflict. Cf. KATHARINE FORTIN, *The relationship between international human rights law and international humanitarian law: Taking stock at the end of 2022?*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 40, n.º 4, 2022, pp. 350-351, “An obvious example of policy-dictated separatism can be found in the example of Russia deciding to denounce the ECHR entirely when it found itself receiving criticism for its invasion of Ukraine. A tendency towards separatism can also be found in the various arguments by States seeking to restrict any application of the treaty when States are acting extraterritorially outside the ECHR’s ‘*espace juridique*’”.

⁷ KATHARINE FORTIN, *The relationship between international human rights law and international humanitarian law: Taking stock at the end of 2022?*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 40, n.º 4, 2022, p. 345.

⁸ CARMEN MÁRQUEZ CARRASCO *et al*, *Applicable regulatory frameworks regarding human rights violations in conflicts*, *Frame*, n.º 10.2, 2015, p. 49.

coexist as one ‘integrated legal regime’⁹. However, such a merger is unacceptable as it disregards structural differences between the two branches¹⁰. Also, it is now generally recognized that IHRL also applies during armed conflicts, so separatist approaches can be considered surpassed.

It is now undisputed that IHL and IHRL are two different systems, but because they are founded on the same principles and values they can influence and reinforce each other mutually. The ICJ supported this approach in the Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons of 1996, which merits emphasizing two aspects. First, the Court held that the IHRL, specifically the ICCPR, does not cease to apply in times of war. Also, it accepted employing IHL as a *lex specialis*.

Even though the second aspect could suggest a separatist approach, doing so would mean ignoring the utility of the first. Besides, the *lex specialis* principle does not necessarily imply a total separation between the two branches as it can be interpreted in different ways. The court stated that IHL rules must be considered when interpreting Article 6 of the ICCPR during armed conflicts. In any case, the reference to the *lex specialis* principle raises some questions, including when and how to employ the principle as well as whether IHRL could qualify as *lex specialis*¹¹.

Later, in 2004, the ICJ broadened the argument to include the general applicability of human rights in armed conflicts in the Advisory Opinion on the

⁹ KATHARINE FORTIN, *The relationship between...*, p. 345.

¹⁰ CARMEN MÁRQUEZ CARRASCO *et al*, *Applicable regulatory frameworks...*, p. 58.

¹¹ KATHARINE FORTIN, *The relationship between...*, p. 347.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. In addition, it outlined situations surrounding the relationship between IHL and IHRL: some rights may fall under either IHL or IHRL solely, while others may fall under both. The last scenario is the one where the protection of the right to life belongs to. Nonetheless, the contours and consequences of this development remain unclear.

In that regard, this article analyzes the interaction between IHL and IHRL concerning the protection of the right to life. The interplay is founded on the complementarity concept and the *lex specialis* principle. Simply put, when the latter is properly employed, it can increase the overall protection of individuals and be entirely consistent with the former. In other words, the *lex specialis* should be considered as a principle of specific interpretation so it can be in accordance with the concept of complementarity. Furthermore, the employment of the *lex specialis* principle differs by context based on a teleological interpretation of the rules of international law. Thus, IHRL might not always be the *lex generalis*.

To provide a framework for the analysis of the interaction between IHL and IHRL, the various degrees of the protection of the right to life under the branches are briefly examined. With the ultimate goal of advancing both the systemic coherence of international law and the overall protection of individuals, their interaction is then effectively explored.

2. The right to life under IHRL

Since all other human rights would be meaningless in the absence of effective guarantees for the right to life, it is possible to consider it as a supreme

human right¹². Accordingly, the protection of the right to life emerges as a primordial provision in all major international human rights conventions¹³. The scope of human rights, as is well known, extended greatly beyond the bounds of merely ‘negative’ freedom to impose on States a number of duties to ensure their effectiveness¹⁴. In this sense, the obligations of States have three dimensions: to respect, to safeguard, and to fulfill human rights¹⁵.

Moreover, there are some rights protected by IHRL that are considered to be a part of the so-called ‘hard core’, which means that they are non-derogable¹⁶. Except for the African Charter and the silence of UDHR on armed conflict, the provisions protecting the right to life are part of the ‘hard core’. Therefore, even in times of public emergency, the protection of the right to life is not subject to potential limitations under the human rights conventions¹⁷.

Nevertheless, the deprivation of life during armed conflict is not considered a violation of the human rights provisions *per se*. Otherwise, intransigent protection of the right to life during armed conflicts would lead to the very uselessness of IHRL as a practical necessity. Not only have legal frameworks been established,

¹² CEES DE ROVER, *To Serve and to Protect: Human Rights and Humanitarian Law for Police and Security Forces*, ed. 2, Geneva, International Committee of the Red Cross, 2013, p. 246.

¹³ See Article 3 of the UDHR and Article 6(1) of the ICCPR, but also in the ACHR, ECHR, and ACHPR. While the ICCPR (Article 6 (1)), the ACHR (Article 4(1)), and the ACHPR (Article 4) specify that no one may be “arbitrarily” deprived of life, the ECHR provides more guidance on Articles 2(2) and 15(2).

¹⁴ CHRISTIAN TOMUSCHAT, Human Rights and International Humanitarian Law, *The European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 1, 2010, p. 16.

¹⁵ CARMEN MÁRQUEZ CARRASCO *et al*, *Applicable regulatory frameworks...*, p. 9.

¹⁶ CARMEN MÁRQUEZ CARRASCO *et al*, *Applicable regulatory frameworks...*, p. 37.

¹⁷ Regarding the derogation clauses, Article 4(2) of the ICCPR, Article 15(2) of the ECHR and Article 27(2) of the ACHR.

but also human rights protection systems with individual petitions, including courts, have been created. Accordingly, one cannot surrender to the idealistic promise of human rights as they were objectively necessary with no reference to another end which is the effective protection of individuals.

Indeed, it was never intended for the non-derogation clauses to completely prohibit killings during armed conflicts. Instead, because there was a clear distinction between the law of war and the law of peace, these conventions were thought to be inapplicable during armed conflicts¹⁸. However, the separatist doctrine has been repeatedly called into doubt by the ICJ and the human rights treaty bodies¹⁹. Moreover, a clear distinction between the two branches is further muddled by the phenomenon of ‘civilianization of conflicts.’

Along that vein, the ECHR expressly states that ‘lawful acts of war’ do not result in violations of the right to life (Article 15(2)). In non-international armed conflicts, the use of force to lawfully quell an ‘insurrection’ is likewise justifiable (Article 2(2)(c))²⁰. Also, the IACHR has ruled that in times of armed conflicts, the question of whether the right to life was violated must be determined in light of IHL and has expressly assigned itself the competence to apply IHL²¹.

¹⁸ CHRISTIAN TOMUSCHAT, *Human Rights and...*, p. 16.

¹⁹ Concerning the statements of human rights treaty bodies, e.g., *Bámaca v. Guatemala*, Case No. 11/129, Inter-Am. C.H.R., para. 209; S.C. Res. 1019, UN Doc. S/RES/1010 (Nov. 9, 1995) and S.C. Res. 1034, UN Doc. S/RES/1034 (Dec. 21, 1995); *Isayeva, Yusupova and Basayeva v. Russia*, Eur. Ct. H.R. Judgment of Feb. 24, 2005. Regarding the statements of the ICJ, the aforementioned *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. 226-593 (July 8), at para. 25; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. (July 9), at para. 106.

²⁰ DANA SCHMALZ, *Normative demarcations of...*, p. 241.

²¹ See, e.g., *Abella v. Argentina*, Case 11.137, Inter-Am. Commission H.R. Report No. 55/97, OEA/Ser.L/V/II.98, doc 6 rev, (1997), at paras. 157-171.

IHRL was created to defend those under the authority of a State, hence it is based on the idea of law enforcement rather than the conduct of hostilities²². First and foremost, there must be an appropriate balance between the use of force threatening the right to life and the discretionary powers exercised by law enforcement officials. Also, it is crucial to ensure that the law enforcement organization as a whole is held to the fundamental requirements of legal and political accountability²³.

During their practices, law enforcement officials are required to use non-violent means as far as possible before resorting to the use of force. The response of the officer must be appropriate for the circumstances and the behavior of the individual. Thus, it is not appropriate to respond to passive resistance with lethal force, for instance. In other words, the lawfulness of the use of force depends on full compliance with the principles of legality, necessity, and proportionality.²⁴

Human rights treaty bodies have examined whether enough measures were taken to prevent civilian casualties in cases related to armed conflict between rebels and governmental forces²⁵. The common thread in the decisions is that the use of

²² CORDULA DROEGE, *The Interplay Between...*, p. 344.

²³ CEES DE ROVER, *To Serve and...*, p. 245.

²⁴ CEES DE ROVER, *To Serve and...*, pp. 247-252.

²⁵ See, e.g., *Ergi v. Turkey*, Application no. 66/1997/850/1057, Judgment, European Court of Human Rights (28 July 1998), para. 79; *Ozkan v. Turkey*, Application no. 21689/93, Judgment, European Court of Human Rights (6 April 2004), para. 297.

lethal force would be unnecessary if an arrest could be made with ease²⁶. In other words, the use of force must be proportionate to the aim of protecting life²⁷.

Overall, the right to life in IHRL provides positive and negative obligations for the State towards individuals. To not violate that guarantee, the killing of a person by State authorities must meet strict requirements of necessity and proportionality, as well as being a measure of self-defense. In this sense, ‘collateral damage’ could not be justified under IHRL²⁸. Likewise, as the use of force must be the last resort, the planning of an operation with the purpose of killing is never lawful under IHRL²⁹.

3. The right to life under IHL

Under IHL, the boundaries for a killing to be justified are substantially wider. In addition to the fact that violent acts of force characterize armed conflicts, IHL was constructed based on considerations of military strategy and reciprocity. Therefore, the right to life is certainly hard to maintain in absolute terms³⁰.

However, as the entire system of modern international law, the IHL is based on the dignity of the human person³¹. Thus, it is not even necessary to address the

²⁶ LOUISE DOSWALD-BECK, The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 864, 2006, pp. 881-904, p. 884.

²⁷ CORDULA DROEGE, *The Interplay Between...*, p. 345.

²⁸ DANA SCHMALZ, *Normative demarcations of...*, p. 241.

²⁹ CORDULA DROEGE, *The Interplay Between...*, p. 345.

³⁰ CORDULA DROEGE, *The Interplay Between...*, p. 313; DANA SCHMALZ, *Normative demarcations of...*, p. 242.

³¹ CHRISTIAN TOMUSCHAT, *Human Rights and...*, p. 16.

forementioned jurisprudence developments to conclude that the right to life cannot be protected only within the limits of military necessity.

Regarding combatants, serious violations of IHL, such as war crimes, are the exception to the general rule that actions to impair the military potential of the enemy are not punishable under domestic law. Moreover, the prohibition on perfidy in Article 37 of API forbids the treacherous killing of adversary combatants. Likewise, persons *hors de combat* cease to be legitimate targets (Article 41 of API)³².

Aside from these limits, a ‘privilege of belligerency’ might be invoked to describe the broader permission for the killing of combatants in armed conflicts. In conjunction with the ‘privilege of belligerency’, criminal liability is excluded, and it is possible to identify permissible combatant targets in the conduct of hostilities. This is the ultimate expression of the principle of distinction *ratione personae* which requires the distinction between military personnel and civilian population³³.

Under Article 51 of the API and Article 13 of the APII, civilians who do not take part in hostilities are no legitimate targets of violent acts. However, they do not benefit from broader protection such as the one provided by the right to life under IHRL. Indeed, one could argue that it is not possible to balance human life against ‘military necessity’ because of the dignity of the human person³⁴. Nonetheless, if the requirements of proportionality of Article 51 are met, the privilege of belligerency extends to the death of civilians as ‘collateral damage’.

³² DANA SCHMALZ, Normative demarcations of..., p. 242.

³³ DANA SCHMALZ, Normative demarcations of..., pp. 242-243.

³⁴ CHRISTIAN TOMUSCHAT, Human Rights and..., pp. 20-21.

Moreover, the principle of proportionality in IHL differs from the standard in IHRL. On the one hand, IHRL requires that the use of lethal force is proportionate to the aim of protecting life. On the other hand, API requires that the incidental loss of civilian life caused by an armed attack shall not be excessive in relation to the ‘concrete and direct military advantage anticipated’³⁵.

4. The interplay between IHL and IHRL

Therefore, contrasting conclusions may be reached depending on whether the rules of IHL or IHRL are applied to determine the lawfulness of a killing of a person. IHL accepts the use of lethal force and tolerates incidental killing of persons not directly participating in hostilities, subject to proportionality requirements. Conversely, lethal force can only be justified under IHRL if there is an imminent danger of serious violence that can only be averted by such use of force. Besides, the proportionality standards vary amongst the branches.

On this basis, even though it is commonly agreed that IHRL applies to armed conflicts, it is still unclear how they interact and what the outcomes of their interaction will be. Certainly, determining if IHL applies, as well as at what level IHRL applies, depends on the characterization of the situation as either conduct of hostilities or law enforcement. Nonetheless, the line separating a situation of law enforcement and conduct of hostilities is further blurred by the ‘civilianization’ of armed conflicts.

³⁵ CORDULA DROEGE, *The Interplay Between...*, p. 346.

For instance, when the State responds to terrorist acts it may be controversial whether the overall context qualifies as a ‘war’ or as law enforcement. Furthermore, because the majority of modern armed conflicts are non-international, it might be challenging to identify a person as a participant in hostilities as one side is frequently not carrying formal signs³⁶. As a result, it becomes more intricate to distinguish between situations of law enforcement and conduct of hostilities, which also depends on political choices.

Besides, this question will only arise depending on whether IHRL is applicable. The human rights conventions will apply if the jurisdiction of a State is established, which may occur extra-territorially if the State has ‘effective control’ over individuals to exercise authority and thus have jurisdiction³⁷.

Despite what first seemed to be always the case for acts committed on its territory, a State may not be able to exercise its authority during active hostilities, according to the ECtHR³⁸. Thus, ECtHR has seemingly placed all instances of active hostilities outside its competence, casting doubt on the need for a State to uphold human rights responsibilities in armed conflict³⁹. Despite the European human rights system’s tendency toward a separatist approach, the *lex specialis* principle should not be interpreted through an exclusivist lens. Instead, it might, if properly employed, be fully consistent with a complementarity approach.

³⁶ DANA SCHMALZ, Normative demarcations of..., pp. 244-246.

³⁷ DANA SCHMALZ, Normative demarcations of..., pp. 244-246.

³⁸ *Shavlokhova v Georgia* Application No. 45431/08 (ECtHR (dec), 5 October 2021); also, *Georgia v Russia (II)* Application No. 38253/08 (ECtHR [Grand Chamber] 21 January 2021).

³⁹ KATHARINE FORTIN, The relationship between..., p. 351.

4.1. Complementarity/*lex specialis*

Although many employ the *lex specialis* principle to analyze the interplay between IHL and IHRL, there is certainly a terminological issue. The *lex specialis* principle is commonly understood differently by different academics. As with other concepts in international law, it is often misunderstood and abused. Nonetheless, a concept should not be abandoned because different people have different understandings of it. Instead, the focus should be on defining the scope of the *lex specialis* principle.

Likewise, complementarity also has an unclear and inconsistent definition and is more of a policy than a legal concept. However, a complementarity-based relationship must be at least perceived as an active interaction where the norms mutually influence each other. As with the *lex specialis* principle, complementarity is pursued to achieve greater normative coverage, fill up any gaps, and ensure consistency⁴⁰.

Furthermore, to serve as a legal basis for the interaction between IHL and IHRL complementarity must be conceptualized in its legal understanding as the interpretation method enshrined in Article 31(3)(c) of the VCLT⁴¹. In other words, it is especially on the principle of systemic integration that the concept of complementarity as a legal foundation for the interaction between the branches may be tracked down. As a result, the broader system of international legal obligations should be considered while interpreting IHL or IHRL⁴².

⁴⁰ CARMEN MÁRQUEZ CARRASCO *et al*, Applicable regulatory frameworks..., p. 56.

⁴¹ CORDULA DROEGE, The Interplay Between..., p. 337.

⁴² KATHARINE FORTIN, The relationship between..., p. 348.

One could therefore claim that the *lex specialis* principle is in tension with the idea of complementarity because it refers to a conflict rule that alters, overrules, or set aside a general rule in a specific situation⁴³. To put it another way, the particular rule may be thought of as an exception to the general rule, in which case the former derogates the latter⁴⁴. Indeed, this perspective cannot be consistent with conceiving the *lex specialis* principle through the lens of complementarity.

The outcome of the *lex specialis* principle should instead be the application of a particular rule of a general standard in a specific circumstance. During armed conflicts most of the time IHL may give instructions on what IHRL requires in the case at hand⁴⁵. Therefore, as a principle of specific interpretation, the *lex specialis* does not suggest a conflict between the norms. Rather, it is entirely consistent with the complementarity concept based on the systemic integration principle as stated in Article 31(3)(c) of the VCLT.

Moreover, the textual elasticity of the provisions protecting the right to life is what justifies employing the *lex specialis* principle as a principle of specific interpretation. The terms ‘arbitrarily’ or ‘arbitrary’ are used to legitimize the recourse to IHL rules⁴⁶.

Besides the critics related to the terminological issue, it has been also argued that the employment of the *lex specialis* principle is hindered by the lack of

⁴³ SILVIA BORELLI, The (Mis)-Use of General principles of Law: *Lex specialis* and the relationship between International Human Rights Law and the Laws of Armed Conflict, *General Principles of Law – the Role of the Judiciary*, Springer, 2015, p. 6.

⁴⁴ CORDULA DROEGE, *The Interplay Between...*, pp. 339-340.

⁴⁵ Cf. CORDULA DROEGE, *The Interplay Between...*, p. 340; SILVIA BORELLI, *The (Mis)-Use of...*, p. 6.

⁴⁶ KATHARINE FORTIN, *The relationship between...*, p. 349.

a clear hierarchy of norms in international law. To put it in another way, as the *lex specialis* principle was conceived for domestic law, it is not readily applicable to the highly fragmented system of international law⁴⁷.

The controversy between the horizontality and hierarchy of the sources of international law need not be addressed, though. In short, the *lex specialis* principle does not require that the norms are hierarchically different. They must relate instead in terms of general/special regimes. Otherwise, *lex superior derogat legi inferior* would apply instead which is not suggested.

4.2. Teleological/systemic interpretation

The convergence problems can only be resolved on a case-by-case basis⁴⁸. The employment of the *lex specialis* principle is contingent upon how the rules must be regarded in the context in which they are applied, including their object and purpose⁴⁹. Naturally, simply because the controversy pertains to the realm of international law, there is no compelling reason to disregard classical solutions. Even though the *lex specialis* principle is not addressed on the VCLT, what it is ultimately sought for is the systemic coherence of international law.

Moreover, the strict opposition between a teleological interpretation and a systemic-dogmatic interpretation, which is enshrined by the norm contained in Article 31(3)(c) of the VCLT, has been overcome. On the one hand, the systemic

⁴⁷ CORDULA DROEGE, *The Interplay Between...*, p. 339.

⁴⁸ FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, ed. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 78-82.

⁴⁹ SILVIA BORELLI, *The (Mis)-Use of...*, p. 6.

interpretation method extended to its ultimate limits could draw out the substance of the law. On the other hand, a teleological interpretation taken as far as possible would functionalize or instrumentalize law. In this regard, each of these methods of interpretation discovers in the other the other side of itself when properly comprehended⁵⁰.

The dialect between the system and the problem permeates both teleological and systemic interpretation, as this is what distinguishes a methodologically committed legal discourse⁵¹. In other words, the semantics and prescriptiveness of rules cannot exhaust the debate over how IHL and IHRL interact. Instead, the level of protection provided to the right to life during armed conflicts may only result from practical-normative grounds⁵².

Needless to say, the aforementioned does not equate to adhering to a dogma associated with a particular branch of law. It is a dogma to claim that only IHL can be relevant during armed conflicts, even though the aim and purpose of IHL is to regulate armed conflicts. Stating that IHRL is only intended to be employed during peaceful times would likewise be a dogma⁵³. Instead, the context of armed conflicts does not always offer a sufficient basis for applying IHL as a *lex specialis*. IHRL may also serve as *lex specialis* in specific circumstances⁵⁴.

⁵⁰ FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução...*, pp. 900-902.

⁵¹ FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução...*, p. 902.

⁵² See, FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução...*, p. 894.

⁵³ LOUISE DOSWALD-BECK, *The right to...*, p. 903.

⁵⁴ One could argue that the *lex generalis* (IHRL) applies rather than the *lex specialis* (IHL), which again consists in a terminological divergence that leads to the same results.

Overall, the framework provided by the *lex specialis* principle and the complementarity approach based on the systemic integration principle is sufficient to offer adequate predictability for the interplay between IHL and IHRL. However, as the convergence problems should only be dealt from a case-by-case basis, a teleological interpretation of rules might not be disregarded. In this sense, all the solutions could never be foreseen, in part due to evolving forms of armed conflicts and the ‘civilianization of conflicts.’

As a last resort, it is possible to try certain solutions to contentious issues in armed conflicts. Consider the archetypal scenario of occupation, which although related to international armed conflicts, has specific rules under IHL⁵⁵. In principle, the occupying State has effective control over the occupied territory to trigger the application of IHRL. Thus, IHL may be employed as *lex specialis* when a concrete circumstance within the territory involves hostilities rather than law enforcement⁵⁶.

The legal framework for the interaction between IHL and IHRL is well-established: complementarity and the *lex specialis* principle. However, it is a matter of fact and not of the applicable law to assess whether a situation qualifies as law enforcement or as the conduct of hostilities. Therefore, it is necessary to distinguish between various situations of occupation⁵⁷.

In ‘calm’ occupations, the use of potentially lethal force is governed by the law enforcement model and the IHRL requests that a State effect an arrest whenever

⁵⁵ LOUISE DOSWALD-BECK, *The right to...*, p. 892.

⁵⁶ CORDULA DROEGE, *The Interplay Between...*, p. 332.

⁵⁷ Nevertheless, Israel manifested its adherence to a separatist approach concerning the occupation of the Palestinian territory. See, *inter alia*, Israeli Report to the Human Rights Committee, UN Doc CCPR/C/ISR/2001/2, 4 Dec. 2001, at para. 8.

practical⁵⁸. That would also apply to the State's response to a riot or violent demonstration. However, it can be argued that because it involves an international armed conflict rather than just maintaining order in the occupied territory, IHL requirements apply when an occupying power needs to take measures to safeguard its security⁵⁹.

Foreign fighters may also be targeted in conformity with IHL rules if they engage in combat against the occupying State and meet the requirements for being 'combatants.' On the other hand, if they do not meet these requirements, they are considered civilians and can only be attacked while they are 'directly participating in hostilities'⁶⁰.

Therefore, during relatively calm occupations, the mere use of military force by the occupying State cannot itself invoke IHL rules. Instead, hostilities must result from combat activity initiated by those challenging the occupation. The IHL rules governing the conduct of hostilities apply when there is a resumption or outbreak of military hostilities. The law-enforcement model, however, is in charge of dealing with ordinary criminal activity and situations that resemble riots⁶¹.

This analysis could extend to a wide range of circumstances, including to other contexts such as to the use of force in non-international armed conflicts and the law relating to civilians taking a 'direct part in hostilities.' Nevertheless, the watchword has been given: the application of IHL or IHRL rules must be in

⁵⁸ LOUISE DOSWALD-BECK, *The right to...*, p. 892.

⁵⁹ LOUISE DOSWALD-BECK, *The right to...*, p. 893.

⁶⁰ LOUISE DOSWALD-BECK, *The right to...*, p. 893.

⁶¹ LOUISE DOSWALD-BECK, *The right to...*, p. 893-894.

accordance with the specific circumstances while taking into consideration the framework provided.

5. Conclusion

IHL and IHRL offer various levels of protection for the right to life, including during armed conflicts. The *lex specialis* principle and the concept of complementarity are the foundations of their interaction. Nevertheless, both concepts are affected by terminological difficulties. To prevent one from adhering to the use of *lex specialis* in a separatist-like approach, it is crucial to define the scope of these concepts. The notion of complementarity embodies the systemic integration principle outlined by Article 31(3)(c) of the VCLT. Meanwhile, the *lex specialis* principle determines a specific interpretation in a given circumstance taking into consideration the aims and purposes of international law.

Although it can be observed that IHL will generally be *lex specialis* during the conduct of hostilities, IHRL may also be in specific circumstances. To be methodologically committed, the analysis must be conducted from a practical-normative angle. Considering a teleological and systemic interpretation of international law, it is possible to increase the overall protection of individuals during armed conflicts. Besides, the framework proposed offers sufficient predictability for the interaction and the coherence of international law as a whole.

Bibliography

BORELLI, Silvia, The (Mis)-Use of General principles of Law: *Lex specialis* and the relationship between International Human Rights Law and the Laws of Armed Conflict, *General Principles of Law – the Role of the Judiciary*, Springer, 2015, pp. 1-29.

- DE ROVER, Cess, *To Serve and to Protect: Human Rights and Humanitarian Law for Police and Security Forces*, ed. 2, Geneva, International Committee of the Red Cross, 2013, pp. 245-265.
- DOSWALD-BECK, Louise, The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.º 864, 2006, pp. 881-904.
- DROEGE, Cordula, The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict, *Israel Law Review*, vol. 40, n.º 2, 2007, pp. 310-355.
- FORTIN, Katharine, The relationship between international human rights law and international humanitarian law: Taking stock at the end of 2022?, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 40, n.º 4, 2022, pp. 343-353.
- JOSÉ BRONZE, Fernando, *Lições de Introdução ao Direito*, ed. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 1-988.
- MÁRQUEZ CARRASCO, Carmen *et al*, Applicable regulatory frameworks regarding human rights violations in conflicts, *Frame*, n.º 10.2, 2015, pp. 1-212.
- SCHMALZ, Dana, Normative demarcations of the right to life in a globalized world: Conflicts between Humanitarian Law and Human Rights Law as markers, *KritV, Crit Q, RCrit. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft / Critical Quarterly for Legislation and Law / Revue critique trimestrielle de jurisprudence et de législation*, vol. 99, n.º 3, 2006, pp. 234-253.
- TOMUSCHAT, Christian, Human Rights and International Humanitarian Law, *The European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 1, 2010, pp. 15-23.

REFÚGIO: UMA LUTA PELA DIGNIDADE HUMANA

Refuge: a struggle for human dignity

Carolina Cerqueira Cruz*
Arthur Frazão Ferreira da Silva**

Resumo: O presente trabalho aborda sobre um tema delicado voltado aos refugiados e toda a luta pela liberdade, dignidade e direitos humanos que lhes pertencem, mas que não há o devido respeito e cumprimento quanto a isso. A referente pesquisa também se preocupa com as consequências que essa constante luta e movimentação causa no planeta, assim como na coligação com o direito internacional e como ele deve agir perante tal fato. A pesquisa analisa os direitos e deveres pertencentes aos refugiados, bem como o papel dos direitos humanos dentro da determinada trama global. O ponto fundamental da pesquisa é, em sua maior importância, trazer as ideias de soluções para o que será exposto, bem como a análise minuciosa dentro de cada tema delicado. Voltado a um estudo no qual seu campo é o internacional, o trabalho também promove a indagação quanto a participação dos países na tomada de soluções e ações, bem como as decisões que mudarão o rumo de famílias, povos, culturas e histórias. Analisa-se neste trabalho, portanto, uma chave de ação para a melhoria e aplicação dos direitos humanos aos refugiados em todo o planeta.

Palavras-chave: Refúgio; Refugiado; Dignidade Humana.

Abstract: The present work approaches a delicate subject related to refugees and the whole struggle for freedom, conquered and human rights that grant property, but that there is not due respect and fulfillment in this regard. The reference research is also concerned with the consequences that this constant struggle and movement causes on the planet, as well as on the coalition with international law and how it should act in the face of this fact. The research analyzes the rights and duties belonging to refugees, as well as the role of human rights within a given global plot. The fundamental point of the research is, in its greatest importance, to bring the ideas of solutions for what will be exposed, as well as the detailed analysis within each delicate subject. Aimed at a study in which its field is international, the

¹ * Doutoranda e Mestre em Direito Internacional e Relações Internacionais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Historiadora e Advogada.

** Bacharelado em Direito na Universidade Maurício de Nassau de Maceió-AL. Pesquisador em Direito Constitucional pela Faculdade Maurício de Nassau Maceió-AL de Direito. Estudante.

work also raises questions about the participation of countries in taking solutions and actions, as well as decisions that will change the course of families, peoples, cultures and histories. Therefore, this work analyzes a key action for the improvement and application of human rights to refugees across the planet

Keywords: Refuge; Refugee; Human dignity

Sumário: 1. Introdução; 2. O Impacto dos Refugiados; 2.1. A atuação dos Direitos Humanos; 2.2. Ações do Direito Internacional; 3. Os Impactos Positivos Através da Socialização dos Refugiados; 3.1 Da dignidade humana existente em cada um; 4 Considerações finais; 5. Referências.

1. Introdução

O objetivo do artigo, conforme seguirá, é sobretudo apresentar a importância que há no direito humano para o desenrolar das proteções que envolvam os refugiados que buscam em um outro país ou continente a chave de prosperidade, sucesso ou acolhimento. O Direito Internacional tem como importância dentro da narrativa um papel fundamental de proteção e garantia dos direitos dos refugiados, já que em sua maioria eles não saem de seus antigos lares para um outro por livre e espontânea vontade, mas sim por conflitos e causas que os forçam a tal ato. Inclusive sobre o determinado tema há diversos questionamentos que giram em torno da aprovação ou desaprovação de pessoas “de fora” passarem a conviver dentro de uma outra jurisdição.

A análise maior e aprofundamento será dado, no entanto, em relação ao Direito Internacional e os Direitos Humanos, que possuem as diretrizes capazes para melhorar nas relações humanitárias e assegurarem aqueles que necessitam de uma proteção eficaz. Assim, o presente artigo dará seu devido início com as notáveis informações sobre os refugiados e quais são as causas necessárias para

promover a dignidade humana que neles existem, mas que requer a devida atenção e cuidados necessários para sua eficácia.

Leis e ordens regem nações, e o Estado tem um papel importante a desempenhar em relação aos refugiados, especialmente em garantir seus direitos humanos e oferecer proteção e assistência apropriadas. Algumas das ações que o Estado pode tomar incluem a garantia do acesso aos direitos humanos básicos, como saúde, educação, emprego e segurança. Os países têm uma responsabilidade internacional de proteger os refugiados, conforme estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951. A comunidade internacional tem a responsabilidade de ajudar a garantir que os refugiados sejam protegidos e recebam assistência.

Assim como a proteção a essas pessoas é uma garantia de extrema importância, também há de valorizar a garantia a estabilidade regional para essa classe. Quando elas são forçadas a deixar seu país devido a conflitos armados ou outras formas de violência, isso pode levar à instabilidade em toda a região. Logo, deve-se analisar e refletir que em muitas ocasiões os refugiados muitas vezes são pessoas vulneráveis, incluindo mulheres, crianças, idosos e pessoas com deficiência. A proteção aos refugiados é, portanto, uma questão de proteger os mais vulneráveis da sociedade.

O estudo, ao caminhar, analisará o ponto central desta pesquisa, sendo estes as leis internacionais e humanas fundamentais, no qual essas mesmas têm a responsabilidade de garantir que os direitos humanos e a dignidade dos refugiados sejam protegidos e que eles recebam a assistência e o apoio necessários para se integrarem à sociedade.

2. O Impacto dos Refugiados

Deve-se entender que por trás do nome refugiado, existe todo um significado fático e entristecedor, e isso se fortifica quando essa palavra atinge um aspecto global, existindo em todo o planeta. Como consequência, os desafios surgem naturalmente e a necessidade de que um plano jurídico seja exercido para suprir aos proventos dessas pessoas se torna mais alarmante.

No que versa o livro “O Refugio no mundo e os refugiados no Brasil – Travessia

– revista do migrante”²:

“Dentre as situações dramáticas do mundo das migrações, a dos refugiados constitui, sem dúvida alguma, a mais expressiva. Em primeiro lugar, por tratar-se de um número significativo, cerca de 22,3 milhões, particularmente da Ásia e da África, vítimas da pobreza, das guerras e de inúmeras situações resultantes da violação dos direitos humanos. Em segundo lugar, porque as possibilidades de se conseguir o refúgio definitivo vem se restringindo cada vez mais, em razão do aumento dos pedidos e da crescente xenofobia presente, particularmente em alguns países europeus.” [...]

A Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951³ define um refugiado como "qualquer pessoa que tenha receio fundado de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um

² Sidney A. da Silva, *O refugio no mundo e os refugiados no Brasil*, ed. Travessia - revista do migrante, [S. l.], n. 37, p. 3, 2000. n.p., disponível em: <https://doi.org/10.48213/travessia.i37.767>. Acesso em: 13/03/2023

³ Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) Brasil [Internet]. *Convenção de 1951 - ACNUR Brasil*; Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_do_s_Refugiados.pdf. Acesso em: 13/03/2023

determinado grupo social ou opiniões políticas". A atuação jurídica no plano internacional se torna um peso importante para que pessoas como essas consigam seu refugio e seus direitos garantidos.

Reforçando a narrativa, há também de se mencionar o Princípio do Non Refoulement, que em palavras diretas e necessárias, assim como, fundamentais, explica-se através do que foi citado por Ana Rita Gil, no material direito internacional dos refugiados – tópicos de mudança⁴: O princípio do non refoulement constituiu a garantia central de todo aquele que recebe o estatuto de refugiado. O mesmo encontra-se consagrada no artigo 33.º da Convenção de Genebra através da proibição de afastamento ou repulsão de qualquer pessoa “para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas”.

Um refugiado não busca ter uma vida melhor, mas sim ter uma vida. Nesse ponto, há de destacar a diferença necessária entre uma pessoa que se refugia e uma pessoa que imigra para outro país ou continente. Segundo Adrian Edwards, através do site UNHCR ACNUR Agência da ONU para Refugiados⁵

⁴ Ana Rita Gil, *direito internacional dos refugiados – tópicos de mudança*. 2018; n.p., disponível em: https://www.academia.edu/40278121/DIREITO_INTERNACIONAL_DOS_REFUGIADOS_T%C3%93PICOS_DE_MUDAN%C3%87A_INTERNACIONAL_REFUGEE_LAW_TOPICS_FOR_A_CHANGE. Acesso em: 20/03/2023

⁵ Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) [Internet]. *Refugiado ou Migrante? O ACNUR incentiva a usar o termo correto* - ACNUR Brasil; 1 out 2015. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2015/10/01/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto/#:~:text=Dizemos%20'refugiados'%20quando%20nos%20referimos,na%20definição%20legal%20de%20refugiado; acesso em 20/03/2023>

“Dizemos ‘refugiados’ quando nos referimos a pessoas que fugiram da guerra ou perseguição e cruzaram uma fronteira internacional. E dizemos ‘migrantes’ quando nos referimos a pessoas que se deslocaram por razões que não se encaixam na definição legal de refugiado.”

Assim, a título de exemplo podemos citar as ocorrências na Ucrânia, pela guerra ociosa promovida pela Rússia, que gerou inúmeros casos de refugiados como consta o site informativo da UNHCR ACNUR Agência da ONU para Refugiados⁶,

“A guerra da Ucrânia causou uma das maiores crises de deslocamento forçado até hoje no mundo. Milhões de refugiados atravessaram para países vizinhos, e muitos se tornaram deslocados internos. O ACNUR tem respondido à medida que a situação evolui e que novos dados se tomam disponíveis.”

Através disso, abre-se o gancho para a exposição da Convenção de Genebra, onde os Estados signatários afirmam seu compromisso irrefutável em proteger a humanidade, mesmo nos momentos mais obscuros da história. Essa notável aliança internacional estabelece as bases para garantir a dignidade e os direitos fundamentais de todas as pessoas afetadas por conflitos armados. Ao estabelecer normas humanitárias universais, a Convenção de Genebra representa uma luz que brilha sobre as sombras da guerra, reafirmando a necessidade de respeitar a vida, aliviar o sofrimento e preservar a humanidade em todas as circunstâncias.

⁶ Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) [Internet]. *ACNUR atualiza dados sobre pessoas refugiadas na Ucrânia para refletir movimentos recentes - ACNUR Brasil*; 10 jun 2022. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2022/06/10/acnur-atualiza-dados-sobre-pessoas-refugiadas-na-ucrania-para-refletir-movimentos-recentes/>; acesso em 21/03/2023

E ao seguir a linha de raciocínio sobre a convenção de genebra, é explicado pela autora Ana Rita Gil em seu texto “International Refugee Law”⁷:

“A Convenção de Genebra de 1951 sobre o estatuto dos refugiados marca o início daquilo que podemos designar por “direito internacional dos refugiados”, como sistema jurídico coerente e integrado de normas destinadas a definir e proteger refugiados internacionais.”.

Então, não há de se negar que a convenção age como um farol de esperança. Essa convenção histórica nos recorda a responsabilidade compartilhada de construir um mundo mais justo, onde as vítimas de conflitos sejam protegidas, a assistência humanitária seja assegurada e a paz seja buscada incansavelmente.

2.1. Atuação dos Direitos Humanos

Os direitos humanos são fundamentais para proteger e garantir a dignidade dos refugiados. Refugiados são pessoas que foram forçadas a fugir de suas casas e países de origem devido a conflitos armados, perseguição, violência, ou outras formas de opressão. A Convenção de Refugiados de 1951 representa um marco na história dos direitos humanos, proporcionando uma base jurídica sólida para a proteção dos refugiados em todo o mundo. Este tratado internacional estabelece os direitos e obrigações dos Estados em relação aos indivíduos que fogem de perseguição e violações graves dos direitos humanos.

Muitas vezes, essas pessoas enfrentam uma série de desafios e obstáculos ao tentar buscar asilo em outro país. A proteção aos refugiados é extremamente importante por vários motivos, seja no âmbito dos direitos humanos, no qual

⁷ Ana Rita Gil, *direito internacional dos refugiados – tópicos de mudança...*, p. 3.

retratará o fato dos refugiados serem indivíduos que foram forçados a abandonar seu país de origem devido a conflitos armados, perseguições políticas, violações de direitos humanos ou outras formas de violência.

Esse caminho do Direito é extremamente importante para os refugiados porque eles fornecem uma base legal para garantir que estes sejam tratados com dignidade e respeito.

Esses direitos incluem a liberdade de que não sejam submetidos a tortura ou tratamento desumano, o direito a um julgamento justo, o direito à educação, o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à liberdade de expressão, entre outros. Dentro da aplicabilidade do direito humano, há de refletir que “Ninguém escolha ser refugiado” e ao estar dentro dessa situação calamitosa, um refugiado não consegue deixar de ser refugiado, pois a circunstância que o leva a esse estágio é de uma situação extrema e quase irreversível.

Com uma linguagem acessível e sensível, a obra demandou uma pesquisa de cerca de 80 histórias de vida de pessoas refugiadas no Brasil, de 20 nacionalidades distintas, durante três anos. É referência ao traçar um panorama histórico do refúgio no Brasil e no mundo, apresentando conceitos, dados e infográficos sobre os principais conflitos que geraram esses fluxos migratórios.⁸

Os direitos humanos também são importantes para garantir a proteção dos refugiados contra a discriminação e proteger sua dignidade humana. Há de referenciar novamente a guerra entre Ucrânia e Rússia, havendo um conflito direto

⁸ Aryane Cararo, Duda Porto de Souza, “*Valentes: histórias de pessoas refugiadas no brasil*”, Vol. 1, São Paulo, ed. Seguinte, 2020, p. 296.

onde o caos instalado gera inúmeros refugiados que buscarão fora do país devastado um novo lar, um novo refúgio, uma nova vida. Infelizmente, muitos deles enfrentam discriminação e preconceito nos países onde buscam asilo. Os direitos humanos ajudam a protegê-los contra essas práticas discriminatórias.

Apesar da proteção, existe o receio naturalizado de se apresentarem como refugiados, que os forcem muitas vezes a se reprimirem, como versa no Direito Internacional dos Refugiados – Tópicos de Mudança:

“uma obrigação de “viver discretamente” implicaria a necessidade de esconder permanentemente algo que pertence à identidade individual, numa autocontenção opressiva, e num clima de medo permanente que, em termos de liberdade pessoal, em pouco se distinguiria da perseguição aberta.”.

Para a ONU, a proteção de refugiados e das populações deslocadas por guerras, conflitos e perseguições é a principal missão do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) – também conhecido como Agência da ONU para Refugiados –, que busca soluções adequadas e duradouras para essas populações.

Através disso, direitos humanos aplicam atitudes e ações essenciais para garantir a proteção e a dignidade dos refugiados. Eles ajudam a garantir que os refugiados sejam tratados com justiça e respeito, e que tenham acesso a recursos e serviços básicos necessários para viver com dignidade e segurança. Proteger os refugiados é, portanto, uma questão fundamental de direitos humanos.

2.2. Ações do Direito Internacional

Seguindo na linha de raciocínio do quão expansivo é o determinado tema, ele remete a aplicação do Direito internacional, no qual seu conjunto de regras e normas irão reger as relações entre os estados soberanos e outras entidades internacionais.

É uma área do direito que vai buscar promover a cooperação entre os países, e em específico, buscar a melhor alternativa para tratar das soluções. Os principais órgãos responsáveis pela aplicação e desenvolvimento do direito internacional são a Organização das Nações Unidas (ONU), a Corte Internacional de Justiça e outras cortes e tribunais internacionais. Dentro dessa situação fática o direito internacional ganha um papel importante na proteção dos direitos dos refugiados.

A Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 é o principal instrumento internacional que trata dos direitos e obrigações dos refugiados e dos Estados em relação a eles. Essa convenção define o termo "refugiado" e estabelece que eles têm direito a proteção internacional e assistência. Além disso, a convenção proíbe a expulsão ou devolução (refoulement) de um refugiado para um país onde sua vida ou liberdade esteja em risco. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) é a agência da ONU responsável por proteger e apoiar os refugiados em todo o mundo. O ACNUR trabalha com os Estados para garantir que os refugiados recebam proteção adequada, incluindo o direito a asilo, liberdade de movimento e acesso a serviços básicos, como saúde e educação.

Além disso, existem várias outras convenções e tratados internacionais que protegem os direitos dos refugiados, incluindo a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Embora o direito internacional ofereça proteção aos refugiados, a aplicação dessas leis muitas vezes enfrenta desafios devido à falta de cooperação de alguns Estados e à natureza complexa e em constante evolução do fenômeno do deslocamento forçado.

Ainda, no tocante a falta de cooperação e acastado com desafios em diversas regiões, o livro “O refugio no mundo e os refugiados no brasil – Travessia – revista do migrante” cita um pouco sobre essa diferença de tratamento e resolução de problemas: “O tratamento dado a um refugiado na Europa não é o mesmo dispensado a outro na África. Estimativas apontam que o ACNUR despendeu 1,23 dólares diários para cada refugiado nos Balcãs, enquanto na África são gastos apenas 11 centavos de dólar. Em alguns campos de refugiados na Macedónia havia um médico para cada 700 refugiados, já em outros da África a proporção é de apenas um para cada 100 mil. Isto revela que no desigual jogo das relações internacionais, as pessoas são tratadas a partir de critérios meramente políticos, quando não segundo critérios de origem étnica e de nacionalidade.”

Esses pontos negativos e desafios que o direito internacional enfrenta nessa área perpetuam a um nível em que se não houver combate para intervir no avanço, acarretará em calamidades ainda maiores, como a negativa em auxílios básicos e fundamentais, como título de exemplo o próprio direito a moradia, já que, como

dita Nicole Ferreira Munhoz⁹ “ Se faz incontestável a existência de custos perante os países que recebem os refugiados, isto pelo fato de o crescimento populacional demandar maiores cuidados, como é o caso do direito a moradia, já que não é possível deixar essas pessoas sem amparos econômicos e psicológicos.” Essa problemática pode gerar em implementação inconsistente, pois a aplicação e o cumprimento das leis e normas internacionais de proteção aos refugiados variam entre os países.

Alguns Estados podem não adotar integralmente as disposições da Convenção de Refugiados ou podem interpretá-las de maneira restritiva, o que resulta em disparidades na proteção oferecida aos refugiados. Carregamento desigual sobre os países de acolhimento também é um problema a ser analisado e que deve ser tomado por uma ação eficaz, já que a responsabilidade de abrigar e apoiar os refugiados recai desproporcionalmente sobre alguns países, especialmente aqueles que estão geograficamente próximos a zonas de conflito ou instabilidade.

Isso cria uma carga significativa para esses Estados e pode resultar em pressões socioeconômicas e políticas internas. Xenofobia e hostilidade são também fatores delicados e importantes a serem estudados. Em alguns casos, os refugiados enfrentam estigmatização, discriminação e xenofobia nos países de acolhimento. Isso pode levar à violação de seus direitos, negação de acesso a serviços básicos e

⁹ Nicole Ferreira Munhoz, *Os problemas enfrentados pelos refugiados a luz dos direitos humanos*, 2019, n.p., Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/IFDIDH/article/view/8105#:~:tex=Se%20faz%20incontest%C3%A1vel%20a%20exist%C3%Aancia,sem%20amparos%20econ%C3%B4micos%20e%20psicol%C3%B3gicos;> acesso em: 03/04/2023;

dificuldades na integração local. Ainda, cabe mencionar a ocorrência no Brasil, no ano de 2017, em que Mohamed Ali, um refugiado sírio, sofreu xenofobia de forma explícita e pública, onde foi ameaçado e ofendido com “O nosso país tá sendo invadido por esses homens bombas, que matam crianças”.¹⁰

Esses pontos negativos destacam a necessidade contínua de esforços internacionais para fortalecer e melhorar a proteção dos direitos dos refugiados, superar desafios e buscar soluções sustentáveis para a crise global de refugiados.

3. Os Impactos Positivos Através da Socialização dos Refugiados

A socialização dos refugiados em sua explicação refere-se ao processo pelo qual os indivíduos que foram forçados a deixar seus países de origem devido a conflitos armados, perseguição ou violações de direitos humanos se integram em uma nova sociedade de acolhimento. A socialização é um processo complexo que envolve a adaptação dos refugiados às normas, valores, costumes, língua e instituições da nova sociedade.

“Cada refugiado tem uma história diferente, mas todas contam o triunfo da esperança sobre o desespero”, é o que diz António Guterres – ACNUR, e tal frase pode ter como destaque a palavra ‘esperança’ quando se configura ela com a socialização, dando a faísca de melhoria para aqueles que necessitam.

Partindo da benevolência que a socialização traz, ao nicho específico de comportamento educacional, há de se notar que em determinados países a

¹⁰ Carta Capital [Internet]. “*Sai do meu país!*”: agressão a refugiado expõe a xenofobia no Brasil; 4 ago 2017, n.p., Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/saia-do-meu-pais-agressao-a-refugiado-no-rio-expoe-a-xenofobia-no-brasil/>. Acesso em; 08/06/2023.

precariedade na educação é bastante visível e, quando há o realocar de pessoas para países mais desenvolvidos, o direito à educação se torna algo extremamente valioso.

Destacado no site UNHCR ACNUR - Agência da ONU para refugiados,

“A grande maioria das pessoas refugiadas – 86% – vive em países de baixa ou média renda. Como resultado, não há escolas para que as crianças possam frequentar e, onde há, as instituições de ensino que atendem à demanda são subfinanciadas e superlotadas. Mesmo em lugares onde as escolas operam com um sistema de turnos duplos, para que mais alunos tenham acesso à educação, é comum que uma sala de aula comporte mais de 100 alunos por professor.”

E através disso pode-se notar uma série de impactos positivos que podem ser observados tanto nas vidas dos refugiados individualmente quanto nas comunidades receptoras. A socialização dos refugiados pode abranger diferentes aspectos, como a aprendizagem do idioma local, a compreensão das leis e regulamentos do país de acolhimento, a participação na vida comunitária, a busca de emprego, a obtenção de moradia adequada e a interação com os membros da comunidade de acolhimento.

Os refugiados enfrentam diversos desafios durante o processo de socialização. A barreira do idioma é muitas vezes um dos principais obstáculos, pois a comunicação eficaz é essencial para interagir com a comunidade local, obter emprego e acessar serviços básicos. Além disso, diferenças culturais, estigmatização e discriminação também podem dificultar na socialização. Esse processo não é unidirecional, pois também envolve a interação dos membros da comunidade de acolhimento.

É importante promover a sensibilização, o respeito mútuo e a compreensão entre refugiados e a comunidade local, a fim de construir uma sociedade inclusiva e acolhedora para todos. E no tocante ao impacto positivo, em específico, a socialização poderá trazer para a sociedade do país acolhedor novas oportunidades de crescimento no setor financeiro, educacional e dentre outros. No setor empreendedor, dentro do Brasil há diversos exemplos daqueles que se refugiaram para o país e conseqüentemente conseguiram uma nova vida com melhorias e sucesso.

"Quando comecei foi por acaso. Comecei a cozinhar refeições na feira porque não arrumei emprego como engenheiro", palavras do chef Anas Rjab, que refugiou para o Brasil, nascido na Síria e que detém um negócio estável na área em que se dedicou.

Isso dar-se pela forte determinação que essa classe adquire após abdicar de sua vida antiga, sendo necessário o adquirir de habilidades empreendedoras. E com isso, ao serem socializados e capacitados, eles podem iniciar seus próprios negócios e se tornarem empreendedores bem-sucedidos nas comunidades de acolhimento.

Essa iniciativa empreendedora traz benefícios econômicos e cria oportunidades de emprego tanto para os próprios refugiados quanto para os membros da comunidade local, tornando uma benfeitoria de mão dupla.

3.1. Da dignidade humana existente em cada um

"A dignidade humana se revela em sua plenitude quando os refugiados encontram abrigo e amparo em terras estrangeiras, e quando os países anfitriões, em sua generosidade, reconhecem a importância de acolher e proteger aqueles que fogem da adversidade. Nesse encontro de destinos,

floresce a compaixão que transcende fronteiras, fortalecendo a humanidade e tecendo os laços fraternos que nos unem como uma só família global."

A própria ACNUR – Agência da Onu para Refugiados | Unhcr – The Un Refugee Agency explica que Direito, assistência e obrigações fazem parte de uma atividade social e reintegrador, como dito nos capítulos anteriores deste projeto.

No entanto, cabe enfatizar o termo dignidade humana, que a princípio seria um conceito central e universal dos direitos humanos que reconhece o valor intrínseco e inalienável de cada indivíduo. É um princípio fundamental que fundamenta a promoção da igualdade, liberdade e respeito pela humanidade em todas as suas manifestações.

Essa maneira de se importar com o ser humano já é previsto na Constituição Federal de 1988, do Brasil, bem como, ao redor do mundo é uma teoria unanime de que implica no reconhecimento da individualidade, autonomia e inviolabilidade de cada indivíduo.

A noção de dignidade da pessoa humana tem raízes filosóficas profundas. Diversos filósofos e pensadores ao longo da história contribuíram para o desenvolvimento desse conceito. Por exemplo, Immanuel Kant¹¹ argumentou que a dignidade é inerente à humanidade racional, afirmando que cada pessoa é um fim em si mesma e não pode ser tratada apenas como um meio para atingir outros fins.

¹¹ Immanuel Kant (1785), *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, tradução de Antônio Pinto de Carvalho, Ed. Nacional, 2006, p. 32;

Outros filósofos, como Aristóteles¹² e Tomás de Aquino, enfatizaram a importância da dignidade humana em relação à capacidade de autodeterminação, racionalidade e potencial humano. Esses fundamentos filosóficos fornecem uma base sólida para a compreensão da dignidade da pessoa humana e sua relevância nos debates contemporâneos sobre direitos humanos e justiça social.

A dignidade da pessoa humana é um conceito central para a promoção e proteção dos direitos humanos. Ela reconhece o valor inerente a cada indivíduo, independentemente de suas características pessoais ou circunstâncias. A dignidade implica respeito, igualdade e consideração pela humanidade em si mesma. Fundamentada em fundamentos filosóficos sólidos e intrinsecamente ligada aos direitos humanos, a dignidade da pessoa humana é essencial para o desenvolvimento de sociedades justas, inclusivas e respeitadas.

Então, quando trata-se de proteger aqueles que vieram de um país ao outro em busca de uma vida digna, não se fala somente em um europeu, americano etc. Fala-se de um ser humano que detém os direitos de ser tratado com a devida dignidade que lhe é oferecida desde seu nascimento até sua morte.

Dentro da narrativa de dignidade humana, ainda existe a perseguição a essa “classe”, que em diversas ocasiões e momentos há de se perceber uma certa intenção na ação. A natureza da perseguição sofrida pelos refugiados, suas causas e consequências, acabam sendo uma contramão do que versa a pauta de dignidade

¹² Aristóteles. (século IV a.C.), *Ética a Nicômaco*, vol. 2, seleção de textos de José Américo Motta Pessanha, tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa, São Paulo, Ed. Nova Cultural, 1991, p. 81.

humana, sendo necessário a erradicação da perseguição contra aqueles que buscam a paz em vida.

As perseguições variam, seja pela orientação sexual de um refugiado ou sua etnia, religião etc. No que diz respeito a orientação sexual, Symmy Larrat, explica sobre a desburocratização dos refugiados no Brasil referente a perseguição que os refugiados de outros países sofrem apenas por serem LGBTQIA+'S¹³, "Essa atitude do Brasil de facilitar a entrada das pessoas LGBTQIA+ é importante porque, em primeiro lugar, reconhecemos que deve haver respeito e a garantia da vida dessas pessoas. Segundo, que o Brasil promove acolhimento. Terceiro, sinalizamos para o mundo que as pessoas LGBTQIA+ realmente importam neste país e que vamos promover as ações necessárias para a garantia de direitos e proteção da vida dessas pessoas".

A perseguição aos refugiados pode ser atribuída a uma série de fatores complexos que variam de acordo com o contexto político, social e econômico de cada região, como já trazido neste artigo.¹⁴

A perseguição aos refugiados resulta em uma série de consequências humanitárias e sociais significativas. Essa tecla deve ser clicada diversas vezes até que sua resolução prática ocorra. Os refugiados frequentemente enfrentam dificuldades ao buscar abrigo em outros países, incluindo falta de acesso a serviços

¹³ Agências. O TEMPO [Internet]. *Brasil oferece acolhimento a refugiados LGBTQIA+, perseguidos em outros países | O TEMPO*; 19 maio 2023, n.p., disponível em: <https://www.otempo.com.br/brasil/brasil-oferece-acolhimento-a-refugiados-lgbtqia-perseguidos-em-outros-paises-1.2872606>; acesso em 12/06/2023;

¹⁴ Alexander Betts, Paul Collier, Stefan Dercon, *Refuge: Transforming a Broken Refugee System*, Blavatnik School of Government, vol. 1, nº1, 2017, p. 05 – 07.

básicos, discriminação, exploração, trauma psicológico e condições precárias de vida.

Além disso, a perseguição aos refugiados pode ter impactos negativos nos países de acolhimento, como tensões sociais, sobrecarga dos sistemas de saúde e educação, e desafios econômicos.¹⁵

A comunidade internacional tem desenvolvido uma série de respostas e políticas para lidar com a perseguição aos refugiados. Organizações como o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) desempenham um papel fundamental na proteção dos refugiados, buscando soluções duradouras e promovendo a aplicação dos princípios de não-devolução e não-discriminação, apaziguando ao máximo no que se refere as perseguições contra essa classe.¹⁶

4. Considerações Finais

Através do que foi exposto e também do que é preciso para uma construção eficaz de garantia de direitos e deveres aos refugiados e a eficácia de sua dignidade humana, também há de se lembrar que àqueles que saem de seus lares são os que buscam em um outro ambiente a proteção, igualdade, devido processo e liberdade, fatores esses que foram tirados em seus antigos lares.

O assunto tratado não visa somente um nicho como homem, mulher ou criança, ele aborda um conceito geral, tratando de pessoas e essas mesmas, como

¹⁵ James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, University Printing House, Cambridge, vol. 1, nº 1, 2005, p. 238.

¹⁶ Gil Loescher, *The UNHCR and World Politics - A Perilous Path*, Livres Et Revues Books And Reviews, 2001, Vol. 83 nº 843, p. 366.

um todo, devem ter seus direitos básicos garantidos. A palavra ‘pessoa’ é um lembrete da humanidade em comum. Somos todos seres humanos mercedores de compaixão e dignidade¹⁷. Qualquer um pode construir uma vida melhor para si ou para sua família.

Ao longo da jornada é sábio falar que houve sacrifícios em que os “heróis nacionais” deram o sangue e suor para que em momentos atuais muitos direitos fossem garantidos, apesar de ainda existir uma constante luta pela eficácia destes. Igualdade é uma palavra bela de se falar, mas a igualdade é comprometimento, uma prática diária, que não tem validade se não for constantemente aplicada para que torne eficaz a dignidade humana daqueles que não se sentem dentro de um porto seguro. A melhoria da situação dos refugiados no mundo requer uma abordagem multifacetada que envolve ações tanto de governos como de organizações internacionais e da sociedade civil. De nada valerá o apoio do Estado se nos nichos internos houver discriminações, preconceitos e criminalidade contra aqueles que visam uma melhoria em suas vidas.

Algumas possíveis soluções para melhorar a situação dos refugiados incluem o fortalecimento do sistema de proteção internacional, afinal é importante que os Estados adotem e implementem medidas que garantam a proteção dos refugiados e o cumprimento das obrigações estabelecidas no direito internacional. Além disso, é importante que o ACNUR e outras organizações internacionais tenham recursos e apoio adequados para desempenhar suas funções. Assim como a maior solidariedade internacional, pois é fundamental que os Estados trabalhem

¹⁷ Will Smith, *Documentário: EUA - A luta pela liberdade*, disponível em <https://www.netflix.com/br/title/80219054>, 17 fev 2021.

juntos para enfrentar a crise global de refugiados, compartilhando responsabilidades e recursos.

Isso pode incluir o aumento da assistência financeira e técnica para os países que acolhem um grande número de refugiados, bem como a criação de mecanismos para realocação e reassentamento de refugiados entre países.

Quando se adentra no campo financeiro e qualitativo, é importante visar a melhoria das condições de vida nos campos de refugiados, onde muitos desses que são frutos do refúgio, vivem condições precárias que vão contra a dignidade deles, em campos ao redor do mundo. É importante que os governos e organizações internacionais invistam em infraestrutura básica, como abrigo, água potável, saneamento básico e assistência médica, bem como em programas de educação e treinamento profissional para ajudá-los a reconstruírem suas vidas.

Ademais, a promoção da integração local para os refugiados que se estabelecem em novos países, é importante e requer que sejam incentivados e apoiados na integração à sociedade local. Isso pode incluir a facilitação do acesso a serviços básicos, como saúde e educação, e a criação de oportunidades de emprego e moradia.

Abordagem das causas subjacentes ao deslocamento forçado também é um ponto onde se é importante abordar, já que as causas subjacentes ao deslocamento forçado, como conflitos armados, perseguição, violações dos direitos humanos e pobreza extrema são mais comuns do que se pode imaginar, vide a guerra entre Ucrânia e Rússia e dentre outros exemplos semelhantes.

Isso requer a cooperação internacional para a promoção da paz, segurança e desenvolvimento sustentável. Somente assim, com as medidas trazidas pelas grandes organizações, que cada pessoa poderá ter sua prosperidade, dignidade e segurança aplicadas da forma correta e justa.

Referências bibliográficas

- ACNUR – Agência da onu para refugiados | unhcr – the un refugee agency. Protegendo refugiados no brasil e no mundo, 2018;
- ACNUR Brasil. *ACNUR atualiza dados sobre pessoas refugiadas na Ucrânia para refletir movimentos recentes* - ACNUR Brasil; 10 jun 2022;
- ACNUR Brasil. *Convenção de 1951 - ACNUR Brasil.*;
- ACNUR Brasil. *Nós decidimos como tratar refugiados – é desumano privá-los de educação* ACNUR Brasil, 2021;
- ACNUR Brasil. *Refugiado ou Migrante? O ACNUR incentiva a usar o termo correto* - ACNUR Brasil; 1 out 2015;
- AGÊNCIAS. *O TEMPO. Brasil oferece acolhimento a refugiados LGBTQIA+, perseguidos em outros países* | O TEMPO; 19 maio 2023;
- ARISTÓTELES. (século IV a.C.). *Ética a Nicômaco*, São Paulo, Ed. Nova Cultural, 1991, p. 81;
- BETTS, Alexander, COLLIER, Paul e DERCON, Stefan. (2017). *Refuge: Transforming a Broken Refugee System*, Blavatnik School of Government, vol. 1, nº1, 2017, p. 05 – 07
- CARARO, Aryane e DE SOUZA, Duda Porto “; *“VALENTES: HISTÓRIAS DE PESSOAS REFUGIADAS NO BRASIL”*, Vol. 1, São Paulo, ed. SEGUINTE, 2020, p. 296;
- CARTA CAPITAL. *“Sai do meu país!”: agressão a refugiado expõe a xenofobia no Brasil*, 2017;
- GIL, Ana Rita. *DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS – TÓPICOS DE MUDANÇA*. 2018; vol01, p. 9-11;
- HATHAWAY, James C., *The Rights of Refugees under International Law*. Cambridge University, vol. 1, nº 1, 2005, p. 238
- INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS. *Refugiados e Refugiadas no Brasil: Dados e Políticas Públicas* - Instituto Migrações e Direitos Humanos;
- KANT, Immanuel. (1785). *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Ed. Nacional, 2006, p. 32;
- LOESCHER, Gil., *The UNHCR and World Politics: A Perilous Path*. LIVRES ET REVUES BOOKS AND REVIEWS, 2001, Vol. 83 nº 843, p. 366;

MUNHOZ, Nicole Ferreira, *OS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELOS REFUGIADOS A LUZ DOS DIREITOS HUMANOS*,2019

SILVA, Sidney A. *O refugio no mundo e os refugiados no Brasil*. Travessia - revista do migrante, [S. l.], n. 37, p. 3, 2000. DOI: 10.48213/Travessia.i37.767;

SMITH, Will. *Documentário: EUA - A luta pela liberdade*, NETFLIX; 17 fev 2021.

O COMBATE AS *FAKE NEWS* E A DESINFORMAÇÃO: O DILEMA DE PROTEGER A LIBERDADE E A INTEGRIDADE DOS DISCURSOS DEMOCRÁTICOS NAS SOCIEDADES DIGITAIS

Combating fake news and disinformation: the dilemma of protecting freedom and integrity of democratic discourse in digital societies

Júlia Rodrigues Oliveira Sousa **

Resumo: O presente trabalho versa sobre os desafios impostos a democracia pelos fenômenos das notícias falsas e da desinformação, um estudo necessário em tempos de disseminação transnacional da informação, o prejuízo causado por esses fenômenos vai além da seara digital e gera perseguições, crimes de ódio e discriminação. Assim, clarificar quais bens democráticos estão em risco, torna a compreensão do tema estudado mais fácil. Por fim, o trabalho também se propõe a destacar soluções e contribuições capazes de esclarecerem e protegerem a sociedade contra os efeitos das fake news e da desinformação. Assim, trata-se de uma pesquisa de natureza analítica e propositiva.

Palavras-chave: Democracia; Fake News; Desinformação; Corregulamentação; Liberdade de expressão.

Keywords: The present research deals with the challenges imposed on democracy by the phenomena of fake news and disinformation, a necessary study in times of transnational dissemination of information, the damage caused by these phenomena goes beyond the digital area and generates persecution, hate crimes and discrimination. Thus, clarifying which democratic goods are at risk makes the understanding of the topic studied easier. Finally, this research This research is also aims to highlight solutions and contributions capable of clarifying and protect society against the effects of fake news and disinformation. Thus, it is research of analytical and propositional nature.

* Lista de abreviaturas: ONU (Organização das Nações Unidas); IA (Inteligência Artificial); IRA (Internet Research Agency); DSA (Digital Services Act).

**Mestranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Advogada.

Keywords: Democracy; Fake News; Disinformation; Co-regulation; Freedom of expression.

Sumário: 1. Introdução; 2. Breves apontamentos sobre a perspectiva histórica do conceito de democracia; 2.1. Como as fake news e a desinformação enfraquecem a democracia; 3. Análise das medidas regulatórias das fake news e da desinformação; 4. Os riscos e benefícios da utilização da legislação na regulamentação das plataformas digitais; 5. Considerações finais.

1. Introdução

O objetivo do trabalho é, sobretudo, analisar o fenômeno da desinformação e das *fake news*, suas consequências na democracia e, como combatê-los. Assim, a pesquisa será iniciada com o estudo do conceito histórico da democracia, como esse regime surgiu e como adquiriu as suas características atuais.

A legitimação do poder político pelo regime democrático tem início no século XIX, que, explica Bôas Filho², “[...] ao substituir o conceito de ‘república’, desqualificaria os demais tipos de constituição, despindo-lhes de legitimidade na medida em que os identificaria a simples formas de dominação”. É interessante examinar o contexto histórico do surgimento da democracia para que seja possível analisar e identificar as dificuldades enfrentadas por esse regime na atualidade.

Depois, serão estudados os conceitos de *fake news* e de desinformação, conceitos essenciais a compressão do tema do trabalho e como esses fenômenos enfraquecem a democracia. A utilização das notícias falsas acarreta no ocultamento

² ORLANDO VILLAS BÔAS FILHO, Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 108, 2013, pp. 651-696, p. 652.

de problemas reais. Um dos efeitos mais preocupantes das *fake news* ocorre no vínculo entre a informação e a cultura, ao deslegitimar as instituições democráticas e criar sociedades cada mais divididas e polarizadas.

Posteriormente, serão examinadas as iniciativas de combate as *fake news* (com foco no Código de Conduta em matéria de Desinformação da União Europeia, por se tratar de uma *soft law* que regula um bloco de países), e a importância da cooperação internacional no enfrentamento deste problema.

Por fim, serão expostos os desafios trazidos pela utilização da legislação na regulamentação das *fake news* e da desinformação nas plataformas digitais. Desafios intimamente ligados a direitos fundamentais que devem ser protegidos pela democracia, tais como a liberdade de expressão.

2. Breves apontamentos sobre a perspectiva histórica do conceito de democracia

O termo democracia teve origem na Grécia Antiga. Aristóteles, em sua obra *Política*, diferencia os regimes políticos das formas e modos de governo. Segundo o filósofo³ um regime pode ser definido como “[...] a organização da cidade no que se refere a diversas magistraturas e, sobretudo, às magistraturas supremas. O governo é o elemento supremo em toda cidade e o regime é, de facto, esse governo”. A finalidade da *pólis* é o bem-estar da comunidade, daí, surge a classificação dos regimes políticos em dois tipos, os retos e os desviados. Porém, ciente da

³ ARISTÓTELES, *Política*: edição bilingue, trad. Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes, Pontinha, Vega, 1998, p. 207.

insuficiência desta classificação, Aristóteles acrescenta aspectos sociais e econômicos em sua teoria, afim de enquadrá-la na realidade política de sua época.

O autor iguala o significado dos termos regime e governo, assim o regime político diz respeito a quem governa e quem é governado, logo, explica ele⁴ “[...] sendo o governo o elemento supremo em cada cidade, necessariamente serão supremos ou um indivíduo, ou poucos, ou muitos”. O regime versa sobre o comportamento dos governantes com relação aos governados. As formas de governo tratam sobre o número de governantes, quantas pessoas detêm o poder. Um regime reto é aquele que visa o bem, o interesse comum, já um regime desviado atende o interesse apenas de um, ou de alguns, ou de muitos.

As formas de governo apresentadas por Aristóteles são: a realeza, a aristocracia e o regime constitucional. Os desvios dessas formas são a tirania em relação à realeza, a oligarquia em relação à aristocracia e a democracia em relação ao regime constitucional. Na realeza apenas um, ou um grupo familiar, governa. Na aristocracia alguns governam porque são os mais aptos ou porque objetivam o melhor para a cidade. No regime constitucional muitos governam em nome do bem-estar da comunidade⁵.

Ocorre a tirania quando um só governa para atender seu interesse pessoal, na oligarquia aqueles que possuem bens (os ricos) governam em favor de seus interesses, na democracia, o contrário, são os pobres os detentores do poder. Aristóteles encontra duas dificuldades em definir a natureza do regime

⁴ ARISTÓTELES. *Política*: edição bilingue..., p. 211.

⁵ ARISTÓTELES. *Política*: edição bilingue..., p. 211.

democrático. A primeira hipótese surge no caso de a democracia, ao ser um governo no qual muitos governam, ser composta majoritariamente por ricos, os quais detém o poder. Nesta hipótese a democracia seria, então, o regime da riqueza e a definição apresentada anteriormente seria inexata. Na segunda hipótese, se houver um regime onde existe a pobreza de muitos e a riqueza de poucos, os mais pobres por serem mais numerosos detém o poder. Essas possibilidades demonstram a natureza accidental do número populacional, e que a característica essencial da democracia é ser um governo exercido pelos pobres⁶.

Aristóteles divide a democracia em cinco espécies, a primeira é definida pela igualdade e pela liberdade, nela nenhuma classe (nem a dos ricos, nem a dos pobres) detém domínio sobre a outra, ambas são semelhantes, por esse motivo a liberdade e a igualdade são os dois princípios preponderantes nessa espécie de democracia. A segunda espécie de democracia é a exercida em função do montante tributário, quem participa da magistratura é quem possui recursos. A terceira espécie de democracia é aquela na qual todos os cidadãos irpreensíveis exercem a magistratura, mas sempre sob o limite da lei. A quarta espécie concede a todos os cidadãos o acesso a magistratura, também sob a supremacia da lei⁷.

Já a quinta espécie engloba todas as características das espécies anteriores, exceto em um detalhe, o povo é supremo e não a lei, isto ocorre quando as decisões se originam de decretos. Para o autor⁸ “uma democracia como esta acaba por corresponder aquilo que a tirania é em relação as monarquias [...] ambas são

⁶ ARISTÓTELES. *Política*: edição bilingue..., pp. 212-215.

⁷ ARISTÓTELES. *Política*: edição bilingue..., pp. 289-291.

⁸ ARISTÓTELES. *Política*: edição bilingue..., p. 291.

despóticas em relação aos cidadãos mais excelentes”. Este tipo de regime pode ser classificado como uma democracia, mas não como um regime constitucional, pois não existe regime constitucional onde a lei não possui a supremacia. Assim, como a democracia é caracterizada como um dos tipos de regime, fica claro que a última espécie, na qual os decretos estão acima da lei, não pode ser classificada como uma democracia propriamente dita.

Nas cidades encontram-se os muito pobres, os muito ricos e a classe média, a última é a mais estável, porque não cobiça os bens alheios e também não é alvo de cobiça por outras classes. Nas palavras de Aristóteles⁹ “As democracias são mais estáveis e duradouras do que as oligarquias, também por influência da classe média”. Logo, os regimes mais estáveis são os oriundos da classe média, ela serve como ponto de equilíbrio entre os muito ricos e muito pobres, e impede o aparecimento de revoluções quando é muito numerosa.

As revoltas ocorrem em todas as situações devido a desigualdade. A igualdade pode ser instituída de duas formas, pelo mérito ou pelo número. A última se refere ao que é igual e idêntico, a primeira diz respeito a igualdade proporcional. Essa é a razão da democracia ser mais estável em relação a oligarquia, pois é possível surgir dois tipos de revolta na oligarquia (oligarcas contra oligarcas, e oligarcas contra o povo). Já na democracia as revoltas visam apenas os oligarcas¹⁰.

O fundamento e o fim da democracia é a liberdade, e um dos atributos da liberdade é o revezamento em governar e ser governado, de acordo com

⁹ ARISTÓTELES. *Política*: edição bilingue..., p. 315.

¹⁰ ARISTÓTELES. *Política*: edição bilingue..., p. 353.

Aristóteles¹¹ “[...] É por via disso que a justiça exercida com espírito democrático tem em conta uma igualdade segundo o número, e não segundo o mérito dos cidadãos”. Por essa razão, a massa popular consiste no elemento supremo do regime, e decidir conforme a vontade da maioria o critério e a finalidade da justiça nos regimes democráticos.

Outra característica da democracia é o fato de seus adeptos viverem como quiserem. Esse atributo contribui para a aceção da liberdade como igualdade, e, continua Aristóteles¹², daí se origina “[...] a vontade de não se ser, na melhor das hipóteses, governado por ninguém, ou então, se tal não for possível, ser governado por alternância”.

Entretanto, vale lembrar que a democracia é considerada um desvio de regime, e existe uma hierarquia entre as formas de governo, segundo Aristóteles¹³:

Existem três espécies de constituição e igual número de desvios. As constituições são a monarquia, a aristocracia, e em terceiro lugar a que se baseia na posse de bens e que seria talvez apropriado chamar de timocracia. A melhor delas é a monarquia, e a pior é a timocracia. [...] A timocracia, por seu lado, degenera em democracia. Ambas são coextensivas, já que a própria timocracia tem como ideal o governo da maioria, e os que não tem posses são contados como iguais aos outros. A democracia é a menos má das três espécies de perversão, pois no seu caso a forma de constituição não apresenta mais que um ligeiro desvio.

¹¹ ARISTÓTELES. *Política*: edição bilingue..., p. 443.

¹² ARISTÓTELES. *Política*: edição bilingue..., p. 443.

¹³ ARISTÓTELES, *Ética a nicômaco*, 4ª ed., trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, São Paulo, Nova Cultural, 1991, p. 186.

O governante deve governar visando o que é justo, e o melhor regime é aquele no qual o governante exhibe, de acordo com Henriques¹⁴, “[...] a excelência humana, em particular as virtudes éticas e dianoéticas, em vários graus de actualização. A felicidade (*eudaimonia*) será alcançada mediante a vida activa proporcionada pelas virtudes dianoéticas”. O objetivo da cidade é assegurar aos cidadãos o seu bem-estar, esse bem-estar é proporcionado conforme a virtude de cada cidadão.

Ao analisar o comportamento humano, Aristóteles definiu o homem como um animal político, que tende a buscar uma forma de organização coletiva, por ser mais vantajosa e, principalmente, por lhe proporcionar felicidade¹⁵. Escreveu também sobre a cidadania, e denominou como cidadão quem participa da vida política na gestão da cidade, ele exclui dessa classificação os escravos, as mulheres, os estrangeiros, as crianças e os anciões, os dois últimos considerados como cidadãos incompletos¹⁶.

Na idade média, o regime democrático caiu em desuso e só ressurgiu no século XVIII com as revoluções burguesas. Nessa época, também nascem os direitos da primeira dimensão, são os direitos civis e políticos clássicos, ligados a liberdade, tais como o direito à vida, à propriedade, e à liberdade. Esses direitos originaram-se das conquistas obtidas pelas revoluções liberais, seus principais marcos históricos são a independência das Treze Colônias, a promulgação da

¹⁴ MENDO CASTRO HENRIQUES, Introdução à Política de Aristóteles, in Aristóteles, *Política*: edição bilingue..., p. 26.

¹⁵ ARISTÓTELES. *Política*: edição bilingue..., p. 53.

¹⁶ ARISTÓTELES. *Política*: edição bilingue..., p. 187.

constituição dos Estados Unidos, e a Revolução Francesa, que resultou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789¹⁷.

Como bem constata Colliot-Thélène¹⁸, durante as revoluções liberais o termo democracia era “[...] raramente utilizado, até mesmo explicitamente contestado (entre aqueles que não eram hostis ao movimento revolucionário) em favor de república” (tradução nossa). Isso ocorre porque democracia significava, literalmente, um governo social do povo, em outras palavras, não apenas um governo derivado, pelas eleições, do povo, o que era uma república, mas um governo realmente administrado por ele.

Nesse diapasão, como bem observa Wood¹⁹, “De fato, a maioria dos americanos considerava uma democracia pura ou simples, como o século XVIII usualmente entendia o termo, como impraticável para qualquer estado tão grande e populoso como os estados americanos eram” (tradução nossa). A preocupação primordial, na época das revoluções do século XVIII, era com a limitação do poder do governante, garantir o bem público e os direitos privados, isso pode ser notado nos textos dos pais fundadores norte-americanos e, também, nos escritos de Rousseau, um teórico que teve grande influência na Revolução Francesa.

¹⁷ PAULO BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 563.

¹⁸ No original: “[...] era raramente utilizado, hasta explícitamente impugnado (entre aquellos que no eran hostiles al movimiento revolucionario) en beneficio del de república”. CATHERINE COLLIOT-THÉLÈNE, *Democracia sin demos*, 1ª ed., trad. Víctor Goldstein, Paris, Barcelona, Herder Editorial, 2020, p. 55. *E-book*.

¹⁹ No original: “Indeed, most Americans regarded a pure or simple democracy, as the eighteenth century commonly understood the term, as impractical for any state as large and as populous as the American states were”. GORDON S WOOD, *The creation of the american republic 1776-1787*, New York, London, W. W. Norton & Company, 1993, p. 222.

Para Madison²⁰, uma democracia pura é “[...] uma sociedade formada por um pequeno número de cidadãos que se unem e administram pessoalmente o governo, e não dispõe de nenhum remédio contra os malefícios da facção”. A república é, por ele, definida como “[...] um governo em que está presente o esquema de representação”. Existem duas grandes diferenças entre a democracia e a república, “[...] a delegação do governo, nesta última, a um pequeno número de cidadãos eleitos pelos demais; e o maior número de cidadãos e a maior extensão do país que a última pode abranger”.

A república é a melhor opção porque possibilita a filtragem das opiniões do povo, logo, como os governantes são escolhidos pela maior parte dos cidadãos, será mais difícil ser eleito um governante ruim, que não vise o bem-comum. Por conseguinte, a filtragem possibilita um melhor governo de servidores representativos. Outro ponto levantado é a possibilidade de a república ser exercida em um território extenso e muito populoso, pois quanto maior for a sociedade, maior será o número de partidos e de diferentes interesses, assim, é menos provável haver um motivo comum, entre todas as pessoas, para violar os direitos de outros cidadãos²¹.

Rousseau, por sua vez, distingue as três formas de governo da tipologia clássica, a monarquia, a aristocracia e a democracia. Segundo o autor²², na democracia “O soberano pode, em primeiro lugar, confiar o governo a todo povo

²⁰ JAMES MADISON, ALEXANDER HAMILTON, JOHN JAY, *Os artigos federalistas 1787-1788*, trad. Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1993, p. 137.

²¹ JAMES MADISON, ALEXANDER HAMILTON, JOHN JAY, *Os artigos federalistas...*, p. 138.

²² JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *O contrato social*, 3ª ed., trad. Antonio de Pádua Danesi, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 81.

ou à maior parte do povo, de modo que haja mais cidadãos magistrados que simples cidadãos particulares”. Ao analisar as características propícias para a democracia, como um território pequeno, população restrita, condições materiais relativamente homogêneas entre a população, atesta que nunca existiu uma democracia verdadeira, nem jamais existirá. Ademais, destaca a não existência de nenhum outro governo tão propenso às guerras civis quanto o democrático²³.

Para Rousseau, o Estado nasce quando os homens se organizam na sociedade civil, por meio do contrato social, e a vontade geral é a única capaz de administrar o Estado e fazê-lo atingir o seu objetivo principal, qual seja, o bem comum²⁴. A eleição de uma forma de governo está condicionada pelas características de cada povo, mas, a aristocracia eletiva é, provavelmente, a forma de governo mais recomendável, segundo o autor. Nesse diapasão, como bem esclarece Colliot-Thélène²⁵, “[...] os teóricos das revoluções não pretendiam ser democratas. Não elaboraram seus projetos convencionais a partir da ideia de um poder exercido pelo povo, senão com a única ambição de garantir a governabilidade de uma sociedade composta por homens livres” (tradução nossa).

No século XIX, a ideia da supremacia da vontade do povo como fonte de legitimação do poder começa a surgir no Ocidente até assumir posição central na sociedade contemporânea. A democracia foi então reduzida a sua forma liberal,

²³ JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *O contrato social...*, pp. 83-84.

²⁴ JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *O contrato social...*, p. 33.

²⁵ No original: “[...] los teóricos de las revoluciones no pretendían ser demócratas. No elaboraron sus proyectos convencionales a partir de la idea de un poder ejercido por el pueblo, sino con la única ambición de garantizar la gubernamentalidad de una sociedad compuesta de hombres libres”. CATHERINE COLLIOT-THÉLÈNE, *Democracia sin demos...*, p. 18.

essa forma é constituída pelos valores da representação popular, do estado democrático de direito, da igualdade, da propriedade privada, do pluralismo político, da liberdade de expressão, entre outros.

Chevallier explica que, no século XX, a democracia liberal teve de concorrer com outras versões, até mesmo versões opostas, mas durante o século tornou-se predominante. Conforme expõe o autor²⁶, “[...] os modelos alternativos desmoronaram no decorrer da última década; o modelo liberal difundiu-se no mundo inteiro, aparecendo doravante como o único concebível. Tudo se passa tal como se a globalização não fosse apenas econômica, mas também política e ideológica”.

Não há consenso a respeito do conceito de democracia, pelo contrário, existe uma imensa diversidade de conceitos teóricos desenvolvidos nessa área. Sobre o assunto, é importante estudar as considerações de Koselleck a respeito do conceito de democracia. O autor divide os conceitos políticos e sociais em três grupos: os conceitos tradicionais (cujo os conceitos lexicais permanecem parcialmente inalterados), os conceitos cujo o seu conteúdo foi tão alterado que apesar de possuírem a mesma constituição linguística, seu significado só pode ser extraído por meio de uma análise histórica, e, os neologismos que surgem para regular certas situações sociais e políticas de forma inédita²⁷.

²⁶ JACQUES CHEVALLIER, *O Estado pós-moderno*, trad. Marçal Justen Filho, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2009, p. 182.

²⁷ REINHART KOSELLECK, *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*, trad. Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira, Rio de Janeiro, Contraponto, Editora PUC-Rio, 2006, p. 106.

O estudo do significado histórico do conceito não esclarece somente sobre a singularidade de significados anteriores, também abrangem os significados estruturais temporais do conceito²⁸. A história dos conceitos indica a necessidade de se analisar individualmente cada classe de conceitos, pois os conceitos tradicionais não podem ser estudados da mesma maneira que os neologismos, por exemplo. Isso serve para evidenciar a indisponibilidade de se analisar o conceito de democracia a partir de sua historicidade constitutiva, porque desse modo é possível situar os usos desse conceito na atualidade²⁹.

Ao verificar a qual dos três grupos conceituais o conceito de democracia pertence, Koselleck³⁰ escreve o seguinte:

A história do conceito de ‘democracia’ pode ser considerada sob os três aspectos. A antiga democracia como forma constitucional e possível da *polis*: ela conhece determinações, procedimentos ou regularidades que são encontradas ainda hoje na democracia. No século XVIII, o conceito de democracia foi atualizado para designar novas formas de organização dos grandes Estados modernos. No que diz respeito ao governo das leis ou ao princípio da igualdade, os velhos significados são retomados e modificados. Mas, no que diz respeito às mudanças sociais em decorrência da Revolução Industrial, são acrescentadas novas valências ao conceito: ele se torna um conceito de expectativa que, sob a perspectiva histórico-filosófica – seja legislativa ou revolucionária – precisa satisfazer necessidades até então desconhecidas, que despontam continuamente, para poder liberar seu

²⁸ REINHART KOSELLECK, *Futuro passado...*, p. 142.

²⁹ ORLANDO VILLAS BÔAS FILHO, *Democracia: a polissemia...*, p. 677.

³⁰ REINHART KOSELLECK, *Futuro passado...*, p. 107.

verdadeiro sentido. Finalmente, ‘democracia’ se torna um arquilexema, um conceito generalizante, que, daqui por diante, tomando o lugar de ‘república’ (=polisteia), impele todos os outros tipos de Constituição para a ilegalidade como forma de governo. Por trás dessa generalidade global, que pode ser ocupada, do ponto de vista político, de modos completamente diversos, faz-se necessário moldar novamente o conceito por meio de definições adicionais. Somente assim é que ele pode ser funcional politicamente: surgem a democracia popular representativa, a cristã, a social etc.

Essa análise demonstra que o conceito de democracia se forma através de várias experiências históricas, com as quais, entretanto, não se confunde. Koselleck, ao destacar a historicidade do conceito de democracia, nos revela a razão da falta de unidade existente nesse conceito. A democracia não pode ser previamente definida, logo, esclarece Bôas Filho³¹, “[...] fica evidente que sua conceituação implica indicar a qual período a análise se refere, pois seria ingenuidade imaginar que uma abstração da dimensão histórica permitiria captar tal conceito em sua essência”.

Por essa razão é imperioso ressaltar que o trabalho tem como foco estudar não o conceito de democracia propriamente dito, mas a democracia do século XXI e suas adversidades. As democracias surgidas após a Segunda Guerra Mundial, em especial a crise das democracias liberais no Ocidente.

2.1 Como as fake news e a desinformação enfraquecem a democracia

³¹ ORLANDO VILLAS BÔAS FILHO, *Democracia: a polissemia...*, p. 679.

Analisado o processo histórico de formação e legitimação da democracia, é possível notar que as democracias modernas agora possuem novos desafios. Nesse diapasão, é preciso realizar uma breve recapitulação do novo contexto histórico surgido no pós-guerra.

A Segunda Guerra trouxe profundas mudanças nos contextos sociais e políticos de todos os países. Ocorre, em grande escala, nos países de *civil law*, o fenômeno da constitucionalização dos direitos, ou seja, a positivação desses direitos em Constituições, especialmente os direitos fundamentais. Esse fenômeno marca o fim do Estado Liberal e o início do Estado Social, demais disso, também figura como um meio de limitar o poder do governante e impedir a instituição de novos regimes totalitários.

Nesse contexto, a Lei Fundamental de Bonn, promulgada na Alemanha em 1949, com sua defesa ao Estado Democrático de Direito e aos direitos fundamentais serviu como referência para a redação de diversas Constituições mundiais, tais como, a Constituição Portuguesa de 1976, a Constituição Espanhola de 1978 e a Constituição Brasileira de 1988.

Surgem os direitos fundamentais da terceira dimensão, os direitos da fraternidade e da solidariedade, em resposta às guerras do século XX. Essa dimensão engloba, entre outros, o direito ao desenvolvimento, ao progresso, a autodeterminação dos povos. Aqui nascem os direitos difusos, cuja a titularidade pertence à coletividade³².

³² PAULO BONAVIDES, Curso de direito constitucional..., p. 569.

Nessa nova realidade, Benhabib³³ aponta que, desde a Segunda Guerra Mundial surgem novos bens públicos para a democracia garantir, tais como, a legitimidade, o bem-estar econômico e um sentido viável de identidade coletiva. Quanto ao primeiro bem, cerne de seu estudo, a legitimidade nas sociedades modernas é o resultado da livre deliberação pública dos assuntos de interesse comum. Ela³⁴ define a legitimidade democrática como “[...] a crença por parte dos cidadãos de que as principais instituições de uma sociedade e as decisões tomadas por elas em nome do público são dignas de serem obedecidas” (tradução nossa).

Esses bens têm uma relação complexa entre si, a realização excessiva de um deles pode causar conflito, ou ainda, comprometer a realização de outro. A título de exemplo, o desenvolvimento do bem-estar econômico pode ser obtido por meio do sacrifício da legitimidade, com a redução de direitos da união, ou ao encorajar o uso de medidas protecionistas injustas pelo Estado³⁵.

A globalização trouxe mudanças econômicas, sociais, culturais, políticas, ecológicas e, principalmente, mudanças tecnológicas. Com o advento da globalização ocorre a desterritorialização do Poder³⁶, e surge o transconstitucionalismo que envolve o diálogo de diversas ordens jurídicas diferentes. O Estado deixa de ter uma posição privilegiada na resolução de

³³ No original: “[...] as the belief on the part of citizens that the major institutions of a society and the decisions reached by them on the behalf of the public are worthy of being obeyed”. SEYLA BENHABIB, *Deliberative rationality and models of democratic legitimacy*, *Constellations*, vol. 1, n° 1, 1994, pp. 26-52, p. 26.

³⁴ SEYLA BENHABIB, *Deliberative rationality and...*, p. 27.

³⁵ SEYLA BENHABIB, *Deliberative rationality and...*, p. 26.

³⁶ CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, DANIEL SARMENTO, *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 43. *E-book*.

problemas constitucionais, nas sociedades modernas, agora é apenas um entre as várias ordens jurídicas em colaboração na busca de uma solução, todavia, sua participação ainda se faz essencial e indispensável neste processo de deliberação³⁷.

A globalização também traz nas formas de comunicação grandes transformações, as comunicações via plataformas digitais passam a ser instantâneas e capazes de modificarem as interações humanas. Além disso, a disseminação das informações passa a ser mundial, ou seja, não enfrenta barreiras territoriais.

É importante, assim, discutir conceitos essenciais ao estudo deste trabalho, como o de desinformação e *fake news*, para então analisar sua relação com a deterioração da democracia. Desinformação é conceituada pelo dicionário de Cambridge³⁸ como uma “falsa informação propagada com o fim de enganar as pessoas” (tradução nossa). A desinformação é um fenômeno praticado de forma proposital e, como esclarece Jackson³⁹, “Pode ser composta principalmente de fatos verdadeiros, despojados de contexto ou misturados com falsidades para apoiar a mensagem pretendida” (tradução nossa). Ademais, outra característica central da

³⁷ MARIA CECÍLIA SPINA FORJAZ, Globalização e crise do estado nacional, *RAE- Revista de Administração de Empresas*, vol. 40, n° 2, 2000, pp. 38-50, p. 40, disponível em <https://doi.org/10.1590/S0034-75902000000200005>, acesso em 10/05/2023.

³⁸ No original: “false information spread in order to deceive people”. *DISINFORMATION*, in *Cambridge dictionary*, n.p., disponível em <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/disinformation>, acesso em 08/05/2023.

³⁹ No original: “It can be composed of mostly true facts, stripped of context or blended with falsehoods to support the intended message”. NATIONAL ENDOWMENT FOR DEMOCRACY, Distinguishing disinformation from propaganda, misinformation, and “fake news”, Dean Jackson, 2017, disponível em Issue Brief: Distinguishing Disinformation from Propaganda, Misinformation, and “Fake News” - NATIONAL ENDOWMENT FOR DEMOCRACY (ned.org), acesso em 08/05/2023.

desinformação é sua motivação política com a intenção de gerar incerteza e desconfiança, o que acaba por desestimular o engajamento social das pessoas⁴⁰.

O termo *fake news* é conceituado, pelo dicionário de Oxford⁴¹, como uma palavra de origem norte-americana que “[...] transmita ou incorpore informações falsas, fabricadas, ou deliberadamente enganosas” (tradução nossa). Os motivos por trás das *fake news* são, geralmente, financeiros, e atraem o público porque valida seus preconceitos políticos e suas concepções de mundo. Nesse cenário, os políticos são capazes de utilizar esse tipo de notícia falsa a seu favor, produzindo conteúdos “virais”, que se propagam rapidamente⁴².

A utilização de uma realidade falsa, ou alternativa e sua divulgação pela mídia não é um fenômeno novo na política, a novidade está em seu uso massivo em vários meios de comunicação, de maneira global, e o seu grande alcance proporcionado pelas redes sociais. As plataformas sociais digitais e os aplicativos de mensagem instantânea, por ampliarem o alcance das *fake news*, passam a ser cada vez mais utilizados no jogo político⁴³.

⁴⁰ NATIONAL ENDOWMENT FOR DEMOCRACY, Distinguishing disinformation from...

⁴¹ No original: “[...] that conveys or incorporates false, fabricated, or deliberately misleading information”. FAKE, in *OED- Oxford English Dictionary*, n.p., disponível em <https://www.oed.com/viewdictionaryentry/Entry/67776>, acesso em 08/05/2023.

⁴² NATIONAL ENDOWMENT FOR DEMOCRACY, Distinguishing disinformation from...

⁴³ SERENA GIUSTI, ELISA PIRAS, Introduction: in search of paradigms: disinformation, fake news, and post-truth politics, in Serena Giusti, Elisa Piras (ed.), *Democracy and fake news: politics, media, and political communication*, Abingdom, New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2021, p. 1-16, p. 3.

Nesse diapasão, dissertam Giusti e Piras⁴⁴, sobre o assunto:

A combinação de fake news e mídia social é particularmente adequada para produzir efeitos subliminares que podem atingir as camadas mais profundas e emocionais da mente das pessoas, com maiores chances de persistência e persuasão em comparação com a desinformação transmitida por outro meio (tradução nossa).

Nessa realidade, segundo Gramacho⁴⁵, as *fake news* apresentam riscos para a democracia ao “[...] reduzirem nossa capacidade de conhecer (risco epistêmico), de respeitar os demais (risco moral), e de participar de modo igualitário do processo político (risco participativo)”. O primeiro risco é causado principalmente porque a manipulação da informação nas plataformas digitais é recoberta de anonimato, isso viabiliza as pessoas a divulgarem qualquer tipo de notícia sem medo de repercussões jurídicas ou sociais.

As mídias sociais evitam a responsabilidade pelo o que é publicado em seu domínio e, também, não são supervisionadas pelo Estado como outras mídias de massa. As empresas de mídias sociais minimizam seu papel como empresas de mídia com o fim de evitar regulamentos. A influência das mídias sociais, através da utilização de algoritmos designados para nos manter conectados é de difícil

⁴⁴ No original: “The combination of fake news and social media is particularly fit for producing subliminal effects that can reach the deepest and most emotional strata of people’s minds, with higher chances of persistence and persuasion compared to disinformation spread through other means”. SERENA GIUSTI, ELISA PIRAS, Introduction: in search of..., p. 4.

⁴⁵ WLADIMIR GRAMACHO, Como as fake news ameaçam a democracia, *Poder 360*, 2021, disponível em [https://www.poder360.com.br/opiniao/como-as-fake-news-amecam-a-democracia-escreve-wladimir-gramacho/#:~:text=Segundo%20um%20artigo%20publicado%20por,processo%20pol%C3%ADtico%20\(risco%20participativo\)](https://www.poder360.com.br/opiniao/como-as-fake-news-amecam-a-democracia-escreve-wladimir-gramacho/#:~:text=Segundo%20um%20artigo%20publicado%20por,processo%20pol%C3%ADtico%20(risco%20participativo),), acesso em 08/05/2023.

detecção, principalmente porque as empresas não divulgam abertamente suas políticas de retenção e manipulação de dados⁴⁶. Em comparação com um jornal, por exemplo, no qual seus jornalistas, escritores, editores, e diretores podem ser facilmente encontrados e responsabilizados judicialmente, nas mídias sociais essa identificação do autor da informação falsa ou alterada não ocorre.

Essa situação, causa o risco epistêmico, pois “[...] estimula uma desconfiança difusa sobre os conteúdos que nos chegam, o que reduz nossa capacidade de conhecer e compreender fatos”, explica Gramacho⁴⁷. O segundo risco as democracias, o risco moral, ocorre por causa da redução do respeito mútuo entre as pessoas. O uso de informações falsas e de desinformações para a difamação moral de certos grupos ou pessoas, isso diminui o respeito no debate público, e leva a uma crescente polarização da sociedade⁴⁸.

Por fim, quanto ao risco participativo, fica evidente que as notícias falsas e a desinformação reduzem a participação da população nos debates públicos. É dever da democracia garantir oportunidades de participação igualitária para todos, entretanto, cada vez mais grupos anônimos utilizam a manipulação da informação e disseminação de notícias falsas, com a intenção de intervir na política de outros países, o que afronta o princípio estatal da soberania⁴⁹.

⁴⁶ SPENCER MCKAY, CHRIS TENOVE, Disinformation as a threat to deliberative democracy, vol. 74, n° 3, *Political Research Quarterly*, 2020, pp. 1-15, p. 4, disponível em <https://doi.org/10.1177/1065912920938>, acesso em 08/05/2023.

⁴⁷ WLADIMIR GRAMACHO, Como as fake news...

⁴⁸ SPENCER MCKAY, CHRIS TENOVE, Disinformation as a threat..., pp. 6-7.

⁴⁹ SERENA GIUSTI, ELISA PIRAS, Introduction: in search of..., p. 6.

Outro desafio relativo à propagação de notícias falsas é com relação a justiça social, visto que, identificar e interpretar uma notícia como sendo falsa requer conhecimento e capacidade de utilizar, razoavelmente bem, os instrumentos tecnológicos. O risco nessa situação, explicam Giusti e Piras⁵⁰, “[...] é que uma parte do público mais fraca e menos preparada possa facilmente cair nas mãos de falsificadores profissionais: um risco sério para qualquer democracia” (tradução nossa).

Por esses motivos é importante estudar e debater sobre como a manipulação da informação, seja por meio de notícias falsas ou desinformação, contribuem para a crise das democracias e quais são os meios utilizados pelos países com o objetivo de combater o avanço desses fenômenos.

3. Análise das medidas regulatórias das *fake news* e da desinformação

Este tópico pretende analisar a iniciativa de combate as *fake news*, com foco no Código de Conduta em matéria de Desinformação da União Europeia, de 2022, e seus limites. Por se tratar de um fenômeno complexo e multifacetário, o enfrentamento a essa prática exige uma conduta multidimensional, capaz de engajar diversos setores da sociedade.

O Código de Conduta, apesar de ser destinado somente aos países europeus, serve de marco e incentivo sobre o debate do tema. O Código de Conduta foi elaborado e assinado pela primeira vez em 2018, trata-se de “[...] uma

⁵⁰ No original: “The risk here is that a weaker and less prepared part of the public might easily fall in the hands of professional fakers: a serious threat weakened”. SERENA GIUSTI, ELISA PIRAS, Introduction: in search of..., p. 7.

ferramenta de soft law que sugere aos seus signatários – entre os quais estão as mais importantes plataformas da internet como o Google, Facebook e Twitter – algumas estratégias e práticas possíveis para evitar a disseminação de fake news” (tradução nossa), conforme explica Monti⁵¹.

O Código de 2018 contava com dezesseis signatários, e sua abordagem girava em torno de seis pontos centrais, a) transparência em anúncios e conteúdos patrocinados, b) evitar o financiamento de fabricantes de notícias falsas por meio de anúncios, c) reduzir a visibilidade de notícias falsas, d) investir em tecnologias capazes de promoverem a visualização de conteúdos autênticos, e) excluir contas falsas e regular a utilização de *bots* nas plataformas, f) capacitar jovens e adultos por meio da alfabetização midiática e informacional⁵².

Em 2021, inicia-se o processo de revisão do Código de 2018, e em junho de 2022 o Código reforçado é publicado. O Código de 2022 conta com trinta e quatro signatários, com quarenta e quatro compromissos e com cento e vinte e oito medidas específicas⁵³.

⁵¹ No original: “[...] a soft law tool that suggests to its signatories – among whom are the most important Internet platforms such as Google, Facebook, and Twitter – some possible strategies and practices to avoid the spread of fake news”. MATTEO MONTI, *The EU code of practice on disinformation and the risk of privatisation of censorship*, in Serena Giusti, Elisa Piras (ed.), *Democracy and fake news: politics, media, and political communication*, Abingdon, New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2021, p. 214-225, p. 215.

⁵² MATTEO MONTI, *The EU code...*, p. 215.

⁵³ COMISSÃO EUROPEIA, *Um código de conduta da UE sobre desinformação reforçado*, disponível em https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/european-democracy-action-plan/strengthened-eu-code-practice-disinformation_pt, acesso em 09/05/2023.

O Código de Conduta em matéria de Desinformação da União Europeia, de 2022, visa regular os seguintes tópicos, de acordo com o site oficial da União Europeia⁵⁴:

Desmonetização (reduzir os incentivos financeiros aos fornecedores de desinformação); b) transparência da publicidade política; c) garantir a integridade dos serviços; d) capacitar os usuários; e) capacitar os investigadores (prevê que as plataformas prestem um melhor apoio à investigação sobre desinformação. Os investigadores terão um acesso mais amplo aos dados da plataforma); f) capacitar a comunidade de verificação de dados (alargará a cobertura da verificação de factos a todos os Estados-Membros e línguas da UE e assegurará que as plataformas farão uma utilização mais coerente da verificação de factos nos seus serviços); g) centro de transparência e task-force (o centro de Transparência, acessível a todos os cidadãos, permitirá uma visão geral fácil da aplicação das medidas do Código, proporcionando transparência e atualizações regulares dos dados pertinentes. O grupo de trabalho permanente manterá o Código preparado para o futuro e adequado à sua finalidade, criando um fórum, nomeadamente, para rever e adaptar os compromissos tendo em conta a evolução tecnológica, societal, do mercado e legislativa); h) quadro de acompanhamento reforçado (incluindo indicadores de nível de serviço para medir a sua aplicação em toda a UE e a nível dos Estados-Membros. Até ao início de 2023, os signatários apresentarão à Comissão os primeiros relatórios de base sobre a sua aplicação do Código).

⁵⁴ COMISSÃO EUROPEIA, O código de conduta em matéria de desinformação de 2022, disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/pt/policies/code-practice-disinformation>, acesso em 09/05/2023.

É importante notar que o Código de Conduta de 2018 era uma ferramenta autorregulatória, através da qual as plataformas digitais estabelecem condutas e se comprometem a segui-las. A mudança em 2022 é utilização da correção, não mais somente a autorregulamentação, para as grandes plataformas digitais (as possuidoras de mais de quarenta e cinco milhões de usuários), ou seja, um Código de Conduta reconhecido dentro da estrutura de correção prevista no DSA⁵⁵.

Apesar disso, alguns países europeus optaram por adotar medidas regulatórias próprias. É o caso da Alemanha, e da França. Na Alemanha, a NetzDG, abreviatura de *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, a Lei de Fiscalização de Rede, foi implementada em 2017. Essa lei estabelece a obrigação das plataformas digitais de remover ou bloquear conteúdos ilegais e ofensivos no prazo máximo de vinte e quatro horas após o recebimento de uma denúncia. Quando a ilegalidade não for muito explícita, o prazo para análise será de sete dias. Outra obrigação das

⁵⁵ A respeito do DAS: “The Digital Services Act and Digital Markets Act aim to create a safer digital space where the fundamental rights of users are protected and to establish a level playing field for businesses. Following the adoption of the Digital Services Package in the first reading by the European Parliament in July 2022, both the Digital Services Act and Digital Markets Act have been adopted by the Council of the European Union, signed by the Presidents of both institutions and published in the Official Journal. For online platforms, they must publish their number of active users by 17 February 2023. If the platform or a search engine has more than 45 million users (10% of the population in Europe), the Commission will designate the service as a very large online platform or a very large online search engine. These services will have 4 months to comply with the obligations of the DSA, which includes carrying out and providing the Commission with their first annual risk assessment. EU Member States will have to appoint Digital Services Coordinators by 17 February 2024, when also platforms with less than 45 million active users have to comply with all the DSA rules”. EUROPEAN COMMISSION, The digital service act package, disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>, acesso em 09/05/2023.

plataformas é a de produzir relatórios de transparência semestrais, e caso não cumpram essas obrigações estarão sujeitas a multa de até 50 milhões de euros⁵⁶.

No final de 2018, a França, em atenção ao período eleitoral, também aprovou uma lei de remoção de conteúdo operada por meio de um sistema de gerenciamento de denúncias. A lei determina que candidatos políticos possam ajuizar processo para a remoção de notícias falsas, e obriga as plataformas digitais a divulgarem a fonte de financiamento da notícia⁵⁷.

A internet é uma rede global, que possibilita o acesso instantâneo as informações oriundas de qualquer parte do mundo. Por ser uma rede capaz de ultrapassar os territórios dos Estados nacionais, a responsabilização, bem como a identificação dos propagadores de notícias falsas é muito difícil, ainda mais se essas pessoas ou empresas estiverem localizadas no exterior. Assim, surge a necessidade e a relevância do emprego de uma rede de cooperação internacional.

O assunto ganha importância pelo fato de que um grande número de plataformas digitais disponibilizadas, ao redor do mundo, serem de empresas estrangeiras. Justamente por ser uma rede global, é inviável que cada país exija um escritório das empresas para seus aplicativos serem disponibilizados, ou ainda,

⁵⁶ MARIANA SCHREIBER, A controversa lei alemã que inspira projeto de lei das fake news, *BBC News Brasil*, 2020, disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53914408>, acesso em 09/05/2023.

⁵⁷ CONSULTOR JURÍDICO, Parlamento francês aprova lei polemica de combate às notícias falsas, *Revista Consultor Jurídico*, 2018, disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-nov-22/franca-aprova-lei-polemica-combate-noticias-falsas>, acesso em 09/05/2023.

requeira o armazenamento dos dados nacionais em seu território. Isso acarretaria em uma fragmentação da rede e causaria grande impacto na inovação⁵⁸.

Os dados salvos, na nuvem, também exponenciam o armazenamento de dados no exterior, muitos serviços utilizados no nosso cotidiano contam com esse recurso, como *emails*, e *backup* de arquivos do celular. Então, como resolver o problema, se cada país é soberano e um país não tem autoridade de exigir provas contidas em outro?

Existem três opções, destacadas por Souza e Perrone⁵⁹, “[...] a cooperação jurídica internacional tradicional (cartas rogatórias), a cooperação jurídica baseada em tratado internacional (usualmente Acordo de Assistência Jurídica Mútua – MLAT), e a entrega por parte da entidade que tem a posse de informação”. Na primeira solução, as cartas rogatórias, o processo de resolução é muito moroso e dependerá das vontades políticas.

A terceira opção é uma solução viável, mas pode ser impedida devido a existência de leis nacionais capazes de impedirem a entrega dos dados. A segunda opção representa a melhor solução, pois os tratados são cobertos de obrigatoriedade por parte dos países signatários.

A Convenção de Budapeste sobre crimes cibernéticos, de 2001, é o primeiro movimento internacional que trata sobre a cibercriminalidade e visa

⁵⁸ CARLOS AFFONSO SOUZA, CHRISTIAN PERRONE, ‘Fake news’ e acesso a dados armazenados no exterior: mal causado pela desinformação não conhece fronteiras e o remédio para isso é cooperação internacional, *Jota*, 2020, disponível em <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-expressa/fake-news-e-acesso-a-dados-armazenados-no-exterior-30062020>, acesso em 10/05/2023.

⁵⁹ CARLOS AFFONSO SOUZA, CHRISTIAN PERRONE, ‘Fake news’ e acesso...

harmonizar as legislações de seus signatários a respeito do assunto. A Convenção de Budapeste conta com sessenta signatários, e proporciona maior agilidade e eficiência na troca de dados entre os países.

De acordo com Souza e Perrone⁶⁰, na Convenção existem dois instrumentos jurídicos capazes de aperfeiçoarem a cooperação jurídica internacional:

i) informação espontânea – uma parte informa a outra de um fato e repassa informações que obteve no marco de investigações conduzidas em seu território; e (ii) auxílio mútuo em que uma parte a pedido da outra pode realizar certas funções e repassar os dados necessários, como preservação da informação, busca e apreensão e interceptação de dados.

A União Europeia também possui uma iniciativa parecida, o projeto chama e-Evidence, proposto em 2019. Propõe termos de acesso a dados, pela polícia e autoridades judiciais, em investigações transfronteiriças que buscam pegar terroristas e criminosos condenados. Em janeiro de 2023, os embaixadores dos Estados-Membros confirmaram o acordo entre o Conselho e o Parlamento a respeito da aprovação do projeto⁶¹.

Na seara da cooperação internacional, a Organização dos Estados Americanos (OEA) formulou, em 2017, uma Declaração Conjunta sobre Liberdade

⁶⁰ CARLOS AFFONSO SOUZA, CHRISTIAN PERRONE, 'Fake news' e acesso...

⁶¹ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, Provas eletrônicas: Conselho confirma acordo com o Parlamento Europeu sobre novas regras para melhorar o acesso transfronteiras a provas eletrônicas, 2023, disponível em <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2023/01/25/electronic-evidence-council-confirms-a-greement-with-the-european-parliament-on-new-rules-to-improve-cross-border-access-to-e-evidence/>, acesso em 10/05/2023.

de Expressão e Notícias Falsas, Desinformação e Propaganda, na qual prevê orientações aos Estados no combate ao fenômeno das *fake news* e da desinformação.

O documento destaca a possibilidade de limitar a liberdade de expressão, mas apenas em consonância com os critérios estabelecidos no direito internacional (como quando ocorre a violação de um interesse legítimo protegido pela lei), e também para combater mensagens de ódio, discriminação, violência e hostilidade. Ademais, enfatiza o caráter extremo do bloqueio de sites inteiros, esse bloqueio deve ser proporcional, pois essa medida só pode ser justificada por lei e caso seja necessária para proteger um direito humano⁶².

Essas iniciativas de enfrentamento a conteúdos falsos ou alterados demonstram o crescimento e a conscientização, ao redor mundo, da necessidade de ampliação da responsabilidade das plataformas digitais no combate a disseminação desses conteúdos. Nessa realidade a cooperação internacional é extremamente relevante, a intenção é proporcionar o acesso das autoridades aos dados localizados no exterior de maneira ágil, porque sem essa ferramenta o acesso a esses dados é um processo muito demorado e trabalhoso.

⁶² OEA, Declaración conjunta sobre libertad de expresión y "noticias falsas" ("fake news"), desinformación y propaganda, 2017, disponível em <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&IID=2>, acesso em 10/05/2023.

4. Os riscos e benefícios da utilização da legislação na regulamentação das plataformas digitais

Vimos, no primeiro tópico deste trabalho, que a ideia de democracia como um regime de governo no qual o povo é a única fonte de poder surge no século XIX e ocorre, no decorrer do tempo, uma redução da democracia a sua forma liberal.

Apesar de essa redução ser atribuída a globalização do modelo democrático, é importante destacar que, a globalização é responsável por evidenciar a alteridade existente nas relações de poder através da história. Como bem observa Colliot-Thélène⁶³, “A globalização obriga-nos a repensar qual era a realidade democrática dos regimes surgidos a partir das revoluções de finais do século XVIII” (tradução nossa). Atualmente, por mais que se aluda à crise da democracia é imperioso reconhecer como essa forma de fundamentação do poder político e do Estado ganha uma posição fundamental em nossa sociedade⁶⁴.

No século XXI, o avanço tecnológico trouxe novos desafios para os regimes democráticos e provocou uma mudança sem precedentes na nossa forma de comunicação, em como recebemos e propagamos conteúdos *online* de forma instantânea. Antes havia o monopólio dos meios tradicionais de comunicação em massa (jornais, emissoras de televisão, revistas) na divulgação das informações, hoje qualquer pessoa pode publicar uma notícia pela internet.

⁶³ No original: “La globalización nos obliga a volver a pensar lo que fu ela realidad democrática de los regímenes políticos surgidos de las revoluciones de finales del siglo XVIII”. CATHERINE COLLIOT-THÉLÈNE, *Democracia sin demos...*, p. 16;

⁶⁴ ORLANDO VILLAS BÔAS FILHO, *Democracia: a polissemia...*, p. 653.

Uma pesquisa realizada por Vosoughi, Roy e Aral, publicada em 2018, sobre as notícias divulgadas no Twitter entre 2006 a 2017, comprovou que as notícias falsas se difundiram de forma mais ágil quando comparadas as notícias verdadeiras. A maior quantidade de notícias falsas foi a respeito de notícias políticas, além disso, essas notícias tinham uma probabilidade 70% maior de serem retuitadas⁶⁵.

Desse modo, um dos desafios das democracias modernas passou a ser conter o avanço das notícias falsas e da desinformação. No âmbito jurídico, a abordagem do tema traz um grande desafio, qual seja, a necessidade de combate às notícias falsas e a imprescindibilidade de defender a liberdade de expressão, um direito fundamental indispensável ao pleno exercício democracia.

Um dos instrumentos à disposição para enfrentar esse problema é a supervisão democrática das redes sociais. Sob a perspectiva de um sistema deliberativo, a regulamentação do governo, através da lei, traz vantagens e desvantagens. A regulação pode proporcionar o avanço de estruturas capazes de aumentarem a responsabilidade das plataformas na moderação dos conteúdos nelas propagados. Entretanto, a legislação também pode levar a redução da liberdade de expressão, pois os conteúdos difundidos serão influenciados por vontades políticas, ou pela vontade do mercado, de quem paga para ter o seu conteúdo mostrado⁶⁶.

⁶⁵ SOROUGH VOSOUGHI, DEB ROY, SINAN ARAL, The spread of true and false news online, *Science*, vol. 359, n° 6380, 2018, pp. 1-5, p. 1, disponível em <https://www.science.org/doi/10.1126/science.aap9559>, acesso em 11/05/2023.

⁶⁶ SPENCER MCKAY, CHRIS TENOVE, Disinformation as a threat...p. 8.

O uso da legislação pelos governos, como forma de combater o avanço das notícias falsas e regular as plataformas digitais, pode ser muito útil nos países democráticos, entretanto, é imperioso salientar o risco de sua utilização para perseguir jornalistas e opositores ao regime nos regimes autoritários. A Alemanha foi o primeiro país democrático a regular, mais severamente, as redes sociais com a intenção de coibir a disseminação de discursos de ódio em seu território, e essa lei se tornou referência para a criação de leis similares em outros países.

Um estudo publicado por Mchangama e Fiss⁶⁷ aponta que a lei alemã, a NetzDG, influenciou a criação de leis semelhantes de censura em, no mínimo, treze países. Quatro desses países são classificados como regimes autoritários, pelo Democracy Index de 2022⁶⁸, quais sejam, a Venezuela, o Vietnã, a Rússia e Belarus. Dois deles são classificados como um regime híbrido, nem democrático ou autoritário, mas com características dos dois regimes, dentre eles está Honduras e o Quênia. Quatro são classificados como democracias imperfeitas, a Índia,

⁶⁷ JACOB MCHANGAMA, JOELLE FISS, The digital Berlin wall: how Germany (accidentally) created a prototype for global online censorship, *Justitia*, 2019, pp. 3-23, p. 3, disponível em https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2019/11/Analyse_The-Digital-Berlin-Wall-How-Germany-Accidentally-Created-a-Prototype-for-Global-Online-Censorship.pdf, acesso em 13/05/2023.

⁶⁸ O Democracy Index é um índice que começou em 2006 e fornece uma noção do estado das democracias em cento e sessenta e cinco Estados, e dois territórios ao redor do mundo. O índice é baseado em cinco categorias, processo eleitoral e pluralismo, funcionamento do governo, participação política, e liberdades civis. Conforme as pontuações em diversos indicadores, dentro dessas categorias, os países são classificados em democracia plena, democracia imperfeita, regime híbrido ou regime autoritário. Vinte e quatro países foram classificados como democracias plenas, quarenta e oito como democracias imperfeitas, trinta e seis como regimes híbridos, e cinquenta e nove como regimes autoritários. Para conferir o estudo completo acesse: ECONOMIST INTELLIGENCE, Democracy Index 2022, 2022, disponível em <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2022/>, acesso em 14/05/2023.

Singapura, Filipinas e a Malásia. Por fim, apenas três são caracterizados como democracias plenas, a França, o Reino Unido e a Austrália.

Vale ressaltar que, segundo o estudo de Mchangama e Fiss⁶⁹, a maior parte desses treze países citaram diretamente a lei da alemã como justificação e inspiração da criação de suas leis de restrição, tais como a Venezuela, a Malásia, Honduras, dentre outros. Por exemplo, em 2018 o fotógrafo Jesus Medina foi preso, na Venezuela, enquanto cobria a crise de saúde no país, sob a acusação de incitação ao ódio, associação criminosa e obtenção de lucro ilegal. Ele somente foi solto em janeiro de 2020, após ficar preso dezesseis meses sem julgamento⁷⁰.

Logo, é necessário destacar a criação de leis de censura por parte de vários Estados que, ao contrário da Alemanha, da França, do Reino Unido e da Austrália são constituídos por regimes autoritários, ou democracias imperfeitas. Esses regimes não possuem a mesma proteção ao Estado de Direito como uma democracia plena, carecem de uma proteção robusta aos direitos fundamentais, por meio de tribunais independentes à vontade política dominante. Por esse motivo, a instituição de leis capazes de regular as notícias falsas e a desinformação devem ser vistas com cautela, a liberdade de expressão, um dos centros axiológicos da democracia, tem um papel importantíssimo na informatização dos cidadãos, ao publicar as ações do governo, e em incentivar o debate público.

⁶⁹ JACOB MCHANGAMA, JOELLE FISS, *The digital Berlin wall...*

⁷⁰ TERESA MIOLI, *Fotógrafo venezuelano é libertado após 16 meses em prisão militar, mas ainda enfrenta acusações*, *Knight Center – LatAm Journalism Review*, 2020, disponível em <https://latamjournalismreview.org/pt-br/articles/fotografo-venezuelano-e-libertado-apos-16-meses-em-prisa-o-militar-mas-ainda-enfrenta-acusacoes/>, acesso em 14/05/2023.

A lei alemã, e as leis dela derivadas, se apoia em um sistema de gerenciamento de denúncias de conteúdo ilícito ou ofensivo. Cabe as plataformas digitais o dever de remover a publicação denunciada após uma análise. As plataformas utilizam a inteligência artificial, em conjunto com as denúncias dos usuários, para fazer essa filtragem de conteúdo e argumentam que esse é um método eficaz de autorregulação.

Porém, a inteligência artificial não pode ser a única maneira de regulamentar o conteúdo online. Essa tecnologia apresenta sérios limites em sua eficácia e precisão, um conteúdo terrorista, ou de abuso infantil é mais fácil de ser identificado como ilegal do que ser identificado como conteúdo ofensivo, por exemplo⁷¹.

A inteligência artificial não pode, por conseguinte, ser o único meio de moderação nas plataformas digitais. Exige-se das plataformas a demonstração de quanto conteúdo ofensivo e ilícito foi removido dentro de um determinado período de tempo, assim, não existe um incentivo a realização de uma análise mais profunda, com o objetivo de investigar se o conteúdo deve ou não ser disponibilizado novamente. Logo, fica claro a necessidade de uma análise humana na moderação de conteúdo, pois uma pessoa é capaz de interpretar o conteúdo indicado pela inteligência artificial de modo mais eficaz⁷².

⁷¹ CHRIS MARSDEN, TRISHA MEYER, IAN BROWN, Platform values and democratic elections: how can the law regulate digital disinformation?, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, vol. 36, 2019, pp. 1-18, p. 7, disponível em <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2019.105373>, acesso em 13/05/2023.

⁷² CHRIS MARSDEN, TRISHA MEYER, IAN BROWN, Platform values and..., p. 8.

Nesse diapasão, sustentam Marsden, Meyer e Brown⁷³, que “Com o tempo, as soluções de IA para detectar e remover conteúdo ilegal/indesejável estão se tornando mais eficazes, mas levantam questões sobre quem é o ‘juiz’ ao determinar o que é legal/ilegal e indesejável em sociedade” (tradução nossa). Portanto, a interferência humana ainda é imprescindível para diminuir o risco de impedir o acesso a conteúdos lícitos por meio de bloqueios, filtragens excessivas, ou uso de algoritmos.

O risco da privatização da censura também é um importante fator a ser levado em consideração quando se fala em autorregulamentação de conteúdos online por parte das plataformas⁷⁴. O Código de conduta em matéria de desinformação da União Europeia, de 2018, delegava para as plataformas digitais a tarefa de combater a desinformação e as *fake news*. As plataformas eram livres para decidir como agir na remoção de conteúdos e contas.

O Código de conduta reforçado de 2022 avançou, no sentido de prever uma correção para as grandes plataformas digitais, por meio da curadoria das ferramentas de *fact-checking*, mas não muda o fato de as plataformas ainda possuírem liberdade para decidir como vão proceder com a remoção dos conteúdos e, quais conteúdos terão maior chance de serem visualizados de acordo com os *bots* e algoritmos da empresa.

⁷³ No original: “Over time, AI solutions to detect and remove illegal/undesirable content are becoming more effective, but they raise questions about who is the ‘judge’ in determining what is legal/illegal, and undesirable in society”. CHRIS MARSDEN, TRISHA MEYER, IAN BROWN, *Platform values and...*, p. 8.

⁷⁴ MATTEO MONTI, *The EU code...*, p. 218.

Esse cenário, argumenta Monti⁷⁵, apresenta um grande perigo de retirada de um discurso político “[...]ou conteúdo de mídia que não seja aprovado pela plataforma da internet ou pelos atores privados majoritários, ou simplesmente a remoção de conteúdo por pressão da maioria dos usuários e/ou por razões econômicas”, ou seja, a remoção de informações legais, mas contrárias a certos interesses. O autor também adverte para o perigo da remoção indiscriminada de conteúdo, sem verificação anterior, pelas plataformas para evitar multas.

Por esses motivos, o Código de conduta de 2022, bem como as leis vigentes que visam regular o ambiente online, podem causar a privatização da censura na internet, ao diminuir o pluralismo midiático e a liberdade de expressão dos usuários. Portanto, os governos não podem deixar a cargo de instituições privadas o combate as *fake news* e a desinformação, pois as plataformas digitais não estão jurídica e socialmente vinculadas a proteção dos direitos humanos como o Estado.

Quanto ao problema do anonimato e da dificuldade em imputar responsabilidade ao ofensor no ambiente digital, a solução não se encontra na remoção do anonimato online. Eliminar o anonimato também acarretaria na perda de certos benefícios, tais como a liberdade de criticar políticos, autoridades dominantes, ou opiniões predominantes⁷⁶.

Um meio de abordar o problema, sem exigir o uso de identificação pessoal, é através das políticas de redução de compra de contas falsas, uma estratégia muito

⁷⁵ No original: “[...] or media content that are not approved of by the Internet platform or the private actors behind majority it, or simply the removal of content because of pressure by the majority of users and/or for economic reasons”. MATTEO MONTI, *The EU code...*, p. 220.

⁷⁶ SPENCER MCKAY, CHRIS TENOVE, *Disinformation as a threat...*p. 10.

utilizada na propagação da desinformação e das *fake news*. Por exemplo, o IRA localizado em São Petesburgo, na Rússia, é uma empresa cujo objetivo é disseminar notícias falsas e desinformação na internet, constrói sua influência e persuasão por meio da criação de contas falsas responsáveis por espalhar mensagens sobre questões de interesse das comunidades associadas à essas contas⁷⁷.

As plataformas digitais também precisam aumentar a moderação e a responsabilidade pela publicação de conteúdo ofensivo e falso. O aumento da responsabilidade, explicam McKay e Tenove⁷⁸, não exige a exposição de “[...] vozes para vigilância ou punição do governo. As empresas de mídia social podem equilibrar diferentes bens normativos ao permitir o anonimato enquanto abordam a difamação moral através da moderação” (tradução nossa). Assim, um sistema deliberativo democrático é capaz de potencializar os benefícios do anonimato digital e, também, de limitar os potenciais atos danosos sofridos pelos usuários devido ao anonimato. Nesse sentido, deve haver maior transparência sobre as contas falsas para que possam ser identificadas e rotuladas como tal, ao invés de banidas, isso aumentará a conscientização da população sobre a fonte do conteúdo⁷⁹.

⁷⁷ ANDREW DAWSON, MARTIN INNES, How Russia’s Internet Research Agency built its disinformation campaign, *The Political Quarterly*, vol. 90, n° 2, 2019, pp. 245-256, p. 247, disponível em <https://doi.org/10.1111/1467-923X.12690>, acesso 15/05/2023.

⁷⁸ No original: “[...] exposing voices to government surveillance or punishment. Social media companies can balance different normative goods by enabling anonymity while addressing moral denigration through content moderation”. SPENCER MCKAY, CHRIS TENOVE, *Disinformation as a threat...*p. 10.

⁷⁹ SPENCER MCKAY, CHRIS TENOVE, *Disinformation as a threat...*p. 10.

Diante do exposto, o meio mais eficaz de combater o avanço das *fake news* e da desinformação é por uma regulação conjunta, uma abordagem múltipla, na qual as plataformas digitais criam, individual ou coletivamente, meios para regular seus utilizadores. Esses métodos de regulação, por sua vez, devem ser aprovados por leis democráticas, capazes de também regular a sua efetividade por curadorias⁸⁰. Os desafios mencionados realçam a importância da supervisão democrática quando o assunto é a regulação do ambiente digital pela legislação.

Em um sistema democrático, as políticas de enfrentamento à desinformação e as *fake news* precisam estar relacionadas as discussões públicas sobre quais bens devem ser mais protegidos pela lei. Logo, como bem destacam McKay e Tenove, as reformas para enfrentar esse fenômeno, não devem partir somente do Estado, “Atores corporativos e da sociedade civil, bem como públicos, devem desempenhar papéis centrais na formulação, promulgação, teste e crítica as respostas políticas” (tradução nossa)⁸¹.

Por fim, outra maneira eficiente de combater o fenômeno das notícias falsas e da desinformação, e manter o pluralismo dos meios de comunicação digitais, bem como, a liberdade de expressão dos usuários no ambiente online, é através da educação midiática da população. Pois, uma campanha de conscientização do cidadão, a respeito do compartilhamento de informações duvidosas, acaba por diminuir o alcance desse conteúdo dentro da sociedade.

⁸⁰ CHRIS MARSDEN, TRISHA MEYER, IAN BROWN, Platform values and..., p. 3.

⁸¹ No original: “Corporate and civil society actors, as well as broader publics, should play key roles in formulating, enacting, testing, and criticizing policy responses”. SPENCER MCKAY, CHRIS TENOVE, Disinformation as a threat...p. 8.

5. Considerações finais

A desinformação e as notícias falsas apresentam sérios riscos à democracia, criam um ambiente de incerteza, de intolerância, e de exclusão, por disseminar inverdades e desconfiança. Esse cenário proporciona uma polarização social, que diminui o respeito mútuo entre as pessoas e impossibilita a existência de um diálogo plural, imprescindível no regime democrático.

Por esse motivo, a regulamentação das plataformas digitais pela legislação democrática pode criar um ambiente capaz de proteger o livre trânsito de pensamentos, ou seja, a liberdade de expressão dos usuários. Por outro lado, é importante destacar que a legislação não apresenta somente vantagens, o uso indiscriminado da IA na moderação dos conteúdos (e como ela afeta a liberdade de expressão e o pluralismo das mídias digitais) bem como, o risco da privatização da censura, são elementos que devem ser levados em consideração.

Em verdade, essas soluções muitas vezes apresentam interesses antagônicos, contudo, a liberdade de expressão é exercida plenamente em ambientes com informações verdadeiras, ou então, em ambientes nos quais é possível identificar a fonte do conteúdo, pois essas condições são necessárias a formulação do conhecimento e da compreensão dos fatos. Por conseguinte, é possível admitir a coexistência do anonimado e da liberdade de expressão nas plataformas digitais, contudo, deve haver maior transparência a respeito da fonte dos conteúdos, bem como, mecanismos capazes de facilitar a identificação e responsabilização pela publicação de conteúdos alterados.

Na era da informação digital, cabe a sociedade como um todo, o engajamento no combate o fenômeno da desinformação e das notícias falsas. Logo,

um sistema de correção entre leis democráticas e as plataformas digitais apresenta-se como o melhor método de combater esse fenómeno. Ademais, a curadoria das ferramentas de checagem dos fatos nas plataformas online, a maior transparência sobre a origem do conteúdo divulgado e dos algoritmos utilizados, bem como a educação midiática da população são meios de enfrentamento essenciais na solução do problema.

Por se tratar de um problema transnacional a formação de padrões de cooperação internacional, dentro do limite da soberania dos países, também é uma ferramenta valiosa na investigação de atividades e na responsabilização de agentes pela publicação de informações falsas, ou criminosas. Porque esses acordos internacionais facilitam o acesso de dados localizados em território estrangeiro.

Referências bibliográficas

- ARISTÓTELES, *Política*: edição bilingue, trad. Antônio Campelo Amara e Carlos Gomes, Pontinha, Vega, 1998.
- ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*, 4ª ed., trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, São Paulo, Nova Cultural, 1991.
- BENHABIB, Seyla. Deliberative rationality and models of democratic legitimacy, *Constellations*, vol. 1, nº 1, 1994, pp. 26-52.
- BÔAS FILHO, Orlando Villas, Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 108, 2013, pp. 651-696.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- CHEVALLIER, Jacques, *O Estado pós-moderno*, trad. Marçal Justen Filho, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2009.
- COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine, *Democracia sin demos*, 1ª ed., trad. Víctor Goldstein, Paris, Barcelona, Herder Editorial, 2020. *E-book*.
- COMISSÃO EUROPEIA, O código de conduta em matéria de desinformação de 2022, disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/pt/policies/code-practice-disinformation>, acesso em 09/05/2023.

COMISSÃO EUROPEIA, Um código de conduta da UE sobre desinformação reforçado, disponível em https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/european-democracy-action-plan/strengthened-eu-code-practice-disinformation_pt, acesso em 09/05/2023.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, Provas eletrônicas: Conselho confirma acordo com o Parlamento Europeu sobre novas regras para melhorar o acesso transfronteiras a provas eletrônicas, 2023, disponível em <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2023/01/25/electronic-evidence-council-confirms-a-greement-with-the-european-parliament-on-new-rules-to-improve-cross-border-access-to-e-evidence/>, acesso em 10/05/2023.

CONSULTOR JURÍDICO, Parlamento francês aprova lei polemica de combate às notícias falsas, *Revista Consultor Jurídico*, 2018, disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-nov-22/franca-aprova-lei-polemica-combate-noticias-falsas>, acesso em 09/05/2023.

DAWSON, Andrew; INNES, Martin, How Russia's Internet Research Agency built its disinformation campaign, *The Political Quarterly*, vol. 90, n° 2, 2019, pp. 245-256, disponível em <https://doi.org/10.1111/1467-923X.12690>, acesso 15/05/2023.

ECONOMIST INTELLIGENCE, Democracy Index 2022, 2022, disponível em <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2022/>, acesso em 14/05/2023.

EUROPEAN COMMISSION, The digital service act package, disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>, acesso em 09/05/2023.

FORJAZ, Maria Cecília Spina. Globalização e crise do estado nacional. *RAE- Revista de Administração de Empresas*, vol. 40, n° 2, 2000, pp. 38-50, disponível em <https://doi.org/10.1590/S0034-75902000000200005>, acesso em 10/05/2023.

GIUSTI, Serena; PIRAS, Elisa, Introduction: in search of paradigms: disinformation, fake news, and post-truth politics, in Serena Giusti, Elisa Piras (ed.), *Democracy and fake news: politics, media, and political communication*, Abingdom, New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2021.

GRAMACHO, Wladimir, Como as fake news ameaçam a democracia, *Poder 360*, 2021, disponível em [https://www.poder360.com.br/opiniao/como-as-fake-news-ameacam-a-democracia-escreve-wladimir-](https://www.poder360.com.br/opiniao/como-as-fake-news-ameacam-a-democracia-escreve-wladimir-gramacho/#:~:text=Segundo%20um%20artigo%20publicado%20por,processo%20pol%C3%ADtico%20(risco%20participativo))

[gramacho/#:~:text=Segundo%20um%20artigo%20publicado%20por,processo%20pol%C3%ADtico%20\(risco%20participativo\)](https://www.poder360.com.br/opiniao/como-as-fake-news-ameacam-a-democracia-escreve-wladimir-gramacho/#:~:text=Segundo%20um%20artigo%20publicado%20por,processo%20pol%C3%ADtico%20(risco%20participativo)), acesso em 08/05/2023.

KOSELLECK, Reinhart, *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*, trad. Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira, Rio de Janeiro, Contraponto, Editora PUC-Rio, 2006.

MADISON, James, HAMILTON, Alexander, JAY, John, *Os artigos federalistas 1787-1788*, trad. Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1993.

MARSDEN, Chris; MEYER, Trisha; BROWN, Ian, Platform values and democratic elections: how can the law regulate digital disinformation?, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, vol. 36, 2019, pp. 1-18, disponível em <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2019.105373>, acesso em 13/05/2023.

- MCHANGAMA, Jacob; FISS, Joelle, The digital Berlin wall: how Germany (accidentally) created a prototype for global online censorship, *Justitia*, pp. 3-23, 2019, disponível em https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2019/11/Analyse_The-Digital-Berlin-Wall-How-Germany-Accidentally-Created-a-Prototype-for-Global-Online-Censorship.pdf, acesso em 13/05/2023.
- MCKAY, Spencer; TENOVE, Chris, Disinformation as a threat to deliberative democracy, vol. 74, n° 3, *Political Research Quarterly*, 2020, pp. 1-15, disponível em: <https://doi.org/10.1177/1065912920938>, acesso em 08/05/2023.
- MIOLI, Teresa, Fotógrafo venezuelano é libertado após 16 meses em prisão militar, mas ainda enfrenta acusações, *Knigh Center – LatAm Journalism Review*, 2020, disponível em <https://latamjournalismreview.org/pt-br/articles/fotografo-venezuelano-e-libertado-apos-16-meses-em-prisao-militar-mas-ainda-enfrenta-acusacoes/>, acesso em 14/05/2023.
- MONTI, Matteo, The EU code of practice on disinformation and the risk of privatisation of censorship, in Serena Giusti, Elisa Piras (ed.), *Democracy and fake news: politics, media, and political communication*, Abingdom, New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2021, p. 214-225.
- NATIONAL ENDOWMENT FOR DEMOCRACY, Distinguishing disinformation from propaganda, misinformation, and “fake news”, Dean Jackson, 2017, disponível em Issue Brief: Distinguishing Disinformation from Propaganda, Misinformation, and “Fake News” - NATIONAL ENDOWMENT FOR DEMOCRACY (ned.org), acesso em 08/05/2023.
- OEA, Declaración conjunta sobre libertad de expresión y "noticias falsas" ("fake news"), desinformación y propaganda, 2017, disponível em <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&IID=2>, acesso em 10/05/2023.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *O contrato social*, 3ª ed., trad. Antonio de Pádua Danesi, São Paulo, Martins Fontes, 1996.
- SCHREIBER, Mariana, A controversa lei alemã que inspira projeto de lei das fake news, *BBC News Brasil*, 2020, disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53914408>, acesso em 09/05/2023.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. *E-book*.
- SOUZA, Carlos Affonso; PERRONE, Christian, ‘Fake news’ e acesso a dados armazenados no exterior: mal causado pela desinformação não conhece fronteiras e o remédio para isso é cooperação internacional, *Jota*, 2020, disponível em <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-expressa-o/fake-news-e-acesso-a-dados-armazenados-no-externio-30062020>, acesso em 10/05/2023.
- VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan, The spread of true and false news online, *Science*, vol. 359, n° 6380, 2018, pp. 1-5, disponível em <https://www.science.org/doi/10.1126/science.aap9559>, acesso em 11/05/2023.
- WOOD, Gordon S, *The creation of the american republic 1776-1787*, New York, London, W. W. Norton & Company, 1993.

AS PERSPECTIVAS DA ATUAL POLÍTICA MIGRATÓRIA PORTUGUESA EM RELAÇÃO AOS NÔMADES DIGITAIS A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

The perspectives of the current Portuguese migratory policy in relation to digital nomads from the Economic Analysis of Law

Ricardo Chacur*

Resumo: No século XXI, a Globalização e a Sociedade da Informação impulsionaram os fluxos migratórios globais, resultando em espaços multiculturais contestados e impactos socioeconômicos significativos. Esses impactos incluem o aumento da xenofobia, o tráfico humano, relações de trabalho abusivas e violências intensificadas, especialmente em contextos pandêmicos como em Portugal. As políticas migratórias variam, com algumas nações promovendo a inclusão e outras adotando abordagens restritivas, justificadas por discursos nacionalistas. Portugal, enfrentando um aumento contínuo de migrantes, viu uma crise em sua política migratória, exacerbada por falhas no Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) e desafios na garantia de direitos fundamentais. A Lei 18/2022 busca reformar a Lei de Estrangeiros, com medidas como vistos para nômades digitais, mas enfrenta críticas relativas ao impacto no mercado imobiliário e questões de adequação econômica.

Palavras-chave: Direito Migratório; Análise Econômica do Direito; Políticas Migratórias; Nômades Digitais; Lei 18/2022.

Abstract: The 21st century has seen an increase in global migratory flows due to Globalization and the Information Society, leading to contested multicultural spaces and significant challenges even in democratic countries. These challenges include a rise in xenophobia, human trafficking, abusive labor practices, and heightened hate and violence, particularly in pandemic contexts, as seen in Portugal. Migration policies vary, with some countries promoting inclusion and others enforcing restrictive measures, often justified by

¹ Professor de Direito Internacional Público e Direitos Humanos e Fundamentais nos cursos de Relações Internacionais e de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Doutorando em Direito pela Universidade do Porto. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil. E-mail: rcchacur.adv@gmail.com

nationalist narratives. Portugal, a common destination for migrants, is experiencing a crisis in its migration policy, highlighted by operational issues in its Foreigners and Border Service (SEF) and struggles in ensuring fundamental rights. Law 18/2022 aims to address these issues, introducing provisions like visas for digital nomads, but faces criticism over its impact on the housing market and its economic suitability.

Keywords: Migration Law; Economic Analysis of Law; Migration Policies; Digital Nomads; Law 18/2022.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Evolução da Política Migratória Portuguesa: Do século XX ao século XXI; 3. A Nova Política Migratória Portuguesa e o incentivo ao Fluxo de Nômades Digitais no País; 4. A Teoria da Análise Econômica do Direito; 5. A AED aplicada ao caso dos nômades digitais: análise e perspectivas; 6. Considerações finais.

1. Introdução

Em 25 de agosto de 2022, a Lei n.º 18/2022² entrou em vigor e promoveu uma série de alterações na Lei de Estrangeiros, dentre as quais se destaca o visto para os chamados “nômades digitais”, no artigo 54, alínea “i” da Lei, na qual possibilita a concessão de vistos de residência para trabalhadores remotos, empregados por empresas localizadas fora do território português, desde que preenchidas as seguintes condições: atuar em *home office*, com renda mensal de pelo menos 4 (quatro) vezes o valor do salário-mínimo atual de Portugal, o equivalente a cerca de € 2.820.

O novo visto foi um dos mecanismos anunciados pela nova política migratória do atual governo português com o objetivo de incentivar a imigração no país e aquecer a economia a partir do consumo desses imigrantes. Contudo, este novo dispositivo tem merecido certas críticas quanto ao seu resultado prático na

² Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=3561&tab_ea=leis&so_miolo=. Acesso em 10.06.2023.

vida e no acesso aos imigrantes e nacionais que já residem e trabalham no país, uma vez que esta nova norma jurídica pode impactar no preço das habitações, além de colapsar os sistemas de saúde e educação que já se encontram sobrecarregados.

Diante do problema apresentado, a presente investigação se propõe a analisar, a partir da Teoria da Análise Econômica do Direito, de Richard Posner, as perspectivas para o comando normativo da alínea “i” do artigo 54 da Lei 18/2022 que introduziu o artigo 61º - B na Lei 23/2007³, e com base em dados disponíveis analisar o custo-benefício da nova política migratória para os imigrantes e nacionais que residem e trabalham no país, bem como a importância dessa análise para a manutenção da ordem e segurança pública em uma Democracia Migratória.

A metodologia utilizada na presente investigação será a qualitativa e indutiva. Para o desenvolvimento deste trabalho, o presente artigo será dividido em quatro partes. A primeira parte tratará de descrever as características marcantes das políticas migratórias portuguesas nos séculos XX e XXI. A segunda parte, vai abordar a mais recente alteração na Lei 23/2007 e a introdução do artigo 61º - B realizada pela Lei 18/2022. A terceira parte do trabalho irá tratar da Teoria da Análise Econômica do Direito como instrumento de análise e formulação de políticas migratórias, e por fim, a quarta parte tem como objetivo analisar as perspectivas do comando normativo da alínea “i” do artigo 54 da Lei 18/2022, bem como demonstrar os possíveis impactos positivos e negativos à luz da Teoria desenvolvida por Richard Posner, a partir do levantamento de dados disponíveis

³ Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=920&tabe la =leis&so_miolo=. Acesso em: 10.06.2023.

relativos aos nômades digitais e de seus impactos no cotidiano das grandes cidades portuguesas.

2. A Evolução da Política Migratória Portuguesa: Do século XX ao século XXI

A política migratória portuguesa tem sido marcada por diferentes fases históricas que correspondem aos diversos períodos pelos quais passou o país desde a segunda metade do século XX. As mudanças políticas, econômicas e sociais enfrentadas por Portugal caracterizaram a postura adotada pelo Estado Português em cada um dos períodos.

Durante o período que compreendeu a ditadura salazarista, de 1926 a 1974, a política migratória era restritiva com uma legislação que objetivava limitar a entrada de estrangeiros no país. Contudo, após a revolução de 25 de Abril de 1974 e a redemocratização do país, a política migratória passou a ser mais inclusiva e marcada por diversos fluxos migratórios.⁴

Entre os anos de 1974 a 1985, a política migratória portuguesa foi marcada pela ausência de uma legislação específica e pela concessão generalizada de nacionalidade portuguesa aos cidadãos das ex-colônias. Esse período foi marcado por fluxos migratórios dos chamados “retornados”, portugueses ou descendentes

⁴ Pedro Góis e José Carlos Marques, « Retrato de um Portugal migrante: a evolução da emigração, da imigração e do seu estudo nos últimos 40 anos », e-cadernos ces [Online], 29 | 2018, colocado online no dia 15 junho 2018, consultado a 09 novembro 2018. URL : <http://journals.openedition.org/eces/3307> ; DOI : 10.4000/eces.3307

de portugueses que emigraram das ex-colônias africanas em razão da emancipação delas.⁵

De 1986 a 2000, a política migratória foi marcada pela criação de uma legislação específica para regular a entrada e permanência dos imigrantes no país, bem como pela implementação de medidas que objetivavam a integração social, o acesso à educação, saúde e segurança social. Durante esse período, os fluxos migratórios com destino à Portugal decorreu da adesão do país à Comunidade Econômica Europeia.⁶

A partir do século XXI, com a promulgação da Lei dos Estrangeiros, a Lei 23/2007, a política migratória portuguesa passa a adotar uma postura mais inclusiva em relação aos fluxos migratórios com destino à Portugal. E essa tendência de promover a imigração resultou em várias alterações que a lei sofreu ao longo da segunda década, por meio das Leis 29/2012, 56/2015, 63/2015, 59/2017, 102/2017, 26/2018, 28/2019, o Decreto-Lei no; 14/2021 e, finalmente, a última alteração e mais relevante de todas, a Lei 18/2022 de 25 de agosto de 2022, que entrou em vigor no dia 01 de janeiro de 2023, e que acrescentou ao texto original da Lei dos Estrangeiros, dispositivos que buscam facilitar a obtenção de autorização de residência aos cidadãos da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) titulares de um visto de curta duração ou de um visto de estada temporária⁷, além

⁵ Pedro Góis e José Carlos Marques, « Retrato de um Portugal, p. 05.

⁶ Pedro Góis e José Carlos Marques, « Retrato de um Portugal, p. 05

⁷ Maria Hylma Alcaraz Salgado; Maria de Fátima Azevedo Pereira. “A nova política migratória portuguesa: uma análise sociojurídica”, Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC, vol. 21, no. 21 (2022), p. 92. Disponível em: <https://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/3575>. Acesso em: 24/03/2023.

da possibilidade de concessão de vistos para trabalhadores remotos com contratos de trabalho no estrangeiro.

Durante este século, a política migratória tem sido marcada pela adaptação às normas e acordos da União Europeia, como o Tratado de Amesterdão de 1999, o Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo de 2008 e o Regulamento Dublin III de 2013, a fim de harmonizar as regras nacionais aos procedimentos relativos à gestão das fronteiras externas e ao acolhimento dos requerentes de asilo. Além disso, a política migratória portuguesa também foi marcada pela promoção da diversidade cultural e do diálogo intercultural, bem como pelo reconhecimento da importância das comunidades portuguesas no estrangeiro.

3. A Nova Política Migratória Portuguesa e o incentivo à migração dos Nômades Digitais

A mais recente política migratória portuguesa, materializada pela Lei 18/2022, publicada em 25 de setembro de 2022 modificou as normas de entrada, saída, permanência de estrangeiros no território português, criando condições de implantação do Acordo sobre a mobilidade entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, como no caso de cidadãos nacionais de Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Guiné-Equatorial, Moçambique, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste. Estas modificações tiveram como objetivo principal, a simplificação do processo de emissão de vistos, adequando a política migratória ao fenômeno da globalização.

Dentre as alterações promovidas pela Lei 18/2022 na Lei 23/2007, uma das mais polêmicas foi a prevista na alínea “i” do artigo 54 da Lei 18/2022 e que introduziu o Artigo 61.º - B, na qual estabelece a concessão de visto de residência

para o exercício de atividade profissional prestada de forma remota para fora do território nacional.

A partir do artigo 61º - B da Lei 23/2007, inaugurou-se a possibilidade de concessão de visto de residência e de estada temporária aos profissionais que desempenhem de forma remota a sua atividade profissional independente ou subordinada. Esta alteração teve como objetivo regularizar a situação dos trabalhadores estrangeiros remotos no país, também conhecidos como “nômades digitais”.

Observa-se que esta inovação na política migratória portuguesa segue uma tendência adotada por outros países europeus como a Estônia, a Alemanha e a Espanha. No caso da legislação portuguesa, as regras para a concessão deste tipo de visto condicionam ao solicitante a apresentação de exercício laboral subordinado ou independente a pessoas com domicílio no estrangeiro, exercida de forma remota, e ainda, a comprovação de que os recebimentos mensais equivalem a pelo menos quatro vezes o valor atual do salário-mínimo de Portugal, ou seja, 2.820 euros, uma vez que o piso salarial português atualmente é de 705 euros.

Este tipo de visto permite, ainda, que os membros familiares dos nômades digitais solicitem autorização de residência, entendidos como familiares para efeitos dessa regra, os filhos menores ou incapazes, filhos estudantes até os 24 anos, adotados, cônjuges e companheiros e os ascendentes em primeiro grau, desde que comprovada a situação de dependência económica, podendo os pedidos ser suscitados em simultâneo.

Procedimentalmente, a concessão do visto de residência, após emissão, gera uma pré-autorização de residência, onde consta a informação relativa à

obtenção da autorização de residência e a atribuição provisória dos números de identificação fiscal, de segurança social e do serviço nacional de saúde.

4. A Teoria da Análise Econômica do Direito

A Teoria da Análise Econômica do Direito (AED), ganhou notoriedade entre os pesquisadores do direito a partir da obra *Economic Analysis of Law* de Richard Posner, em 1973. Contudo, é importante lembrar que a Teoria surgiu nos Estados Unidos, entre as décadas de 1960 e 1970, como uma alternativa para a crise do Estado do Bem-estar social⁸ e foi o resultado de uma necessidade de se refletir e pensar o direito de forma a quantificar os seus efeitos, bem como avaliar a eficiência de uma determinada norma jurídica, ou ainda, de uma decisão judicial. Dentre os autores que contribuíram para o desenvolvimento da Teoria, destacam-se, além de Richard Posner, Guido Calabrese, Ronald Coase, Gary Becker, George Stigler, F. A. Hayek, Milton Friedman e Steven Shavel.

A AED apresenta uma forma de se analisar e mensurar as decisões que originam políticas públicas e leis, sob um ponto de vista mais prático a fim de orientar a formulação de medidas e políticas, adotadas pelos governos, a partir do entendimento de que as decisões e normas devem ser guiadas mais no pragmatismo cotidiano e menos no pragmatismo idealizado pelo pensamento filosófico.⁹ Dessa forma, a teoria surge com o objetivo de tratar o Direito a partir da análise econômica, isto é, do custo-benefício que uma norma pode gerar na vida em

⁸ Bruno Bolson Lauda. A Análise Econômica do Direito: uma dimensão da crematística no Direito. Revista eletrônica do curso de Direito UFSM, v. 4. N. 1. 2009. Disponível em: . Acesso em: Jun/2016.

⁹ Richard Posner. A Economia da Justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010 – a, p. 100.

sociedade, resultando na maximização de riquezas, sendo esta última compreendida não apenas como um cálculo puramente matemático, mas sim a maximização de riquezas que resulte em mais bem-estar para os destinatários da norma jurídica, da decisão judicial ou das políticas públicas.

Assim, a teoria tem como motivação orientar a produção normativa, as decisões judiciais, e até mesmo as políticas públicas tornando as questões que envolvem essas decisões em cálculos que se persegue ao final um produto que justifique a adoção de tais medidas ou decisões, a partir do entendimento, que Posner tem, de que por meio da análise econômica e decisão, a produção normativa seja mais eficiente, uma vez que uma análise mais pragmática pode resultar no aperfeiçoamento da norma a partir dos efeitos que ela produz e não de um ideal.¹⁰

Nesse sentido, Posner explica que o objetivo da AED é transcender o utilitarismo dos séculos anteriores, determinando um critério capaz de avaliar uma ação ou uma instituição, a fim de maximizar as riquezas da sociedade, uma vez que essa abordagem econômica do direito permite conciliar “três princípios éticos concorrentes: a utilidade, a liberdade e até a igualdade.”¹¹

Shavell, ao tratar da AED, destaca a abordagem diferenciada da Teoria em relação as demais, e aponta como características marcantes dessa teoria, o critério empírico e os testes estatísticos, o racionalismo nas escolhas e decisões tomadas, e por fim, a mensuração de bem-estar gerada pelos efeitos da norma.¹²

¹⁰ Richard Posner. *A Economia da Justiça*, p. 100

¹¹ Richard Posner. *A Economia da Justiça*, p. 138.

¹² Steven Shavel. *Foundations of Economic Analysis of Law*. 1ª ed. Harvard University Press, 2004. p.04

Em relação a aplicação da AED às políticas públicas, Tabak, ao explicar a Teoria de Posner, entende que pode ser aplicada na avaliação dos efeitos e na formulação de políticas públicas em prol da sociedade, com o objetivo de identificar qual será mais eficiente e gerará maior bem-estar se comparada às políticas públicas em execução.¹³

Aaken, ao abordar a Teoria da AED, identifica a existência de três perspectivas importantes num estudo de direito. A primeira delas se refere à perspectiva social, seguida da normativa, e por fim, da doutrinária. Aaken, ainda, observa a perspectiva social como descritiva, cuja hipótese criada para a formulação da norma, deva ser testada e analisada. Assim, a norma formulada a partir de uma necessidade, deve depois de produzir efeitos ser analisada sob o aspecto dos seus impactos positivos e negativos como forma de mensurar os seus benefícios sociais e a necessidade de aperfeiçoamento.¹⁴

Em relação a análise do custo-benefício, Sunstein sugere a sua como forma de responder ao problema geral do medo que as pessoas têm de assumir certos riscos no dia a dia, e aponta que um investimento de recursos públicos de forma equivocada pode resultar de certos medos. Por essa razão, Sunstein propõe a análise do custo-benefício como forma de superação dos medos triviais, de forma a transcender a economia convencional, utilizada na tomada de decisões, para uma economia comportamental associados à psicologia cognitiva dos indivíduos, não

¹³ Benjamin Miranda Tabak. A Análise Econômica do Direito – Proposições Legislativas e políticas públicas. Revista de Informação Legislativa/Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas – Ano 52, nº 205, jan./mar. 2015, p. 325.

¹⁴ Anne Van Aaken. Opportunities for and limits to na economic analysis of international economic law. Law and Economics Research Paper Series, v. 9, n. 31, 2010. p. 4.

significando com isso que seja um defensor de que a análise econômica do direito deva ser o único influenciador de todas as leis ou políticas públicas.¹⁵

É fato de que a economia enquanto ciência, trabalha com a distribuição de recursos, analisando a melhor forma de empregá-los, principalmente quando os recursos são escassos. A partir desse entendimento, Holmes e Sustain aplicam o direito na relação com a escassez de recursos ao explicarem que os direitos dependem da existência de recursos e que diariamente as decisões tomadas por governantes e juízes refletem na distribuição desses recursos. Assim, diante da escassez de recursos, toda decisão envolve colocar numa balança os recursos que devem ser aplicados a cada necessidade, sendo inevitável que a aplicação de recursos em uma área possa resultar na abdicação de investir em outra área.¹⁶

A partir da sua proposta de análise de custo-benefício, Sunstein explica que diversos trabalhos recentes têm identificado dois sistemas de operações cognitivas na mente humana que atuam na avaliação dos riscos de uma determinada atividade. O primeiro sistema, segundo especialistas, atua rápido e é caracterizado por ser mais associativo e intuitivo, enquanto o segundo sistema é mais lento e se caracteriza por ser mais deliberativo, calculista e analítico. Assim, explica que: “O ponto central é que as pessoas têm reações imediatas e muitas vezes viscerais a pessoas, atividades e processos, e a reação imediata funciona como um atalho mental para uma avaliação deliberativa ou analítica das questões.” (trecho traduzido pelo autor) Assim, na coexistência desses dois sistemas cognitivos, o

¹⁵ Cass R. Sustain. If Misfearing is the problem, Is Cost-Benefit Analysis the solution? In: SHAFIR (Ed.) *The Behavioral Foundations of Public Policy*. U.S.: Princeton University Press, 2013. p. 231.

¹⁶ Stephen Holmes; Cass R. Sustain. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: WW Norton, 1999. Capítulo 5.

segundo sistema que é mais lento e analítico, serve para corrigir a avaliação sumária produzida pelo primeiro sistema que é mais rápido e intuitivo.¹⁷

Para exemplificar como isso ocorreria na prática, Sunstein cria a seguinte hipótese: “o Sistema I pode levar as pessoas a ter pavor de voar em aviões ou de cães grandes, mas o Sistema II pode criar um verificar, garantindo uma eventual conclusão de que os riscos são triviais.” (tradução do autor), dessa forma, Sunstein entende que “o medo é muitas vezes um produto do Sistema I e que a análise custo-benefício pode funcionar como uma espécie de corretivo do Sistema II, garantindo que as pessoas tenham uma noção melhor do que realmente está em jogo.”¹⁸

Ainda, sobre a análise do custo benefício, Tabak explica que várias fórmulas foram criadas para tornar a análise de uma proposição legislativa ou de um política pública em números, dentre os quais destacam-se as equações de Pareto e Kaldor-Hicks¹⁹, e exemplifica ao propor o caso hipotético de uma política pública

¹⁷ Cass R. Sustein. If Misfearing is the problem, Is Cost-Benefit Analysis the solution? In: SHAFIR (Ed.) The Behavioral Foundations of Public Policy. U.S.: Princeton University Press, 2013. p. 231.

¹⁸ Cass R. Sustein. If Misfearing is..., p. 232. (tradução livre)

¹⁹ Tabak explica a diferença entre Pareto e Kaldor-Hicks: “O conceito de eficiência de Pareto é muito utilizado pelos economistas para denotar uma situação em que não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de, pelo menos, outro agente. Por exemplo, se for possível promover uma redistribuição da riqueza entre os agentes, de modo que alguns fiquem em situação melhor sem que haja piora na situação dos outros agentes, temos uma melhoria de Pareto. Pode-se associar a eficiência de Pareto à unanimidade. Ao introduzir determinada política pública ou norma legal se todos os agentes que são afetados estão em situação melhor ou pelo menos igual, considera-se que essa introdução foi eficiente no sentido de Pareto. O problema dessa definição é que, em geral, a introdução de normas jurídicas leva a que existam potenciais ganhadores e perdedores. Nesse caso, um conceito mais geral de eficiência precisa ser utilizado. Um dos mais conhecidos é o de Eficiência de Kaldor-Hicks, que é definido como a confrontação dos benefícios e custos sociais de determinada norma. A introdução de uma norma jurídica gera benefícios para alguns agentes e custos para outros agentes. Caso o benefício total seja maior que o custo total da introdução de determinada norma, essa é eficiente no sentido de Kaldor-Hicks. Assim, a noção de eficiência está intimamente relacionada à maximização de bem-estar da sociedade. Quando uma determinada proposição legislativa é eficiente, ela proporciona um aumento de bem-estar para a sociedade. Assim, embora o conceito de eficiência

que objetive a melhora na qualidade do ar das cidades para as gerações futuras e que para se alcançar este objetivo, terá que criar uma série de restrições às empresas poluidoras de forma imediata, gerando custos no momento atual, assim, Tabak ao considerar que o custo dessa política seja de “1” no momento atual, mas que o benefício gerado para a próxima geração seja maior que “1”, explica que o que vai determinar se tal política deve ou não ser implementada, nesta análise de custo-benefício, é a taxa de desconto, ou seja, se a taxa de desconto for menor que 10% durante esse período, o ganho com tal política será positivo e os benefícios compensaram os custos gerados pela implementação.²⁰

Tabak, também, explica que a ideia de Sunstein é corroborada pela de Robert Frank que destaca que as políticas públicas, bem como as propostas de leis que utilizam a análise do custo-benefício costumam aumentar a riqueza gerada para a economia, sendo do interesse de toda a sociedade.²¹

No famoso exemplo dado por Frank, no artigo intitulado “Why is cost-benefit analysis are controversial?”, o autor cria um caso hipotético para exemplificar o princípio de custo-benefício. Para isso, ele descreve quais os elementos seriam levados em consideração para a tomada de decisão na instalação de um *guard-rail* num trecho perigoso de uma estrada. Ele explica que a decisão levaria em consideração se o custo da instalação seria menor que o custo pelos

de Kaldor-Hicks exija que a maioria se beneficie 7A eficiência de Pareto é mais restritiva. Exige-se, nesse caso, que nenhum agente piore de situação em virtude da introdução da norma legal.” (TABAK, 2015, p.)

²⁰ Benjamin Miranda Tabak. A Análise Econômica do Direito – Proposições Legislativas e políticas públicas. Revista de Informação Legislativa/Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas – Ano 52, n° 205, jan./mar. 2015, p. 327-328.

²¹ Benjamin Miranda Tabak. A Análise Econômica do Direito – Proposições..., p. 327-328.

possíveis acidentes que implicaram em gastos com socorro e com as mortes dos acidentados.²² Frank, ainda, explica que essa análise puramente calculista tem sido criticada por aqueles que entendem que uma vida humana não pode ser mensurada em dinheiro e que o seu sofrimento seria moralmente ilegítimo, e defendem que o *guard-rail* deveria ser instalado de qualquer forma com o objetivo de salvar vidas. Contudo, alerta o autor que num contexto de escassez como o atual, essa perspectiva é insustentável, uma vez que o valor gasto com a instalação de um *guard-rail* poderia ser empregado em outras áreas como saúde, educação ou até mesmo segurança, e ajudariam ou salvariam ainda mais pessoas.²³

A partir do exemplo de Frank e do questionamento levantado, bem como pela sua própria ponderação de observar a dificuldade de se tomar decisões diante de um cenário de escassez de recursos, nota-se que a análise do custo-benefício leva em consideração em qual área ou política pública o valor provisionado seria mais eficiente de ser empregado. Assim, é inegável que a AED possui um potencial na contribuição para as tomadas de decisões, seja na construção normativa ou ainda na elaboração ou implementação de uma política pública, servindo de base, também, para a análise das políticas migratórias.

²²Robert H. Frank. Why is cost-benefit analysis are controversial? In *Journal of Legal Studies*; Chicago. Vol. 29, Ed. 2, (Jun 2000). p. 913.

²³ Robert H. Frank. Why is cost-benefit..., p. 913.

5. A AED aplicada ao caso dos nômades digitais: análise e perspectivas

Sob o aspecto da Análise Econômica do Direito, Tabak²⁴ explica que a teoria da AED pode ser utilizada para analisar propostas normativas e políticas públicas e complementa ao afirmar que: “Caso essas aumentem o bem-estar e promovam a eficiência, então deveriam ser adotadas pela sociedade. Portanto, ao analisar determinado projeto de lei, a questão, na ótica da AED, é se essa norma é mais eficiente do que a situação no *status quo*. Caso a norma seja eficiente, então ela deve ser introduzida, uma vez que é possível aumentar o bem-estar da sociedade.”²⁵ Dessa forma, igualmente, entende-se que a AED possa ser utilizada para analisar e orientar a elaboração de políticas migratórias, uma vez que o princípio delas é o mesmo das políticas públicas. Uma determinada política migratória é gerada com a expectativa de promover o maior bem-estar para a sociedade.

As políticas migratórias possuem o mesmo ciclo das políticas públicas: problema, agenda, formulação, decisão, implementação, avaliação e extinção ou aperfeiçoamento.²⁶ Neste ciclo, o problema surge a partir de uma constatação fática, por levantamento de dados, como por exemplo, o fato de que o aumento na procura de habitações, como resultado do fluxo migratório de nômades digitais, tem inflacionado o mercado imobiliário e dificultado o acesso às habitações para os

²⁴ Benjamin Miranda Tabak. A Análise Econômica do Direito – Proposições Legislativas e políticas públicas. Revista de Informação Legislativa/Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas – Ano 52, nº 205, jan./mar. 2015, p. 325.

²⁵ Benjamin Miranda Tabak. A Análise Econômica dop. 325.

²⁶ Susana Monteiro; Amílcar Moreira. O Ciclo da Política Pública: da formulação à avaliação ex post In FERRÃO, João; PAIXÃO, José Manuel Pinto (Orgs.). Metodologias de Avaliação de Políticas Públicas. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2018. P. 72.

nacionais e estrangeiros que residem e trabalham em Portugal. A partir do problema definido, este deve ser incluído na agenda do governo com o objetivo de ser colocada em pauta a discussão e os debates de como lidar com o problema da melhor maneira. O resultado do debate é a formulação de medidas que sejam capazes de enfrentar o problema, seguido da sua implementação por meio de uma norma jurídica que deverá ser produzida pelo legislativo do Estado. Criado o instrumento normativo, este deverá ser analisado quanto aos seus efeitos na realidade, por meio de levantamento de dados que sejam capazes de mensurar a eficácia da norma produzida e a necessidade ou não de sua extinção ou de um aperfeiçoamento.

No caso da Análise Econômica do Direito, esta seria aplicada na fase de avaliação da norma jurídica produzida para tratar o problema que originou a necessidade do instrumento normativo. Para exemplificar, se um dos objetivos da política migratória for o de proporcionar o fomento da economia e, conseqüentemente, pelo desenvolvimento econômico, como meio, for gerar desenvolvimento social, a política migratória em questão deverá ser analisada para identificar se ela está alcançando ou não o objetivo fim para a qual foi criada. Assim, se os instrumentos jurídicos criados para essa política migratória forem considerados ineficazes, surge a necessidade de aperfeiçoamento deles.

Em suma, a questão que deve ser colocada sob a análise da AED é se dentre as várias possibilidades de formulação de uma política migratória, a que foi escolhida pelo Governo foi a mais adequada? Foi a mais eficaz para a sociedade? E a partir desses questionamentos, deve-se analisar os indicadores para obter as respostas, por meio de uma avaliação empírica, isto é, dos impactos que a política migratória teve no bem-estar da sociedade, incluídos todos os residentes nacionais

e estrangeiros que trabalham em Portugal. Assim, a aplicação da AED, no caso da política migratória, deve avaliar se ela é eficiente ou ineficiente para alcançar como resultado a maximização de riquezas, sob o ponto de vista financeiro-orçamentário e, também, de ganhos humanos.

Portanto, ao aplicar a AED ao comando normativo trazido pela Lei 18/2022, mais especificamente a que trata de possibilitar o visto para os chamados “nômades digitais”, previsto no artigo 54, alínea “i” da Lei, é preciso verificar se os efeitos desse instrumento jurídico da atual política migratória têm produzido uma maximização de riquezas, não apenas pelo viés econômico, mas também social.

Desde o anúncio de que seria implementada essa política migratória, nota-se que a procura por arrendamentos residenciais aumentou exponencialmente, acompanhada pela demanda, o mercado imobiliário em Portugal acabou inflacionado. De acordo com dados do Instituto Nacional de Estatística (INE), a procura pelo arrendamento residencial bateu recorde em 2022, totalizando 92.664 novos contratos celebrados no ano. Nas principais cidades do país, como Lisboa e Porto, a tendência de aumento na procura e dos preços também é observada. Em Lisboa, no ano de 2022 houve um aumento de 4,3% de contratos de arrendamento celebrados em relação a 2021 e a renda média aumentou quase 15%, atingindo os 12,88 euros por metro quadrado. No Porto, o aumento dos contratos de arrendamento chegou a ser 1% a mais em relação a 2021, e a expectativa de aquecimento do mercado imobiliário, resultou num aumento da renda média na cidade de quase 13%, tendo o preço do metro quadrado em 9,98 euros. De acordo

com os dados, este foi maior aumento anual de rendas já registado na cidade desde 2017.²⁷

Ainda, segundo a plataforma imobiliária “idealista”, em matéria publicada com o título “Nômades digitais estimulam mercado imobiliário português”²⁸, os nômades digitais têm sido “responsáveis pelo crescimento que se tem verificado, sobretudo na cidade de Lisboa, onde tendem a estabelecer-se por um período de tempo que pode variar entre seis meses a um ano”. Ainda, segundo a matéria, o CEO da Coldwell Banker Portugal, destacou que o mercado imobiliário não estagnou e está em “franca recuperação”. “Isso é sobretudo notório no aumento da procura e da valorização das habitações que se tem vindo a registar nos últimos meses”. Esse aquecimento do mercado imobiliário português pode ter como efeito negativo a dificuldade de acesso às habitações da população que reside e trabalha em Portugal, uma vez que de acordo com os dados levantados pelo Eurostat, em 2021, o país figura como sendo aquele como o décimo salário anual bruto mais baixo da União Europeia.

O relatório, ainda, aponta que em Portugal, a média é de 19,3 mil euros por ano, enquanto a média da União Europeia é de 33,5 mil euros por ano, e conclui que o salário médio no país lusitano corresponde a 58% da média da União Europeia e a 68% da vizinha Espanha.²⁹

²⁷ Disponível em: <https://www.jornaldenegocios.pt/economia/detalhe/numero-recorde-de-92664-novos-contratos-de-arrendamento-celebrados-em-2022>. Acesso em: 10.06.2023.

²⁸ Disponível em: <https://www.idealista.pt/news/imobiliario/habitacao/2021/12/07/50041-nomadas-digitais-estimulam-mercado-imobiliario-portugues>. Acesso em: 25.02.2023.

²⁹ Disponível em: <https://www.jornaldenegocios.pt/economia/emprego/mercado-de-trabalho/detalhe/salario-medio-em-portugal-e-o-decimo-mais-baixo-da-uniao-europeia>. Acesso em 25.02.2023.

Para Dave Cook, antropólogo na University College London, e investigador, desde 2015, dos impactos que os nômades digitais têm nas cidades que os atraem, nos países onde as políticas migratórias flexibilizaram sua legislação para atrair este contingente de trabalhadores remotos, muitos dos residentes perdem espaço, dificultando o acesso de habitações da população residente e trabalhadora no país. Cook, ainda, explica que o fenômeno está a remodelar as cidades que recebem este contingente migratório, como por exemplo no caso da cidade de Chiang Mai, no Norte da Tailândia, na qual habitantes não conseguem concorrer com o poder aquisitivo daqueles que moram na cidade, mas trabalham de forma remota.³⁰

Observa-se, que a imigração dos nômades digitais para as cidades portuguesas não foi o único motivo para o aumento vertiginoso das rendas no país, mas foi um elemento significativo, uma vez que o aumento da procura cumulada com o fato de que os trabalhadores remotos recebem seus salários fora do país e possuem um poder aquisitivo maior do que os trabalhadores residentes habituais, impulsionaram os valores praticados no mercado imobiliário. É certo que essa desproporção entre os salários-mínimos e o poder aquisitivo superior dos nômades digitais, os colocam numa posição mais favorável para arrendar no local que escolherem viver, dificultando o acesso à habitação aos residentes que trabalham em Portugal.

³⁰Disponível em: <https://www.publico.pt/2023/04/03/p3/noticia/aumento-nomadas-digitais-atirar-pessoas-cidades-2044843>. Acesso em: 10.06.2023.

6. Considerações Finais

O século XXI, também considerado como a Era das Migrações tem sido marcado pelos fluxos migratórios e pelo aumento da multiculturalidade em ambientes e espaços antes ocupados somente por cidadãos nacionais. A partir desses espaços multiculturais nos países receptores desses fluxos migratórios, tem-se registrado cada vez mais o aumento dos casos de xenofobia, impulsionados pelos discursos de extrema direita e pela narrativa nacionalista que semeia a demonização da migração e critica as políticas migratórias que objetivam facilitar a inclusão do imigrante no país.

Dessa forma, observa-se o constante desafio que os governos dos países receptores de fluxos migratórios possuem de defender e criar políticas migratórias inclusivas que sejam capazes de gerar bem-estar para toda a população residente no país.

Assim, a partir dessas considerações preliminares, verifica-se a necessidade de se analisar as políticas migratórias pela perspectiva econômica, isto é, pela contribuição que a população migrante poderá ter no desenvolvimento econômico e social do Estado receptor, tendo em vista que no atual contexto histórico, de predominância do sistema capitalista, impulsionado pela globalização econômica, é notório que as decisões políticas e as produções legislativas são influenciadas pelo Poder Econômico.

Na busca por dimensionar o custo-benefício dos instrumentos normativos, a Teoria da Análise Econômica do Direito, de Richard Posner, teorizada ainda no século XX, demonstra ser uma alternativa teórica interessante na avaliação para a implementação e aperfeiçoamento de políticas migratórias.

No caso de Portugal, em razão das características peculiares da migração no país, bem como da riqueza gerada pelo trabalho, consumo, arrecadação e investimentos dos imigrantes no Estado Português desde o ano 2000, observa-se que o custo-benefício do imigrante para o país tem sido positivo, deslegitimando as narrativas nacionalistas e xenófobas que têm impactado negativamente o fluxo migratório com destino à Portugal.

Contudo, o novo mecanismo incluído no artigo 54, alínea “i” da Lei 18/2022, pode impactar negativamente no acesso à direitos fundamentais dos habituais residentes nacionais e estrangeiros que trabalham no país, uma vez que Portugal é conhecido por ser um dos países onde a remuneração é uma das mais baixas da Europa, afastando, assim, a possibilidade de acesso à rendas acessíveis para o trabalhador assalariado, além de sobrecarregar os serviços de saúde e educação que atualmente enfrentam uma grave crise decorrente da falta de profissionais e de baixos salários.

Apesar da atual política migratória portuguesa ter produzido impactos econômicos positivos, a regra introduzida pela lei 18/2022 que possibilita o visto aos nômades digitais, pode ter como efeito colateral a precarização dos direitos fundamentais dos imigrantes já residentes que trabalham no país, bem como o aumento de rejeição em razão da dificuldade de acesso às habitações, podendo alimentar os discursos de ódio e a xenofobia.

Se apurada que as dificuldades de acesso às habitações nas grandes cidades portuguesas estiverem relacionadas diretamente com os efeitos do comando normativo introduzido pela Lei 18/2022, pela aplicação da AED, conclui-se que a norma jurídica em questão não tem produzido a maximização de riquezas esperada,

entenda-se, a melhoria no bem-estar da sociedade, e nesses casos, a teoria defendida por Posner recomenda a necessidade de revisar a regra do artigo 61º - B da Lei 23/2007, ou ainda, criar outras alternativas que minimizem os efeitos negativos experimentados por aqueles que residem e trabalham no país.

Por fim, resta questionar os nômades digitais arrecadarão tributos diretos, como o IRS, ou não e quais os impactos da não arrecadação, uma vez que estarão a residir no país e utilizar os serviços de saúde e educação sem contribuir para eles.

Referências bibliográficas

- FRANK, Robert H. Why is cost-benefit analysis are controversial? In *Journal of Legal Studies*; Chicago. Vol. 29, Ed. 2, (Jun 2000): 913-930.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: WW Norton, 1999. Capítulo 5.
- LAUDA, Bruno Bolson. *A Análise Econômica do Direito: uma dimensão da crematística no Direito*. Revista eletrônica do curso de Direito UFSM, v. 4. N. 1. 2009. Disponível em: . Acesso em: Jun/2016.
- MONTEIRO, Susana; MOREIRA, Amílcar. *O Ciclo da Política Pública: da formulação à avaliação ex post* In FERRÃO, João; PAIXÃO, José Manuel Pinto (Orgs.). *Metodologias de Avaliação de Políticas Públicas*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2018. P. 71 -86.
- POSNER. Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Tradução Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco B. M. Pinto Filho. RJ: Forense, 2010 - b.
- POSNER. Richard. *A Economia da Justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010 – a
- SALGADO, Maria Hylma Alcaraz. PEREIRA, Maria de Fátima Azevedo. “A nova política migratória portuguesa: uma análise sociojurídica”, *Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC*, vol. 21, no. 21 (2022), p. 80-102. Disponível em: <https://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/3575>. Acesso em: 24/03/2023.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. 1ª ed. Harvard University Press, 2004.
- SUNSTEIN, C.R. If Misfearing is the problem, Is Cost-Benefit Analysis the solution? In: SHAFIR (Ed.) *The Behavioral Foundations of Public Policy*. U.S.: Princeton University Press, 2013. p. 231-242
- TABAK, Benjamin Miranda. *A Análise Econômica do Direito – Proposições Legislativas e políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa/Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas – Ano 52, nº 205, jan./mar. 2015.

As perspectivas da atual política migratória portuguesa em relação aos nômades digitais a partir da análise econômica do direito

VAN AAKEN, Anne. Opportunities for and limits to an economic analysis of international economic law. Law and Economics Research Paper Series, v. 9, n. 31, 2010. p. 4.