



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CAMPUS FLORIANÓPOLIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Carolina Attuati

A insuficiência dos instrumentos de *soft law* na proteção dos direitos humanos enquanto ferramentas da política de cooperação para o retorno de migrantes forçados da União Europeia ao seu país de origem

Florianópolis

2023

Carolina Attuati

A insuficiência dos instrumentos de *soft law* na proteção dos direitos humanos enquanto ferramentas da política de cooperação para o retorno de migrantes forçados da União Europeia ao seu país de origem

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito Internacional e Sustentabilidade.

Orientadora: Profa. Aline Beltrame de Moura, Dra.

Florianópolis

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Attuati, Carolina

A insuficiência dos instrumentos de soft law na proteção dos direitos humanos enquanto ferramentas da política de cooperação para o retorno de migrantes forçados da União Europeia ao seu país de origem / Carolina Attuati ; orientadora, Aline Beltrame de Moura, 2023.

152 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Migrações. 3. Política de retorno. 4. Soft Law. 5. União Europeia . I. Beltrame de Moura, Aline . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Carolina Attuati

A insuficiência dos instrumentos de *soft law* na proteção dos direitos humanos enquanto ferramentas da política de cooperação para o retorno de migrantes forçados da União Europeia ao seu país de origem

O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado, em 03 de maio de 2023, pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Profa. Patricia Grazziotin Noschang, Dra.

Universidade de Passo Fundo (UPF)

Prof. Arno Dal Ri Júnior, Dr.

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestra em Direito.

Prof. Cláudio Macedo de Souza, Dr.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Profa. Aline Beltrame de Moura, Dra.

Orientadora

Florianópolis, 2023.

AGRADECIMENTOS

A conclusão da presente pesquisa representa a concretização de dois anos de muito trabalho, inúmeros aprendizados, mas também diversos desafios. Especialmente devido ao período de incertezas advindo da pandemia, que tornou a atividade de pesquisa acadêmica ainda mais solitária e complexa do que já é, a realização desse trabalho não seria possível.

Inicialmente, agradeço à minha família, especialmente, aos meus pais, por todo o apoio e confiança em mim depositados não apenas durante o mestrado, mas durante toda minha trajetória e a todas as minhas escolhas. A escolha de fazer um mestrado em outro estado, a mudança de cidade, a dedicação quase exclusiva ao estudo e à pesquisa não seriam possíveis sem o respaldo, auxílio e, principalmente, incentivo de vocês.

Agradeço também aos meus amigos que, mesmo com a distância, sempre permaneceram ao meu lado, me incentivaram e acreditaram no meu potencial, até mais do que eu acreditei, e compreenderam os momentos em que não pude estar presente em razão do compromisso com a pesquisa. Aqui, não poderia deixar de agradecer nominalmente à minha amiga Fernanda Viero, com quem compartilhei as angústias e desesperos desse processo de pesquisa que ambas passaram ao mesmo tempo, por todo o apoio, incentivo e troca de experiências mesmo com a distância, sempre permanecendo juntas. Deixo, aqui, meu muito obrigada.

Da mesma forma, também agradeço aos amigos que o mestrado me deu, Carla, Guilherme, Vanessa e Ariê, que me apoiaram muito e tornaram todo esse processo mais fácil. À Carla e ao Guilherme, especialmente, agradeço por estarem presentes desde, literalmente, o primeiro dia, quando eu ainda não fazia ideia do que estava por vir. Sem as nossas conversas, apoio, risadas e companheirismo nos momentos bons e também nos ruins, tudo seria mais complicado. Agradeço pela amizade e por atravessarem essa jornada comigo. Continuarei acompanhando as vitórias de cada um.

Por fim, agradeço à minha professora orientadora, Aline, pela confiança em mim depositada, desde o processo seletivo, quando eu achava que não possuía chances de ser escolhida, bem como por todo o incentivo, orientação e compreensão durante esse período. Você é um exemplo de pessoa e profissional que veste a camisa da profissão, realmente se dedica ao que faz e busca evoluir, incentivando quem está em volta, sem perder a sensibilidade nos momentos complicados.

RESUMO

A União Europeia (UE) se trata de um dos principais cenários migratórios da atualidade. A gestão das políticas migratórias e, em especial, o controle desses fluxos, se torna um dos domínios nos quais os países do bloco vêm empregando seus esforços. Na UE, a política de retorno de migrantes é marcada pela cooperação entre os Estados-membros, bem como com países terceiros. A tradicional forma pela qual a União coopera ativamente com países terceiros para o retorno de migrantes é através dos acordos de readmissão. Contudo, desde 2016, a União Europeia tem mudado suas práticas, ao passar a firmar instrumentos de *soft law* com países terceiros para o retorno de migrantes, devido às dificuldades encontradas na celebração dos acordos tradicionais. Essa tendência de informalização e externalização da política migratória da UE causa críticas e controvérsias, especialmente quanto à garantia de proteção dos direitos humanos dos indivíduos envolvidos no processo. Diante disso, o objetivo da pesquisa é verificar se os instrumentos de *soft law* estabelecidos entre a União Europeia e países terceiros, desde 2016, enquanto mecanismos de cooperação à política de retorno de migrantes forçados que se encontram irregularmente em algum Estado-Membro da União Europeia para os seus países de origem, são capazes de garantir a aplicação das normas internacionais de proteção aos direitos dos migrantes, adotadas pelo Direito da União, em sua política de retorno de imigrantes irregulares. O primeiro capítulo tem como objetivo analisar como está estruturada a política de concessão de asilo e proteção dos direitos dos migrantes na União Europeia, bem como a tradicional política de cooperação entre União Europeia e países terceiros para o retorno de migrantes irregulares para seus países de origem. O segundo capítulo busca examinar as características e a repercussão das normas de *soft law* e de que modo as mesmas vêm sendo aplicadas no direito da União Europeia, em especial na dimensão externa da política migratória da União e enquanto mecanismos da política de retorno de migrantes que residam irregularmente em território europeu. Por fim, o terceiro capítulo objetiva verificar se os procedimentos previstos nos instrumentos de *soft law* estabelecidos como forma de cooperação entre a União Europeia com países terceiros são capazes de garantir a aplicação das normas internacionais de proteção aos direitos dos migrantes, adotadas pelo Direito da União, em sua política de retorno de imigrantes irregulares, a fim de compreender se a gradativa tendência de utilização de instrumentos de *soft law* também se aplica à política migratória externa da União Europeia, verificando se eles garantem a proteção dos direitos desses indivíduos, especialmente considerando o momento de crise de fluxos migratórios. O método de abordagem utilizado será o hipotético-dedutivo, com método de procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Ao final da pesquisa, entendeu-se pela validade da hipótese apresentada, no sentido de que os instrumentos de *soft law* firmados com países terceiros para o retorno de migrantes não são capazes de garantir a aplicação das normas internacionais de proteção aos direitos dos migrantes adotadas pelo bloco.

Palavras-chave: migrações; política de retorno; *soft law*; União Europeia.

ABSTRACT

The European Union (EU) is one of the main migratory scenarios today. The management of migration policies and, in particular, the control of these flows, becomes one of the domains in which the countries of the Union have been making efforts. In the EU, migrant return policy is marked by cooperation between member states as well as with third countries. The traditional way in which the Union actively cooperates with third countries for the return of migrants is through readmission agreements. However, since 2016, the European Union has changed its practices by shifting to soft law instruments with third countries for the return of migrants due to the difficulties encountered in concluding traditional agreements. This trend of informalization and externalization of the EU's migration policy causes criticism and controversy, especially regarding the guarantee of protection of the fundamental rights of individuals involved in the process. Due to this, the objective of the research is to verify whether the soft law instruments established between the European Union and third countries, since 2016, as cooperation mechanisms for the return policy of forced migrants who are irregularly staying in any Member State of the European Union to their countries of origin, are able to guarantee the application of international standards of protection of migrants' rights, adopted by Union Law, in its policy of irregular migrants' return. The first chapter aims at analyzing how the policy of granting asylum and protecting the rights of migrants in the European Union is structured, as well as the traditional policy of cooperation between the European Union and third countries for the return of irregular migrants to their countries of origin. The second chapter seeks to examine the characteristics and impact of soft law norms and how they have been applied in European Union law, especially in the external dimension of the Union's migration policy and as mechanisms of the return policy of migrants that residing irregularly in European territory. Finally, the third chapter aims to verify whether the procedures provided for in the soft law instruments established as a form of cooperation between the European Union and third countries are capable of guaranteeing the application of international standards for the protection of the rights of migrants, adopted by EU law, in its return policy for irregular immigrants, in order to understand whether the gradual tendency to use soft law instruments also applies to the European Union's foreign migration policy, verifying whether they guarantee the protection of the rights of these individuals, especially considering the time of migration crisis. The method used will be deductive, with a monographic procedure and bibliographic and documental research techniques. At the end of the research, it was understood by the validity of the hypothesis presented, in the sense that the soft law instruments signed with third countries for the return of migrants are not able to guarantee the application of international norms of protection of migrants' rights adopted by the Union.

Keywords: migrations; return policy; soft law; European Union.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACNUR	Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
FRONTEX	Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
SECA	Sistema Europeu Comum de Asilo
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	12
2.	A TRADICIONAL POLÍTICA DE COOPERAÇÃO ENTRE A UNIÃO EUROPEIA E PAÍSES TERCEIROS PARA O RETORNO DE MIGRANTES QUE ESTEJAM IRREGULARMENTE EM TERRITÓRIO EUROPEU	17
2.1	O CENÁRIO MIGRATÓRIO EUROPEU ATUAL.....	17
2.1.1	O deslocamento de pessoas em direção à União Europeia	18
2.1.2	A proteção aos imigrantes perante o Direito da União Europeia	22
2.2	O DIREITO DE ASILO E O PRINCÍPIO DO <i>NON-REFOULEMENT</i>	29
2.2.1	O procedimento para concessão de asilo na União Europeia.....	30
2.2.2	O princípio do <i>non-refoulement</i> frente ao Direito Internacional e ao Direito da União Europeia	35
2.3	A TRADICIONAL POLÍTICA DE RETORNO DE MIGRANTES IRREGULARES NA UNIÃO EUROPEIA.....	43
2.3.1	O procedimento previsto na Diretiva 2008/115/EC.....	43
2.3.2	Os Acordos de readmissão estabelecidos entre a União Europeia e países terceiros para o retorno de migrantes	48
3.	AS NORMAS DE <i>SOFT LAW</i> E SUA UTILIZAÇÃO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA	57
3.1	O INSTITUTO DA <i>SOFT LAW</i> NO DIREITO INTERNACIONAL	57
3.1.1	Conceito e características	58
3.1.2	A proliferação de instrumentos de <i>soft law</i> no direito internacional.....	61
3.2	AS NORMAS DE <i>SOFT LAW</i> NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA.....	65
3.2.1	Conceito e características	65
3.2.2	A capacidade das normas de <i>soft law</i> produzirem efeitos legais e práticos	70
3.2.3	A competência e legitimidade da UE para a criação de normas de <i>soft law</i>	71
3.2.4	Uma lacuna de transparência.....	75
3.2.5	A (não) participação do Parlamento Europeu no processo de conclusão dos instrumentos de <i>soft law</i>	76
3.2.6	A possibilidade de revisão judicial dos instrumentos de <i>soft law</i>	79
3.3	A PROLIFERAÇÃO DE INSTRUMENTOS DE <i>SOFT LAW</i> NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DA UNIÃO EUROPEIA	83

3.3.1	A utilização de <i>soft law</i> nas relações externas da União Europeia através de acordos internacionais.....	84
3.3.2	A informalização da dimensão externa da política migratória da UE	92
4.	A COOPERAÇÃO ENTRE A UNIÃO EUROPEIA E PAÍSES TERCEIROS PARA O RETORNO DE MIGRANTES QUE ESTEJAM IRREGULARMENTE EM TERRITÓRIO EUROPEU: OS PROCEDIMENTOS DE RETORNO PREVISTOS EM INSTRUMENTOS DE <i>SOFT LAW</i>	97
4.1	OS ACORDOS DE <i>SOFT LAW</i> FIRMADOS COM PAÍSES TERCEIROS ENQUANTO MECANISMOS DE COOPERAÇÃO À POLÍTICA DE RETORNO DE IMIGRANTES QUE SE ENCONTRAM IRREGULARMENTE EM ALGUM ESTADO-MEMBRO DA UNIÃO EUROPEIA: UMA SUBSTITUIÇÃO AOS ACORDOS TRADICIONAIS DE READMISSÃO	97
4.1.1	A mudança de paradigma.....	98
4.1.2	A adoção de acordos de <i>soft law</i> enquanto mecanismos de cooperação para o retorno de imigrantes aos seus países de origem	102
4.2	AS INSUFICIÊNCIAS DA UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS DE <i>SOFT LAW</i> NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DE IMIGRANTES IRREGULARES NO PROCESSO DE RETORNO.....	106
4.2.1	As lacunas de transparência.....	106
4.2.2	A designação de um país terceiro como seguro e o princípio do <i>non-refoulement</i>	110
4.2.3	A (não) participação do Parlamento Europeu no processo de tomada de decisão.	116
4.2.4	A possibilidade de revisão judicial pelo Tribunal de Justiça da União Europeia	119
4.3	A COOPERAÇÃO PARA O RETORNO DE MIGRANTES ATRAVÉS DOS INSTRUMENTOS DE <i>SOFT LAW</i> : UMA ANÁLISE DO CASO DO AFEGANISTÃO....	123
4.3.1	A crise humanitária no Afeganistão	124
4.3.2	Os instrumentos de <i>soft law</i> firmados entre a UE e Afeganistão para o retorno de migrantes	126
4.4	PROPOSTA DE ALTERNATIVAS MAIS ADEQUADAS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS ACORDOS DE <i>SOFT LAW</i> SOBRE O RETORNO DE MIGRANTES.....	130
5.	CONCLUSÃO	134

REFERÊNCIAS	140
--------------------------	------------

1. INTRODUÇÃO

A União Europeia (UE) se trata de um dos principais cenários migratórios da atualidade. Nos anos 2015 e 2016, o continente europeu se tornou o epicentro de uma verdadeira crise de refugiados, com cerca de 2,5 milhões de indivíduos chegando em seu território em busca de asilo,¹ devido a violações de direitos humanos e crises políticas, econômicas e sociais em seus locais de origem. Assim, a gestão das políticas migratórias e, em especial, o controle desses fluxos, se torna um dos domínios nos quais os países do bloco vêm empregando seus esforços.

Nesse contexto, verifica-se que, cada vez mais, a gestão migratória da UE é caracterizada por um constante processo de externalização para países terceiros, mediante acordos voltados a diminuir o número de entradas de migrantes em seus territórios, bem como a estabelecer procedimentos que facilitem o retorno daqueles indivíduos que não preenchem os requisitos para a concessão de proteção internacional e, conseqüentemente, se encontram de maneira irregular no território de algum dos Estados-membros.

Na União Europeia, a política de retorno de migrantes é marcada pela cooperação entre os Estados-membros, bem como com países terceiros. A tradicional forma pela qual a União coopera ativamente com países terceiros para o retorno de migrantes é através dos acordos de readmissão, os quais estabelecem as obrigações e os procedimentos a serem cumpridos pelos países membros e por terceiros para a readmissão de indivíduos que estejam de forma irregular no território europeu, em especial aqueles que não possuem documentos de identificação válidos.

Contudo, desde 2016, a União Europeia tem mudado suas práticas, ao passar a firmar instrumentos de *soft law* com países terceiros para o retorno de migrantes, devido às dificuldades encontradas na celebração dos tradicionais acordos de readmissão. Nesse cenário se insere o crescimento na utilização de instrumentos de *soft law* enquanto alternativas à tradicional política de retorno de migrantes que residem irregularmente no território da UE. Ocorre que essa tendência de informalização e externalização da política migratória da UE não é livre de críticas e controvérsias, especialmente quanto à garantia de proteção dos direitos humanos dos indivíduos envolvidos no processo.

¹ EUROSTAT. **Annual asylum statistics**. [S.l.], 2022a. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics&oldid=558181#Number_of_asylum_applicants:_increase_in_2021. Acesso em: 11 abr. 2022.

Da análise de alguns desses instrumentos, verifica-se que os mesmos são firmados com países que passam por instabilidades políticas, sociais e econômicas, nos quais é notória a dificuldade em se garantir os direitos mínimos dos indivíduos. Além disso, por se tratarem de instrumentos de *soft law*, os mesmos não necessitam observar determinadas formalidades para a celebração, como a publicidade obrigatória e a participação do Parlamento no procedimento de tomada de decisão, além de controvérsias quanto à capacidade de revisão judicial. Diante disso, ao mesmo tempo em que a UE é signatária de tratados internacionais que versam sobre a proteção dos direitos humanos e especificamente dos direitos dos migrantes, há controvérsias quanto ao impacto da adoção de acordos de *soft law* em um domínio estreitamente vinculado aos direitos individuais, como o do retorno de migrantes irregulares.

Dessa forma, considerando o gradativo aumento, desde 2016, da utilização de instrumentos de *soft law* enquanto mecanismos de cooperação à política de retorno de imigrantes forçados que se encontram irregularmente em algum Estado-Membro da União Europeia, o presente trabalho se propõe a responder ao seguinte problema: é possível afirmar que tais instrumentos são capazes de garantir a aplicação das normas internacionais de proteção aos direitos dos migrantes, adotadas pelo direito da União, em sua política de retorno de imigrantes irregulares dos Estados-Membros aos seus países de origem?

A hipótese apresentada é a de que esses instrumentos de *soft law* não são capazes de garantir a aplicação das normas internacionais de proteção aos direitos dos migrantes adotadas pelo bloco, pois, por não necessitarem observar a rigidez dos trâmites para a elaboração e ratificação de tratados internacionais, permitem o estabelecimento de cooperação para o retorno de migrantes forçados para países nos quais poderão ter seus direitos violados, além de dificultarem sua revisão judicial, transformando a política de retorno em um mecanismo de controle migratório.

Assim, o objetivo geral da pesquisa é verificar se os instrumentos de *soft law* estabelecidos entre a União Europeia e países terceiros, desde 2016, enquanto mecanismos de cooperação à política de retorno de migrantes forçados que se encontram irregularmente em algum Estado-Membro da União Europeia para os seus países de origem, são capazes de garantir a aplicação das normas internacionais de proteção aos direitos dos migrantes, adotadas pelo Direito da União, em sua política de retorno de imigrantes irregulares.

Para tanto, o trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro deles tem como objetivo analisar como está estruturada a política de concessão de asilo e proteção dos direitos dos migrantes na União Europeia, bem como a tradicional política de cooperação entre União Europeia e países terceiros para o retorno de migrantes irregulares para seus países de origem.

Assim, o capítulo analisará a configuração do cenário migratório da União Europeia atual, verificará as normativas de proteção aos migrantes existentes no ordenamento jurídico da UE, em especial a aplicação do princípio do *non-refoulement*, examinando a estruturação do Sistema Europeu Comum de Asilo, bem como o procedimento de retorno de migrantes previsto na Diretiva 2008/115/EC e a cooperação empreendida através dos acordos de readmissão.

O segundo capítulo busca examinar as características e a repercussão das normas de *soft law* e de que modo as mesmas vêm sendo aplicadas no direito da União Europeia, em especial na dimensão externa da política migratória da União e enquanto mecanismos da política de retorno de migrantes que residem irregularmente em território europeu. Para isso, o capítulo abordará as características e a utilização de instrumentos de *soft law* no direito internacional, bem como no direito da UE, em especial a competência e legitimidade para adoção de tais atos, além da capacidade de produção de efeitos legais e práticos, como a possibilidade de serem revisados judicialmente, assim como a proliferação da utilização dos mesmos nas relações externas da UE e nas políticas migratórias.

Por fim, o terceiro capítulo objetiva verificar se os procedimentos previstos nos instrumentos de *soft law* estabelecidos como forma de cooperação entre a União Europeia com países terceiros são capazes de garantir a aplicação das normas internacionais de proteção aos direitos dos migrantes, adotadas pelo Direito da União, em sua política de retorno de imigrantes irregulares, a fim de compreender se a gradativa tendência de utilização de instrumentos de *soft law* também se aplica à política migratória externa da União Europeia, verificando se eles garantem a proteção dos direitos desses indivíduos, considerando especialmente o momento de crise de fluxos migratórios. Para isso, serão identificados os motivos que levaram à essa mudança de paradigma, bem como individualizadas as características de alguns desses instrumentos, sempre sob a ótica da proteção dos direitos humanos dos migrantes para, ao final, analisar especificadamente o caso dos acordos firmados com o Afeganistão.

Para a elaboração do trabalho, o método de abordagem utilizado será o hipotético-dedutivo, através do qual foi formulado um problema geral e uma hipótese particular que responde ao mesmo, cuja veracidade será verificada ao final, após a construção de um referencial teórico que permita deduzir se a hipótese formulada é capaz de satisfazer a lacuna que originou o problema de pesquisa. O método de procedimento será o monográfico, uma vez que será estudado acerca dos migrantes que residem irregularmente na União Europeia e têm determinado seu retorno para seus países de origem, com o objetivo de se obter uma generalização acerca da utilização de instrumentos de *soft law* para a cooperação de países terceiros nesse processo e seus impactos na proteção dos direitos desses indivíduos. E a técnica

de pesquisa adotada será a bibliográfica e documental, pois o tema será analisado a partir de investigação de material teórico, como livros e artigos, além de decisões jurisprudenciais tanto do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) quanto da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e, especialmente, dos próprios instrumentos de *soft law* delimitados como objeto de pesquisa.²

A pesquisa se justifica pela atualidade do tema, tendo em vista que a UE constitui um dos principais cenários receptores de migrantes do mundo e que a determinação de retorno daqueles migrantes que não preenchem os requisitos para permanecerem em seu território é parte significativa de sua política migratória, que gera controvérsias quanto à garantia da proteção dos direitos desses indivíduos durante esse processo, em especial, com a tendência de utilização de instrumentos de *soft law* nesse domínio. No direito da União Europeia atual, as normas de *soft law* vêm sendo concebidas como alternativas viáveis às tradicionais normas de *hard law*, tanto em âmbito interno quanto na dimensão externa, em suas relações com países terceiros, dimensão essa ainda pouco explorada pela doutrina, inclusive na dimensão externa da política migratória. Assim, se torna fundamental compreender os impactos de sua utilização, considerando que a tendência de uso de tais normas vem se proliferando em cenário internacional, nos mais diversos países e áreas de aplicação, e que a UE vem passando por um novo grande fluxo migratório.

Sendo assim, esta pesquisa contribui para o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina na área de concentração Direito Internacional e Sustentabilidade, porquanto busca compreender o funcionamento da política de cooperação da UE com países terceiros para o retorno de migrantes por meio da utilização de instrumentos de *soft law*, verificando os impactos de tais instrumentos na proteção dos direitos dos indivíduos migrantes.

Além disso, esta pesquisa se desenvolve no âmbito do projeto Jean Monnet Network “Building Rights and Developing Knowledge between European Union and Latin America – BRIDGE”, financiado pelo Programa Erasmus+ da Comissão Europeia, o qual busca estudar a integração europeia, bem como suas relações e boas práticas com a América Latina, e do Núcleo de Pesquisas em Direito Internacional Privado UFSC/CNPq, contribuindo para as atividades de tais projetos. Embora não haja nenhum instrumento de *soft law* firmado entre a UE e o Brasil ou países da América Latina, considerando que indivíduos nacionais destes países também se

² BERTOLDI, Márcia R.; OLIVEIRA; Olga M. B. A. **Manual Metodológico para o Projeto de Pesquisa no Direito**. Pelotas: Programa de Pós-Graduação em Direito UFPel, 2019, p. 22.

deslocam aos Estados-Membros da União, a pesquisa se justifica pela possibilidade de, futuramente, tais instrumentos virem a ser firmados.

Sendo assim, esta dissertação se mostra em harmonia com as demais dissertações e teses sobre a União Europeia, diferenciando-se, contudo, pelo seu viés inovador, consubstanciado, a saber, em sua proposta de examinar a política de cooperação da União com países terceiros para o retorno de migrantes sob a perspectiva *soft law*. Conforme busca realizada na base de dados de pesquisa da CAPES, inexistem teses ou dissertações específicas acerca do tema proposto, o que denota a inovação deste estudo. Outrossim, verifica-se, tanto na doutrina brasileira quanto na internacional, uma evidente escassez de obras aprofundadas na temática, o que indica que os estudos sobre a utilização de normas de *soft law* na política migratória externa da UE ainda são pouco explorados. Desse modo, é certo que o presente estudo tem o condão de contribuir junto à difusão do tema e à construção de um referencial mais específico acerca da utilização de normas de *soft law* enquanto alternativas à tradicional política de cooperação da União Europeia com países terceiros para o retorno de migrantes e seus impactos na proteção dos direitos dos migrantes.

2. A TRADICIONAL POLÍTICA DE COOPERAÇÃO ENTRE A UNIÃO EUROPEIA E PAÍSES TERCEIROS PARA O RETORNO DE MIGRANTES QUE ESTEJAM IRREGULARMENTE EM TERRITÓRIO EUROPEU

Na União Europeia, o retorno e readmissão de migrantes irregulares é parte integrante das políticas de migração e asilo do bloco desde 1999, com a adoção das Conclusões do Conselho Europeu de Tampere e do Tratado de Amsterdã, e, atualmente, se constitui como uma das prioridades das instituições europeias e seus Estados-Membros na gestão do controle migratório, tendo como base os procedimentos previstos na Diretiva 2008/115/CE e nos acordos estabelecidos com países terceiros.

Dessa forma, o presente capítulo objetiva analisar como se estrutura a política de concessão de asilo e proteção dos direitos dos migrantes na UE, bem como a tradicional política de cooperação entre a UE e países terceiros para o retorno de migrantes que residem irregularmente em território europeu para seus países de origem. Para tanto, realizar-se-á uma contextualização do cenário migratório europeu atual e verificar-se-ão as normativas de proteção aos migrantes existentes no ordenamento jurídico da UE, para, então, compreender como se dá o procedimento previsto na legislação da UE para a concessão de asilo a indivíduos em busca de proteção. Na sequência, analisar-se-á o modo como se estrutura a tradicional política de cooperação entre a UE e países terceiros para o retorno de migrantes que estão irregularmente em território europeu, por meio do estudo da Diretiva de Retorno e dos Acordos de Readmissão.

2.1 O CENÁRIO MIGRATÓRIO EUROPEU ATUAL

Historicamente, o continente europeu sempre ocupou papel central na mobilidade de pessoas e se constituiu como uma das principais rotas mundiais de fluxos migratórios. Na atualidade, a UE se configura como um dos mais importantes cenários internacionais de migrações de pessoas, as quais chegam ao seu território em virtude de conflitos armados, violações de direitos humanos, mudanças climáticas, catástrofes naturais, crises políticas e econômicas em seus países de origem ou, inclusive, buscando uma condição de vida melhor.

Tendo em vista os tratados internacionais ratificados pelos Estados-Membros acerca da proteção desses indivíduos,³ torna-se imprescindível o desenvolvimento de uma gestão migratória conjunta e harmoniosa entre os países do bloco. Assim, neste subcapítulo será apresentado como está configurado o cenário migratório da UE atual, através do levantamento de dados acerca dos indivíduos que migram em direção ao continente europeu, os motivos para tanto, bem como verificadas as normativas de proteção aos migrantes existentes no ordenamento jurídico da UE.

2.1.1 O deslocamento de pessoas em direção à União Europeia

De acordo com Zygmunt Bauman, a era moderna é marcada por grandes migrações, na qual “massas populacionais até agora não calculadas, e talvez incalculáveis, moveram-se pelo planeta, deixando seus países nativos, que não ofereciam condições de sobrevivência, por terras estrangeiras que lhes prometiam melhor sorte”.⁴ Conforme definição da *International Organization for Migration (IOM)*⁵ migrante é a pessoa que “se desloca para fora de seu local de residência habitual, tanto dentro de um Estado quanto através de uma fronteira internacional, temporária ou permanentemente, e por uma diversidade de motivos”, incluindo “categorias de pessoas definidas legalmente [...], assim como aquelas cujo *status* ou meio de deslocamento não está especificadamente definido na legislação internacional (tradução nossa)”.⁶

Dados da *United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR)*⁷ revelam que, ao final do ano de 2020, existiam aproximadamente 82,4 milhões de pessoas deslocadas forçadamente no mundo em razão de perseguições, conflitos, violência generalizada ou violações de direitos humanos, das quais 26,4 milhões eram indivíduos na condição de refugiados e 4,1 milhões estavam em busca de asilo.⁸ Dentro desse contexto, a UE se configura como um dos principais cenários migratórios da atualidade, recebendo tanto migrantes forçados como voluntários.

³ Conforme de evidenciará *a posteriori*, tratam-se da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, do Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 50.

⁵ Em português: Organização Internacional para Migração.

⁶ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **Glossary on Migration**. 34. ed. Genebra: International Organization for Migration, 2019. p. 130. Disponível em: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf. Acesso em: 15 abr. 2022.

⁷ Em português: Alto-comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

⁸ UNHCR. **Global Trends: Forced displacement in 2020**. Genebra, 2021. Disponível em: <https://www.unhcr.org/60b638e37/unhcr-global-trends-2020>. Acesso em: 13 abr. 2022.

As migrações voluntárias são classificadas por Rafael Köche como aquelas em que “o indivíduo ou grupo inicia e prossegue o seu plano de migração sem qualquer ajuda externa”, sendo causada por “diversos fatores de atração e repulsão e caracteriza-se costumeiramente pela falta de prestação de serviços públicos ou de qualquer outro tipo de auxílio nacional ou internacional”, especialmente fatores econômicos, vinculados à organização geopolítica mundial, divisão internacional do trabalho e conseqüente fluxo de mão-de-obra especializada e riquezas entre os países.⁹ Já as migrações forçadas são caracterizadas pelo autor como “o movimento migratório em que existe um elemento de coação, normalmente à integridade física, que pode ter origem em causas naturais ou provocadas pelo homem”,¹⁰ dentre eles guerras civis, conflitos armados, situações de violência generalizada e perseguições por regimes autoritários, ou mesmo mudanças e desastres climáticos. Nesse contexto, se insere o grande fluxo de pessoas que se deslocam em direção aos Estados-Membros da UE.

Dados da Eurostat demonstram que, em 01 de janeiro de 2021, havia 23,7 milhões de cidadãos de países terceiros vivendo em algum Estado-Membro da União, em especial na Alemanha, Espanha, França e Itália,¹¹ o que corresponde a 5,3% da população total do bloco, os quais se deslocaram ao continente europeu por fatores econômicos, ambientais, políticos ou sociais. A relativa prosperidade econômica e estabilidade política do bloco se configuram como fatores atrativos de migrantes aos Estados-Membros, o que é comprovado também pela idade da população migrante, a qual é formada, majoritariamente, por jovens adultos com idade ativa para o trabalho.¹²

Entre os anos de 2015 e 2016, a UE se viu diante de uma “crise migratória e de refugiados sem precedentes”,¹³ dado ao aumento significativo no número de pessoas que chegaram ao seu território em busca de proteção internacional, devido a violações de direitos humanos e crises políticas, econômicas e sociais em seus locais de origem, em especial, por conta da guerra na Síria. Nesse período, chegaram ao território dos Estados-Membros em busca

⁹ KÖCHE, Rafael. Migrações e (de)igualdade no século XXI: entre políticas de redistribuição e de reconhecimento. In: MORAIS, José L. Bolzan; SANTORO, Emilio; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (org.). **Direito dos migrantes**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015. pp. 25-41. p. 27.

¹⁰ *Ibid.*, p. 28.

¹¹ Alemanha (10,6 milhões), Espanha (5,4 milhões), França e Itália (5,2 milhões cada).

¹² EUROSTAT. **Migration and migrant population statistics**. [S.l.], 2022c. Disponível em https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics#Migrant_population:_23.7_million%E2%80%A6. Acesso em: 14 abr. 2022.

¹³ PIÇARRA, Nuno. A União Europeia e “a crise migratória e de refugiados sem precedentes”: crónica breve de uma ruptura do sistema europeu comum de asilo. **Revista Eletrónica de Direito Público**, Lisboa, v. 3, n. 2, p. 1-40, nov. 2016. p. 2. Disponível em: <https://e-publica.pt/article/34457-a-uniao-europeia-e-a-crise-migratoria-e-de-refugiados-sem-precedentes-cronica-breve-de-uma-ruptura-do-sistema-europeu-comum-de-asilo/attachment/87480.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

de asilo cerca de 2,5 milhões de indivíduos, dos quais 1,3 milhão em 2015, o que representa mais que o dobro do número de pedidos de proteção internacional formulados em 2014, e 1,2 milhão em 2016.¹⁴

Nos dois anos seguintes, o número de solicitantes de asilo caiu significativamente, em mais de 40%, voltando a crescer em 2019, quando novamente entrou em queda, especialmente diante das restrições impostas pela pandemia da Covid-19 em 2020, o que causou a suspensão do andamento das entrevistas e apresentações necessárias ao procedimento de asilo em alguns países, bem como o fechamento temporário de algumas autoridades migratórias. Em 2021, as solicitações voltaram a crescer, chegando a 630.600 pedidos, o que configura um aumento de 33,50% em relação ao ano anterior, dos quais cerca de 535.000 foram indivíduos solicitando proteção pela primeira vez.¹⁵

Sírios, afegãos e iraquianos, nesta ordem, são as nacionalidades que mais submeteram pedidos de asilo pela primeira vez à UE em 2021,¹⁶ enquanto os Estados-Membros que mais receberam solicitações foram a Alemanha, França, Espanha, Itália e Áustria,¹⁷ havendo, ao final de 2021, cerca de 758.700 pedidos de proteção internacional ainda pendentes de análise das autoridades nacionais. Quanto às características desses indivíduos, os dados revelam que quase 70% dos migrantes solicitando asilo à UE pela primeira vez em 2021 eram homens e mais de 80% tinham menos do que 35 anos de idade, dos quais 31% eram menores de idade.¹⁸

Na atualidade, devidos aos conflitos armados desencadeados, especialmente, na Ucrânia e no Afeganistão, a UE vem passando por um intenso novo fluxo migratório. Somente no mês de janeiro de 2022, o número de indivíduos cruzando irregularmente as fronteiras do bloco cresceu 78% em comparação ao mesmo período do ano anterior, em sua maior parte de sírios, afegãos e turcos.¹⁹ Em 15 de agosto de 2021, o Talibã assumiu o poder no Afeganistão,

¹⁴ EUROSTAT. **Annual asylum statistics**. [S.l.], 2022a. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics&oldid=558181#Number_of_asylum_applicants:_increase_in_2021. Acesso em: 11 abr. 2022.

¹⁵ EUROSTAT. **Annual asylum statistics**. [S.l.], 2022a. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics&oldid=558181#Number_of_asylum_applicants:_increase_in_2021. Acesso em: 11 abr. 2022. Nesse sentido: EUROSTAT. **Asylum quarterly report**. [S.l.], 2022b. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_quarterly_report#Main_trends_in_the_number_of_asylum_applicants. Acesso em: 11 abr. 2022.

¹⁶ Sírios (98.300), afegãos (83.500) e iraquianos (26.000).

¹⁷ Alemanha (148.200), França (103.800), Espanha (62.100), Itália (43.900) e Áustria (36.700).

¹⁸ EUROSTAT. **Annual asylum statistics**. [S.l.], 2022a. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics&oldid=558181#Number_of_asylum_applicants:_increase_in_2021. Acesso em: 11 abr. 2022.

¹⁹ FRONTEX. **Situation at EU's external borders in January**: Lower pressure on Eastern border. [S.l.], 2022. Disponível em: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/situation-at-eu-s-external-borders-in-january-lower-pressure-on-eastern-border-gAuRpK>. Acesso em: 24 mar. 2022.

causando consequências políticas, sociais e econômicas que fizeram com que milhões de afegãos decidissem sair do país em busca de proteção internacional em outros Estados, especialmente Irã, Paquistão e Turquia, mas também nos membros da UE.²⁰ Entre os meses de outubro e dezembro de 2021, 29.700 afegãos submeteram pedidos de asilo aos Estados-Membros,²¹ tendo, em 09 de dezembro de 2021, 15 países do bloco acordado em receber e conceder proteção a um total de 40.000 afegãos.²²

Da mesma forma, desde fevereiro de 2022, quando deflagrada a Operação Especial Militar pela Rússia na Ucrânia, mais de 4,8 milhões de ucranianos já deixaram o país, com destino a países vizinhos, dentre eles os membros da EU. Tal fluxo vem sendo considerado como a migração em massa mais rápida na Europa em três décadas,²³ desencadeando uma vasta resposta humanitária por parte de governos e da sociedade civil, contexto em que a UE, em 04 de março de 2022, reativou sua Diretiva de Proteção Temporária (Diretiva 2001/55/CE do Conselho, de 20 de julho de 2001), por meio da qual é concedido aos indivíduos ucranianos os direitos ao trabalho, educação, moradia e saúde, bem como visto de deslocamento temporariamente.²⁴

Em 15 de abril de 2022, o Estado-Membro que mais havia recebido ucranianos era a Polônia, com cerca de 2,7 milhões de indivíduos, seguido pela Romênia, com aproximadamente 732 mil e Hungria, com mais de 450 mil migrantes.²⁵ Nesse sentido, o *International Centre for Migration Policy Development* (ICMPD) afirma que, no ano de 2022, a situação migratória da UE será moldada pelos desdobramentos das situações sociais, políticas e econômicas dos países do Oriente Médio e suas proximidades, de algumas regiões da Áfricas e do Leste Europeu, em

²⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR MIGRATION POLICY DEVELOPMENT. **Migration Outlook 2022:** Twelve migration issues to look out for in 2022, Origins, key events and priorities for Europe. [S.l.], 2022. Disponível em:

<https://www.icmpd.org/file/download/56783/file/ICMPD%2520Migration%2520Outlook%25202022.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

²¹ EUROSTAT. **Asylum quarterly report.** [S.l.], 2022b. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_quarterly_report#Main_trends_in_the_number_of_asylum_applicants. Acesso em: 11 abr. 2022.

²² MACGREGOR, Marion. EU to take more than 38,000 people from Afghanistan. **INFOMIGRANTS.** 10/12/2021. Disponível em: <https://www.infomigrants.net/en/post/37132/eu-to-take-more-than-38000-people-from-afghanistan#:~:text=Germany%20alone%20has%20agreed%20to,protection%20to%20almost%2040%2C000%20Afghans>. Acesso em: 24 mar. 2022.

²³ KINGSLEY, Patrick. Ukraine War Sets Off Europe's Fastest Migration in Decades. **The New York Times.** 01/03/2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2022/03/01/world/europe/ukraine-war-migration.html>. Acesso em: 16 abr. 2022.

²⁴ COMISSÃO EUROPEIA. **Ukraine refugees:** Operational guidelines to support Member States in applying the Temporary Protection Directive. Bruxelas, 2022. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_1727. Acesso em: 16 abr. 2022.

²⁵ UNHCR. **Ukraine Refugee Situation.** Genebra, 2022. Disponível em: <https://data2.unhcr.org/en/situations/ukraine>. Acesso em: 16 abr. 2022.

especial a ascensão do conflito sírio, as tensões na Líbia, a crescente instabilidade em várias regiões africanas e a Guerra na Ucrânia.²⁶

Diante do exposto, é notório que a UE se configura como um dos principais cenários migratórios da atualidade, vivenciando um intenso novo fluxo de migrantes se deslocando ao seu território, em especial diante de conflitos armados em países da África, Oriente Médio e Leste Europeu, o que acarreta nas atuais migrações forçadas²⁷ e irregulares, isto é, aquelas que ocorrem em desconformidade com as normas do país de origem, trânsito ou destino.²⁸

Nesse contexto, emerge a necessidade de estabelecimento de normas e políticas para a gestão coordenada e harmoniosa de tais fluxos pelos Estados-Membros do bloco em conjunto. Para isso, a UE vem desenvolvendo políticas de imigração e asilo desde 1999, ocasião em que o Conselho Europeu, em uma reunião em Tampere, na Finlândia, estabeleceu objetivos para elaboração de um regime comum de asilo voltado a garantia de um tratamento equitativo aos nacionais de países terceiros, semelhante em termos de direitos e obrigações aos dos cidadãos europeus,²⁹ conforme será demonstrado a seguir.

2.1.2 A proteção aos imigrantes perante o Direito da União Europeia

A proteção dos direitos do ser humano no plano internacional, segundo André de Carvalho Ramos, perpassa por três sub-ramos específicos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados.³⁰ Isto é, o reconhecimento do direito de asilo a pessoas vítimas de perseguição é uma das principais obrigações do Direito Internacional, especialmente por força da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 (Convenção de 1951) e do Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967 (Protocolo de 1967).

A Convenção de 1951 é um dos mais importantes marcos históricos na proteção internacional dos refugiados, ao estabelecer os direitos que devem ser garantidos internacionalmente aos mesmos, bem como os requisitos necessários para o reconhecimento dessa condição, sendo o primeiro tratado internacional a regular o direito ao asilo. A mesma é

²⁶ ICMPD, *op. cit.*

²⁷ Ver nota de rodapé nº 7.

²⁸ MOURA, Aline Beltrame de; CALAZANS, Érika Louise Bastos. A gestão interna dos fluxos migratórios na União Europeia e a cooperação com países terceiros. In: TOMAZINI, R.C; QUEIROZ, F.A. de; BARROS-PLATIAU, A.F. **Relações Internacionais da União Europeia**. Curitiba: Juruá, 2019. pp. 119-138. p. 120.

²⁹ PASCALE, Alessia Di. As políticas de imigração e asilo da União Europeia: balanço e perspectivas. In: MOURA, Aline Beltrame de; DAL RI, Luciene (org.). **Imigração e Cidadania: Uma releitura de institutos jurídicos clássicos a partir do modelo europeu**. Florianópolis: UFSC, 2018. pp. 13-33. p. 15.

³⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 151.

resultado da Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, realizada em Genebra, no ano de 1951, e, em seu artigo 1º, conceitua o refugiado como aquele indivíduo

que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951, e receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.³¹

Tendo em vista que tal definição estabelece um limite temporal e geográfico para o reconhecimento da situação de refúgio, o que, com o passar do tempo, fez com que tal conceito não fosse suficiente para abranger todas as pessoas em situação semelhante e que precisavam de proteção, em 1967, foi adotado o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, através do qual o conceito de refugiado passou a abranger qualquer pessoa em situação de perseguição por raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou grupo social, que não possua mais a proteção de seu país de origem, independente do período e local em que isso ocorreu, estabelecendo em seu artigo 1º que

para os fins do presente Protocolo o termo "refugiados" salvo no que diz respeito à aplicação do parágrafo 3 do presente artigo, significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção, como se as palavras "em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e..." e as palavras "como consequência de tais acontecimentos" não figurassem no parágrafo 2 da seção A do artigo primeiro.³²

Com a adoção do referido Protocolo, uma pessoa refugiada passa a ser internacionalmente compreendida como aquela “que é perseguida ou tem fundado temor de perseguição; por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e encontra-se fora do país de sua nacionalidade ou residência; e que não pode ou não quer voltar a tal país em virtude da perseguição ou fundado temor de perseguição”.³³ Esse é o conceito

³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção relativa ao estatuto dos refugiados**. Genebra, 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados_s.pdf. Acesso em: 16 abr. 2022.

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo sobre o estatuto dos refugiados**. Genebra, 1967. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967. Acesso em: 16 abr. 2022.

³³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 177.

utilizado no âmbito da UE em sua política para concessão de asilo a indivíduos que buscam proteção internacional em seu território. Política esta que tem como bases o Tratado da União Europeia (TUE), o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967.³⁴

A Convenção de 1951, interpretada à luz do Protocolo de 1967, embora não assinada pela UE em si, foi ratificada por todos os seus Estados-Membros e, ao apresentar um conceito de refugiado e estabelecer elementos e direitos para uma abordagem comum aos mesmos no cenário internacional, se constituiu em um dos pilares para o desenvolvimento de um Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA). Tal sistema vem sendo trabalhado na UE desde 1999, com o objetivo de construir uma política comum a todo o bloco no que se refere ao tema do asilo e também de outras formas de proteção internacional (proteção temporária ou subsidiária), garantindo a cooperação entre os países na adoção de procedimentos e tratamentos padrões para o acolhimento e reconhecimento de migrantes que buscam proteção em seu território, e atendendo as obrigações impostas pela Convenção de 1951 e seu Protocolo modificativo, além de outros instrumentos internacionais aplicáveis.

A cooperação europeia em matéria de asilo e imigração teve início na década de 1970, quando intensificou-se a imigração oriunda de países terceiros, com o estabelecimento de grupos ad hoc acerca do tema pelos Estados-Membros. Nesse período, o Tratado de Roma de 1952 não continha nenhuma previsão acerca do direito ao asilo e a Comunidade Europeia não possuía competência nessa seara, de modo que as discussões acerca da temática se davam no âmbito da cooperação intergovernamental.³⁵ Além disso, até então, os fluxos migratórios no bloco ocorriam, em maior parte, entre indivíduos dos próprios Estados-Membros, tendo a imigração extracomunitária ganhado mais destaque a partir da década de 1970.³⁶

³⁴ PIÇARRA, Nuno. A União Europeia e “a crise migratória e de refugiados sem precedentes”: crónica breve de uma ruptura do sistema europeu comum de asilo. *Revista Eletrónica de Direito Público*, Lisboa, v. 3, n. 2, p. 1-40, nov. 2016. p. 4. Disponível em: <https://e-publica.pt/article/34457-a-uniao-europeia-e-a-crise-migratoria-e-de-refugiados-sem-precedentes-cronica-breve-de-uma-ruptura-do-sistema-europeu-comum-de-asilo/attachment/87480.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

³⁵ EL-ENANY, Nadine. EU asylum and immigration law under the area of freedom, security, and justice. In: ARNULL, Anthony; CHALMERS, Damian (ed.). *The Oxford Handbook of European Union Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 867-891. p. 869.

³⁶ MOURA, Aline Beltrame de; CALAZANS, Érika Louise Bastos. A gestão interna dos fluxos migratórios na União Europeia e a cooperação com países terceiros. In: TOMAZINI, R.C.; QUEIROZ, F.A. de; BARROS-PLATIAU, A.F. *Relações Internacionais da União Europeia*. Curitiba: Juruá, 2019. pp. 119-138. p. 121.

Foi a partir da adoção do Tratado de Maastrich, em 1992, que a matéria de asilo passou a fazer parte do quadro institucional da UE.³⁷ Esse Tratado, além de criar a União Europeia, introduziu dois pilares ao TUE, quais sejam, a Política Externa e de Segurança Comum e a Justiça e Assuntos Internos. Esse último institui a cooperação entre os Estados-Membros no domínio da Justiça e assuntos internos, considerando como uma “questão de interesse comum” as políticas de asilo e imigração, as quais deveriam ser tratadas no âmbito da Convenção de 1951.³⁸

O Tratado de Amsterdã, por sua vez, adotado em 1999, foi o responsável por conferir à UE a competência de legislar em matéria de asilo e imigração e para criar uma política migratória comum, em acordo com as disposições da Convenção de 1951. Em outubro do mesmo ano, em uma reunião do Conselho Europeu em Tampere, concluiu-se que a UE deveria adotar as medidas necessárias para a criação de um Sistema Europeu Comum de Asilo, baseado na completa aplicação da Convenção de 1951, a fim de estabelecer, a longo prazo, um procedimento comum de asilo entre os países do bloco.³⁹ Nesse sentido, o Tratado de Lisboa, adotado em 2009 e em vigor atualmente, trouxe a previsão da criação de um sistema comum que englobe tanto procedimentos uniformes para a concessão de asilo, quanto um *status* uniforme aos indivíduos em busca de proteção.⁴⁰ Assim, os objetivos acordados nas Conclusões de Tampere estão refletidos expressamente no artigo 78 do TFUE.⁴¹

Dessa forma, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a base jurídica da política de imigração da UE está presente no capítulo 2 do Título V do TFUE, o qual é destinado às “Políticas relativas ao controle de fronteiras, ao asilo e à imigração”. O artigo 78 do referido Tratado dispõe que a União deve desenvolver uma política comum de asilo, proteção subsidiária e temporária, visando oferecer um *status* apropriado a qualquer nacional de país terceiro que requeira proteção internacional, assegurando a observância do princípio do *non-refoulement*,⁴²

³⁷ PARLAMENTO EUROPEU. **Política de Asilo**. Estrasburgo, 2022. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/151/asylum-policy>. Acesso em: 26 jun. 2022.

³⁸ CHERUBINI, Francesco. **Asylum law in the European Union: from the Geneva Convention to the law of the EU**. Abingdon: Routledge, 2015, p. 138. Nesse sentido: GIUFFRÉ, Mariagiulia. The European Union Readmission Policy after Lisbon. **Interdisciplinary Political Studies Journal**, v. 1, p. 7-19, fev. 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2408470. Acesso em: 26 jun. 2022.

³⁹ EL-ENANY, Nadine. EU asylum and immigration law under the area of freedom, security, and justice. In: ARNULL, Anthony; CHALMERS, Damian (ed.). **The Oxford Handbook of European Union Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 867-891. p. 872-880. Nesse sentido: PEERS, Steve. EU Immigration and Asylum Law. In: PATTERSON, Dennis; SÖDERSTEN, Anna (eds.). **A Companion to European Union Law and International Law**. Chichester: John Wiley & Sons, 2016. pp. 519-533. p. 525.

⁴⁰ PARLAMENTO EUROPEU, 2022, *op. cit.*

⁴¹ PEERS, *op. cit.*, p. 526.

⁴² O princípio do *non-refoulement* (não devolução) se constitui em um dos principais princípios no que se refere à proteção dos refugiados e está previsto no artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), o qual dispõe que “nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para

bem como das disposições da Convenção de 1951 e Protocolo de 1967, além de outros tratados pertinentes.⁴³

Na mesma linha, o artigo 79 prevê o desenvolvimento de uma política comum de imigração, destinada a garantir uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residam legalmente nos Estados-Membros, bem como a prevenção e combate à imigração irregular e ao tráfico de pessoas. Ainda, o artigo 80 do TFUE dispõe que a política migratória desenvolvidas pela UE e sua implementação devem ser regidas pelos princípios da solidariedade e partilha equitativa de responsabilidades, inclusive financeira, entre os Estados-Membros.⁴⁴ O Tratado de Lisboa, portanto, é reconhecido como um marco fundamental na cooperação da UE em políticas de migração e asilo, pois teve como objetivo fortalecer a legitimidade da União nessa matéria, garantindo uma maior responsabilidade democrática, controle judicial e proteção dos direitos humanos.⁴⁵

Cumprе ressaltar que as políticas migratórias da EU, a partir do Tratado de Lisboa, se inserem no contexto do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça previsto no Título V do TFUE e no artigo 3º, nº 2, do TUE, o qual se constitui em uma área sem fronteiras internas, na qual é assegurada a livre circulação de pessoas ao mesmo tempo em que as fronteiras externas, o asilo e a imigração são controlados por meio de políticas comuns e com base na solidariedade entre os Estados.⁴⁶ Dentre as inovações trazidas pelo Tratado de Lisboa na área das políticas migratórias e de asilo, pode-se citar a consolidação do Parlamento Europeu como co-legislador na adoção de novas leis e celebração de acordos internacionais, bem como da competência do

as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas”. Assim, esse princípio limita o poder dos Estados-Membros de expulsarem ou retornarem os indivíduos que estão em busca de asilo em seu território, sem que suas solicitações tenham sido analisadas individualmente e a países em que possam correr risco de vida e de terem seus direitos violados. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção relativa ao estatuto dos refugiados**. Genebra, 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiado_s.pdf. Acesso em: 16 abr. 2022.

⁴³ EUR-LEX. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. [S.l.], 2012. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 27 maio 2022.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke. The external dimensions of EU migration and asylum policies in times of crisis. In: CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke (ed.). **Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. pp. 1-20. p. 3.

⁴⁶ MOURA, Aline Beltrame de; CALAZANS, Érika Louise Bastos. A gestão interna dos fluxos migratórios na União Europeia e a cooperação com países terceiros. In: TOMAZINI, R.C; QUEIROZ, F.A. de; BARROS-PLATIAU, A.F. **Relações Internacionais da União Europeia**. Curitiba: Juruá, 2019. pp. 119-138. p. 124. Nesse sentido: EUR-LEX. **Tratado da União Europeia**. [S.l.], 2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>. Acesso em: 27 maio 2022.

TJUE para interpretar e revisar qualquer ato legal adotado pela UE no âmbito das políticas de migração e asilo e a ampliação da competência da União para legislar sobre a matéria.⁴⁷

Outro importante aspecto a ser destacado acerca do Tratado de Lisboa é que o mesmo foi o responsável por transformar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia em um instrumento legalmente vinculante, com o mesmo valor dos Tratados constitutivos da União. A Carta passa a ser compreendida, dessa forma, como uma “declaração de direitos” da UE, que devem ser observados nas ações e políticas tanto da União quanto dos Estados-Membros.⁴⁸ Em seu artigo 18, a Carta prevê o direito ao asilo, dispondo que o mesmo deve estar em conformidade com os termos previstos na Convenção de 1951 e Protocolo de 1967.⁴⁹ Assim, verifica-se que a definição do *status* de refugiado na UE corresponde àquela estipulada na Convenção de 1951 e protocolo de 1967 e que o bloco se compromete a adotar o tratamento previsto a esses indivíduos em tais documentos em suas políticas migratórias.

Ao adotar a definição de refugiado prevista pela Convenção de 1951 e seu protocolo de 1967, a qual exige a demonstração de “fundado temor de perseguição em função de sua raça, nacionalidade, religião, grupo social ou opinião política”, percebe-se que o conceito de refugiado apresenta limitações. Laura Madrid Sartoretto aponta que a grande controvérsia envolvendo o texto da Convenção de 1951 é a restrição e desatualização do conceito de refugiado apresentado pela mesma. Isso ocorre porque este não corresponde às necessidades das pessoas que buscam por refúgio forçadamente na atualidade, que o fazem em razão de violações de direitos humanos, violência generalizada, crises econômicas e políticas e, inclusive, catástrofes ambientais, não mais apenas em razão de fundado temor de perseguição.⁵⁰

Em razão das limitações presentes na Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, muitos outros documentos foram criados em âmbito internacional e regional com o objetivo de “adaptar seus textos legais à realidade dos indivíduos que buscam proteção e, com isso, acabaram por ampliar, em nível regional, a definição do termo refugiado, alargando, assim, o sistema de proteção”,⁵¹ o que não ocorre em âmbito europeu. Isso se dá, em especial, pelas particularidades dos fluxos migratórios e das violações de direitos humanos ocorridas em cada

⁴⁷ CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 04.

⁴⁹ COMISSÃO EUROPEIA; CONSELHO EUROPEU; PARLAMENTO EUROPEU. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta da UE)**. [S.l.], 2000. Disponível em https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em 17 abr. 2022.

⁵⁰ SARTORETTO, Laura Madrid. **Direito dos refugiados: do eurocentrismo às abordagens de terceiro mundo**. Porto Alegre: Arquipélago, 2018. p. 84.

⁵¹ JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. p. 134.

parte do mundo, de modo a aproximar as normativas internacionais das características culturais, históricas e sociais dos países de uma região.

No caso do Brasil, por exemplo, o rol de beneficiários do refúgio foi ampliado nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.474/97, a qual incorporou as disposições da Declaração de Cartagena de 1984 e estendeu o reconhecimento do *status* de refugiado aos indivíduos que são obrigados a deixar seu país de origem devido a grave e generalizada violação de direitos humanos.⁵² Dessa maneira, em âmbito brasileiro, assim como no restante da América Latina, por força da Declaração de Cartagena de 1984, são contemplados com o *status* de refugiado não apenas aqueles indivíduos que estejam sofrendo perseguição em seu Estado de origem ou residência, por motivos de sua raça, nacionalidade, religião, opinião política ou pertencimento a determinado grupo social, mas também aqueles sujeitos a violações de direitos humanos.

Além disso, nesse ponto, cumpre destacar que no âmbito da América Latina existem diferenças entre os institutos do asilo político e do refúgio, cujas características se distinguem do asilo concedido na UE. Liliana Jubilut ressalta que, enquanto muitos países, tais como os da UE, tratam refúgio e asilo como o mesmo instituto, nos países da América Latina, tais institutos possuem distinções.⁵³

Francisco Rezek define asilo político como o

acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido alhures — geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país patrial — por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do direito penal comum.⁵⁴

Isto é, o asilo político é entendido como um poder discricionário do Estado conceder proteção um indivíduo que se encontre sob sua jurisdição e que esteja sendo perseguido por razões políticas, estando previsto na Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, em seu artigo 22, item 7.⁵⁵ No Brasil, a concessão de asilo político está prevista no artigo 4º, inciso X, da Constituição Federal, como um princípio das relações internacionais brasileiras e no

⁵² BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em 26 jun. 2022.

⁵³ JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. p. 37.

⁵⁴ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 164.

⁵⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 06 nov. 2022.

artigo 27 da Lei nº 13.445/17.⁵⁶ Já o refúgio, como visto, é um instituto com abrangência maior, que não depende do ato discricionário de um Estado, mas sim de hipóteses legais definidas na Convenção de 1951 e seu protocolo modificativo, bem como em outros instrumentos regionais adotados pelos países.

Veja-se que, neste trabalho, o termo “asilo” é empregado tendo em vista tratar-se do termo utilizado pela UE em sua legislação para se referir à sua política de concessão de proteção internacional a indivíduos reconhecidos como refugiados com base no conceito previsto na Convenção de 1951 e Protocolo de 1967, isto é, asilo e refúgio são compreendidos como sinônimos, não se confundindo com a diferenciação existente entre refúgio e asilo na legislação brasileira.

O que se observa é que a UE, através de seus tratados constitutivos, incorporou os instrumentos internacionais que tratam da proteção das pessoas que migram e buscam proteção em outro Estado. Contudo, a extensão do conceito de refugiado no bloco é limitada à prevista da Convenção de 1951 e seu protocolo modificativo, a qual, à época de sua criação, foi desenvolvida para lidar com casos individuais de deslocamento de pessoas e não grandes massas populacionais, assim, tal conceito não abrange mais todos as diferentes motivações que desencadeiam os fluxos migratórios na atualidade, de modo que, mesmo aqueles indivíduos que se encontram com seus direitos básicos ameaçados nos países, acabam por não conseguir a proteção internacional na UE, diante da limitação dos casos em que a mesma é concedida.

2.2 O DIREITO DE ASILO E O PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT*

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009, a UE voltou seus esforços para a criação de um sistema comum e uniforme para concessão de asilo, conforme previsto pelo Tratado, a partir das Conclusões do Conselho Europeu em Tampere de 1999. Dessa forma, um marco histórico nas políticas de imigração na UE é a concretização do SECA, o qual estabelece as normas e procedimentos a serem seguidos para a concessão de asilo a indivíduos em busca de proteção.

O SECA deve respeitar os direitos previstos nas normativas internacionais de proteção aos migrantes às quais a UE se comprometeu, dentre eles, o *non-refoulement*. Assim, neste subcapítulo será compreendido como está estruturado o Sistema Europeu Comum de Asilo,

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 26 jun. 2022.

bem como analisado como o princípio do *non-refoulement* está previsto nos instrumentos internacionais e incorporado, bem como aplicado, no Direito da UE.

2.2.1 O procedimento para concessão de asilo na União Europeia

O Sistema Europeu Comum de Asilo, cuja base jurídica encontra-se no artigo 78 do TFUE, trata-se de uma política comum a todo o bloco que objetiva assegurar que a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de proteção internacional seja concedido um *status* apropriado, seja na forma de asilo, de proteção subsidiária ou proteção temporária.⁵⁷ Atualmente, o SECA está estruturado em três diretivas e dois regulamentos: Diretiva Procedimentos de asilo, Diretiva Condições de acolhimento, Diretiva de Qualificação, Regulamento de Dublin e Regulamento Eurodac.

A Diretiva nº 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, conhecida como Diretiva de Qualificação, estabelece normas relativas às condições a serem preenchidas pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional, bem como ao conteúdo da proteção concedida. A proteção internacional pode ser concedida de duas formas, asilo ou proteção subsidiária, sendo as chamadas “pessoas em busca de asilo” definidas como solicitantes de proteção internacional.⁵⁸ O asilo é concedido para aqueles indivíduos que se enquadrarem no conceito de refugiado previsto na Convenção de 1951 e Protocolo de 1967, para os quais será conferido o *status* de refugiado, nos termos do artigo 2, alínea “d” e artigo 13 da Diretiva nº 2011/95/EU.⁵⁹

Já a proteção subsidiária é concedida àqueles indivíduos que não se encaixam na definição de refugiado prevista na Convenção de 1951, mas que, se retornarem ao seu país de origem ou antiga residência habitual, iriam enfrentar sérios riscos de sofrerem danos graves, entendidos como pena de morte ou execução, tortura ou tratamento desumano ou degradante, ou grave ameaça em razão de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno, nos termos do artigo 2, alínea “f” e artigo 15 da Diretiva nº

⁵⁷ PASCALE, Alessia Di. As políticas de imigração e asilo da União Europeia: balanço e perspectivas. *In*: MOURA, Aline Beltrame de; DAL RI, Luciene (org.). **Imigração e Cidadania: Uma releitura de institutos jurídicos clássicos a partir do modelo europeu**. Florianópolis: UFSC, 2018. pp. 13-33. p. 19.

⁵⁸ AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; CONSELHO DA EUROPA. **Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2020. p. 81.

⁵⁹ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva nº 2011/95/UE**. Estrasburgo, 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32011L0095#>. Acesso em: 17 abr. 2022. Nesse sentido: CHERUBINI, *op. cit.*, p. 194.

2011/95/EU.⁶⁰ Assim, a elegibilidade para proteção subsidiária exige a demonstração de que o requerente está sendo afetado por fatores específicos inerentes a suas circunstâncias pessoais e/ou por violência indiscriminada,⁶¹ o que também revela sua natureza limitada, pois não considera para fins de proteção, a situação objetiva de violação generalizada de direitos humanos enfrentada pelo indivíduo em seu país de origem.

A Diretiva nº 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, chamada de Diretiva Procedimentos de Asilo, regulamenta todo o processo para apresentação e concessão de um pedido de proteção internacional na UE, bem como para a retirada do asilo ou proteção subsidiária, assegurando que qualquer indivíduo tenha a oportunidade efetiva de solicitar alguma forma de proteção. As regras dessa Diretiva se aplicam a partir do momento em que o indivíduo chega no território da União, inclusive às solicitações de proteção internacional feitas nas fronteiras, águas territoriais ou zonas de trânsito entre os Estados-Membros, conforme previsto no artigo 3º da mesma,⁶² facultando a estes que adotem medidas mais favoráveis desde que compatíveis com a Diretiva.⁶³

O artigo 9 da Diretiva nº 2013/32/EU determina que os solicitantes de proteção internacional podem permanecer no território dos Estados-Membros até que a autoridade competente tenha emitido uma decisão a respeito de sua aplicação. Assim, a Diretiva nº 2013/33/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional, dispondo acerca das condições mínimas de acolhimento que devem ser garantidas a esses indivíduos enquanto aguardam o resultado da análise do pedido.

Nos termos do artigo 3º, nº 1 do referido dispositivo, ele se aplica a todos os nacionais de países terceiros e apátridas que apresentem um pedido de proteção internacional no território de um Estado-Membro, incluindo na fronteira, em águas territoriais ou em zonas de trânsito, enquanto lhes for permitido permanecer nesse território na qualidade de requerentes, bem como aos membros das suas famílias, se estes estiverem abrangidos pelo referido pedido de proteção

⁶⁰ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *op. cit.*

⁶¹ AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; CONSELHO DA EUROPA. **Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2020. p. 111.

⁶² PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva nº 2013/32/UE**. Estrasburgo, 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2013/32/oj>. Acesso em: 17 abr. 2022.

⁶³ PIÇARRA, Nuno. A União Europeia e “a crise migratória e de refugiados sem precedentes”: crónica breve de uma ruptura do sistema europeu comum de asilo. **Revista Eletrónica de Direito Público**, Lisboa, v. 3, n. 2, p. 1-40, nov. 2016. p. 19. Disponível em: <https://e-publica.pt/article/34457-a-uniao-europeia-e-a-crise-migratoria-e-de-refugiados-sem-precedentes-cronica-breve-de-uma-ruptura-do-sistema-europeu-comum-de-asilo/attachment/87480.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

internacional nos termos do direito nacional.⁶⁴ Dentre as questões relativas ao acolhimento dos requerentes, a Diretiva estabelece acerca da liberdade de circulação e residência do indivíduo no território do Estado-Membro responsável pelo pedido de proteção, bem como de sua família, autorização para permanecer no território do país enquanto seu pedido estiver pendente do acesso à educação, ao mercado de trabalho, à saúde, entre outras.⁶⁵

Por sua vez, o Regulamento (UE) n° 603/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, também conhecido como Regulamento Eurodac, diz respeito à criação do sistema Eurodac, o qual estabelece uma base de dados das impressões digitais de todos os indivíduos que solicitam asilo à União Europeia. Através desse sistema, as impressões digitais de todos os requerentes de proteção internacional com ao menos 14 anos de idade são coletadas e registradas quando da formulação do pedido, estando disponíveis a todos os Estados-Membros, em um sistema integrado, a fim de evitar a solicitação de proteção internacional pelo mesmo indivíduo em mais de um país.⁶⁶

Finalmente, o Regulamento (UE) n°. 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, também conhecido como Regulamento de Dublin, estabelece os critérios e mecanismos hierarquizados para a determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida. O Regulamento utiliza a base de dados de impressões digitais do Eurodac e dispõe, em seu artigo 3º, que cada pedido de proteção internacional deverá ser analisado por um único Estado-Membro.⁶⁷

Os artigos 7 e seguintes do Regulamento informam a hierarquia dos critérios a serem utilizados para a determinação do Estado-Membro responsável por tal análise, uma vez que seu artigo 3º impõe que esse pedido será analisado por um único membro. Essa determinação é efetuada com base na situação do requerente no momento em que tiver apresentado pela

⁶⁴ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva n° 2013/33/EU**. Estrasburgo, 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32013L0033>. Acesso em: 18 abr. 2022.

⁶⁵ PEERS, Steve. EU Immigration and Asylum Law. In: PATTERSON, Dennis; SÖDERSTEN, Anna (eds.). **A Companion to European Union Law and International Law**. Chichester: John Wiley & Sons, 2016. pp. 519-533. p. 527.

⁶⁶ PIÇARRA, Nuno. A União Europeia e “a crise migratória e de refugiados sem precedentes”: crónica breve de uma ruptura do sistema europeu comum de asilo. **Revista Eletrónica de Direito Público**, Lisboa, v. 3, n. 2, p. 1-40, nov. 2016. p. 29. Disponível em: <https://e-publica.pt/article/34457-a-uniao-europeia-e-a-criese-migratoria-e-de-refugiados-sem-precedentes-cronica-breve-de-uma-ruptura-do-sistema-europeu-comum-de-asilo/attachment/87480.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022. Nesse sentido: PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) n° 603/2013**. Estrasburgo, 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32013R0603>. Acesso em: 18 abr. 2022.

⁶⁷ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) n° 604/2013**. Estrasburgo, 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32013R0604>. Acesso em: 18 abr. 2022.

primeira vez o seu pedido de proteção internacional junto de um Estado-Membro e deve observar os seguintes critérios, nesta ordem: a) o princípio da unidade familiar, através do qual deve ser considerado a presença de qualquer membro familiar no território de algum Estado-Membro para a determinação do país responsável pela análise do pedido de proteção internacional; b) a emissão prévia de visto ou permissão de residência em algum Estado-Membro; c) o primeiro Estado-Membro pelo qual o indivíduo tenha entrado entrada ou estadia irregular em algum Estado-Membro; d) a entrada legal em algum Estado que dispense o visto; e) o requerimento de proteção internacional em uma zona de trânsito internacional de um aeroporto.⁶⁸

Segundo Moura e Calazans, a aplicação prática das normas do Regulamento de Dublin III demonstram a fragilidade do Sistema Europeu Comum de Asilo e sua incapacidade de lidar com os atuais fluxos migratórios, uma vez que, embora existam outros critérios anteriores na hierarquia, é notório que os países tratam o critério do primeiro país de entrada como prioridade em relação aos demais, causando uma sobrecarga financeira e social nos Estados-Membros da fronteira do bloco, que devem estabelecer padrões mínimos e cuidado aos requerentes.⁶⁹ E as falhas e deficiências do SECA ficaram especialmente evidentes durante a crise de fluxos migratórios desencadeada no bloco entre 2015 e 2016, na qual milhares de indivíduos chegaram ao continente europeu fugindo de conflitos e violações de direitos humanos.

Como já visto, apenas no ano de 2015, mais de um milhão de pessoas, oriundas principalmente da Síria, do continente africano e do sul do continente asiático, atravessaram o mar mediterrâneo e chegaram aos países costeiros da UE, como a Itália, Espanha e a Grécia, em busca de abrigo, em uma rota conhecida como uma das mais perigosas do mundo, tanto que, em torno de quatro mil vidas foram perdidas por afogamento naquele ano devido ao uso de embarcações inadequadas, perigosas, superlotadas e comumente operadas por contrabandistas.⁷⁰ Logo, tais países, pela localização costeira e mais próxima para quem migra pelo mar mediterrâneo, se encontraram, por inúmeras vezes, sobrecarregados de pedidos de asilo, não conseguindo abrigar dignamente todo esse contingente populacional, tampouco

⁶⁸ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) n° 604/2013**. Estrasburgo, 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32013R0604>. Acesso em: 18 abr. 2022. Nesse sentido: MOURA, Aline Beltrame de; CALAZANS, Érika Louise Bastos. A gestão interna dos fluxos migratórios na União Europeia e a cooperação com países terceiros. *In*: TOMAZINI, R.C.; QUEIROZ, F.A. de; BARROS-PLATIAU, A.F. **Relações Internacionais da União Europeia**. Curitiba: Juruá, 2019. pp. 119-138. p. 126-127.

⁶⁹ MOURA; CALAZANS, *op. cit.*, p. 128.

⁷⁰ UNHCR. **Over one million sea arrivals reach Europe in 2015**. Genebra, 2015. Disponível em: <https://www.unhcr.org/news/latest/2015/12/5683d0b56/million-sea-arrivals-reach-europe-2015.html>. Acesso em: 18 abr. 2022.

garantir o cumprimento integral das normativas internacionais de proteção aos direitos dos migrantes às quais se comprometeram.

Além disso, grande parte dos imigrantes que chegam aos países costeiros não pretendem permanecer nos mesmos, mas sim seguir viagem e se estabelecer em outro Estado-Membro. E ao mesmo tempo em que alguns dos Estados-Membros, como a Alemanha, pareciam dispostos a cooperar e receber esse contingente populacional, outros, especialmente os do Leste Europeu, revelaram a tendência de desenvolvimento de estratégias de limitação e controle dos fluxos migratórios. Diante desse cenário, o que se viu foi o desenvolvimento de verdadeiras políticas restritivas ao acesso e permanência dos imigrantes no território dos Estados-Membros, os quais reforçaram suas fronteiras e investiram em medidas de expulsão desses indivíduos dos seus territórios, em violação ao princípio do *non-refoulement*, o que perdura até hoje.

Na Itália, portos foram fechados às embarcações de grupos humanitários que faziam operações e busca e salvamento de migrantes no Mar Mediterrâneo. Na Hungria, Espanha, Bulgária e Grécia, cercas foram construídas nas fronteiras com Sérvia, Marrocos e Turquia. Operações coordenadas pela Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira (FRONTEX) retornaram aqueles migrantes que não preencheram os requisitos para a concessão de proteção.⁷¹ Assim, pode-se dizer que, não obstante todo o arcabouço normativo prevendo a concessão de proteção a imigrantes, na prática, o que se observou e continua se observando são ações incompatíveis com garantias internacionalmente previstas a esses indivíduos.

Diante da sobrecarga do sistema de concessão de asilo da UE, o que se percebe é que os Estados-Membros não alcançam os padrões de acolhida e proteção aos migrantes impostos pelos instrumentos internacionais incorporados no ordenamento jurídico da União, pelo contrário, desenvolvem verdadeiras políticas de *non-entrée*, visando o controle migratório. James C. Hathaway e Thomas Gammeltoft-Hansen definem políticas de *non-entrée* como aquelas que buscam evitar que migrantes cheguem ao território de um país.⁷² Para Gammeltoft-Hansen, essas políticas se dividem em pelo menos cinco categorias:

- 1) políticas de não-admissão que limitam o acesso aos procedimentos de asilo, 2) medidas de não-entrada que impedem o acesso ao território dos países de asilo por

⁷¹ THYM, Daniel. The End of Human Rights Dynamism? Judgments of the ECtHR on ‘Hot Returns’ and Humanitarian Visas as a Focal Point of Contemporary European Asylum Law and Policy. **International Journal of Refugee Law**, Oxford, v. 32, n. 4, p. 569-596, 2020. p. 570. Disponível em: <https://academic.oup.com/ijrl/article-abstract/32/4/569/6219656>. Acesso em: 18 nov. 2022.

⁷² HATHAWAY, James C.; GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas. Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence. **Columbia Journal Of Transnational Law**, Nova Iorque, v. 53, n. 1, p. 235-284, 2015. p. 241. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/articles/1485/>. Acesso em: 18 nov. 2022.

meio do controle migratório, 3) o processamento de asilo *offshore* e realocação de refugiados em países terceiros, 4) criminalização da migração irregular e tráfico humano e 5) medidas indiretas de dissuasão destinadas a tornar o país de asilo menos atraente (tradução nossa).⁷³

Em suma, pode-se dizer que as políticas de *non-entrée* na UE se dão através de três ações principais: evitar a saída dos migrantes de seus países de origem, evitar a entrada dos imigrantes nos Estados-Membros e forçar os mesmos a saírem do território europeu.⁷⁴ Para isso, a UE tem externalizado o controle migratório a países terceiros, tanto aos países de origem de migrantes quanto os de trânsito. Nesse cenário, o investimento em políticas de retorno e readmissão de imigrantes irregulares tem se tornado uma prioridade no âmbito das políticas migratórias do bloco, contudo, como será visto ao longo do trabalho, em muitas oportunidades, é questionável até que medida essas políticas para o retorno de migrantes garantem a proteção aos seus direitos.

2.2.2 O princípio do *non-refoulement* frente ao Direito Internacional e ao Direito da União Europeia

O Estado que outorga proteção a um indivíduo deve garantir a este determinados direitos previstos pela Convenção de 1951. Dentre eles, a Convenção estabelece, em seu artigo 33, aquele que é considerado o pilar de qualquer sistema de proteção a refugiados e migrantes no mundo, o direito à não-devolução ou não-repulsão (*non-refoulement*).⁷⁵ Pelo princípio da não-devolução, é determinado que nenhum ser humano pode ser expulso ou rechaçado para um território no qual sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas. Na prática, esse princípio busca impedir que indivíduos sejam retornados, seja por meio de deportação, extradição ou expulsão, para países nos quais corram risco de sofrer tortura ou

⁷³ GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas; TAN, Nikolas F. The End of the Deterrence Paradigm? Future Directions for Global Refugee Policy. **Journal on Migration and Human Security**, Nova York, v. 5, n. 1, p. 28-56, 2017. p. 34. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/233150241700500103>. Acesso em: 18 nov. 2022.

⁷⁴ WERMUTH, Maiquel Ângelo D.; GODOY, Guilherme Augusto S. O controle penal dos fluxos migratórios e a mixofobia na União Europeia. **Cadernos de Direito Actual**, Santiago de Compostela, n. 3, p. 29-51, 2015. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/29/29>. Acesso em: 09 nov. 2022.

⁷⁵ Artigo 33: 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.

tratamento cruel, degradante ou desumano, sejam esses países o seu país de origem ou terceiros.⁷⁶

O princípio do *non-refoulement* está presente no artigo 22(8) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969),⁷⁷ assim como no artigo 2 (3) da Convenção da Organização da União Africana sobre os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África⁷⁸ e no artigo 3 (1) da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura.⁷⁹ No âmbito do Conselho da Europa, a CEDH, embora não disponha acerca do direito ao asilo e ao princípio do *non-refoulement* especificamente, em seu artigo 3º, proíbe a ocorrência de torturas e tratamentos desumanos ou degradantes contra qualquer indivíduo que esteja nas fronteiras ou em qualquer espaço dentro do território europeu.⁸⁰ Verifica-se, assim, a convergência entre o Direito Internacional dos Refugiados e Direito Internacional dos Direitos Humanos, e que o conteúdo normativo do princípio do *non-refoulement* também está presente na Convenção Europeia.

Um importante aspecto a ser destacado quanto ao princípio do *non-refoulement* é que o mesmo se aplica não apenas a refugiados assim já reconhecidos, mas também aos solicitantes de refúgio, isto é, a todos os sujeitos ao longo do processo de verificação prévia para concessão da condição de refugiado pela autoridade competente.⁸¹ Isso ocorre porque o artigo 31 da Convenção de 1951 impede a aplicação de qualquer penalidade decorrente da entrada irregular de imigrantes no território de um país.⁸² Desse modo, a proteção garantida pelo *non-refoulement* não está condicionada ao ingresso regular do imigrante no país de refúgio, tampouco ao efetivo reconhecimento dessa condição, pois enquanto o requerente de refúgio estiver passando pelos trâmites da solicitação, também continua protegido por esse direito de não ser repellido a um Estado no qual possa ter sua vida ou liberdade ameaçadas.

⁷⁶ SARTORETTO, Laura Madrid. **Direito dos refugiados: do eurocentrismo às abordagens de terceiro mundo.** Porto Alegre: Arquipélago, 2018. p. 91.

⁷⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, *op. cit.*

⁷⁸ ORGANIZAÇÃO DE UNIDADE AFRICANA. **Convenção sobre os aspectos específicos dos problemas dos refugiados em África.** Adis-Abeba, 1969. Disponível em: https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/convencao_oua.pdf. Acesso em: 06 nov. 2022.

⁷⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.** Nova Iorque, 1984. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>. Acesso em: 06 nov. 2022.

⁸⁰ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos.** Roma, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁸¹ RAMOS, André de Carvalho. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. *In*: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.). **60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro.** São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011. pp. 15-44. p. 32.

⁸² Artigo 31: Os Estados Contratantes não aplicarão sanções penais em virtude da sua entrada ou permanência irregulares, aos refugiados que, chegando diretamente do território no qual sua vida ou sua liberdade estava ameaçada no sentido previsto pelo art. 1º, cheguem ou se encontrem no seu território sem autorização, contanto que se apresentem sem demora às autoridades e lhes exponham razões aceitáveis para a sua entrada ou presença irregulares.

Mais do que isso, André de Carvalho Ramos e Laura Madrid Sartoretto afirmam que, mesmo que não seja outorgado ao solicitante de refúgio a condição de refugiado, por não preenchimento dos requisitos necessários, ainda assim, o Estado de acolhida não pode descumprir o princípio do *non-refoulement* e obrigar o retorno do indivíduo a qualquer território no qual possa ter seus direitos e liberdades violadas.⁸³ O que também foi assegurado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) na conclusão nº 6 emitida por seu Comitê Executivo em 1977. Na referida conclusão, o Comitê reafirmou a fundamental importância “da observância do princípio de *non-refoulement* - tanto nas fronteiras como no interior do território de um Estado - a pessoas que podem estar sujeitas a perseguição se reenviadas para o seu país de origem, quer tenham sido ou não formalmente reconhecidas como refugiados”.⁸⁴ Assim, mesmo aos indivíduos que não preencherem os requisitos para o reconhecimento da condição de refugiado, o *non-refoulement* deve ser garantido em relação aos territórios em que possam correr risco de vida, o que aproximaria o referido princípio às normas definidas como *jus cogens*.

As normas *jus cogens* se constituem em preceitos legais imperativos do Direito Internacional, os quais não podem ser derogados em nenhum momento, pois são entendidas como interesses comuns derivados do Direito Natural e, assim, formam a base fundamental do sistema normativo internacional.⁸⁵ Em outras palavras, tais normas limitam as ações e interações dos Estados no plano internacional, impondo que sejam aplicadas e restringindo, desse modo, a soberania e discricionariedade dos mesmos, tanto em âmbito interno quanto externo.

A definição de *jus cogens* está expressa no artigo 53 da Convenção de Vienna sobre o Direito dos Tratados, o qual estabelece que uma norma imperativa de direito internacional é “uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza”. Ainda, o mesmo dispositivo determina que

⁸³ SARTORETTO, Laura Madrid. **Direito dos refugiados**: do eurocentrismo às abordagens de terceiro mundo. Porto Alegre: Arquipélago, 2018. p. 33.

⁸⁴ UNHCR. **Conclusões do Comitê Executivo - N. 6 (XXVIII)**: princípio de non-refoulement. Genebra, 1977. Disponível em: <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/refworld/unhcr/excom/xconc/excom6.html>. Acesso em: 12 nov. 2022.

⁸⁵ SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida. Jus cogens: An european concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 1, p. 124-138, 2018. p. 124-125. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4843/pdf>. Acesso em: 30 mar. 2022.

todo tratado incompatível com uma norma imperativa de direito internacional será nulo.⁸⁶ Da análise desse artigo, depreende-se, portanto, que as normas *jus cogens* devem ser aceitas e observadas por todos os Estados, não sendo permitida sua violação ou derrogação, independentemente do poder discricionário daqueles, dada a natureza essencial das mesmas, pois versam sobre regras de interesse universal, que deve ser protegido sobremaneira.

A classificação do *non-refoulement* como uma norma *jus cogens* não é pacífica na doutrina internacional. Para determinar se essa norma possui o atributo de *jus cogens*, deve ser investigada a aceitação da mesma perante a comunidade internacional como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida.⁸⁷ Nesse sentido, a partir do final da década de 1970 e início dos anos 1980, o princípio do *non-refoulement* passou a ser considerado como um princípio do direito internacional consuetudinário,⁸⁸ diante da prática reiterada pelos Estados e, em diversas ocasiões, já fora reconhecido como uma norma imperativa na prática estatal.

A Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984, no âmbito do Sistema Americano de Proteção aos Direitos Humanos, em sua conclusão 5^a, determina que o princípio do *non-refoulement* deve ser reconhecido e respeitado no direito internacional como um princípio *jus cogens*.⁸⁹ Na mesma linha, o ACNUR afirmou o princípio do *non-refoulement* como *jus cogens* em seu Relatório nº 40 para a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 13 de setembro de 1985. Nesse relatório, o ACNUR estabelece que o referido princípio fora incorporado em inúmeros instrumentos internacionais adotados em âmbitos universal e regional, bem como nas legislações nacionais de vários países e que, “devido a sua reiterada reafirmação nos níveis universal, regional e nacional, o princípio do *non-refoulement* passou a ser caracterizado como norma imperativa do direito internacional (tradução nossa)”.⁹⁰

⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. Viena, 1969. Disponível em: <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2016/07/portugal-declaracao-sobre-a-cv-69.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2022.

⁸⁷ ALLAIN, Jean. The *jus cogens* Nature of *non-refoulement*. **International Journal of Refugee Law**, Oxford, v. 13, n. 4, 2001. Disponível em: <https://academic.oup.com/ijrl/article-abstract/13/4/533/1516189?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 12 nov. 2022.

⁸⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. **Revista IIDH**, San José, v. 40, p. 389-347, 2004. p. 424. Disponível em: <https://repositorio.iidh.ed.cr/items/62d4b663-bd61-4e50-a8e8-43d7401a500d>. Acesso em: 06 nov. 2022.

⁸⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Cartagena**. Cartagena, 1984. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em 06 nov. 2022.

⁹⁰ UNHCR. **Report of the United Nations High Commissioner for Refugees A/40/12**. Genebra, 1985. Disponível em: <https://www.unhcr.org/excom/unhcrannual/3ae68c340/report-united-nations-high-commissioner-refugees.html>. Acesso em: 12 nov. 2022.

Em conclusões de seu Comitê Executivo, o ACNUR também entendeu pela força *jus cogens* do *non-refoulement*. Na Conclusão nº 55 de 1989, estabeleceu que todos os Estados eram obrigados a abster-se de atos de expulsão, tendo em vista que estes eram contrários às proibições fundamentais contra essas práticas.⁹¹ Por sua vez, na Conclusão nº 79, de 1996, afirmou a natureza *jus cogens* do *non-refoulement* ao determinar que esse princípio não é sujeito à derrogação.⁹² Tais disposições colocam, portanto, *non-refoulement* em um rol de direitos essenciais à comunidade, que não podem ser flexibilizados pelos Estados.

Antônio Augusto Cançado Trindade associa o *non-refoulement* à proibição à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, ampliando seu conteúdo normativo.⁹³ Como já visto, o artigo 3 (1) da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura incorpora o princípio do *non-refoulement* ao determinar que “nenhum Estado Parte expulsará, devolverá ou extraditará uma pessoa para outro Estado quando houver fundados motivos para se acreditar que, nele, ela poderá ser torturada”, sendo esses motivos aferidos, inclusive, pela existência, no Estado em questão, de um quadro de graves, maciças e sistemáticas violações dos direitos humanos. E seu artigo 2 exclui qualquer possibilidade de derrogação dessa proibição, estabelecendo que “nenhuma circunstância excepcional poderá ser invocada como justificativa para a tortura”.⁹⁴ Verifica-se, portanto, que a referida Convenção determina o *status cogente* da proibição da tortura e, conseqüentemente, do *non-refoulement*, revelando uma dimensão preventiva ao mesmo, ao buscar evitar o simples risco de submissão de um indivíduo a um lugar onde possa sofrer com tortura ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, através da extradição, deportação ou expulsão.⁹⁵

Em âmbito europeu, o *non-refoulement* está estritamente ligado à aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em especial, seu artigo 3º, o qual, conforme já visto, trata sobre a proibição à tortura e demais tratamentos desumanos e degradantes. Cumpre salientar que esse princípio também está previsto no artigo 19 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que estabelece que são proibidas as expulsões coletivas e que

⁹¹ UNHCR. **Conclusões do Comitê Executivo - N. 55 (XL)**: conclusão geral sobre proteção internacional. Genebra, [s.d.]. Disponível em: <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/refworld/refworld/unhcr/excom/xconc/menu.htm>. Acesso em: 12 nov. 2022.

⁹² UNHCR. **Conclusões do Comitê Executivo - N. 79 (XLVII)**: conclusão geral sobre proteção internacional. Genebra, 1996. Disponível em: <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/refworld/unhcr/excom/xconc/excom79.html>. Acesso em: 12 nov. 2022.

⁹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. **Revista IIDH**, San José, v. 40, p. 389-347, 2004. p. 427. Disponível em: <https://repositorio.iidh.ed.cr/items/62d4b663-bd61-4e50-a8e8-43d7401a500d>. Acesso em: 06 nov. 2022.

⁹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *op. cit.*

⁹⁵ TRINDADE, *op. cit.*, p. 427.

“ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes.”⁹⁶

Assim, não obstante o direito à não-devolução não esteja expressamente previsto na Convenção Europeia, depreende-se que esta limita o poder dicionário dos Estados Partes em controlar a entrada e saída de migrantes, através de obrigações impostas pela mesma, como a proibição da tortura (artigo 3º) e o respeito à vida privada e familiar (artigo 8º).⁹⁷ Importante destacar que o artigo 15 do instrumento prevê situações em que os Estados podem derrogar obrigações previstas pela Convenção, contudo, excetua a possibilidade de derrogação do artigo 3º. Dessa forma, embora não haja, em âmbito europeu, um instrumento que preveja a natureza imperativa do *non-refoulement*, tal qual na Declaração de Cartagena em âmbito americano, a mesma determina a inderrogabilidade da proibição da tortura e de tratamentos degradantes, do que decorre o *non-refoulement*.

Esse é o entendimento na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, no sentido de que *non-refoulement* decorre do artigo 3º da Convenção, que proíbe a tortura e tratamentos desumanos ou degradantes.⁹⁸ Posição essa adota pela primeira vez no célebre caso *Soering v. Reino Unido* de 1989, no qual a Corte se opôs à extradição do alemão residente na Inglaterra Jens Soering aos Estados Unidos, para responder a um processo de homicídio, cuja pena cominada era de morte. A Corte entendeu que a extradição do jovem a um país no qual seria submetido a pena de morte, considerando ainda suas circunstâncias pessoais, tais como idade, estado mental e o tempo que esperaria no corredor da morte, configura uma violação à proibição de penas e tratamentos desumanos e degradantes prevista no artigo 3º da Convenção Europeia.⁹⁹

Na mesma linha, a relação entre o *non-refoulement* e o artigo 3º foi reafirmada no caso *Hirsi Jamaa e Outros v. Itália*, no qual a Corte entendeu que houve violação ao artigo 3º da Convenção Europeia quanto autoridades italianas abordaram um grupo de duzentas pessoas, dentre eles os onze cidadãos da Somália e treze da Eritreia que ingressaram com a ação, as quais haviam abandonado a Líbia em três embarcações, com o objetivo de alcançar a Itália, as

⁹⁶ COMISSÃO EUROPEIA; CONSELHO EUROPEU; PARLAMENTO EUROPEU. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta da UE)**. [S.l.], 2000. Disponível em https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em 17 abr. 2022.

⁹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos Direitos Humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Caçado *et al.* (org.). **Refúgio, Migrações e Cidadania**. 3. ed. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2008. pp. 53-93. p. 74.

⁹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. **Revista IIDH**, San José, v. 40, p. 389-347, 2004. p. 427. Disponível em: <https://repositorio.iidh.ed.cr/items/62d4b663-bd61-4e50-a8e8-43d7401a500d>. Acesso em: 06 nov. 2022.

⁹⁹ FRANÇA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso nº 14038/88**. Soering versus Reino Unido. Estrasburgo, 07 de julho de 1989.

transferiram para navios militares italianos e forçadamente as entregaram de volta às autoridades libanesas. Em sua decisão, a Corte reiterou que a proteção contra “tratamentos desumanos e degradantes, prevista no art. 3, impõe aos Estados a obrigação de não expulsar um indivíduo que, num determinado país receptor, se encontraria exposto a perigo real de ser submetido a tais tratamentos (tradução nossa)”.¹⁰⁰

No caso da Líbia, a Corte entendeu que inúmeros relatórios organizações internacionais apontavam para a situação alarmante do tratamento recebido por imigrantes irregulares no país. À época dos fatos, a Líbia não cumpria com algumas normas internacionais referentes à proteção de refugiados, sequer fazendo distinção entre imigrantes irregulares e solicitantes de asilo, os quais, conseqüentemente, permaneciam detidas em condições descritas como desumanas por observadores externos, que também denunciaram casos de tortura, condições precárias de higiene e ausência de assistência médica apropriada. Ainda, considerou que os imigrantes irregulares, tais como os requerentes, estavam expostos ao risco de serem devolvidos aos seus países de origem, Somália e Eritreia, a qualquer momento, onde corriam o risco de ter seus direitos violados. Portanto, mesmo reconhecendo a complexa situação migratória enfrentada pelos países europeus, a Corte afirmou que os direitos assegurados pelo artigo 3º da Convenção possuíam caráter absoluto e, por isso, não podiam ser violados sob qualquer circunstância.¹⁰¹

Do exposto, compreende-se, dessa maneira, que apesar que inexistir regra expressa na CEDH quanto ao princípio do *non-refoulement*, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos firmou o entendimento que o mesmo decorre do artigo 3º da Convenção, que proíbe a tortura e tratamentos desumanos ou degradantes a qualquer indivíduo e, por sua vez, é inderrogável, por força do artigo 15 do mesmo instrumento. Dessa forma, todos os Estados têm a obrigação de assegurar a não-devolução, seja por meio da extradição, expulsão ou deportação, de indivíduos a um país no qual exista risco real de serem submetidos a tortura e tratamentos desumanos e degradantes ou, ainda, de serem transferidos a outro país no qual também poderão sofrer esse tipo de tratamento.

Assim sendo, Trindade afirma que o âmbito de aplicação do princípio do *non-refoulement* se ampliou significativamente sobretudo após a década de 1980, diante dos inúmeros tratados sobre direitos humanos adotados em nível regional e universal desde então,

¹⁰⁰ FRANÇA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso nº 27765/09**. Hirsi Jamaa e Outros versus Itália. Estrasburgo, 23 de fevereiro de 2012.

¹⁰¹ FRANÇA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso nº 27765/09**. Hirsi Jamaa e Outros versus Itália. Estrasburgo, 23 de fevereiro de 2012.

os quais preveem, no geral, a proibição de extradição, expulsão ou deportação de qualquer indivíduo, sejam aqueles reconhecidos como refugiados ou imigrantes no geral, a países nos quais correm risco de vida e de serem submetidos a tortura ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.¹⁰² O autor coloca, portanto, o princípio do *non-refoulement* dentro do domínio das normas *jus cogens*,¹⁰³ ao associar o mesmo com a proibição de tortura, que é absoluta, de modo que o poder discricionário dos Estados quanto às políticas de expulsão, extradição e deportação devem respeitar essa norma imperativa do Direito Internacional

A realidade, no entanto, demonstra que esse princípio nem sempre é respeitado. No caso *M.S.S v. Bélgica e Grécia*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, um afegão, que havia deixado seu país e entrado no continente europeu pela Grécia, submeteu um pedido de asilo na Bélgica. Tendo em vista os critérios impostos pelo Regulamento de Dublin, a Bélgica determinou o retorno desse indivíduo à Grécia, por se tratar do país de primeira entrada do mesmo em território da União. Ao chegar à Grécia, contudo, foi detido no aeroporto, sendo mantido em um pequeno espaço com outros 20 detentos, onde não possuía acesso a banheiros e ao ar livre, recebia poucas refeições e era obrigado a dormir no chão. Assim, diante das precárias condições ao qual foi submetido, bem como às deficiências encontradas no processamento de seu pedido de asilo, o indivíduo entrou com a ação afirmando que teve seu direito previsto no artigo 3º da Convenção Europeia violado. A Corte entendeu que, de fato, a Bélgica e a Grécia haviam violado tal artigo, pois, não obstante, os critérios previstos no SECA para determinação do país responsável pelo pedido de asilo, a Bélgica sabia que a Grécia não estava cumprindo com suas obrigações migratórias e, assim, expôs o requerente a severos riscos ao enviá-lo volta para a Grécia.¹⁰⁴

O princípio do *non-refoulement*, como visto, está no rol dos valores essenciais da comunidade internacional e no cerne da proteção a migrantes e refugiados, salvaguardando seu direito de poder buscar a reconstrução de vida sem correr o risco de ser devolvido a lugares em que possa ter seus direitos violados. Sendo assim, deve ser aplicado inclusive nas políticas de retorno de migrantes irregulares aos seus países ou a países de trânsito, contudo, sendo o

¹⁰² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. *Revista IIDH*, San José, v. 40, p. 389-347, 2004. p. 428. Disponível em: <https://repositorio.iidh.ed.cr/items/62d4b663-bd61-4e50-a8e8-43d7401a500d>. Acesso em: 06 nov. 2022.

¹⁰³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos Direitos Humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *et al.* (org.). **Refúgio, Migrações e Cidadania**. 3. ed. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2008. pp. 53-93. p. 91.

¹⁰⁴ FRANÇA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso nº 30696/09**. M.S.S. versus Bélgica e Itália. Estrasburgo, 21 de janeiro de 2011.

desenvolvimento dessas políticas uma prioridade na gestão das migrações na UE, o que, percebe-se, a prática, é que nem sempre esse direito é observado.

2.3 A TRADICIONAL POLÍTICA DE RETORNO DE MIGRANTES IRREGULARES NA UNIÃO EUROPEIA

Muitos dos indivíduos que chegam ao território da UE buscando proteção não preenchem os requisitos para entrada e permanência nos Estados-Membros do bloco. No contexto da externalização da gestão migratória para países terceiros, a UE desenvolve políticas para o retorno dos indivíduos que estejam irregularmente em seu território. A mais tradicional forma pela qual a UE desenvolve essa política é através do estabelecimento de Acordos de Readmissão em cooperação com países terceiros.

O instrumento normativo que regula a gestão dos indivíduos que estejam de forma irregular nos Estados-Membros da UE é a Diretiva de Retorno (Diretiva 2008/115/EC), a qual estabelece as medidas que devem ser tomadas pelos Estados-Membros quantos aos migrantes irregulares. Dessa forma, será verificado como se dá o procedimento de retorno de migrantes que estejam de forma irregular em território europeu, nos termos da Diretiva 2008/115/EC, bem como será compreendido como estão estruturados os Acordos de Readmissão.

2.3.1 O procedimento previsto na Diretiva 2008/115/EC

A Diretiva 2008/115/EC, também conhecida como Diretiva de Retorno, estabelece que os Estados-Membros devem emitir uma decisão de retorno relativa a qualquer estrangeiro que esteja de forma irregular em seu território, regulando os procedimentos aplicáveis à execução de tal decisão, inclusive no que se refere à possível detenção do indivíduo. Essa Diretiva tem como objetivo a previsão de um tratamento transparente aos migrantes em situação irregular, respeitando seus direitos humanos quando da emissão de uma decisão de retorno e foi transposta para o ordenamento interno de todos os Estados-Membros da União, com a exceção da Irlanda, e ainda para o de quatro países da área Schengen, quais sejam, Noruega, Irlanda, Suíça e Liechtenstein.

A Diretiva dispõe sobre os procedimentos a serem seguidos desde a apreensão de um migrante em situação irregular até seu efetivo retorno ao país de origem ou a país terceiro, bem como os direitos a serem respeitados a tais indivíduos durante as diferentes fases do procedimento de retorno, quais sejam, o período para saída voluntária, detenção e adiamento

da remoção, e os direitos de terceiros, como organizações não governamentais, a monitorarem as atividades referentes ao retorno.¹⁰⁵

Antes da adoção da Diretiva 2008/115/EC, a legislação da União na área do retorno estava restrita às iniciativas dos Estados-Membros, no uso do direito de co-iniciativa, como por exemplo, na organização de voos conjuntos para remoção de migrantes, bem como na prestação de assistência e reconhecimento mútuo de decisões de expulsão. Sendo assim, a Diretiva de Retorno foi pensada como uma legislação horizontal, que harmonizasse as normas existentes no Estados-Membros acerca de retornos, remoções, detenções de migrantes, entre outras,¹⁰⁶ sendo aplicada a qualquer nacional de país terceiro que esteja de forma irregular no território da União.

Desde 2008, cerca de 500.000 estrangeiros por ano têm sido obrigados a deixar a UE por terem entrado e permanecido em seu território sem autorização, de forma irregular,¹⁰⁷ entretanto, apenas cerca de 30% deles, de fato, retornam para seu país de origem ou para o país por meio do qual se deslocaram até território europeu.¹⁰⁸ A Diretiva de Retorno, em seu artigo 3º, define “retorno” como o processo pelo qual o nacional de um país terceiro, voluntária ou forçadamente, volta ao seu país de origem, a um país de trânsito com o qual a União ou seus Estados-Membros possui um acordo de readmissão ou de outra modalidade, ou a outro país terceiro, para o qual o estrangeiro decida voltar voluntariamente e para o qual será aceito.¹⁰⁹ Assim, depreende-se de tal dispositivo que o retorno de migrantes irregulares pode ser voluntário ou forçado.

Sob a legislação da UE, o retorno voluntário consiste no cumprimento autônomo por parte do migrante de uma ordem de regresso, de acordo com o prazo fixado para tanto na decisão de retorno (artigo 3, item 8 da Diretiva 2008/115/EC), através do fornecimento de assistência adequada ao mesmo por parte do Estado-Membro. Já o retorno forçado ocorre quando o indivíduo se recusa a cumprir voluntariamente, no prazo legal, a ordem de retorno,

¹⁰⁵ LUTZ, Fabian. Return Directive 2008/115/EC. In: HAILBRONNER, Kay; THYM, Daniel (org.). **EU Immigration and Asylum Law: A Commentary**. 2. ed. Munique: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2016. pp. 658-708. p. 667.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 664.

¹⁰⁷ TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. **EU readmission cooperation with third countries: relevant actions yielded limited results**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2021. p. 7.

¹⁰⁸ COMISSÃO EUROPEIA. **Migration and home affairs: return and readmission**. [S.l.], 2023. Disponível em: https://ec.europa.eu/home-affairs/policies/migration-and-asylum/irregular-migration-and-return/return-and-readmission_en. Acesso em: 21 maio 2022.

¹⁰⁹ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva nº 2008/115/CE**. Estrasburgo, 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0115>. Acesso em: 27 dez. 2022.

implicando em um ato judicial ou administrativo coercitivo para a aplicação da medida.¹¹⁰ O retorno forçado também é denominado de “remoção”, isto é, o transporte físico de um migrante irregular, para fora do território do Estado-Membro, após a emissão de uma decisão de retorno (artigo 3, item 5 da Diretiva 2008/115/EC), o que ocorre, normalmente, sob as disposições de acordos de readmissão concluídos pela União ou seus Estados-Membros com países de trânsito e origem relevantes.

O artigo 3, item 4, da Diretiva 2008/115/EC define decisão de retorno como “uma decisão ou ato administrativo ou judicial, determinando ou declarando como ilegal a estada de um nacional de país terceiro e impondo uma obrigação de retorno”, sendo o estabelecimento de medidas que permitam o retorno voluntário priorizado em relação às remoções forçadas. A Diretiva de Retorno começa a ser aplicada no momento em que o Estado-Membro toma conhecimento da permanência irregular de um nacional de país terceiro e continua a ser aplicada até o momento em que a estada irregular deste indivíduo termine, seja pela conclusão exitosa do procedimento de retorno ou pela concessão do direito de permanência.¹¹¹

O artigo 6 contém as previsões operacionais mais importantes da Diretiva de Retorno, estabelecendo que os Estados-Membros estão obrigados a emitirem uma decisão de retorno para qualquer nacional de país terceiro que esteja de forma irregular em seu território, com exceções específicas previstas no mesmo dispositivo, sendo o responsável por tal emissão o membro no qual o indivíduo foi apreendido. Isto é, não pode ser tolerada a presença irregular de um indivíduo em território europeu, sendo dever dos Estados iniciarem o procedimento de retorno quando tiverem conhecimento de sua existência ou conceder o direito de permanência, impedindo, assim, que tais indivíduos permaneçam em um “limbo” jurídico e evitando a exploração dos mesmos.¹¹²

Quanto ao retorno voluntário, o artigo 7 da Diretiva determina que as decisões de retorno devem conceder um prazo adequado para a saída voluntária dos nacionais de países terceiros, entre sete e trinta dias, sem prejuízo de exceções previstas no mesmo dispositivo. O Estado-Membro emissor da decisão é o responsável por decidir o prazo que será concedido para a partida voluntária e o mesmo pode ser estendido sempre que necessário diante das especificidades do caso concreto, tais como a existência de filhos que frequentam a escola, de

¹¹⁰ GIUFFRÉ, Mariagiulia. Obligation to Readmit? The Relationship between Interstate and EU Readmission Agreements. In: IPPOLITO, F.; TREVISANUT, S. (ed.). **Migration in Mare Nostrum: Mechanisms of International Cooperation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 263-287.

¹¹¹ LUTZ, Fabian. Return Directive 2008/115/EC. In: HAILBRONNER, Kay; THYM, Daniel (org.). **EU Immigration and Asylum Law: A Commentary**. 2. ed. Munique: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2016. pp. 658-708. p. 667.

¹¹² *Ibid.*, p. 687.

outros membros familiares ou laços sociais.¹¹³ A priorização da partida voluntária em detrimento do retorno forçado está consagrada no Direito da UE, em especial na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que estabelece que o princípio da proporcionalidade deve ser observado em todos os estágios do procedimento de retorno, a fim de garantir o respeito aos direitos humanos e para que tal procedimento seja carreado “por meio das medidas menos restritivas possíveis nas circunstâncias individuais do caso (tradução nossa)”¹¹⁴

Além disso, é notório que a partida voluntária de nacionais de países terceiros traz menos custos aos Estados-Membros do que as remoções forçadas.¹¹⁵ Estas consistem, de fato, no transporte dos indivíduos para fora do território dos Estados-Membros, sendo reguladas pelo artigo 8 da Diretiva, o qual determina que os membros devem tomar todas as medidas necessárias para executar a decisão de regresso, caso não tenha sido concedido prazo para a partida voluntária ou se esta não tenha sido cumprida dentro do prazo estabelecido.¹¹⁶ Esse procedimento de retorno deve observar o princípio da proporcionalidade e os direitos humanos dos indivíduos, bem como pode variar em termos do grau de força e formas de escolta utilizadas, sendo obrigação dos Estados observarem sempre a utilização das medidas menos intrusivas. Isto é, a utilização de medidas coercitivas para garantir o retorno de uma pessoa que esteja resistindo a este, tais como a detenção, prevista no artigo 15 da Diretiva, deve ocorrer como último recurso e, em tese, não pode exceder à razoabilidade no uso da força.¹¹⁷

a Diretiva prevê uma gradação das medidas a serem tomadas para a execução da decisão de retorno, uma gradação que vai desde a medida que confere maior liberdade ao interessado, notadamente concedendo um prazo para sua saída voluntária, até as medidas que mais restringem essa liberdade, notadamente a detenção em estabelecimento especializado (tradução nossa).¹¹⁸

As decisões de retorno podem ser adotadas pelos Estados-Membros em conjunto com uma decisão que determine o término da estadia legal de um indivíduo e/ou uma ordem de remoção, em um único ato administrativo ou judicial, nos termos do artigo 6 da Diretiva.¹¹⁹

¹¹³ Diretiva 2008/115/CE.

¹¹⁴ MAJCHER, Izabella. Evaluation of the implementation of the Return Directive (part II). In: EISELE, Katharina (ed.). **The Return Directive 2008/115/EC: European Implementation Assessment**. Bruxelas: European Parliamentary Research Service, 2020. pp. 27-134. p. 65.

¹¹⁵ MAJCHER, *op. cit.*, p. 65.

¹¹⁶ Diretiva 2008/115/CE.

¹¹⁷ LUTZ, Fabian. Return Directive 2008/115/EC. In: HAILBRONNER, Kay; THYM, Daniel (org.). **EU Immigration and Asylum Law: A Commentary**. 2. ed. Munique: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2016. pp. 658-708. p. 699. Nesse sentido: MAJCHER, *op. cit.*, p. 71.

¹¹⁸ LUTZ, Fabian. Return Directive 2008/115/EC. In: HAILBRONNER, Kay; THYM, Daniel (org.). **EU Immigration and Asylum Law: A Commentary**. 2. ed. Munique: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2016. pp. 658-708. p. 699.

¹¹⁹ Diretiva 2008/115/CE.

Nesses casos, a combinação de uma decisão de retorno com uma ordem de remoção implica que a mesma seja executável de pronto, contudo, caso a decisão de retorno conceda um período para partida voluntária, deve ser deixado claro ao indivíduo interessado que a remoção só irá ocorrer se a obrigação de retorno dentro do período estabelecido não seja cumprida.¹²⁰

Quanto à remoção de nacionais de países terceiros por via aérea, o artigo 8, item 5, da Diretiva determinar que os Estados devem observar as Orientações comuns em matéria de disposições de segurança nas operações conjuntas de afastamento por via aérea, anexas à Decisão 2004/573/CE, as quais abordam as condições médicas do indivíduo, os requisitos para acompanhantes e as limitações do uso de medidas coercitivas.¹²¹ Tais Orientações dispõem que os Estados-Membros são responsáveis por conduzir essas operações de remoção, assim, os mesmos têm a obrigação de supervisioná-las, sempre assegurando a presença de um representante oficial do Estado durante o voo, em caso de utilização do setor privado para executá-lo. A FRONTEX também possui como uma de suas funções a prestação de assistência aos Estados-Membros para a organização de operações conjuntas de retorno.¹²²

De acordo com o artigo 12 da Diretiva, as decisões de retorno devem ser emitidas de forma escrita, com linguagem acessível e compreensível ao indivíduo interessado, inclusive no que se refere às possibilidades de recurso, as quais estão previstas no artigo 13. Assim, o nacional de país terceiro tem o direito de dispor de vias de recurso efetivo contra as decisões relacionadas à determinação de retorno, perante autoridades judiciais e administrativas competentes, inclusive com a possibilidade de que a decisão seja suspensa temporariamente e que lhe seja assegurado a concessão de assistência e representação jurídica gratuita.¹²³

Enquanto um nacional de país terceiro estiver presente no território de algum Estado-Membro, mesmo que de forma irregular, este permanece protegido pelas disposições da Diretiva 2008/115/CE, em especial o respeito ao princípio do *non-refoulement*¹²⁴ e o direito à saúde (artigo 5º), o estabelecimento de mecanismos para o monitoramento dos retornos forçados (artigo 8º), o adiamento da remoção diante de situações específicas (Artigo 9), o acesso à direitos básicos durante o período concedido para retorno voluntário ou durante o adiamento

¹²⁰ LUTZ, *op. cit.*, p. 699.

¹²¹ Diretiva 2008/115/CE. MAJCHER, Izabella. Evaluation of the implementation of the Return Directive (part II). In: EISELE, Katharina (ed.). **The Return Directive 2008/115/EC: European Implementation Assessment**. Bruxelas: European Parliamentary Research Service, 2020. pp. 27-134. p. 72.

¹²² LUTZ, *op. cit.*, p. 700.

¹²³ Diretiva 2008/115/CE. AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; CONSELHO DA EUROPA. **Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2020. p. 160.

¹²⁴ Vide nota de rodapé nº 40.

da remoção (artigo 14), e direito de não ser detido por motivos referentes à determinação de retorno por mais de 18 meses (artigo 15).¹²⁵

Sendo assim, verifica-se que a Diretiva 2008/115/CE regula o processo de saída de um nacional de país terceiro da EU, quando este não preenche os requisitos para sua permanência. Uma das formas pelas quais os membros da União promovem o retorno desses indivíduos é através dos acordos de readmissão estabelecidos em cooperação com países terceiros, os quais também devem levar em conta a emissão de uma decisão de retorno nos termos da referida Diretiva, isto é, a utilização dos acordos de readmissão pressupõe a existência de uma ordem de retorno daqueles indivíduos.

2.3.2 Os Acordos de readmissão estabelecidos entre a União Europeia e países terceiros para o retorno de migrantes

A política de retorno de migrantes irregulares da UE vem sendo, cada vez mais, compreendida à luz da gestão das fronteiras e da dimensão externa das migrações, através da cooperação com países terceiros. Eisele e Wiesbrock afirmam que foi no início da década de 1990 que a Comissão Europeia enfatizou que as políticas migratórias da UE demandavam uma dimensão de ação interna e externa. Assim, emergiu o entendimento de que era necessário o desenvolvimento de uma política europeia comum em âmbito migratório, a qual, para seu sucesso, deveria compreender não apenas um conjunto de legislação interna aplicável a indivíduos nacionais de países terceiros, mas também exigia uma abordagem externa destinada aos países de origem e de trânsito.¹²⁶

Diante disso e a partir da entrada em vigor do Tratado de Amsterdã, em 1999, que concedeu à União a competência para adotar legislação secundária na área migratória e de asilo, a UE começou a estabelecer acordos e parcerias com países terceiros visando o aprimoramento do diálogo e cooperação em âmbito migratório.¹²⁷ Nesse contexto, ocorre a proliferação de mecanismos de externalização e extraterritorialização do controle migratório na UE, em especial, no que se refere às áreas de retorno e readmissão.¹²⁸ Eisele e Wiesbrock definem essa

¹²⁵ Diretiva 2008/115/CE.

¹²⁶ EISELE, Katharina; WIESBROCK, Anja. **Reaching out – the external dimension of the EU's migration policy: a comparative study on India and Australia**. Fiesole: CARIM-India, 2013. Disponível em: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/29474>. Acesso em: 28 maio 2022.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke. The external dimensions of EU migration and asylum policies in times of crisis. In: CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke (ed.). **Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. pp. 1-20. p. 8.

“dimensão externa” da política migratória da UE como “o link entre as leis migratórias da UE com outras políticas em especial as de estrangeiras e de desenvolvimento (tradução nossa)”.¹²⁹

Nesse sentido, segundo Carrera, Santos e Strik,

as dimensões externas da política migratória da UE têm uma história mais longa. [...] Durante as últimas décadas, a UE desenvolveu uma matriz complexa e diversificada de instrumentos políticos, jurídicos e financeiros delineando a cooperação com países terceiros na gestão das migrações, fronteiras e asilo na chamada Abordagem Global para Migrações (tradução nossa).¹³⁰

A Abordagem Global para Migrações, adotada pela UE em 2005 e renomeada Abordagem Global para Migrações e Mobilidade em 2011, promove a integração entre as migrações, as relações externas e o desenvolvimento de políticas à nível da União com o objetivo de lidar com a questão migratória de forma conjunta.¹³¹ Um dos principais instrumentos legais no âmbito da dimensão externa da política migratória da UE para o retorno de migrantes são os acordos de readmissão estabelecidos pelo bloco em cooperação com países terceiros, cuja base jurídica encontra-se no artigo 79 (3) do TFUE. Esses acordos estabelecem de forma clara as obrigações e os detalhes administrativos e operacionais dos procedimentos voltados facilitar o retorno e o deslocamento de pessoas que estejam residindo irregularmente no território dos Estados-Membros.

A IOM define a readmissão como o “ato de um Estado que aceita a reentrada de um indivíduo (nacional próprio, nacional de outro Estado – mais comumente uma pessoa que tenha transitado anteriormente pelo país ou um residente permanente – ou apátrida (tradução nossa)”,¹³² tratando-se de uma obrigação perante o direito internacional consuetudinário. Tendo em vista essa obrigação internacional dos Estados readmitirem seus nacionais, bem como o direito de cada indivíduo retornar ao seu país de origem, a partir de 1990, a UE passou a inserir cláusulas migratórias em seus acordos com países terceiros, sendo que, desde 1999, o Conselho Europeu decidiu por incluir cláusulas padrões acerca da readmissão de migrantes em todos os acordos de cooperação e associação com países estrangeiros.¹³³ Tais medidas abriram caminho

¹²⁹ EISELE, Katharina; WIESBROCK, Anja. **Reaching out – the external dimension of the EU’s migration policy: a comparative study on India and Australia**. Fiesole: CARIM-India, 2013. p. 5. Disponível em: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/29474>. Acesso em: 28 maio 2022.

¹³⁰ CARRERA; VARA; STRIK, *op. cit.*, p. 8.

¹³¹ EISELE; WIESBROCK, *op. cit.*, p. 1.

¹³² INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **Glossary on Migration**. 34. ed. Genebra: International Organization for Migration, 2019. p. 169. Disponível em: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf. Acesso em: 15 abr. 2022.

¹³³ TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. **EU readmission cooperation with third countries: relevant actions yielded limited results**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2021. p. 9.

para os tradicionais acordos de readmissão estabelecidos na atualidade, com a finalidade de facilitar a implementação prática da obrigação de readmissão.

Os acordos de readmissão são definidos, na UE, como um

acordo entre a União Europeia (UE) e/ou um Estado-Membro da UE com um país terceiro, baseado na reciprocidade, estabelecendo procedimentos rápidos e eficazes para a identificação e retorno seguro e ordenado de pessoas que não cumprem ou deixaram de cumprir as condições de entrada, presença ou residência nos territórios do país terceiro ou de um dos Estados-Membros da UE, e facilitar o trânsito dessas pessoas em espírito de cooperação (tradução nossa).¹³⁴

Isto é, os referidos acordos formalizam os procedimentos e mecanismos de cooperação entre o país no qual o migrante esteja de forma irregular e o país ao qual o mesmo será retornado, sendo que, mesmo com a ausência deles, a norma costumeira internacional de readmissão de nacionais ainda seria válida, contudo, se tornam necessários quando os Estado falham na implementação e reconhecimento dessa obrigação.¹³⁵ Assim, a proliferação do estabelecimento de acordos de readmissão se justifica pela necessidade de facilitação e solução de problemas existentes no processo de retorno e readmissão de migrantes.

Por esse motivo, houve um notório crescimento no número de negociações e conclusões de acordos de readmissão desde a década de 1990, na qual mais de 220 acordos foram firmados mundialmente, dos quais grande parte envolvia os Estados-Membros da UE. Desde então, o número de acordos de readmissão firmados pelos países da União continuou a crescer, tanto os firmados entre os membros do bloco, quanto os firmados com países terceiros em zonas de trânsito e regiões de origem, de modo que “a atividade negocial Comunidade e dos seus Estados-Membros atua, além disso, como catalisador para a conclusão de acordos de readmissão entre países terceiros, criando um efeito cascata em direção leste para a Ásia e em direção sul para a África subsaariana (tradução nossa)”.¹³⁶

O estabelecimento de acordos de readmissão pode ser visto, portanto, como a materialização da obrigação internacional de readmitir indivíduos,¹³⁷ confirmando, através da prática estatal reiterada, a existência de tal norma consuetudinária, bem como uma forma de

¹³⁴ EUROPEAN MIGRATION NETWORK. **Asylum and Migration Glossary 6.0**. Bruxelas: Directorate General for Home Affairs, 2018, p. 302.

¹³⁵ PANIZZON, Marion. Readmission Agreements of EU Member States: A Case for EU Subsidiarity or Dualism? **Refugee Survey Quarterly**, Oxford, v. 31, n. 4, p. 101-133, 2012. p. 111. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2141875. Acesso em: 03 maio 2022.

¹³⁶ COLEMAN, Nils. **European Readmission Policy: third country interests and refugee rights**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 37.

¹³⁷ GIUFFRÉ, Mariagiulia. Obligation to Readmit? The Relationship between Interstate and EU Readmission Agreements. In: IPPOLITO, F.; TREVISANUT, S. (ed.). **Migration in Mare Nostrum: Mechanisms of International Cooperation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 263-287.

compensar eventual não implementação da obrigação costumeira por parte dos Estados ou mesmo de facilitar processos dificultados pela burocracia estatal. Nesse sentido, Marion Panizzon aponta que os acordos de readmissão “regem uma situação jurídica que é autoritária e exaustivamente governada pelo Direito Internacional Consuetudinário (tradução nossa)”,¹³⁸ enquanto Coleman sugere que os mesmos “não apenas codificam uma obrigação de readmitir nacionais, mas também tornam esta obrigação mais concreta ao estabelecerem um procedimento, provas e prazos relevantes para a sua implementação (tradução nossa)”.¹³⁹

Esses acordos são caracterizados pelo estabelecimento de “uma obrigação de readmitir nacionais, uma lista de meios de prova que obriguem o Estado requerido a reconhecer a nacionalidade e uma obrigação de emitir um documento de viagem dentro de um determinado prazo (tradução nossa)”.¹⁴⁰ Assim, os acordos de readmissão desempenham um papel importante para contornar possíveis obstáculos práticos e procedimentais impostos pelos Estados requeridos quando da readmissão e suas disposições são redigidas, usualmente, com linguagem recíproca entre as partes contratantes, as quais se obrigam a deveres idênticos.

Grande parte deles, no entanto, é firmada entre Estados com diferentes contextos socioeconômicos, de modo que os países requeridos não compartilham do mesmo interesse no retorno dos migrantes em relação aos estados que estão requerendo esse retorno. Dessa forma, nos acordos de readmissão, os Estados podem estabelecer incentivos entre o país requerente e o país requerido, como troca para a conclusão do mesmo, o que é entendido como uma compensação pela limitação em sua soberania, tendo em vista que tais acordos preveem uma série de procedimentos, prazos e restrições administrativas acerca de como a readmissão dos indivíduos devem ser implementadas.¹⁴¹ Além disso, parte significativa dos acordos da União também contempla uma cláusula de readmissão de nacionais de países terceiros. Ao contrário da readmissão de nacionais próprios, a readmissão de nacionais de países terceiros não é considerada uma norma consolidada perante o Direito Internacional. Assim, muitas vezes, a inclusão de tal cláusula enseja a compensação diante de certos benefícios.

De qualquer forma, a conclusão de acordos de readmissão, além de proporcionar o cumprimento de uma obrigação internacional, sempre representa interesses e implica em benefícios para as partes contratantes, inclusive os países terceiros. Mesmo quando não haja

¹³⁸ PANIZZON, *op. cit.*, p. 111.

¹³⁹ COLEMAN, Nils, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁰ COLEMAN, Nils, *op. cit.*, p. 36.

¹⁴¹ GIUFFRÉ, Mariagiulia. The European Union Readmission Policy after Lisbon. **Interdisciplinary Political Studies Journal**, v. 1, p. 7-19, fev. 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2408470. Acesso em: 26 jun. 2022.

compensação explícita, a cooperação através de acordos de readmissão possui benefícios implícitos. Assim, o interesse dos países de origem em colaborar na readmissão de seus nacionais emerge como uma possibilidade de fortalecer suas relações internacionais com os países da UE, o que pode levar a futuros benefícios econômicos e políticos, se tornando vantajoso para os mesmos. Diante disso, muitos países condicionam o desenvolvimento de uma cooperação no âmbito da readmissão de migrantes ao estabelecimento de um acordo formal, visando os benefícios que os mesmos trarão, bem como o aperfeiçoamento de suas relações e interesses com outros Estados.¹⁴²

Segundo Giuffré, atualmente, a readmissão de migrantes se constitui em uma “rede composta por diferentes instrumentos institucionais, que vão desde auxílio ao desenvolvimento até a facilitação de vistos, da cooperação técnica para a externalização do controle migratório até trocas laborais (tradução nossa)”.¹⁴³ O objetivo dos acordos de readmissão é aprimorar a cooperação entre as instituições da União, os governos de seus membros e os países terceiros, ao proporcionar a readmissão de nacionais de outros Estados sem formalidades, permitindo que as autoridades transfiram tais indivíduos sem o envolvimento de canais diplomáticos,¹⁴⁴ sendo que os mesmos só podem ser utilizados após a emissão de uma decisão de retorno, nos termos da Diretiva 2008/115/CE e observando as regras de asilo da União. Assim, pode-se dizer que os acordos de readmissão firmados pela UE estabelecem uma série de obrigações recíprocas entre a mesma e países terceiros, em especial no que se refere a procedimentos administrativos e operacionais, com o objetivo de facilitar o retorno de migrantes que estejam de forma irregular no território dos Estados-Membros ao seu país de origem ou a um país de trânsito, bem como implementar as decisões de retorno adotadas em conformidade com a Diretiva 2008/115/EC.¹⁴⁵

Ao total, a UE já estabeleceu 18 acordos de readmissão com países terceiros,¹⁴⁶ em especial do leste europeu, norte da África e centro asiático, e possui seis que atualmente estão em negociação,¹⁴⁷ cujas medidas visam a implementação de procedimentos rápidos e efetivos

¹⁴² COLEMAN, Nils, *op. cit.*, p. 38-41.

¹⁴³ GIUFFRÉ, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ POLICY DEPARTMENT CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS. **EU cooperation with third countries in the field of migration**. Bruxelas: Policy Department, 2015. p. 37.

¹⁴⁶ Hong Kong (2004), Macau (2004), Sri Lanka (2005), Albânia (2006), Rússia (2007), Ucrânia (2008), Macedônia do Norte (2008), Bósnia e Herzegovina (2008), Montenegro (2008), Sérvia (2008), Moldávia (2008), Paquistão (2010), Geórgia (2011), Armênia (2014), Azerbaijão (2014), Turquia (2014), Cabo Verde (2014), Belarus (2020). COMISSÃO EUROPEIA. **Migration and home affairs: return and readmission**. [S.l.], 2023. Disponível em: https://ec.europa.eu/home-affairs/policies/migration-and-asylum/irregular-migration-and-return/return-and-readmission_en. Acesso em: 21 maio 2022.

¹⁴⁷ Marrocos, Argélia, China, Tunísia, Jordânia, Nigéria. TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. **EU readmission cooperation with third countries: relevant actions yielded limited results**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2021. p. 12.

para identificação, redocumentação e retorno de indivíduos que estejam de forma irregular no território dos Estados-Membros.¹⁴⁸ Os acordos são assinados com países que preencham critérios tais como o tamanho de seus fluxos migratórios, sua posição geográfica em relação à União, as chances de êxito na implementação das disposições, a necessidade de capacitação para gestão das migrações, a existência de uma estrutura para cooperação e sua atitude em relação à cooperação em âmbito migratório.¹⁴⁹

Esses acordos são adotados através de uma decisão do Conselho Europeu aprovada pelo Parlamento, após aquele autorizar a Comissão Europeia a abrir negociações com países terceiros relativamente a tais acordos, em conjunto com o Serviço Europeu de Ação Externa.¹⁵⁰ Uma vez em vigor, eles são monitorados por um Comitê Conjunto de Readmissão, o qual é composto por peritos e representantes dos Estados-Membros da União e do país terceiro, e copresidido pela Comissão Europeia e pelo país terceiro. Os mesmos podem ser celebrados tanto pela União quanto pelos próprios Estados-Membros individualmente, contudo, aqueles celebrados pela União têm preferência sobre os celebrados entre Estados-Membros e países terceiros.¹⁵¹

Os acordos de readmissão operam na base da reciprocidade, isto é, as mesmas regras e condições se aplicam aos nacionais dos membros da União e aos nacionais da outra parte e a maioria deles inclui uma cláusula de readmissão de indivíduos que não sejam nacionais de nenhuma das partes do acordo, ou mesmo pessoas apátridas, mas que tenham transitado pelo território do país contratante antes de chegar ao território europeu, a chamada cláusula de nacionais de países terceiros.¹⁵² Nos acordos com a presença dessa cláusula, “uma parte precisaria readmitir um indivíduo que não é seu cidadão se essa pessoa: entrou irregular e diretamente no território de uma parte através da outra; for titular, no momento do pedido de

¹⁴⁸ SLOMINSKI, Peter; TRAUNER, Florian. Reforming me softly – how soft law has changed EU return policy since the migration crisis. **West European Politics**, Londres, v. 44, n. 1, p. 93-113, 2021. p. 93. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1745500#:~:text=This%20article%20argues%20that%20the,focus%20on%20'efficiency'>. Acesso em: 01 abr. 2022.

¹⁴⁹ PANIZZON, Marion. Readmission Agreements of EU Member States: A Case for EU Subsidiarity or Dualism? **Refugee Survey Quarterly**, Oxford, v. 31, n. 4, p. 101-133, 2012. p. 121. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2141875. Acesso em: 03 maio 2022.

¹⁵⁰ TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. **EU readmission cooperation with third countries**: relevant actions yielded limited results. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2021. p. 13.

¹⁵¹ PARLAMENTO EUROPEU. **EU Readmission Agreements**: Facilitating the return of irregular migrants. [S.l.], 2015. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2015\)554212](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2015)554212). Acesso em 27 maio 2022.

¹⁵² EUROPEAN MIGRATION NETWORK. **Asylum and Migration Glossary 6.0**. Bruxelas: Directorate General for Home Affairs, 2018, p. 301.

readmissão, de visto ou autorização de residência válidos diante do país em questão (tradução nossa)”.¹⁵³

Além disso, muitos acordos apresentam condições específicas para casos em que os indivíduos em questão possuam filhos menores, companheiros ou sejam ex-nacionais de uma das partes.¹⁵⁴ Assim, a adoção dos mesmos se insere em um contexto mais amplo no qual são oferecidos aos países terceiros benefícios tais como auxílio financeiro para a implementação das disposições dos acordos ou mesmo condições comerciais especiais como forma de retribuição pela readmissão desses indivíduos, principalmente quando o acordo envolver a readmissão de indivíduos que não sejam nacionais das partes contratantes, mas que tenham transitado por seu território, cláusula esta não muito bem aceita pelos países terceiros.¹⁵⁵

Tendo em vista que a negociação dos mesmos depende significativamente das relações políticas entre os países, o conteúdo dos acordos de readmissão pode variar, contudo, em geral, eles seguem as mesmas disposições.¹⁵⁶ O procedimento para a readmissão de um migrante que esteja irregularmente no território dos Estados-Membros inicia com a comunicação prévia ao país contratante, através de uma solicitação de readmissão à autoridade competente do Estado requisitado, contendo informações que possam identificar o indivíduo a ser retornado, tais como nome, data de nascimento, sexo, descrição física, língua, estado civil e evidências de sua nacionalidade, além de informações acerca da saúde do mesmo, caso necessário, e se o indivíduo se constitui em uma pessoa perigosa, exigindo medidas de segurança, de acordo com as especificações do acordo de readmissão em questão.¹⁵⁷

Caso não seja possível o fornecimento de todas essas informações, ainda é permitida a readmissão do indivíduo, caso haja evidência suficiente de sua nacionalidade, e quando o migrante possui documentos de viagem válidos, os requisitos da comunicação prévia são menos restritos, bastando uma comunicação escrita à autoridade competente tempo razoável antes da transferência.¹⁵⁸ Quanto à readmissão de apátridas e nacionais de países que não fazem parte

¹⁵³ EUR-LEX. **Readmission agreements between the EU and certain non-EU countries**. [S.l.], 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:114163>. Acesso em 27 maio. 2022.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ PARLAMENTO EUROPEU. **EU Readmission Agreements: Facilitating the return of irregular migrants**. [S.l.], 2015. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2015\)554212](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2015)554212). Acesso em 27 maio 2022.

¹⁵⁶ GIUFFRÉ, Mariagiulia. The European Union Readmission Policy after Lisbon. **Interdisciplinary Political Studies Journal**, v. 1, p. 7-19, fev. 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2408470. Acesso em: 26 jun. 2022.

¹⁵⁷ COLEMAN, Nils, *op. cit.*, p. 96-97.

¹⁵⁸ *Ibid.*

do acordo, também deve ser solicitada à autoridade competente do país em questão dentro de um prazo determinado após a parte ter conhecimento da situação irregular do indivíduo.¹⁵⁹

Quanto aos prazos referentes ao procedimento de readmissão, após a detecção da presença de um migrante irregular, o Estado tem, normalmente, o máximo de 1 ano para submeter a solicitação de readmissão, o qual pode ser estendido e variar de acordo para acordo.¹⁶⁰ Já as respostas às comunicações de readmissão devem ser fornecidas em período determinando, usualmente entre 1 semana e 1 mês, sendo que em caso de concordância, um documento de viagem deve ser expedido pelas autoridades competentes e em caso de recusa, a mesma deve ser motivada. Ainda, os acordos dispõem sobre as medidas a serem tomadas para viabilizar as operações de retorno, como prazos, data, lugar, meio de transporte, e acompanhantes.¹⁶¹

Além disso, durante esse processo de retorno de migrantes ao seu país de origem ou a um país de trânsito através dos acordos de readmissão, os Estados devem observar as normas internacionais de direitos humanos, em especial o princípio do *non-refoulement* e a proibição de expulsão em massa, bem como o requisito do devido processo legal.¹⁶² Os acordos de readmissão devem mencionar explicitamente os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos e Direitos dos migrantes aos quais suas disposições estarão de acordo, incorporando os padrões mínimos de direitos humanos estabelecidos nos mesmos, tais como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, Convenção contra tortura e outros tratamentos cruéis ou degradantes de 1984 e a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951.¹⁶³

Sendo assim, o sucesso de um sistema de remoção de migrantes irregulares depende da efetividade das modalidades de execução das decisões de retorno, sendo uma delas a cooperação entre os países de destino e os países de origem ou trânsito de migrantes, através da formalização de acordos que facilitem o processo de saída e readmissão de nacionais de países terceiros que estejam irregularmente em território europeu, verificando-se a importância dos acordos de readmissão. Contudo, os países terceiros apresentam certa resistência nas

¹⁵⁹ EUR-LEX, *op. cit.*

¹⁶⁰ COLEMAN, *op. cit.*, p. 100.

¹⁶¹ EUR-LEX, *op. cit.*

¹⁶² SLOMINSKI, Peter; TRAUNER, Florian. Reforming me softly – how soft law has changed EU return policy since the migration crisis. **West European Politics**, Londres, v. 44, n. 1, p. 93-113, 2021. p. 93. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1745500#:~:text=This%20article%20argues%20that%20the,focus%20on%20efficiency>. Acesso em: 01 abr. 2022.

¹⁶³ PANIZZON, Marion. Readmission Agreements of EU Member States: A Case for EU Subsidiarity or Dualism? **Refugee Survey Quarterly**, Oxford, v. 31, n. 4, p. 101-133, 2012. p. 118. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2141875. Acesso em: 03 maio 2022.

negociações referentes aos acordos de readmissão, especialmente por questões de política interna, o que tem feito a Comissão Europeia focar, desde 2016, no desenvolvimento de acordos não vinculantes, isto é, instrumento de *soft law*, para o retorno de migrantes.¹⁶⁴

¹⁶⁴ TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. **EU readmission cooperation with third countries**: relevant actions yielded limited results. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2021. p. 11.

3. AS NORMAS DE *SOFT LAW* E SUA UTILIZAÇÃO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

A complexidade crescente das relações em âmbito internacional se reflete na variedade de formas adotadas pelos atores internacionais para regular seus comportamentos e compromissos referentes aos problemas de interesse transnacional. O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça estabelece como fontes do direito internacional os tratados, o costume internacional e os princípios gerais de direito. Contudo, a prática revela que os Estados e atores não-estatais criam e implementam uma série de compromissos através de instrumentos distintos das formas tradicionais de direito, mas que são capazes de produzirem efeitos legais entre as partes, sendo compreendidos sob a denominação de *soft law*.

No direito da UE atual, as normas de *soft law* vêm sendo concebidas como alternativas viáveis às tradicionais normas de *hard law*, tanto em âmbito interno quanto na dimensão externa, em suas relações com países terceiros, o que ocorre, inclusive, na dimensão externa da política migratória da União. Diante disso, o presente capítulo tem como objetivo examinar as características e a repercussão das normas de *soft law* e de que modo as mesmas vêm sendo aplicadas no direito da UE, em especial na dimensão externa de sua política migratória e enquanto mecanismos da política de retorno de migrantes que residam irregularmente em território europeu.

Para isso, inicialmente, tendo em vista a proliferação de instrumentos de *soft law* em âmbito internacional nas relações entre seus atores, serão examinadas as características e repercussões dessas normas no direito internacional. Após, será analisado como as mesmas são utilizadas no direito da UE, a competência da União para tanto, bem como seus efeitos e a capacidade de serem revisadas judicialmente. Por fim, será compreendida a tendência de proliferação da externalização das políticas migratórias da UE para países terceiros, assim como o papel da *soft law* nesse processo, em especial, enquanto alternativa à tradicional política de retorno de migrantes que residam irregularmente na UE.

3.1 O INSTITUTO DA *SOFT LAW* NO DIREITO INTERNACIONAL

O desenvolvimento de instrumentos normativos não vinculantes para regular as ações e compromissos dos atores internacionais vem sendo uma prática cada vez mais recorrente. Não há um consenso, no entanto, na comunidade internacional, quando ao conceito e a natureza das normas de *soft law*, tampouco acerca das motivações que levam à sua utilização. Dessa forma,

antes de adentrar à utilização dessas normas no direito da UE, importante é compreender suas origens, características e motivos pelos quais são utilizadas.

Sendo assim, considerando que a concepção de *soft law* se desenvolveu, inicialmente, em âmbito internacional, a presente seção visa analisar as definições concebidas para as normas de *soft law* perante o direito internacional, bem como suas características, as diferenças em relação às normas entendidas como *hard law* e as razões que têm levado à sua proliferação de sua utilização.

3.1.1 Conceito e características

O conceito de *soft law* se desenvolveu, inicialmente, no âmbito do Direito Internacional, no início da década de 1970, quando a ordem jurídica pós-colonial exigiu um novo sistema de normas adequado aos diferentes interesses e necessidades da economia de mercado dos Estados industrializados, bem como os do “Terceiro Mundo”. A emergência desse instituto está relacionada aos desafios impostos aos métodos jurídicos tradicionais pela globalização e pelo crescimento de atores internacionais não-estatais, em especial, as organizações internacionais, como a ONU, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organização Mundial do Comércio (OMC) e Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).¹⁶⁵

Não obstante a recorrente e cada vez mais crescente utilização dessa modalidade de instrumentos, o conceito de *soft law* é de difícil definição, inexistindo um consenso quanto ao seu significado e, muitas vezes, também quanto à sua própria configuração como lei. Isso ocorre porque os Estados optam por adotar “algo maior do que a completa ausência de compromisso, mas menor do que o pleno direito internacional”. Desse modo, por um lado, a *soft law* é compreendida por alguns estudiosos como não detentora de natureza legal. Por outro, também não é entendida como mero instrumento político.¹⁶⁶ Assim, a definição e objeto da *soft law* são matérias objeto de discussão na comunidade internacional.

Na doutrina internacional, o conceito de *soft law* é geralmente contrastado com o de *hard law*. Kenneth Abbott e Duncan Snidal compreendem *hard law* como obrigações juridicamente vinculantes, que são precisas e delegam autoridade para interpretar e implementar

¹⁶⁵ STEFAN, Oana *et al.* **EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review**. Londres: Solar, 2019. p. 5. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346629. Acesso em: 30 mar. 2022.

¹⁶⁶ GUZMAN, Andrew T.; MEYER, Timothy L. International Soft Law. **Journal of Legal Analysis**, Oxford, v. 2, n. 2, p. 171-225, 2010. Disponível em: <https://academic.oup.com/jla/article/2/1/171/846831>. Acesso em: 27 dez. 2022.

as leis.¹⁶⁷ Isto é, para os autores, as normas de *hard law* são caracterizadas por níveis de obrigação, precisão e delegação, de modo que “a obrigação pressupõe que os atores internacionais estão legalmente vinculados por uma certa disposição; a precisão requer exatidão quanto à conduta a seguir; e a delegação significa que a implementação, interpretação, aplicação das regras e resolução de conflitos são confiadas a partes terceiras”.¹⁶⁸ Dessa forma, quando um ou mais desses elementos estejam enfraquecidos, se estará diante de uma norma legal, mas que não pode ser compreendida como *hard law*, se configurando, portanto, como *soft law*, a qual também é definida como “instrumentos informais”, a fim de diferenciá-las das formas tradicionais de Direito.

Fabien Terpan, por sua vez, ao conceituar e diferenciar normas de *soft* e *hard law*, não utiliza o elemento da precisão enquanto parâmetro e, ao mesmo tempo, considera a execução como um critério no lugar da delegação. Isso porque esta prioriza as autoridades designadas para implementar os acordos, enquanto aquela enfatiza todo o arcabouço de mecanismos que podem ser utilizados para assegurar que as partes cumpram suas obrigações e atinjam os objetivos determinados, englobando tanto a delegação para terceiros quanto instrumentos como diretrizes e instruções e procedimentos de revisão judicial e sanções. Assim, o autor entende que a distinção entre *hard* e *soft law* não reside apenas na existência de uma obrigação, mas também na forma como esta é executada, ao passo em que a precisão é uma qualidade para determinar a existência e intensidade dessa obrigação.¹⁶⁹

Para o autor, as normas são “*hard*” quando tiverem como fonte instrumentos formais, legalmente vinculantes, cujo conteúdo é redigido de maneira precisa, autorizando ou proibindo uma forma de conduta. No mesmo sentido, as normas podem ser executadas de forma suave (*soft enforcement*) ou dura (*hard enforcement*), ou ainda não possuírem qualquer mecanismo de execução. Situações em que regras são submetidas a controle judicial ou a uma forma muito restritiva de controle não judicial, tal como os mecanismos de implementação, monitoração e resolução de controvérsias da Organização Internacional do Trabalho, se configuram em mecanismos “*hard*” de execução. Já os procedimentos entendidos como “*soft*” são aqueles que visam assegurar o cumprimento da norma sem recorrer a meios de coerção e restrição, como

¹⁶⁷ ABBOTT, Kenneth W; SNIDAL, Duncan. Hard and Soft Law in International Governance. **International Organization**, Cambridge, v. 54, n. 3, p. 421-456, 2000. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/international-organization/article/abs/hard-and-soft-law-in-international-governance/EC8091A89687FDF7FC9027D1717538BF>. Acesso em: 22 dez. 2022.

¹⁶⁸ STEFAN, Oana *et al.* **EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review**. Londres: Solar, 2019. p. 6. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346629. Acesso em: 30 mar. 2022.

¹⁶⁹ TERPAN, Fabien. Soft Law in the European Union - The Changing Nature of EU Law. **European Law Journal**, v. 21, n. 1, p. 68-96, 2015. p. 9. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/eulj.12090>. Acesso em: 22 dez. 2022.

ocorre com muitos tratados internacionais que não preveem a submissão de controvérsias à Corte Internacional de Justiça ou mesmo a outros Tribunais, mas apenas à organismos como comissões ou comitês especializados. Por fim, a ausência de mecanismos de execução ocorre em situações em que o cumprimento depende apenas da vontade política dos atores envolvidos. Assim, os instrumentos de *soft law* se caracterizam quando a intensidade da obrigação e do meio de execução é fraca, contudo, o autor aponta que em determinadas situações a *soft law* também pode estar abrangida por um mecanismo de execução considerado “*hard*”.¹⁷⁰

Ainda, Andrew T. Guzman e Timothy L. Meyer definem *soft law* como “regras ou instrumentos não vinculantes que interpretam ou informam nosso entendimento de regras legais obrigatórias ou representam promessas que, por sua vez, criam expectativas sobre a conduta futura (tradução nossa)”.¹⁷¹ A partir dessa definição, que é considerada pelos autores como a mais comum, pois foca na legalidade ao invés dos demais atributos que afetam seu cumprimento, os autores preservam, portanto, a distinção entre normas vinculantes e não vinculantes, bem como entre estas e normas não-legais.

Deve-se ressaltar que normas de *soft law* não se confundem com normas não-legais. Na ausência de algum tipo de obrigação se estará diante de uma norma não-legal. Assim, a distinção entre elas reside na função delegada às mesmas: as normas de *soft law* complementam as de *hard law* ao proporcionarem interpretações e informações adicionais e exercem influência sobre os atores envolvidos, através de diretrizes que objetivam moldar o comportamento das partes e vinculá-las a uma estrutura cognitiva comum, sem recorrer à coerção judicial; enquanto as normas não-legais não possuem tais características, como em casos de materiais meramente informativos como relatórios anuais e estatísticas, de modo que não podem ser consideradas *soft law*.¹⁷²

Unindo esses aspectos, pode-se dizer, portanto, que os principais elementos que diferenciam ambas as modalidades de normas são a capacidade da norma de prescrever compromissos juridicamente vinculantes, a clareza e precisão de seus termos e sua exigibilidade.¹⁷³ Enquanto os tratados internacionais constituem-se como normas de *hard law*, por versarem sobre obrigações legais e possuírem conteúdo vinculante, para a finalidade desta

¹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 9-10.

¹⁷¹ GUZMAN, Andrew T.; MEYER, Timothy L. International Soft Law. **Journal of Legal Analysis**, Oxford, v. 2, n. 2, p. 171-225, 2010. p. 174. Disponível em: <https://academic.oup.com/jla/article/2/1/171/846831>. Acesso em: 27 dez. 2022.

¹⁷² TERPAN, Fabien. Soft Law in the European Union - The Changing Nature of EU Law. **European Law Journal**, v. 21, n. 1, p. 68-96, 2015. p. 11-12. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/eulj.12090>. Acesso em: 22 dez. 2022.

¹⁷³ STEFAN, Oana *et al.* **EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review**. Londres: Solar, 2019. p. 6. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346629. Acesso em: 30 mar. 2022.

pesquisa, a *soft law* é compreendida como um instrumento internacional, que não seja um tratado, e que contenha princípios, normas, padrões ou outras declarações referentes a um comportamento esperado, não sendo, contudo, juridicamente vinculante.¹⁷⁴

3.1.2 A proliferação de instrumentos de *soft law* no direito internacional

Embora a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados não diferencie normas de *hard* e *soft law*, a prática estatal demonstra a utilização de outras normas que não sejam necessariamente vinculantes e que possuam impactos e efeitos legais distintos.¹⁷⁵ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e as decisões do Comitê de Direitos Humanos da ONU são alguns dos exemplos. A *soft law* emerge, portanto, em inúmeras formas, sendo uma das principais a partir do trabalho de organizações internacionais, as quais, muitas vezes, não possuem o poder de adotar medidas vinculantes. O Conselho de Segurança da ONU é um dos poucos organismos internacionais cujas decisões são capazes de vincular os estados, através de medidas para assegurar seu cumprimento. Já à Assembleia Geral da ONU, por exemplo, pelo contrário, é conferido o poder apenas de realizar estudos, discutir matérias e estabelecer recomendações.¹⁷⁶

Algumas das formas mais comuns pelas quais a *soft law* aparece em âmbito internacional são através de resoluções de organizações internacionais, textos finais de conferências ou reuniões de cúpula, recomendações de órgãos que supervisionam o cumprimento de tratados, memorandos bilaterais ou multilaterais, acordos políticos e diretrizes ou códigos de condutas. Isto é, outra característica dos instrumentos de *soft law* é que eles podem se dirigir a atores internacionais não estatais, tais como entidades empresariais, organizações internacionais, organizações não-governamentais, indivíduos, entre outras.¹⁷⁷

Nesse aspecto, a *soft law* pode ser dividida entre primária e secundária. *Soft law* primária consiste em documentos normativos destinados à comunidade internacional como um todo ou a todos os membros da instituição adotante, os quais podem declarar novas normas ou reafirmar algumas já existentes. Já a *soft law* secundária diz respeito às recomendações de órgãos internacionais, jurisprudências de cortes e comissões, decisões de relatores e resoluções

¹⁷⁴ SHELTON, Dinah L. **Soft Law**. Washington: Routledge Press, 2008. p. 3. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003387#. Acesso em: 30 mar. 2022.

¹⁷⁵ STEFAN, Oana *et al.* **EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review**. Londres: Solar, 2019. p. 6. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346629. Acesso em: 30 mar. 2022.

¹⁷⁶ SHELTON, *op. cit.*, p. 3-4.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 4.

de órgãos políticos de organizações internacionais, isto é, em sua maior parte deriva de instituições formadas por tratados e para as quais se aplicam as normas desse tratado.¹⁷⁸

Existem diversas razões pelas quais a utilização de instrumentos de *soft law* nas mais diversas áreas do Direito Internacional está crescendo. Dentre elas, cita-se o fato de que o procedimento para adoção e modificação de tais instrumentos é mais rápido e fácil, o que os torna alternativas mais úteis em situações que exijam respostas rápidas, tais como a atual crise climática e de recursos ambientais, e inclusive quando há divergências científicas ou políticas sobre o assunto; que os instrumentos de *soft law* podem ser adotados por atores não-estatais, os quais usualmente não são partes de tratados, tampouco da criação de costumes internacionais, além de permitir a abordagem de novos tópicos e meios de regulação para tais atores, como, por exemplo, os códigos de conduta de organismos internacionais, permitindo que atores não-estatais assinem documentos, o que seria mais difícil de acontecer com tratados; que podem ser adotados exclusivamente por atores não estatais, estabelecendo uma espécie de governança privada, sem a oposição dos Estados; que os mesmos podem evitar batalhas políticas, uma vez que não necessitam de um procedimento de ratificação, entre outras.¹⁷⁹

Abbott e Snidal apontam que os atores internacionais escolhem regular suas relações através do Direito Internacional, estabelecendo tratados e outros instrumentos legais para solucionar problemas essenciais e políticos. Contudo, optam pela adoção de normas de *soft law* quando estas promovem soluções institucionais superiores àquelas fomentadas pelas normas de *hard law*. Isso ocorre porque a *soft law* oferece muitas das vantagens da *hard law*, ao mesmo tempo em que evita alguns de seus custos e apresenta alguns outros benefícios específicos, como a facilidade de ser acordada, tendo em vista que alguns dos elementos necessários ao estabelecimento de normas vinculantes podem ser flexibilizados, além de proporcionar meios mais efetivos para lidar com incertezas e com a cooperação entre atores internacionais com interesses e níveis de poder distintos.¹⁸⁰

Com efeito, os autores, em suma, elencam três fatores que levam os atores internacionais a optarem por instrumentos de *soft law*. Inicialmente, tem-se o baixo custo dos mesmos, uma vez que, embora a *hard law* reduza os custos da gestão e cumprimento dos acordos, a adoção desses instrumentos exige um alto custo contratual, através da consulta de especialistas, revisões burocráticas, processo de aprovação e ratificação, especialmente considerando que os encargos da violação de instrumentos de *hard law* são maiores. A adoção

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 5.

¹⁷⁹ *Ibid.*, pp. 14-19.

¹⁸⁰ ABBOTT; SNIDAL, *op. cit.*, p. 421-423.

de instrumentos de *soft law*, por outro lado, mitiga esses custos, pois possibilita que os Estados flexibilizem os padrões de segurança ao optar por cláusulas de escape, compromissos imprecisos e mecanismos políticos que os permitam manter controle em casos de circunstâncias adversas futuras.¹⁸¹

Em segundo lugar estão os custos de soberania. A diferença de resultados entre as partes em pontos específicos e a perda de autoridade na tomada de decisões em determinadas áreas são alguns dos fatores de diminuição de soberania envolvidos no estabelecimento de acordos vinculantes, que podem tornar os Estados relutantes a aceitarem compromissos de *hard law*. Lado outro, através de instrumentos não vinculantes, que não sejam tão precisos, tampouco deleguem poderes extensivos, tais custos de soberania podem ser limitados. Em terceiro lugar, encontram-se as incertezas apresentadas por muitas problemáticas do cenário internacional, de modo que, as normas de *soft law*, por proporcionarem a apresentação de compromissos com precisão reduzida, podem se transformar em alternativas mais atrativas a lidar com essas questões incertas, impedindo que a falta de conhecimento total sobre a situação frustrate o estabelecimento do acordo.¹⁸²

Ainda, pode-se citar a preferência dos Estados de diminuir os riscos e custos de violar os compromissos acordados e sofrer com sanções pela violação a uma norma de Direito internacional. Contudo, nesse aspecto, ressalta-se que, ao mesmo tempo em que a *soft law* permite a flexibilidade dos compromissos do Estado parte do acordo, reduzindo, assim, os riscos do descumprimento, ela também permite a flexibilidade dos compromissos das outras partes, possibilitando, portanto, que todas as partes de determinado acordo se desviem de seus compromissos.¹⁸³ Dessa maneira, em matérias sensíveis, como de direitos humanos, por exemplo, o que será abordado ao longo da pesquisa, pode-se dizer que tais instrumentos abrem margem para significativas violações, inclusive, para contornar obrigações impostas aos governos pelas legislações internas dos países.

Apesar da limitação de seus efeitos, os instrumentos de *soft law* vêm ocupando um lugar de destaque nas relações internacionais e no desenvolvimento do Direito internacional. Dinah L. Shelton elenca algumas das funções proeminentes da *soft law* em âmbito internacional:

¹⁸¹ *Ibid.*, pp. 434-435.

¹⁸² *Ibid.*, pp. 436-444.

¹⁸³ GUZMAN, Andrew T.; MEYER, Timothy L. International Soft Law. **Journal of Legal Analysis**, Oxford, v. 2, n. 2, p. 171-225, 2010. p. 184. Disponível em: <https://academic.oup.com/jla/article/2/1/171/846831>. Acesso em: 27 dez. 2022.

1) Codificar normas pré-existentes do direito internacional consuetudinário, auxiliando a promover maior precisão através de um texto escrito. 2) concretizar uma tendência em relação a uma norma específica, substituindo as opiniões dissidentes e persuadindo aqueles que têm pouca ou nenhuma prática estatal relevante a concordar com o desenvolvimento da norma; 3) ajudar a formular novas normas de direito internacional consuetudinário; 4) consolidar opiniões políticas acerca da necessidade de ação sobre um novo problema, fomentando um consenso que possa levar a negociações de tratados ou *soft law* mais aprofundada; 5) preencher lacunas nos tratados existentes em vigor; 6) fazer parte da prática estatal que pode ser utilizada para interpretar tratados; 7) fornecer orientação ou um modelo para as leis nacionais, sem obrigação internacional; 8) substituir a obrigação legal quando as relações em andamento tornarem os tratados formais muito caros e demorados ou de outra forma desnecessários ou politicamente inaceitáveis (tradução nossa).¹⁸⁴

Dessa forma, observa-se que a *soft law* possui um papel relevante junto às fontes tradicionais do Direito internacional, costume e tratados. Na prática, muitos instrumentos de *soft law* são precursores de negociação de tratados, facilitando a chegada de um consenso, além de complementarem e fornecerem meios para a interpretação de instrumentos de *hard law*, bem como estimulam a prática estatal necessária para a configuração de um costume internacional, ou mesmo para a mudança de entendimento de um costume já existente. Em muitos preâmbulos de tratados internacionais pode-se notar a menção a normas de *soft law* quanto precedentes, como, por exemplo, a DUDH, a qual consiste em um instrumento de *soft law*, pois define padrões comuns a serem alcançados por suas partes, e é invocada pela maioria dos tratados globais e regionais de direitos humanos como uma norma precursora.¹⁸⁵

Dentre as funções citadas pela autora, a mais importante a ser destacada para a presente pesquisa é a última, referente à capacidade das normas de *soft law* substituírem as de *hard law* quando estas se tornarem muito caras, demoradas ou de alguma outra forma desnecessárias ou politicamente inaceitáveis. Nas relações de cooperação entre países, nem todas os compromissos e obrigações necessitam se juridicamente vinculantes, muitos não estão relacionados, tampouco pretendem se transformar em acordos vinculantes, como, por exemplo, os Memorandos de Entendimento, que serão melhor analisados ao decorrer da pesquisa, inclusive, podendo ser um indicativo da existência de controvérsias a respeito de determinada matéria, o que não possibilitaria ou, então, dificultaria a conclusão de um instrumento formal.¹⁸⁶

Dessa maneira, verifica-se que *soft law* é considerada como uma importante ferramenta para uma cooperação internacional bem sucedida, para a ascensão de atores privados no cenário internacional e para a regulação de setores que necessitam de respostas rápidas,

¹⁸⁴ SHELTON, Dinah L. **Soft Law**. Washington: Routledge Press, 2008. p. 8. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003387#. Acesso em: 30 mar. 2022.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 8-10.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 13-14.

como crises, sanitárias, ambientais e migratórias, bem como setores em que acordos formais são muito difíceis de serem alcançados, dada à sua flexibilidade e procedimentos para adoção simplificados.¹⁸⁷ Nesse sentido, na UE, ao mesmo tempo em que instrumentos de *soft law* correspondem à parte significativa do direito da União, eles também são objeto de controvérsias, como será visto em sequência.

3.2 AS NORMAS DE *SOFT LAW* NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Os instrumentos *de soft law* ocupam um espaço significativo no direito da UE, sendo compreendidos como ferramentas importantes para lidar com a complexidade e diversidade dos interesses da UE, principalmente em demandas dotadas de incertezas e que exijam regulamentação rapidamente. A proliferação da utilização dessas normas ocorre tanto em âmbito interno da UE, em políticas como a social e laboral, quanto nas relações desta com países terceiros. Essa crescente variedade de novos instrumentos na prática das instituições, conseqüentemente, levanta importantes questões acerca de sua definição, bem como sua conformidade com os princípios e competências da UE.

Sendo assim, a presente seção tem como objetivo, inicialmente, compreender o conceito de *soft law* na UE e como a mesma se encontra no direito da União. Após, busca analisar à competência da União para adoção de instrumentos de *soft law*, bem como à legitimidade dos mesmos. Por fim, examina os efeitos produzidos por tais ato na UE e a capacidade de estes serem revisados judicialmente.

3.2.1 Conceito e características

A utilização de *soft law* na UE remonta ao ano de 1962 e tem crescido significativamente desde a década de 1980,¹⁸⁸ passando de 1.758 atos em 2004 para 11.288 em 2019.¹⁸⁹ O artigo 288 do TFUE dispõe acerca dos tipos de atos jurídicos existentes no Direito da UE, estabelecendo que suas instituições exercem suas competências através da adoção de regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. O mesmo artigo determina que

¹⁸⁷ STEFAN, Oana *et al.* **EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review**. Londres: Solar, 2019. p. 21. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346629. Acesso em: 30 mar. 2022.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 3.

¹⁸⁹ CAPPELLINA, Bartolomeo. EfSoLaw: a new data set on the evolution of soft law in the European Union. *In*: ECPR VIRTUAL GENERAL CONFERENCE, 2020, Áustria. **Anais [...]**. Áustria: ECPR, 2020. Disponível em: <https://hal.science/hal-03117788/document>. Acesso em: 12 jan. 2023.

os regulamentos, diretivas e decisões são obrigatórios, vinculando seus destinatários, ao passo em que as recomendações e pareceres não possuem esse caráter vinculativo.¹⁹⁰

Diante disso, usualmente, o conceito de *soft law* na UE é utilizado para descrever instrumentos não juridicamente vinculantes, tais quais as recomendações e pareceres, além de opiniões, códigos de conduta, resoluções, Conclusões do Conselho, Comunicações da Comissão e outros instrumentos não mencionados no artigo 288 do TFUE, que operam em substituição ou complementação às chamadas normas de *hard law* provenientes de tratados, regulamentos, diretivas e decisões, as quais, por sua vez, possuem força vinculante, produzem efeitos legais e são adotadas através de procedimentos específicos pelas instituições do bloco (Comissão Europeia, Parlamento Europeu e Conselho da UE).¹⁹¹

Os instrumentos de *soft law* podem ser semelhantes aos de *hard law*, porém são classificados de tal maneira pela falta de características de algumas características, como a obrigatoriedade, uniformidade, sanções e exequibilidade, se contrastando com os instrumentos tradicionais da integração europeia.¹⁹² Em razão da ausência de mecanismos de sanção, as normas de *soft law* são compreendidas como não vinculantes. Além disso, ao contrário de normas vinculantes, que usualmente contêm proposições que mandam, proíbem ou permitem determinadas condutas, a *soft law* possui proposições redigidas em termos condicionais, além de não possuírem um procedimento formal previsto nos tratados da União para sua criação e adoção.¹⁹³ Assim, essas são algumas das distinções entre as normas de *hard* e *soft law* na UE.

Francis Snyder apresenta a definição mais clássica de *soft law* na UE, a conceituando como um conjunto de regras que, a princípio, não possuem força legal, as quais, contudo, podem apresentar efeitos práticos.¹⁹⁴ Para a finalidade da presente pesquisa, o conceito de *soft law* a ser considerado é o proposto por Linda Senden, uma vez que a pesquisa busca analisar os efeitos e impactos desses instrumentos no âmbito específico do retorno de migrantes irregulares.

¹⁹⁰ TFUE, *op. cit.* Artigo 288 - Para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes. As recomendações e os pareceres não são vinculativos.

¹⁹¹ STEFAN, Oana *et al.* **EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review**. Londres: Solar, 2019. p. 9. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346629. Acesso em: 30 mar. 2022.

¹⁹² TRUBEK, D. M.; COTTRELL, M. P.; NANCE, M. *Soft Law, Hard Law, and European Integration: Toward a Theory of Hybridity*. **University of Wisconsin Law School Legal Studies Research Paper Series**, Madison, n. 1002, p. 1-42, nov. 2005. p. 1. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=855447.#. Acesso em: 30 mar. 2022.

¹⁹³ STEFAN *et al.*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁹⁴ SNYDER, Francis. *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*. **The Modern Law Review Limited**, Oxford, v. 56, n. 1, p. 19-54, jan. 1993. p. 32. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02852.x>. Acesso em: 30 mar. 2022.

Senden apresenta três elementos centrais para a compreensão da *soft law* na UE: o primeiro elemento é que a mesma está relacionada com “regras de conduta” ou “compromissos”; o segundo se refere ao fato de que as regras de *soft law* estão estabelecidas em instrumentos que não possuem força juridicamente vinculativa entendida como tal, mas que, entretanto, não são desprovidos totalmente de efeitos jurídicos; o terceiro diz respeito ao fato de que tais instrumento objetivam ou podem desencadear algum efeito prático ou influência de comportamento.¹⁹⁵

Assim, a autora propõe a definição de *soft law* como “regras de conduta estabelecidas em instrumentos para os quais não tenham sido atribuídos força juridicamente vinculante como tal, mas que, no entanto, podem ter certos efeitos legais, e os quais visam e podem produzir efeitos práticos (tradução nossa)”.¹⁹⁶ De uma forma mais aprofundada, Senden define a *soft law* na UE como “atos que fornecem regras gerais e orientações adicionais às autoridades nacionais e partes interessadas sobre a interpretação, transposição, aplicação e cumprimento adequados da legislação da UE já existente (tradução nossa)”.¹⁹⁷ Isto é, se tratam de regras de conduta que não necessariamente possuem previsão nos Tratados constitutivos da UE, tampouco são dotadas de força vinculante, mas que produzem efeitos e visam, mais do que criar novas regras legais, fornecer condições para a melhor aplicação e implementação de normas já existentes.

Embora o artigo 288 do TFUE preveja um catálogo limitado de atos jurídicos de *soft law*, muitas outras provisões do tratado não especificam de que modo determinadas medidas devem ser adotadas pelas instituições da União, apenas se referindo a termos como ações, acordos, regras gerais e diretrizes, o que permite a implementação de uma variedade de instrumentos pelas instituições da UE, com o objetivo de aprimorar a implementação do Direito da UE, além das recomendações e pareceres previstos no artigo 288. Diante disso, verifica-se que o termo *soft law* na UE é muito amplo, utilizado para identificar uma série de documentos, contudo, com uma característica em comum, a força não vinculante.

Há diferentes formas, portanto, pelas quais a *soft law* pode ser encontrada no Direito da UE, adotada tanto pelas suas instituições unicamente, quanto em colaboração com outras partes interessadas não-institucionais. Elas podem aparecer associadas às de *hard law*, em campos nos quais estas são usualmente aplicadas, como, por exemplo, em diretivas, ou partes delas, que são redigidas de maneira vaga, contendo obrigações não especificadas, como as

¹⁹⁵ SENDEN, Linda. **Soft Law in European Community Law**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 112.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 112.

¹⁹⁷ SENDEN, Linda. Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control. **European Law Journal**, Oxford, v. 19, n. 1, p. 57-75, jan. 2013. p. 60. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/eulj.12013>. Acesso em: 30 mar. 2022.

referentes a jovens trabalhadores e horário de serviço, de modo que, não obstante seja um instrumento “*hard*”, pois formal, a obrigação nele encontrada não o é. Além disso, podem aparecer em complementação às normas de *hard law*, como nas políticas de concorrência, desenvolvidas sob influência da Comissão Europeia, a qual estabelece critérios gerais para os auxílios estatais, sendo vinculantes apenas à própria Comissão, contudo, na prática definem critérios para as políticas nacionais de auxílios estatais compatíveis com o mercado comum.¹⁹⁸

No âmbito das questões de Justiça e Assuntos Internos, no qual se inserem as políticas migratórias, também podem ser encontradas normas de *soft law*, em duas categorias principais de instrumentos: recomendações, conclusões, resoluções e diretrizes que estabelecem metas a serem atingidas pelos Estados-Membros em determinada área, as quais, usualmente, se assemelham a textos legislativos pela natureza de suas provisões; e planos de ação, programas e estratégias visando a ação de medidas comuns pelos Estados-Membros, como o Programa de Tampere de 1999, que concluiu pela necessidade de criação de um Sistema Europeu Comum de Asilo, a fim de estabelecer, a longo prazo, um procedimento comum de asilo entre os países do bloco. Outras áreas que também podem ser citadas por criarem instrumentos de *soft law* são as áreas de políticas ambiental, energética, tributária e de desenvolvimento tecnológico.¹⁹⁹ Assim, verifica-se que, em muitas áreas, a UE legisla através de normas de *hard law*, em conjunto com normas de *soft law*.

Senden classifica os instrumentos de *soft law* na UE em três categorias. A primeira delas são os instrumentos preparatórios e informativos, tais como os programas de ação e comunicações informativas, os quais não estabelecem regras de conduta, mas sim visam preparar e fornecer informações para futuros documentos normativos ou políticas e ações da União. A segunda categoria é formada pelos instrumentos interpretativos e decisivos, os quais estão mais próximos às normas de *hard law* e servem como complemento a elas, como comunicações, avisos, códigos e diretrizes propostos pelas instituições da UE, em especial, pela Comissão Europeia. Os instrumentos interpretativos objetivam promover orientação quanto à interpretação e aplicação do Direito da UE, a fim de que se torne mais uniforme, e contribui para o aumento de sua efetividade, sendo destinados às instituições da UE, às autoridades nacionais e operadores econômicos. Já os instrumentos decisivos buscam indicar como as instituições da UE em si devem aplicar o Direito da UE em casos individuais, como, por

¹⁹⁸ TERPAN, Fabien. Soft Law in the European Union - The Changing Nature of EU Law. **European Law Journal**, v. 21, n. 1, p. 68-96, 2015. p. 23. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/eulj.12090>. Acesso em: 22 dez. 2022.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 23-24.

exemplo, através das comunicações e avisos da Comissão. Por fim, estão os instrumentos de direção, como as recomendações e pareceres previstos no artigo 288, os quais tem como finalidade estabelecer ou aprimorar as regras e políticas da União, guiando-as, tanto em um viés político quanto de cooperação entre os Estados-Membros.²⁰⁰

As razões para essa tendência de utilização de normas de *soft law* em detrimento da *hard law* no Direito da UE se explicam a partir de motivos semelhantes à proliferação de tais normas no Direito internacional. Inicialmente, cita-se a flexibilidade procedimental e de implementação dos instrumentos de *soft law*, tornando-os mais fáceis de se concluir e colocar em prática, uma vez que a reforma de tratados é um processo complexo, ao passo em que a “governança *soft*, pelo contrário, é menos exigente, pois os Estados-Membros não precisam concordar sobre regras vinculantes, através de procedimentos difíceis e demorados (tradução nossa)”.²⁰¹ Pode-se citar, como exemplo, a ainda atual pandemia de Covid-19, a qual ensejou a criação de 197 documentos compreendidos como *soft law*, como notificações, comunicações, recomendações, diretrizes, entre outros, evidenciado, assim, o uso do recurso à *soft law* em momentos de crise, dada a facilidade e rapidez do processo de adoção.²⁰²

Outro motivo reside no fato de que os Estados-Membros querem promover a integração europeia em determinados campos, ao mesmo tempo em que possuem alguns interesses que não desejam colocar em risco, como, por exemplo, a perda de sua soberania quando o apoio dos cidadãos nacionais à integração europeia seja colocado à prova.²⁰³ Com efeito, algumas áreas de políticas da União são governadas por instrumentos de *soft law* porque suas instituições e Estados-Membros optam por formas mais brandas de governança. Essa tendência ocorre principalmente nos casos de novas políticas, tendo fundamento no desejo das partes em acordar quanto a regulações e objetivos políticos compartilhados, ao mesmo tempo em que mantêm a diversidade de soluções e de medidas locais.²⁰⁴

²⁰⁰ SENDEN, Linda. **Soft Law in European Community Law**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 118-119. Nesse sentido: *Id.*. Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control. **European Law Journal**, Oxford, v. 19, n. 1, p. 57-75, jan. 2013. p. 60. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/eulj.12013>. Acesso em: 30 mar. 2022.

²⁰¹ *Id.*. **Soft Law in European Community Law**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 32.

²⁰² ELIANTONIO, Mariolina; STEFAN, Oana. The Elusive Legitimacy of EU Soft Law: An Analysis of Consultation and Participation in the Process of Adopting COVID-19 Soft Law in the EU. **European Journal of Risk Regulation**, Cambridge, v. 12, n. 1, p. 159-175, 2021. p. 167. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/34191960/>. Acesso em: 05 jan. 2023.

²⁰³ TERPAN, Fabien. Soft Law in the European Union - The Changing Nature of EU Law. **European Law Journal**, v. 21, n. 1, p. 68-96, 2015. p. 32. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/eulj.12090>. Acesso em: 22 dez. 2022.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 30.

Nesse sentido, a forma atual pela qual a *soft law* aparece na UE é, majoritariamente, baseada na participação de um amplo conjunto de atores, tanto público quanto privados, com o objetivo de fornecer informações para o futuro desenvolvimento de normas de *hard law*, além de orientar a interpretação e aplicação do direito da UE e promover a criação de novas regras. Não obstante a ausência de força vinculante nas normas de *soft law*, o progressivo desenvolvimento das mesmas quanto ferramenta da prática estatal e institucional desmonta que elas produzem efeitos legais e práticos na UE.

3.2.2 A capacidade das normas de *soft law* produzirem efeitos legais e práticos

Os instrumentos *de soft law*, como visto, ocupam espaço relevante no Direito da UE, sendo compreendidos como ferramentas importantes para lidar com a complexidade e diversidade dos interesses da UE, em especial no que se refere a demandas dotadas de incertezas e que exijam regulamentação rapidamente, como em casos de crises, tal como a de Covid-19 e a migratória, objeto da presente pesquisa. Nesse cenário, um ponto controverso que surge quanto à utilização desses instrumentos se refere à sua capacidade de produzir efeitos legais e práticos.

Não obstante sua natureza não vinculante, os instrumentos de *soft law* são compreendidos como passíveis de produzir importantes efeitos legais e práticos na UE, em suas instituições, bem como Estados-Membros e indivíduos. Os efeitos práticos da *soft law* constituem-se nas transformações que a mesma pode causar nos comportamentos e nas práticas dos Estados-Membros e outras instituições da UE. Tais instrumentos podem induzir mudanças sutis em políticas ou no discurso público, ao produzir definições de valores e exercer pressão para tais mudanças, além de moldar mudanças sociais à nível das instituições e dos países, de modo que os Estados-Membros, com o tempo, podem integrar em suas próprias ordens nacionais as normas e práticas oriundas de instrumentos de *soft law*.²⁰⁵

Assim, a *soft law* pode, gradualmente, se tornar política, social e moralmente vinculante para os atores envolvidos, por meio da intervenção de outros elementos além da força normativa de um ato, como, por exemplo, “os mecanismos utilizados no campo trabalhista para estimular a abordagem comum dos desafios, objetivos e metas políticas, ao mesmo tempo

²⁰⁵ IONESCU, Danai Petropoulou; ELIANTONIO, Mariolina. Democratic Legitimacy and Soft Law in the EU Legal Order: A Theoretical Perspective. **Journal of Contemporary European Research**, Londres, v. 17, n. 1, p. 43-65, 2021. p. 45-48. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3747160. Acesso em: 05 jan. 2023. Nesse sentido: STEFAN *et al.*, *op. cit.*, p. 22-26.

em que exercem pressão social e temporal sobre os Estados-Membros para melhorarem as práticas nacionais, são eficazes na promoção da cooperação (tradução nossa).²⁰⁶

Os efeitos legais, por sua vez, dizem respeito à capacidade de um instrumento normativo da UE modificar direitos e obrigações dos atores envolvidos. No caso dos atos de *soft law*, eles impactam a legislação nacional e da UE “expressando os princípios gerais do direito da UE, fazendo parte do acervo comunitário, interpretando as disposições da *hard law* e servindo como base jurídica para a promulgação da legislação nacional”.²⁰⁷

Nesse aspecto, pode a *soft law* produzir efeitos legais indiretos, ao ser utilizada como um instrumento de interpretação das disposições do Direito da UE, o que pode acabar por estabelecer interpretações alternativas ou mesmo criar novas obrigações distintas daquelas pretendidas pelo legislador; pode aprimorar as relações entre indivíduos e instituições na UE, como, por exemplo, através das comunicações da Comissão Europeia, pelas quais a mesma apresenta seu ponto de vista acerca de um específico setor normativo da EU, sendo consideradas como fontes de doutrina para guiar a administração pública em suas atividades e para esclarecer acerca dos direitos e obrigações de seus indivíduos; pode produzir efeito vinculante sobre a instituição emissora de tal norma, a qual é obrigada a cumprir com a medida publicada ou então explicar o motivo do descumprimento, a fim de não violar os princípios gerais de direito, sendo que a prática institucional reiterada pode criar uma obrigação vinculativa de fato.²⁰⁸ Desse modo, em que pese não sejam vinculantes, os instrumentos de *soft law* exercem influência e produzem efeitos, algumas vezes semelhantes ao de normas vinculante, que variam desde mudanças de políticas e discursos públicos, até o estabelecimento de novos padrões e interpretações para leis, ou mesmo a substituição e complementação das mesmas.

3.2.3 A competência e legitimidade da UE para a criação de normas de *soft law*

Um dos pontos mais controversos acerca da utilização de instrumentos de *soft law* na UE diz respeito à competência da União para sua adoção, bem como à legitimidade de tais atos. A legitimidade é aqui entendida como “uma propriedade normativa das instituições políticas que sustenta questões sobre quem tem o direito de criar normas e como elas devem ser

²⁰⁶ STEFAN, Oana *et al.* **EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review**. Londres: Solar, 2019. p. 22. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346629. Acesso em: 30 mar. 2022.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 25. “expressing general principles of EU law, being part of the *acquis communautaire*, interpreting *hard law* provisions, and serving as a legal basis for the enactment of national legislation” (tradução nossa).

²⁰⁸ *Ibid.*, pp. 22-26. Nesse sentido: IONESCU; ELIANTONIO, *op. cit.*, p. 45-48.

criadas”.²⁰⁹ Os procedimentos para adoção de instrumentos de *soft law*, embora, como visto, possuam as vantagens referentes à rapidez, flexibilidade e baixos custos, por outro lado, têm a tendência de driblar as formalidades existentes no processo de tomada de decisão, bem como a competência dos Estados-Membros em determinadas matérias.²¹⁰

Os princípios norteadores das competências da UE estão previstos no artigo 5 do TUE, o qual dispõe que “a delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade”. O princípio da atribuição determina que a União deve atuar dentro dos limites das competências que os Estados-Membros a concederam através dos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes, as quais estão previstas entre os artigos 2º e 6º do TFUE.²¹¹ Diante disso, as competências não concedidas à União pelos Tratados permanecem sob domínio dos Estados.

Os artigos 2º ao 6º do TFUE classificam as competências da UE em três modalidades. Inicialmente, tem-se as competências exclusivas, previstas no artigo 3º do TFUE, para as quais apenas a União pode legislar e adotar atos juridicamente vinculantes, de modo que os Estados-Membros apenas podem fazê-lo se habilitados pela UE ou para executar seus atos. Nessa competência, destacam-se os domínios da União aduaneira, regras de concorrência, política monetária referente ao euro, conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas e política comercial comum.²¹²

Em segundo lugar, estão as competências partilhadas, definidas no artigo 4º do TFUE, que se configuram quando os Tratados atribuem à União competência partilhada com os Estados-Membros em determinado domínio, de modo que ambos podem legislar e adotar atos juridicamente vinculativos em tal matéria, contudo, os Estados apenas podem agir quando e na medida que a União tenha decidido não o fazer. Alguns dos domínios nos quais é aplicada a competência partilhada são o Mercado interno, política social, coesão económica, social e territorial, agricultura e pescas, ambiente, defesa dos consumidores, transportes, redes

²⁰⁹ IONESCU, Dana; Petropoulou; ELIANTONIO, Mariolina. Democratic Legitimacy and Soft Law in the EU Legal Order: A Theoretical Perspective. *Journal of Contemporary European Research*, Londres, v. 17, n. 1, p. 43-65, 2021. p. 51. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3747160. Acesso em: 05 jan. 2023.

²¹⁰ STEFAN, Oana *et al.* *EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review*. Londres: Solar, 2019. p. 34. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346629. Acesso em: 30 mar. 2022.

²¹¹ TUE, *op. cit.*, artigo 5º. Art. 5 (2) - Em virtude do princípio da atribuição, a União atua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.

²¹² TFUE, *op. cit.*, artigos 2º (1) e 3º.

transeuropeias, energia, espaço de liberdade, segurança e justiça e problemas comuns de segurança em matéria de saúde pública.²¹³

Finalmente, o artigo 6º do TFUE estabelece a competência complementar da UE, para desenvolver ações destinadas a apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estados-Membros, sem substituir a competência destes em tais domínios, como nas áreas de proteção e melhoria da saúde humana, indústria, cultura, turismo, educação, formação profissional, juventude e desporto, proteção civil, cooperação administrativa.²¹⁴

Enquanto os limites da competência são guiados pelo princípio da atribuição, a utilização dessas competências é norteada pelos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade. Em razão do princípio da subsidiariedade, definido no artigo 5º (3) do TUE, a UE, nas áreas em que não possui competência exclusiva, deve intervir apenas na medida em que os objetivos da ação não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros em nível regional e local, podendo, contudo, ser melhor alcançados ao nível da União.²¹⁵ Isto é, esse princípio visa assegurar que as decisões tomadas estejam o mais próximo possível dos cidadãos, avaliando se a intervenção da União se justifica face as possibilidades disponíveis no âmbito dos Estados.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 5º (4) do TUE, estabelece que o conteúdo e a forma das ações da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados. Assim, o princípio objetiva garantir que as medidas da UE sejam adequadas e necessárias à finalidade desejada, não impondo nenhum encargo excessivo e desnecessário ao fim almejado.²¹⁶

Como já visto, o artigo 288 do TFUE estabelece os atos jurídicos pelos quais a UE e seus Estados-Membros exercem suas competências: regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. Os procedimentos pelos quais são adotados os regulamentos, diretivas e decisões na UE, as chamadas normas de *hard law*, estão previstos no artigo 289 do TFUE. A maior parte desses atos são adotados a partir do procedimento legislativo ordinário, previsto no artigo 289 (1) e regulado pelo artigo 294 do TFUE, através do qual o Parlamento e

²¹³ *Ibid.*, artigos 2º (3,5), 5º e 6º.

²¹⁴ *Ibid.*, artigos 2º (4) e 3º (2).

²¹⁵ TUE, *op. cit.* Art. 5 (3) - Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.

²¹⁶ *Ibid.* Art. 5 (4) - Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados.

o Conselho da UE, através do processo legislativo ordinário, analisam e aprovam uma proposta legislativa apresentada pela Comissão.²¹⁷

Já o artigo 289 (2), prevê a existência de um procedimento legislativo especial, para casos específicos que devem ser previstos pelos Tratados, através do qual o Conselho adota um ato legal, cuja proposta foi apresentada pela Comissão, após a autorização do Parlamento ou sua consulta acerca do objeto, ou então, em casos mais raros, através do qual o Parlamento adota um ato, após consulta perante o Conselho.²¹⁸

Além disso, a Comissão pode adotar atos delegados com base em uma delegação concedida em um ato legislativo da UE, a fim de completar ou alterar certos elementos não essenciais do ato legislativo (artigo 290 do TFUE). Tais atos não podem alterar os elementos fundamentais do ato legislativo, devem definir os objetivos, o conteúdo, o âmbito de aplicação e o período de vigência da delegação de poderes e estão sujeitos a revogação e objeções pelo Parlamento e Conselho. Ainda, nos casos em que sejam necessárias condições uniformes de execução dos atos juridicamente vinculativos da União, no direito interno dos Estados-Membros, estes podem conferir à Comissão a competência para determina-los.²¹⁹

Pelo exposto, verifica-se que os Tratados da UE, além de restarem silentes quanto à existência de outras modalidades de instrumentos de *soft law* que têm aparecido na prática de suas instituições ao longo do tempo, apenas prevendo reconhecendo formalmente a existência das recomendações e pareceres no artigo 288 do TFUE, também não dispõem acerca da competência, tampouco do procedimento específico para a criação dos mesmos. Dessa forma, a compreensão da natureza de tais atos perpassa pela análise dos mesmos, da doutrina legal e da prática institucional.

Nesse sentido, a competência da UE para o estabelecimento de instrumentos de *soft law* está diretamente vinculada às competências e deveres da Comissão Europeia. A Comissão é o órgão executivo da União, responsável por apresentar propostas de leis, aplicar as leis e gerenciar as políticas da UE. A prática demonstra que o exercício dos poderes e competências da Comissão levam não apenas à adoção de atos vinculantes, mas também de atos de *soft law*, como comunicações, avisos, diretrizes, códigos e circulares.²²⁰

²¹⁷ TFUE, *op. cit.*, artigos 289 e 294. Nesse sentido: COMISSÃO EUROPEIA. **Adoção da legislação da UE**. [S.l.], 2023. Disponível em: https://commission.europa.eu/law/law-making-process/adopting-eu-law_pt. Acesso em: 02 jan. 2023.

²¹⁸ TFUE, *op. cit.*, artigo 289. Nesse sentido: COMISSÃO EUROPEIA, *cit.*

²¹⁹ TFUE, *op. cit.*, artigos 290 e 292.

²²⁰ SENDEN, Linda. Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control. **European Law Journal**, Oxford, v. 19, n. 1, p. 57-75, jan. 2013. p. 63. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/eulj.12013>. Acesso em: 30 mar. 2022.

De acordo com o artigo 17(1) do TUE, a Comissão deve promover o interesse geral da União e tomar as iniciativas adequadas para esse efeito, assegurando a aplicação dos Tratados e das medidas adotadas pelas instituições por força destes. Nesse aspecto, a adoção de instrumentos de *soft law* interpretativos se encaixa nessa obrigação conferida à Comissão de ser a guardiã dos Tratados, devendo agir de forma proativa, a fim de evitar violações às normas da UE. Do mesmo modo, a adoção de atos decisivos está vinculada à função executiva da Comissão. Em casos nos quais fora conferido à Comissão poder de implementação, como na área de auxílios estatais, previsto nos artigos 107 e 108 do TFUE, bem como em casos em que os próprios atos jurídicos da UE contêm disposições que conferem poder à Comissão para adotar uma regra decisiva, ela também tem o poder de adotar normas gerais que estabeleçam como aplicar as leis da UE em tais casos.²²¹

Além disso, o artigo 296 (1) do TFUE estabelece que “quando os Tratados não determinem o tipo de ato a adotar, as instituições escolhê-lo-ão caso a caso, no respeito dos processos aplicáveis e do princípio da proporcionalidade.”²²² Claramente, esse artigo deixa margem para a escolha, por parte das instituições da UE, de qual modalidade de ato será adotado em determinada situação, de *soft* ou *hard law*, e de que forma ele será implementado. Embora a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade limite a amplitude da interferência desses atos regulatórios, enquanto os mesmos sejam capazes de assegurar o respeito aos princípios da UE, a *soft law* poderá ser escolhida enquanto ato a ser adotado.

3.2.4 Uma lacuna de transparência

A transparência é um dos princípios fundamentais da UE, o qual exige que a mesma divulgue informações sobre suas políticas e promova a liberdade de informação. O artigo 10 do TUE consagra que “as decisões são tomadas de forma tão aberta e tão próxima dos cidadãos quanto possível.” No mesmo sentido, o artigo 15 do TFUE determina que as instituições da UE devem agir de modo público e que “todos os cidadãos da União e todas as pessoas singulares ou coletivas que residam ou tenham a sua sede estatutária num Estado-Membro têm direito de acesso aos documentos das instituições, órgãos e organismos da União”.²²³ Esses dispositivos garantem, portanto, que todos os indivíduos nacionais e residentes na UE possuem o direito de

²²¹ *Ibid.*, pp. 63-64.

²²² TFUE, *op. cit.*, artigo 296.

²²³ TUE, artigo 10, *op. cit.* TFUE, artigo 15, *op. cit.*

acesso a informações públicas, notadamente os documentos oficiais das instituições, organismos e agências da União.

A UE possui um amplo banco de dados disponível online, de acesso livre e gratuito, onde pode-se encontrar os tratados, atos jurídicos, acordos internacionais, procedimentos legislativos, jurisprudência, atas de reuniões realizadas por instituições e organismos, comunicados de imprensa, entre outros, em especial, através da plataforma “Eur-Lex”.²²⁴ Ainda, algumas das instituições da UE também possuem suas plataformas específicas para divulgação de seus documentos produzidos. Além disso, os atos legislativos da UE, após sua conclusão, são publicados no Jornal Oficial da União Europeia. Através desses mecanismos, portanto, a UE assegura a publicidade e transparência de seus atos.

No entanto, no caso de instrumentos de *soft law*, não há essa exigência de publicação no Jornal Oficial da União Europeia, de modo que nem todos são facilmente encontrados pela população, ficando sob discricionariedade da instituição que adotou tal instrumento decidir sobre a publicação, o que pode variar de acordo com o conteúdo do mesmo, ou por motivos públicos e políticos.²²⁵

Isso leva a uma inconsistência na prática das instituições no que se refere ao acesso a esses documentos. Enquanto a Comissão e as agências da UE normalmente fornecem acesso às ferramentas de *soft law* em seus respectivos websites, Serviço Europeu de Ação Externa e o Conselho da UE usualmente não o fazem, impedindo que os indivíduos que serão afetados pelos mesmos tenham acesso às suas disposições. Além disso, o Parlamento não possui qualquer tipo de acesso privilegiado a esses documentos, o que levanta críticas quanto à transparência desses instrumentos,²²⁶ como será visto no capítulo seguinte, tendo em vista que o Parlamento se constitui em uma instituição que tradicionalmente autoriza e é consultada previamente à conclusão de um acordo.

3.2.5 A (não) participação do Parlamento Europeu no processo de conclusão dos instrumentos de *soft law*

²²⁴ Ver: UNIÃO EUROPEIA. EUR-Lex. Acesso ao direito da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>.

²²⁵ OTT, Andrea. Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges. *Yearbook of European Law*, Oxford, v. 39, n. 1, p. 569-601, 2020. p. 583. Disponível em: <https://academic.oup.com/yel/issue/volume/39>. Acesso em: 31 mar. 2022.

²²⁶ *Ibid.*, p. 585.

Quanto ao procedimento específico para a criação e adoção de instrumentos de *soft law*, os Tratados restam silentes. Apenas o artigo 292 do TFUE, além de estabelecer a competência do Conselho para adotar recomendações, também prevê o procedimento a ser seguido pelo mesmo, que deverá deliberar e adotar uma recomendação após uma proposta da Comissão, nos casos determinados pelos Tratados. Veja-se que esse procedimento, contudo, não é válido para as normas de *soft law* adotadas pela Comissão.²²⁷

Com esse cenário, nota-se que a Comissão pode contornar o controle por parte do Conselho e do Parlamento, bem como dos próprios Estados-Membros, ao proceder ao uso de atos *de soft law* para regular determinadas áreas. O Parlamento Europeu, como visto, faz parte do processo legislativo da UE. Além de ser a única das instituições eleita por voto direito dos cidadãos, ele desempenha três funções principais: debater, em conjunto com o Conselho da UE, propostas apresentadas pela Comissão; a de supervisionar as instituições da UE, fazendo o controle democrático; e estabelecer o orçamento da União, ao lado do Conselho. Dessa forma, a participação do Parlamento no processo legislativo assegura a “representação de interesses, reflexão de ideias e valores comuns e deliberação entre atores políticos”.²²⁸

Diante disso, o Parlamento, em algumas oportunidades, já se manifestou acerca do estabelecimento de normas de *soft law* pela Comissão. No Relatório anual sobre o controle da aplicação do direito comunitário, de 14 de Setembro de 2011, no qual o Parlamento, tendo em vista uma Comunicação da Comissão de 20 de Março de 2002, a qual versava sobre as relações de autores de denúncias em matéria de infrações ao então direito comunitário, instou a Comissão a se abster de recorrer a atos não vinculantes nessa matéria, devendo apresentar uma proposta de regulamento, para que o Parlamento pudesse participar do processo legislativo de um domínio com tamanha importância para a ordem jurídica da UE.²²⁹

Sob o mesmo aspecto, em resolução adotada em 2007, sobre as implicações institucionais e legais do uso de instrumentos de *soft law*, o Parlamento considerou que “no contexto da Comunidade, a *soft law* constitui, muitas vezes, um instrumento ambíguo e ineficaz, suscetível a prejudicar a legislação comunitária e o equilíbrio institucional e deve ser utilizado com cautela, mesmo quando previsto no Tratado”, tendo em vista que o recurso à *soft law* “é

²²⁷ SENDEN, Linda. Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control. **European Law Journal**, Oxford, v. 19, n. 1, p. 57-75, jan. 2013. p. 67. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/eulj.12013>. Acesso em: 30 mar. 2022.

²²⁸ IONESCU, Danai Petropoulou; ELIANTONIO, Mariolina. Democratic Legitimacy and Soft Law in the EU Legal Order: A Theoretical Perspective. **Journal of Contemporary European Research**, Londres, v. 17, n. 1, p. 43-65, 2021. p. 57. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3747160. Acesso em: 05 jan. 2023.

²²⁹ PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução de 14 de setembro de 2011**. Estrasburgo, 2011. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0377_PT.html. Acesso em: 27 dez. 2022.

suscetível de contornar os órgãos legislativos devidamente competentes, pode desrespeitar os princípios da democracia e do Estado de direito previstos no artigo 6 do TUE, [...] e pode resultar na Comissão agindo sem autoridade para tanto”.²³⁰

Nesse aspecto, em que pese instrumentos de *soft law* informativos e preparatórios desempenhem um papel importante no processo pré-legislativo, uma vez que informam e consultam o Parlamento acerca da legislação futura, muitos outros instrumentos de *soft law* acabam sendo concluídos sem a participação do Parlamento. Dessa forma, o uso de *soft law* na UE faz ascender um alerta quanto à legitimidade e transparência desses instrumentos, pois, ao não seguirem os procedimentos legislativos envolvendo as instituições europeias, notadamente o Parlamento e o Conselho, se constituem em um desafio ao equilíbrio institucional da UE em termos de poder para proteger, aplicar e executar as leis do bloco, podendo levar a uma insegurança jurídica.²³¹

Além de restringir a participação do Parlamento e Conselho na adoção dos atos, a adoção de instrumentos de *soft law* também é compreendida como não transparente porque, em domínios nos quais os Estados-Membros e outras partes interessadas deveriam participar do processo de criação de determinado ato, o seu envolvimento, muitas vezes, não é identificado ou é limitado, resultando em uma lacuna quanto à participação e consulta pública, assim como porque podem não englobar os padrões, direitos e objetivos impostos pela legislação em vigor, tanto da UE quanto a própria legislação internacional.²³²

O caso da pandemia de Covid-19, por exemplo, levantou muitas questões quanto à legitimidade dos instrumentos de *soft law* desenvolvidos. Em razão da falta de cooperação inicial dos Estados-Membros quanto a uma imediata resposta à crise, a UE tentou alcançar uma convergência através de normas de *soft law*, dentre elas, uma Comunicação da Comissão sobre uma resposta econômica coordenada ao surto de COVID-19, bem como uma Declaração Conjunta do Conselho Europeu e dois Roteiros do Conselho e da Comissão sobre estratégias e medidas para acabar com o *lockdown*. Ocorre que a saúde pública é, essencialmente, uma competência dos Estados-Membros, com a possibilidade de a União atuar em áreas específicas previstas pelo artigo 168 do TFUE, a fim de auxiliar, coordenar e encorajar políticas, contudo, o mesmo artigo dispõe acerca da necessidade de seguir-se o procedimento legislativo ordinário

²³⁰ PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução de 4 de setembro de 2007**. Estrasburgo, 2007. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2007-0366_EN.html. Acesso em: 27 dez. 2022.

²³¹ STEFAN, Oana *et al.* **EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review**. Londres: Solar, 2019. p. 36. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346629. Acesso em: 30 mar. 2022.

²³² *Ibid.*, p. 37. Nesse sentido: SENDEN, Linda. Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control. **European Law Journal**, Oxford, v. 19, n. 1, p. 57-75, jan. 2013. p. 66. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/eulj.12013>. Acesso em: 30 mar. 2022.

para adoção dessas medidas. Assim, a utilização de *soft law* para o estabelecimento de normas nesse domínio ensejou inúmeras discussões, dada a ausência de participação do Parlamento e de consulta pública.²³³

Dessa maneira, compreende-se que, embora instrumentos de *soft law* desenvolvam um importante papel no direito da UE, os mesmos também são objeto de críticas e discussões em razão de sua tendência de contornar o procedimento legislativo tradicional da UE, podendo aumentar a discricionariedade das instituições da UE em detrimento das competências do Parlamento e dos Estados-Membros, bem como da participação de outras partes interessadas, criando, assim, lacunas quanto à sua transparência. Outrossim, não obstante a ausência de força vinculante nesses instrumentos, verifica-se que os mesmos possuem grande impacto no direito da UE, bem como na prática das instituições da UE e seus Estados-Membros.

3.2.6 A possibilidade de revisão judicial dos instrumentos de *soft law*

No âmbito dos litígios judiciais um dos efeitos mais importantes da *soft law* é o seu uso como ferramenta interpretativa, de modo que a jurisprudência do TJUE possui inúmeras referências a instrumentos de *soft law*.²³⁴ O TJUE reconhece a existência de diferentes categorias de *soft law*, ao mesmo tempo em que atribui diferentes efeitos aos diferentes tipos de instrumentos.²³⁵ Eliantonio e Stefan afirmam que os tribunais reconheceram efeitos jurídicos vinculantes para normas de *soft law* em circunstâncias limitadas:

quando a *soft law* é interpretada como introduzindo uma nova obrigação, quando uma medida de *soft law* estabelece a forma como uma instituição da UE pretende exercer o seu poder discricionário, ou, na medida em que os Estados-Membros em causa, sempre que a medida de *soft law* em causa tenha sido elaborada em cooperação com os Estados-Membros (tradução nossa).²³⁶

²³³ ELIANTONIO, Mariolina; STEFAN, Oana. The Elusive Legitimacy of EU Soft Law: An Analysis of Consultation and Participation in the Process of Adopting COVID-19 Soft Law in the EU. **European Journal of Risk Regulation**, Cambridge, v. 12, n. 1, p. 159-175, 2021. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/34191960/>. Acesso em: 05 jan. 2023.

²³⁴ STEFAN, Oana *et al.* **EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review**. Londres: Solar, 2019. p. 26. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346629. Acesso em: 30 mar. 2022.

²³⁵ ELIANTONIO, Mariolina; STEFAN, Oana. Soft law before the European courts: discovering a 'common pattern'? **Yearbook of European Law**, Oxford, v. 37, n. 7, p. 457-469, 2018. p. 461. Disponível em: <https://academic.oup.com/yel/article-abstract/doi/10.1093/yel/yey017/5259668>. Acesso em: 08 jan. 2023..

²³⁶ *Ibid.*, p. 462.

No caso nº C-322/88, 13 de dezembro de 1989, conhecido como caso *Grimaldi*, quando questionado sobre a interpretação de recomendações, o TJUE determinou que tais atos “não podem ser considerados como desprovidos de qualquer efeito jurídico”, bem como que

os juízes nacionais terão que tomar em consideração as recomendações para resolver os litígios que lhes são submetidos, nomeadamente quando estas auxiliem a interpretação de disposições nacionais adoptadas com a finalidade de assegurar a respectiva execução, ou ainda quando se destinam a completar disposições comunitárias com carácter vinculativo.²³⁷

Se considerado que essa obrigação também se aplica aos demais atos de *soft law* atos interpretativos, verifica-se que os mesmos se tornam elementos auxiliares de interpretação obrigatórios, de modo que, embora os tribunais nacionais não estejam obrigados a interpretar o direito nacional em conformidade com tais atos, eles devem levá-los em conta sempre que puderem ajudar a clarificar o significado de alguma disposição do direito nacional ou da UE.²³⁸ Isto é, embora o Tribunal não considere a *soft law* como uma norma vinculante, ele determina que os tribunais nacionais levem em conta as normas de *soft law* criadas em âmbito da UE ao julgarem seus casos.

Sob esse cenário, a possibilidade de revisão judicial desses instrumentos pelo TJUE e tribunais nacionais se torna importante uma vez que, como visto, não obstante sua natureza não vinculante, os instrumentos de *soft law* são compreendidos como passíveis de produzir efeitos legais e práticos, assim, deveriam estar sujeitos a mecanismos de responsabilização. Tendo em vista a ausência de previsão de sanções nesses instrumentos, bem como a falta de um procedimento específico para a criação dos mesmos, o que pode levar a lacunas quanto à transparência no processo de sua elaboração, a possibilidade de revisão judicial asseguraria a proteção das partes interessadas da sociedade de serem submetidas a um poder arbitrário e não controlado.²³⁹

Assim, outra importante discussão que emerge quanto às consequências da utilização de instrumentos de *soft law* diz respeito à possibilidade ou não de tais normas serem contestadas nos tribunais. Não há uma resposta consensual na doutrina e jurisprudência acerca dessa

²³⁷ LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso nº C-322/88**. Salvatore Grimaldi versus Fonds Des Maladies Professionnelles. Luxemburgo, 13 de dezembro de 1989.

²³⁸ SENDEN, Linda. Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control. **European Law Journal**, Oxford, v. 19, n. 1, p. 57-75, jan. 2013. p. 62. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/eulj.12013>. Acesso em: 30 mar. 2022.

²³⁹ IONESCU, Danai Petropoulou; ELIANTONIO, Mariolina. Democratic Legitimacy and Soft Law in the EU Legal Order: A Theoretical Perspective. **Journal of Contemporary European Research**, Londres, v. 17, n. 1, p. 43-65, 2021. p. 59. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3747160. Acesso em: 05 jan. 2023.

discussão, contudo, como visto, a *soft law* é compreendida como passível de gerar efeitos legais. Mariolina Eliantonio propõe, então, que, se os instrumentos de *soft law* são capazes de produzir efeitos legais, consequentemente, poderiam ter sua validade controlada judicialmente.²⁴⁰ O artigo 263 do TFUE determina quais atos são passíveis de revisão pelo TJUE, dispondo que

O Tribunal de Justiça da União Europeia fiscaliza a legalidade dos atos legislativos, dos atos do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu, que não sejam recomendações ou pareceres, e dos atos do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. O Tribunal fiscaliza também a legalidade dos atos dos órgãos ou organismos da União destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros.²⁴¹

Da leitura desse artigo, denota-se que o mesmo não promove uma definição clara das medidas que podem ser objeto de revisão. A princípio, ele parece excluir do escopo de apreciação do TJUE os instrumentos de *soft law*, ao estabelecer que a recomendações e pareceres tal artigo não se aplica. No entanto, no julgamento do caso nº 22-70, de 31 de março de 1971, conhecido como Caso ERTA, o TJUE apresentou sua primeira definição de atos passíveis de revisão, decidindo que podem ser revisados judicialmente todos os atos tomados pelas instituições que se destinem a produzir efeitos legais, qualquer que seja a natureza ou forma, ampliando, assim, o âmbito da revisão judicial.²⁴² Essa definição revela a preferência da substância do ato em detrimento de sua forma para considera-lo como passível de revisão.

No mesmo sentido, no caso nº 60/81, julgado em 11 de novembro de 1981, o TJUE determinou que os efeitos legais existem quando a medida é capaz de afetar os interesses da parte requerente, ao possibilitar uma alteração de sua situação jurídica.²⁴³ Assim, da mesma maneira, o critério para definição de efeitos legais também enfatiza a substância do ato e não sua forma. Ambos os casos possibilitam, portanto, que instrumentos de *soft law* sejam objeto de revisão judicial, mesmo sendo as recomendações e pareceres expressamente excluídos do escopo do artigo 263 do TFUE, desde que produzam efeitos legais, sendo a “distinção entre a

²⁴⁰ ELIANTONIO, Mariolina. Judicial Review of Soft Law before the European and the National Courts: A Wind of Change Blowing from the Member States? In: ELIANTONIO, Mariolina; KORKEA-AHO, Emilia; STEFAN, Oana (ed.). **EU Soft Law in the Member States: Theoretical Findings and Empirical Evidence**. Oxford: Hart Publishing, 2021. pp. 283-302. p. 284.

²⁴¹ TFUE, *op. cit.*, artigo 263.

²⁴² LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso nº 22-70**. Comissão das Comunidades Europeias versus Conselho das Comunidades Europeias. Luxemburgo, 31 de março de 1971.

²⁴³ LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso nº 60/81**. International Business Machines Corporation versus Comissão das Comunidades Europeias. Luxemburgo, 11 de novembro de 1981.

ausência de força legal vinculativa e a produção de efeitos jurídicos [...] fundamental para determinar se um ato de *soft law* da UE se enquadra na jurisdição do TJUE (tradução nossa).²⁴⁴

Verifica-se, no entanto, que as condições previstas em tais casos para que um instrumento de *soft law* seja considerado como dotado de efeitos legais e seja passível de revisão judicial são vagas e imprecisas. Os casos não oferecem uma definição clara de seus componentes, como, por exemplo, qual tipo de “ato” deve ser considerado e o que distingue a “capacidade de afetar os interesses da parte requerente” e “a alteração de sua situação jurídica” de outros efeitos, gerando inconsistências na forma do Tribunal considerar um ato como passível de ser revisado.²⁴⁵

Além disso, nos casos apensos C-463/10 e C-475/10, de 13 de outubro de 2011, o Tribunal entendeu que o requisito para a revisão do ato é que ele seja destinado a produzir efeitos legais vinculantes, e não mais apenas efeitos legais, como no caso nº 22-70.²⁴⁶ Desse modo, as diferenças de entendimento levam à incerteza e imprecisão a respeito de quando um ato de *soft law* será ou não passível de revisão judicial.

Diante disso, para avaliar se um ato produz efeitos legais, o TJUE realiza uma avaliação substantiva do caso concreto, valendo-se de critérios como conteúdo, redação, contexto, intenção e poderes do autor e percepção das partes envolvidas. O critério da intenção do autor diz respeito à se o ato teve a pretensão de produzir efeitos legais quando de sua criação, derivando do disposto no artigo 263 do TFUE, que atos “destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros” podem ser objeto de revisão judicial. A percepção das partes se refere a como o ato foi compreendido entre as partes envolvidas, isto é, uma medida capaz de produzir efeitos legais implica na “existência de uma relação jurídica entre duas pessoas, consistindo em direitos e obrigações correspondentes que estão sujeitos a alguma alteração pela medida em questão (tradução nossa).²⁴⁷ Assim, verifica-se que o critério de produção de efeitos legais está longe de ser interpretado e aplicado e forma clara.

Ao passo em que a possibilidade de revisão direta de instrumentos de *soft law* sob a forma do artigo 263 do TFUE, através de ações de anulação, ainda é objeto de controvérsias, por outro lado, a *soft law* tem sido compreendida como passível de ser revisada indiretamente

²⁴⁴ YURTTAGÜL, Hava. **The power of EU soft law: EU’s global leadership in promoting multilateralism through soft law.** Bruxelas: Institute of European Democrats, 2020. p. 7.

²⁴⁵ XANTHOULIS, Napoleon. Legal Effects and Reviewability of EU Acts: Between Institutional Intentions and Perceptions of Concerned Parties. In: ELIANTONIO, Mariolina; KORKEA-AHO, Emilia; STEFAN, Oana (ed.). **EU Soft Law in the Member States: Theoretical Findings and Empirical Evidence.** Oxford: Hart Publishing, 2021. pp. 303-322. p. 306-307.

²⁴⁶ LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Casos apensos nº C-463/10 e C-475/10.** Deutsche Post AG, República Democrática da Alemanha versus Comissão Europeia. Luxemburgo, 13 de outubro de 2011.

²⁴⁷ XANTHOULIS, *op. cit.*, 308-311.

através do procedimento de reenvio prejudicial, nos termos do artigo 267 do TFUE. Esse procedimento constitui-se em um mecanismo de diálogo entre o TJUE e os tribunais nacionais, pelo qual estes podem questionar ao TJUE sobre a interpretação, aplicação e conformidade de algum ato do Direito da UE.²⁴⁸ O artigo 267 estabelece que “O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: [...] sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União”.²⁴⁹ Isto é, tal confere ao TJUE competência para se pronunciar a título prejudicial sobre a validade e a interpretação de todos os atos das instituições da Comunidade, sem exceção, tampouco necessidade de comprovação de efeitos legais.²⁵⁰

Pelo exposto, verifica-se que a possibilidade de revisão judicial da *soft law* ainda “é muito limitada, embora não impossível, essencialmente tornando o nível de proteção judicial contra a criação de *soft law* potencialmente ilegal bastante baixo”, o que “reforça as alegações de um déficit de legitimidade da legislação não vinculativa da UE”.²⁵¹ Mesmo com a proliferação de sua utilização, a jurisprudência ainda não deixa clara a metodologia utilizada para determinar se um ato de *soft law* produz efeitos legais, bem como a possibilidade de revisão do mesmo, o que reflete na dificuldade de identificar quais critérios irão influenciar a decisão dos tribunais em determinado caso concreto e em qual medida.

3.3 A PROLIFERAÇÃO DE INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW* NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DA UNIÃO EUROPEIA

A utilização de *soft law* como uma alternativa às tradicionais normas de *hard law* se torna especialmente atrativa no âmbito das relações externas entre países, tendo em vista que as regula de uma maneira flexível, ao mesmo tempo em que proporciona uma ampla margem de ação e estabelece as bases para a cooperação internacional. Considerando sua tradição de celebrar acordos com países terceiros, o uso de instrumentos de *soft law* se torna particularmente relevante para a UE em suas relações externas, possibilitando que as mesmas

²⁴⁸ ELIANTONIO, Mariolina; STEFAN, Oana. Soft law before the European courts: discovering a ‘common pattern’? **Yearbook of European Law**, Oxford, v. 37, n. 7, p. 457-469, 2018. p. 467. Disponível em: <https://academic.oup.com/yel/article-abstract/doi/10.1093/yel/yey017/5259668>. Acesso em: 08 jan. 2023.

²⁴⁹ TFUE, *op. cit.*, artigo 267.

²⁵⁰ TJUE, **Salvatore Grimaldi versus Fonds Des Maladies Professionnelles**, *op. cit.*, para. 8.

²⁵¹ IONESCU, Danai Petropoulou; ELIANTONIO, Mariolina. Democratic Legitimacy and Soft Law in the EU Legal Order: A Theoretical Perspective. **Journal of Contemporary European Research**, Londres, v. 17, n. 1, p. 43-65, 2021. p. 50. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3747160. Acesso em: 05 jan. 2023.

sejam reguladas através de acordos mais flexíveis, com a finalidade de promover e difundir a agenda europeia.²⁵²

Na atualidade, cada vez mais a gestão migratória da UE é caracterizada por um constante processo de externalização para países terceiros, através de acordos voltados a diminuir o número de entradas de migrantes em seus territórios, bem como a estabelecer procedimentos que facilitem o retorno desses indivíduos. E a *soft law* se mostrou uma ferramenta frequente neste processo. Nesse contexto se insere o crescimento na utilização de instrumentos de *soft law* enquanto alternativas à tradicional política de retorno de migrantes que residam irregularmente no território da UE.

Essa tendência de informalização e externalização da política migratória da UE não é livre de críticas e controvérsias, especialmente quanto à garantia de proteção dos direitos humanos dos indivíduos envolvidos no processo. Assim, nesta seção, será compreendido como a *soft law* é utilizada nas relações externas da UE, com foco na conclusão de acordos internacionais informais com países terceiros, para, após, ser analisada a proliferação desses instrumentos no âmbito das políticas migratórias da UE.

3.3.1 A utilização de *soft law* nas relações externas da União Europeia através de acordos internacionais

Os instrumentos adotados pela UE em suas relações externas podem ser diferenciados entre aqueles adotados pela UE internamente, mas que refletem em suas relações externas, como as diretivas, regulamento e decisões vistas anteriormente, bem como aqueles adotados pela UE em ordem internacional. Estes podem ser adotados pela União de forma autônoma ou se constituírem em acordos firmados entre a UE e uma parte terceira, os quais podem ser de natureza vinculante (*hard law*) ou não vinculante (*soft law*), que serão o foco da presente pesquisa.²⁵³

²⁵² OTT, Andrea. Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges. *Yearbook of European Law*, Oxford, v. 39, n. 1, p. 569-601, 2020. p. 577. Disponível em: <https://academic.oup.com/yel/issue/volume/39>. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁵³ WESSEL, Ramses A. 'Soft' International Agreements in EU External Relations: Pragmatism over Principles? *In: ECPR SGEU CONFERENCE*, 2018, Paris. *Anais eletrônicos [...]* Paris: ECPR, 2018. p. 1. Disponível em: <https://www.utwente.nl/en/bms/pa/research/wessel/wesselconf17.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2023.

O banco de dados da UE demonstra mais de 1200 acordos internacionais concluídos entre a UE e países terceiros, sendo estes o instrumento mais clássico de representação externa da UE.²⁵⁴ Os artigos 3º (2) e 216 do TFUE definem a competência da UE para

celebrar acordos com um ou mais países terceiros ou organizações internacionais quando os Tratados o prevejam ou quando a celebração de um acordo seja necessária para alcançar, no âmbito das políticas da União, um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados ou quando tal celebração esteja prevista num ato juridicamente vinculativo da União, ou seja suscetível de afetar normas comuns ou alterar o seu alcance.²⁵⁵

Nota-se que, embora o TFUE preveja a competência da UE para celebrar acordos internacionais, a mesma não define o conceito destes, de modo que devem ser compreendidos conforme a definição prevista para um tratado internacional pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.²⁵⁶ A conclusão de tais instrumentos deve seguir um procedimento específico previsto no artigo 218 do TFUE, o qual define o papel de cada uma das instituições da UE nesse processo, a fim de garantir a manutenção do equilíbrio institucional na União.²⁵⁷

O Conselho da UE é o órgão responsável por autorizar a abertura das negociações, a partir de uma recomendação da Comissão ou do Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, definir as diretrizes de negociação, autorizar a assinatura do acordo e adotar a decisão de celebração final do mesmo. O Parlamento, por sua vez, além de ser informado de todas as etapas do procedimento, autoriza o Conselho a concluir o acordo, quando se tratar de acordos referentes às matérias previstas no item 6, alínea “a” do artigo 218 do TFUE,²⁵⁸ ao passo em que, nos outros casos, o acordo deve ser concluído após consulta ao Parlamento,²⁵⁹ o que revela, portanto, uma simetria entre os processos legislativos interno e

²⁵⁴ WESSEL, Ramses A. Normative transformations in EU external relations: the phenomenon of ‘soft’ international agreements. **West European Politics**, v. 44, n. 1, p. 72-92, 2021. p. 74. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1738094>. Acesso em: 15 jan. 2023.

²⁵⁵ TFUE, *op. cit.*, artigo 216.

²⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. Viena, 1969. Disponível em: <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2016/07/portugal-declaracao-sobre-a-cv-69.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2022.

²⁵⁷ WESSEL, Ramses A. ‘Soft’ International Agreements in EU External Relations: Pragmatism over Principles? *In: ECPR SGEU CONFERENCE*, 2018, Paris. **Anais eletrônicos [...] Paris: ECPR**, 2018. p. 5. Disponível em: <https://www.utwente.nl/en/bms/pa/research/wessel/wesselconf17.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2023.

²⁵⁸ TFUE, *op. cit.* Artigo 218 (6) - O Conselho, sob proposta do negociador, adota uma decisão de celebração do acordo. Exceto nos casos em que o acordo incida exclusivamente sobre a política externa e de segurança comum, o Conselho adota a decisão de celebração do acordo: a) Após aprovação do Parlamento Europeu, nos seguintes casos: i) Acordos de associação, ii) Acordo de adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, iii) Acordos que criem um quadro institucional específico mediante a organização de processos de cooperação, iv) Acordos com consequências orçamentais significativas para a União, v) Acordos que abranjam domínios aos quais seja aplicável o processo legislativo ordinário ou o processo legislativo especial, quando a aprovação do Parlamento Europeu é obrigatória.

²⁵⁹ *Ibid.*, artigo 218.

externo da UE. A conclusão do acordo consiste no consentimento da UE em se vincular ao mesmo, o que deve ser feito através de uma notificação à outra parte ou do depósito de um instrumento de ratificação.²⁶⁰

Ressalta-se que os acordos internacionais firmados pela UE possuem força vinculante perante suas instituições e Estados-Membros, nos termos no artigo 216 do TFUE. Esse dispositivo implica que os Estados-Membros, embora não sejam partes dos acordos firmados pela União, também estão vinculados a eles, como parte integrante do direito da UE, inclusive porque, em muitos casos, a implementação desses tratados exige a ação dos Estados. Além disso, os referidos acordos são publicados no Jornal Oficial da União Europeia, isto é, são disponibilizados publicamente para consulta, além de poderem ser revistos através de diferentes procedimentos legais que avaliam a sua legalidade e compatibilidade com o direito da UE.²⁶¹ Desse modo, percebe-se que os acordos internacionais formais da UE possuem uma série de garantias que, como será visto, não são encontradas nos instrumentos de *soft law*.

Os acordos internacionais de *soft law* podem ser definidos como “qualquer ato bilateral ou unilateral por parte de Estados ou organizações internacionais, que não inclui obrigações juridicamente vinculantes sob o direito internacional e, conseqüentemente, não é juridicamente exequível em comparação com *hard law* (tradução nossa)”.²⁶² Tais acordos dispõem de compromissos políticos, porém carecem de efeito vinculante, além de não seguirem os procedimentos aplicáveis à ratificação de tratados, tampouco as regras prevista no direito internacional.

Tendo em vista sua ausência de força vinculante, a *soft law* nas relações internacionais da UE é usualmente descrita como “compromissos políticos”, em razão de sua natureza não vinculante, não obstante tanto instrumentos de *soft* como de *hard law* possuam importância política. Uma das espécies desses instrumentos com compromissos políticos são os memorandos de entendimento, os quais “refletem um acordo político entre a União e um ou mais países terceiros ou organizações internacionais, com a intenção expressa de são se tornarem juridicamente vinculantes (tradução nossa)”.²⁶³

²⁶⁰ WESSEL, Ramses A. ‘Soft’ International Agreements in EU External Relations: Pragmatism over Principles? *In: ECPR SGEU CONFERENCE*, 2018, Paris. **Anais eletrônicos [...]** Paris: ECPR, 2018. p. 7. Disponível em: <https://www.utwente.nl/en/bms/pa/research/wessel/wesselconf17.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2023.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 7.

²⁶² OTT, Andrea. Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges. **Yearbook of European Law**, Oxford, v. 39, n. 1, p. 569-601, 2020. p. 572. Disponível em: <https://academic.oup.com/yel/issue/volume/39>. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁶³ WESSEL, Ramses A. Normative transformations in EU external relations: the phenomenon of ‘soft’ international agreements. **West European Politics**, v. 44, n. 1, p. 72-92, 2021. p. 78. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1738094>. Acesso em: 15 jan. 2023.

A prática demonstra que a conclusão desses instrumentos é semelhante à dos acordos internacionais formais, isto é, a comissão negocia e assina o acordo, enquanto a conclusão do mesmo fica sob responsabilidade do Conselho. Além disso, verifica-se que os mesmos não se limitam a áreas de pouca relevância da UE, mas sim tratam acerca de assuntos chave, como questões econômicas, migratórias e de comércio internacional, tal qual o Memorando de Entendimento firmado com os Estados Unidos sobre a importação de carne de animais não tratados com certos hormônios promotores de crescimento e impostos aumentados aplicados pelos estados unidos a certos produtos da UE.²⁶⁴

Em comparação com acordos internacionais vinculantes, são firmados ao menos o dobro de instrumentos de *soft law* entre atores da UE e organizações internacionais ou países terceiros, isto é, o recurso à instrumentos de *soft law* no âmbito das relações externas na UE é bastante comum, não obstante ainda seja pouco explorado por estudiosos, quando comparado com a atenção dada às normas de *soft law* internas.²⁶⁵ Os referidos instrumentos “substituem acordos vinculativos bilaterais ou multilaterais e, em geral, complementam, interpretam e preparam tratados internacionais multi ou bilaterais existentes ou futuros (tradução nossa)”.²⁶⁶ Ou seja, possuem a função de preceder acordos internacionais vinculantes ou mesmo normas costumeiras, além de complementar, interpretar ou mesmo substituir os mesmos.

Enquanto os acordos internacionais formais são altamente regulados pelo artigo 218 do TFUE, os tratados da UE não preveem acerca da competência, tampouco procedimento para o estabelecimento de acordos de *soft law* com países terceiros. Contudo, a prática demonstra que a UE faz parte de compromissos internacionais de *soft law*, na forma de comunicações conjuntas, cartas conjuntas, estratégias, acordos, relatórios de progresso, programas e memorandos de entendimento.²⁶⁷ Como exemplos recentes, pode-se citar o Memorando de Entendimento firmado com o Marrocos em 2022, sobre o estabelecimento de uma “Parceria Verde”, Memorando de Entendimento firmado com a Ucrânia também em 2022, para assistência financeira, bem como a Declaração Conjunta sobre Cooperação Migratória firmada com o Afeganistão em 2021, a qual será analisada no capítulo seguinte.

Tendo em vista que os Tratados constitutivos da UE não preveem explicitamente a conclusão de acordos internacionais de *soft law*, os artigos 16 e 17 do TUE são normalmente

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 78.

²⁶⁵ OTT, *op. cit.*, p. 577.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 577.

²⁶⁷ WESSEL, Ramses A. ‘Soft’ International Agreements in EU External Relations: Pragmatism over Principles? In: ECPR SGEU CONFERENCE, 2018, Paris. **Anais eletrônicos [...]** Paris: ECPR, 2018. p. 9. Disponível em: <https://www.utwente.nl/en/bms/pa/research/wessel/wesselconf17.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2023.

utilizados para justificar a competência do Conselho e da Comissão para firmarem tais instrumentos, respectivamente.²⁶⁸ A Comissão é a instituição mais envolvida na representação da UE perante países terceiros e organizações internacionais, nos termos do artigo 220 do TFUE,²⁶⁹ o qual dispõe acerca da gestão das relações externas da UE pela Comissão, aliado ao artigo 17 (1) do TUE, que determina que a Comissão deve “assegurar a representação externa da União”, o qual deixa margem para que a instituição escolha a forma pela qual irá cumprir com essa obrigação de representação externa da UE,²⁷⁰ motivo pelo qual tais artigos são mencionados como legitimadores da competência da Comissão para o estabelecimento de acordos de *soft law* nas relações externas da UE. Além disso, esses acordos não são firmados apenas pela Comissão e Conselho, mas também por agências regulatórias que operam na dimensão externa da União, como a Europol e a FRONTEX, além do Serviço Europeu de Ação Externa.²⁷¹

Muitas razões surgem para explicar o uso de acordos de *soft law* nas relações externas da UE, em detrimento de acordos formais. Dentre elas pode-se citar:

a necessidade de aumentar a eficiência da ação externa, de permitir maior lisura na negociação e celebração do instrumento, ou de aumentar a margem de discricionariedade dos signatários no cumprimento dos compromissos. Além disso, os acordos não vinculativos podem ser mais adequados à sensibilidade política do objeto do acordo ou à sua natureza mutável (tradução nossa).²⁷²

Assim, a ausência de controle judicial, bem como de regras de procedimentos, concede aos atores envolvidos maior liberdade quanto ao que gostariam de acordar, a forma para tanto e em que medida vão estar comprometidos com o acordo, o que pode explicar a preferência pelo estabelecimento de instrumentos informais. Ainda, o próprio receio dos atores envolvidos em arcar com as consequências e riscos de um acordo formal, bem como a complexidade ou

²⁶⁸ WESSEL, Ramses A. Normative transformations in EU external relations: the phenomenon of ‘soft’ international agreements. **West European Politics**, v. 44, n. 1, p. 72-92, 2021. p. 77. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1738094>. Acesso em: 15 jan. 2023.

²⁶⁹ TFUE, *op. cit.* Artigo 220 - 1. A União estabelece toda a cooperação útil com os órgãos das Nações Unidas e das suas agências especializadas, o Conselho da Europa, a Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa e a Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económicos. Além disso, a União assegura com outras organizações internacionais as ligações que considere oportunas. 2. A aplicação do presente artigo cabe ao Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança e à Comissão.

²⁷⁰ OTT, Andrea. Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges. **Yearbook of European Law**, Oxford, v. 39, n. 1, p. 569-601, 2020. p. 578. Disponível em: <https://academic.oup.com/yel/issue/volume/39>. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 570.

²⁷² ANDRADE, Paula García. The Distribution of Powers Between EU Institutions for Conducting External Affairs through Non-Binding Instruments. **European Papers**, Roma, v. 1, n. 1, p. 115-125, 2016, p. 116. Disponível em: <https://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/distribution-powers-between-eu-institutions-conducting-external-affairs>. Acesso em: 12 jan. 2023.

mesmo a impossibilidade de estabelecê-lo, devido às leis e disposições do ordenamento jurídico interno dos países, referentes à ratificação desses instrumentos, contribuem para essa preferência.

Andrea Ott afirma que o número de instrumentos de *soft law* bilaterais cresceram nos últimos na UE, assim como as formas nas quais eles aparecem, não sendo possível, contudo, precisar tal número, uma vez que, contrariamente aos acordos formais, estes não precisam obrigatoriamente ser publicados.²⁷³ Embora, na prática, as diferenças entre os acordos internacionais formais e informais desapareçam, por outro lado, os desafios jurídicos referentes aos instrumentos de *soft law* aumentam.

Isso ocorre pelas incertezas quanto a sua natureza legal, transparência, possibilidade de revisão judicial, aos efeitos produzidos pelos mesmos e possível violação do procedimento legislativo aplicável aos acordos formais, uma vez que, em contraste com os acordos internacionais vinculantes firmados pela EU, cuja adoção segue um procedimento específico previsto no artigo 218 do TFUE, os instrumentos de *soft law* firmados no âmbito das relações externas, a princípio, estão livres de tais regramentos, o que pode ameaçar o equilíbrio institucional previstos nos tratados da União.²⁷⁴ Assim, a discussão acerca do uso de tais instrumentos no âmbito das relações externas da UE é dotada de controvérsias, muito semelhantes àquelas referentes à utilização de *soft law* em âmbito interno.

Diante disso, emerge a dúvida quanto à que medida as garantias que se aplicam aos instrumentos de *hard law* também são aplicadas nos casos de *soft law*. Um dos problemas levantados diz respeito à ausência de obrigatoriedade quanto à publicação dos instrumentos internacionais de *soft law*. Em âmbito internacional, é convencionado que os acordos internacionais devem ser publicados após sua ratificação, especialmente quando os mesmos tenham impacto sobre as legislações nacionais ou necessitem ser implementados na legislação doméstica antes de produzirem seus efeitos.

No caso da UE, os acordos internacionais, como já visto, são adotados por uma decisão do Conselho que determina a assinatura e conclusão do acordo, bem como publicados no Jornal Oficial da União Europeia. Já para os instrumentos de *soft law* não há essa exigência, de modo que nem todos são facilmente encontrados pela população, ficando sob discricionariedade da

²⁷³ OTT, Andrea. Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges. **Yearbook of European Law**, Oxford, v. 39, n. 1, p. 569-601, 2020. p. 577. Disponível em: <https://academic.oup.com/yel/issue/volume/39>. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁷⁴ YURTTAGÜL, Hava. **The power of EU soft law: EU's global leadership in promoting multilateralism through soft law**. Bruxelas: Institute of European Democrats, 2020. p. 8-9.

instituição que adotou tal instrumento decidir sobre a publicação, o que pode variar de acordo com o conteúdo do mesmo, ou por motivos públicos e políticos.²⁷⁵

Dessa forma, leva-se a uma inconsistência na prática das instituições no que se refere ao acesso a esses documentos. Reitera-se que, enquanto a Comissão e as agências da UE normalmente fornecem acesso às ferramentas de *soft law* em seus respectivos websites, Serviço Europeu de Ação Externa e o Conselho da UE usualmente não o fazem, impedindo que os indivíduos que serão afetados pelos mesmos tenham acesso às suas disposições, o que levanta críticas quanto à transparência desses instrumentos, em especial quando eles pretendem substituir acordos internacionais formais ou possuem conteúdo politicamente controverso e tendo em vista que o Parlamento não possui qualquer tipo de acesso privilegiado a esses documentos.²⁷⁶

Por este motivo, a participação ou falta de participação do Parlamento na conclusão de acordos de *soft law* se configura como outra grande controvérsia. Conforme já visto, o Parlamento atua como co-legislador no processo legislativo da UE e, no que se refere aos acordos internacionais, é responsável por consentir com a conclusão dos mesmos, além de ser informado quando da abertura das negociações. No caso C-263/14, de 14 de junho de 2016, o TJUE deliberou que “a participação do Parlamento no processo decisório é o reflexo, ao nível da União, de um princípio democrático fundamental segundo o qual os povos participam no exercício do poder por intermédio de uma assembleia representativa”, e que sua participação no processo de celebração de acordos internacionais visa “assegurar [...] que o Parlamento possa exercer uma fiscalização democrática sobre a ação exterior da União e, mais especificamente, verificar que a escolha da base jurídica de uma decisão relativa à celebração de um acordo tenha sido efetuada no respeito pelas suas atribuições”.²⁷⁷ Dessa forma, o envolvimento do Parlamento garante uma maior coerência e transparência nas práticas externas da UE, contudo, pode ser evitado quando da adoção de instrumentos internacionais de *soft law*.

Uma das vantagens dos acordos de *hard law* é que os mesmos devem ser estabelecidos integralmente dentro dos limites dos procedimentos e princípios do direito da UE, dentre eles, o da atribuição de competências, equilíbrio institucional, Estado de direito e cooperação leal, conforme determinado pelos tratados, o que, por sua vez, como visto, não é previsto para os

²⁷⁵ OTT, Andrea. Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges. *Yearbook of European Law*, Oxford, v. 39, n. 1, p. 569-601, 2020. p. 583. Disponível em: <https://academic.oup.com/yel/issue/volume/39>. Acesso em: 31 mar. 2022.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 585.

²⁷⁷ LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso nº C-263/14**. Parlamento Europeu versus Conselho da União Europeia. Luxemburgo, 14 de junho de 2016.

instrumentos de *soft law* nos tratados da UE.²⁷⁸ Contudo, mesmo não existindo tal previsão e que tais instrumentos, usualmente, já contenham a indicação de que não possuem a intenção de criar obrigações vinculantes entre as partes, esse caráter não vinculativo não autoriza os mesmos a violarem e desconsiderarem os princípios fundamentais da União guiam as relações entre os Estados-Membros e entre as instituições, o que foi determinado pelo TJUE no caso nº C-233/02, de 23 de Março de 2004.²⁷⁹

Esse caso trata sobre um pedido de anulação formulado pela França perante o TJUE, em relação a um acordo de *soft law* estabelecido pela Comissão com os Estados Unidos em matéria de cooperação regulamentar e de transparência no comércio, o Tribunal entendeu que, não obstante a força não vinculante daquele instrumento, o mesmo deveria respeitar a “repartição de competências e o equilíbrio institucional estabelecidos pelo Tratado no domínio da política comercial comum”.²⁸⁰ Assim, compreende-se o TJUE reconhece a existência de tais instrumentos e a legitimidade dos mesmos no âmbito das relações externas da UE, contudo, tais atos não podem contornar os princípios e competências da União, mesmo não possuindo caráter vinculante, o que vai ao encontro do caso ERTA, no qual o TJUE podem ser revisados judicialmente todos os atos tomados pelas instituições que se destinem a produzir efeitos legais, independentemente de sua forma e intenção de ser vinculante ou não.

Outra questão diz respeito à possibilidade dos acordos internacionais formais terem sua legalidade e compatibilidade com o direito da UE revisada e contestada perante os tribunais, através de procedimentos legais. A legalidade de tais acordos “pode ser contestada por requerentes privilegiados no processo de anulação e os indivíduos ainda têm a opção de contestar ou invocar acordos internacionais por meio do procedimento de reenvio prejudicial – embora essa opção seja limitada”, enquanto “em contraste com essas regras processuais detalhadas e mecanismos de revisão aplicáveis a acordos internacionais, os instrumentos bilaterais de *soft law* operam em uma ‘terra de ninguém’ (tradução nossa)”.²⁸¹

Diante disso, as disposições de acordos internacionais, sob determinadas condições, podem ser invocadas por cidadãos da UE e dos países terceiros, o que não ocorre com os instrumentos de *soft law*, os quais “privam os indivíduos de contestarem seus direitos perante

²⁷⁸ WESSEL, Ramses A. Normative transformations in EU external relations: the phenomenon of ‘soft’ international agreements. **West European Politics**, v. 44, n. 1, p. 72-92, 2021. p. 81. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1738094>. Acesso em: 15 jan. 2023.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 82.

²⁸⁰ LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso nº C-233/02**. República Francesa versus Comissão das Comunidades Europeias. Luxemburgo, 23 de março de 2004.

²⁸¹ OTT, Andrea. Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges. **Yearbook of European Law**, Oxford, v. 39, n. 1, p. 569-601, 2020. p. 580. Disponível em: <https://academic.oup.com/yel/issue/volume/39>. Acesso em: 31 mar. 2022.

tribunais nacionais e perante o TJUE (tradução nossa)”²⁸², dificultando, assim, o acesso à justiça em caso de violações de direitos humanos, ainda mais considerando a dificuldade de acesso aos mesmos, o que chama atenção, especialmente, em questões migratórias, que lidam diretamente com os direitos humanos dos indivíduos envolvidos.

Assim, a União e seus Estados-Membros contribuem para a informalização das relações internacionais através do estabelecimento de instrumentos de *soft law*. Contudo, nota-se que essa informalização das relações externas na UE, que ocorre devido às dificuldades de estabelecimento de acordos formais em determinados domínios, pode levar a violação dos princípios e disposições do direito da UE, em especial, diante da falta de publicidade dos atos e das limitações do papel do TJUE e Parlamento nesse processo, bem como do sistema de garantias e proteções previstas para os indivíduos envolvidos tanto no direito internacional como no próprio direito da UE.

3.3.2 A informalização da dimensão externa da política migratória da UE

Como já visto, as políticas e ações em âmbito migratório na UE vem sendo desenvolvidas sob o prisma de sua dimensão externa, isto é, da exportação de aspectos importantes da governança migratória da UE para países terceiros, através de mecanismos de cooperação. Essa externalização ocorre quando a “o limite institucional/legal é movido para além do círculo dos Estados-Membros (tradução nossa)”,²⁸³ ou seja, quando países terceiros estão envolvidos no controle dos fluxos migratórios direcionados à UE. Um dos motivos para essa mudança reside na facilidade do desenvolvimento de medidas que buscam que países terceiros de origem e trânsito de migrantes controlem os fluxos migratórios, do que medidas que requeiram mudanças nas políticas internas da UE.²⁸⁴ Assim, a União empreende esforços na externalização da política migratória a partir do estabelecimento de acordos de cooperação entre a UE e países terceiros.

Com efeito, a tendência de externalização das políticas migratórias da UE está aliada à tendência de informalização das mesmas, ou seja, de utilização de instrumentos de *soft law* como forma de consolidação da cooperação com países terceiros no domínio do controle

²⁸² WESSEL, Ramses A. Normative transformations in EU external relations: the phenomenon of ‘soft’ international agreements. **West European Politics**, v. 44, n. 1, p. 72-92, 2021. p. 85. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1738094>. Acesso em: 15 jan. 2023.

²⁸³ GEDDES, Andrew. Differential institutionalisation and its effects. In: TRAUNER, Florian; SERVENT, Ariadna Ripoll (ed.). **Policy Change in the Area of Freedom, Security and Justice: How EU institutions matter**. Abingdon: Routledge, 2015. pp. 75-91. p. 83.

²⁸⁴ *Ibid*, p. 83.

migratório, inclusive com o investimento financeiro. Essa cooperação informal pode ser definida como “uma ação que, apesar de seu caráter não vinculativo proclamado, produz efeitos jurídicos da União Europeia para países terceiros (tradução nossa)”.²⁸⁵

A principal finalidade a ser alcançada pelas formas de cooperação informal é a luta contra as migrações irregulares, sendo formada por diferentes objetivos:

prevenir a pressão migratória “na origem”, instalando qualquer tipo de controle físico e digital nas fronteiras, bem como campanhas de prevenção das migrações, e aumentar as taxas de retorno de nacionais de países terceiros.⁵⁸ Para os migrantes com necessidades de proteção internacional, o objetivo é impedir a sua chegada ou filtrar os poucos elegíveis para reassentamento da UE.²⁸⁶

A utilização desses instrumentos nas relações migratórias da UE com atores externos não é nova, contudo, se intensificou desde a crise de 2015, a partir de quando se viu que as instituições da UE preferem empregar ferramentas informais na promoção da cooperação com países terceiros do domínio das migrações,²⁸⁷ o que levou a uma mudança de paradigma, de *hard* para *soft law*. Isso se explica pela falta de progresso nas tentativas de conclusão de acordos formais, bem como pela maior flexibilidade e rapidez proporcionada pelos os instrumentos de *soft law*, o que, tendo em vista que o cenário de crise exige ações rápidas e que lidam com questões sensíveis de direitos humanos, leva as políticas migratórias a se constituírem como uma das áreas nas quais a utilização de *soft law* tem se mostrado predominante na UE.

Um dos exemplos dessa externalização através de instrumentos de *soft law* são as chamadas Parcerias de Mobilidade, que já foram firmadas com países como Moldávia, Cabo Verde (2008), Geórgia (2009), Armênia (2011), Marrocos, Azerbaijão, Tunísia (2013), Jordânia (2014) e Belarus (2016). Esses instrumentos são adotados visando a implementação da Abordagem Global para Migrações e Mobilidade²⁸⁸ e visam “reforçar as prioridades políticas da UE, ao trabalhar com os países de origem para ‘gerir a migração’ e reforçar a base seletiva

²⁸⁵ FRASCA, Eleonora. More or less (soft) law? The case of third country migration cooperation and the long-term effects of EU preference for soft law instruments. **Queen Mary Law Journal**, Londres, v. 1, p. 1-32, 2021. p. 1. Disponível em: <https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/72463>. Acesso em: 21 jan. 2023.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 10. “Preventing migratory pressure ‘at source’, installing any sorts of physical and digital border controls and migration prevention campaigns, and increasing third country national return rates.⁵⁸ For migrants with international protection needs, the goal is to prevent their arrival or to filter the few who are eligible for resettlement to the EU from the bigger cohort” (tradução nossa).

²⁸⁷ VARA, Juan Santos. Soft international agreements on migration cooperation with third countries: a challenge to democratic and judicial controls in the EU. In: CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke (ed.). **Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. pp. 21-38. p. 24.

²⁸⁸ A Abordagem Global para Migrações e Mobilidade criada em 2005 e reformulada em 2011 teve como objetivo abordar as causas originárias das migrações, propondo medidas destinadas a facilitar as migrações legais e a reduzir as migrações irregulares. *Ibid.*, p. 24.

das políticas de admissão utilizadas pelos Estados-Membros”,²⁸⁹ abordando diversas questões como facilitação de vistos, projeto e ações sobre mobilidade e migração legal, em troca de compromissos por parte dos países terceiros quanto ao controle de suas fronteiras e readmissão de seus nacionais.²⁹⁰

A partir desses acordos, portanto, os países terceiros empregam esforços no âmbito da readmissão e do controle do fluxo de migrantes irregulares em direção à UE, em troca de facilidades como a permissão de acesso de mão-de-obra migrante à UE, podendo-se dizer que os mesmos abrem caminho para a conclusão de acordos de readmissão de migrantes.²⁹¹ Nota-se, dessa maneira, que essas Parcerias refletem as dimensões interna e externa da política migratória da UE, pois combinam a gestão da entrada e admissão de migrantes, com a contenção da migração irregular, embora, na prática, a prioridade é a luta contra esta última, de modo que a União busca países dispostos cooperarem com o controle de fronteiras e readmissão de migrantes. No mesmo modo, também reflete a tendência da informalização desse domínio, pois tratam-se de instrumentos de *soft law*, que não vinculam suas partes, inclusive, possuindo a indicação em seus textos de que não são destinados a criar direitos legais e obrigações perante o direito internacional.

Outra ferramenta considerada essencial no processo de informalização da dimensão externa da política migratória da UE, em especial, na área de readmissão de migrantes, é o Quadro de Parceria para Migração, lançado pela União em 2016, para integrar totalmente as migrações na política externa da UE, buscando unir os Estados-Membros, as instituições da UE e os países terceiros para que trabalhem em conjunto a fim de construir uma melhor gestão dos fluxos migratórios, estabelecendo os resultados que devem ser atingidos. Dentre os objetivos dessa estratégia destacam-se “salvar vidas e quebrar o modelo de negócio dos traficantes, prevenir a migração irregular e reforçar a cooperação no retorno e readmissão de migrantes irregulares, bem como intensificar os investimentos nos países parceiros”.²⁹² Essa iniciativa dá

²⁸⁹ GEDDES, Andrew. Differential institutionalisation and its effects. In: TRAUNER, Florian; SERVENT, Ariadna Ripoll (ed.). **Policy Change in the Area of Freedom, Security and Justice: How EU institutions matter**. Abingdon: Routledge, 2015. pp. 75-91. p. 84.

²⁹⁰ WESSEL, Ramses A. Normative transformations in EU external relations: the phenomenon of ‘soft’ international agreements. **West European Politics**, v. 44, n. 1, p. 72-92, 2021. p. 80. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1738094>. Acesso em: 15 jan. 2023.

²⁹¹ GEDDES, Andrew. Differential institutionalisation and its effects. In: TRAUNER, Florian; SERVENT, Ariadna Ripoll (ed.). **Policy Change in the Area of Freedom, Security and Justice: How EU institutions matter**. Abingdon: Routledge, 2015. pp. 75-91. p. 84.

²⁹² COMISSÃO EUROPEIA. **Migration partnership framework: a new approach to better manage migration**. Estrasburgo, 2016. Disponível em: https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/factsheet_ec_format_migration_partnership_framework_update_2.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023.

origem aos chamados Pactos de Migração com países terceiros, destinados especialmente a obter a cooperação dos mesmos no retorno de migrantes irregulares. Desse modo, assim como as Parcerias de Mobilidade, esse novo quadro também tem como foco a área de retorno e readmissão de imigrantes irregulares, tendo sido apresentada como uma tentativa de evitar que a burocracia exigida para as negociações de um acordo de readmissão formal impeça a concretização do mesmo.²⁹³

Ainda, no domínio do controle de fronteiras, os instrumentos buscam intensificar a capacidade de controle fronteiriço das autoridades costeiras de países terceiros, que atuarão em nome dos Estados-Membros da UE para conter a mobilidade de grupos migratórios. À FRONTEX, por exemplo, foi conferido o poder de firmar Acordos de Trabalho com as autoridades competentes de países terceiros para cooperarem no combate à migração irregular, criminalidade transfronteiriça e no fortalecimento da segurança nas fronteiras, mediante trocas de informações entre as autoridades de controle fronteiriço, operações conjuntas no território do país terceiro ou fornecimento de equipamento e treinamento às autoridades nacionais para que façam patrulhas em suas fronteiras.²⁹⁴

Todos os instrumentos citados focam na intensificação da cooperação com Estados terceiros para que fortaleçam sua capacidade de controlar os fluxos migratórios. No entanto, o objetivo principal do Quadro de Parceria para Migração está no aumento da taxa de retorno de migrantes irregulares, pois reconhece que “experiência de diálogo com os países parceiros demonstrou uma disparidade entre as expectativas e os resultados quanto aos regressos e à readmissão”.²⁹⁵ Assim, ao contrário das Parcerias de Mobilidade, que possuíam o objetivo de proporcionar a conclusão de acordo formais de readmissão, o Quadro de Parceria para Migração visa atingir maior efetividade no retorno de migrantes, não necessariamente através de acordos formais de readmissão.²⁹⁶

Desse contexto, portanto, decorre o crescimento na utilização de instrumentos de *soft law* enquanto alternativas à tradicional política de retorno de migrantes que residam

²⁹³ VARA, Juan Santos. Soft international agreements on migration cooperation with third countries: a challenge to democratic and judicial controls in the EU. In: CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke (ed.). **Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. pp. 21-38. p. 24-26.

²⁹⁴ FRASCA, Eleonora. More or less (soft) law? The case of third country migration cooperation and the long-term effects of EU preference for soft law instruments. **Queen Mary Law Journal**, Londres, v. 1, p. 1-32, 2021. p. 17. Disponível em: <https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/72463>. Acesso em: 21 jan. 2023.

²⁹⁵ COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão**: relativa ao estabelecimento de um novo Quadro de Parceria com os países terceiros ao abrigo da Agenda Europeia da Migração. Bruxelas, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0385&from=EN>. Acesso em: 21 jan. 2023.

²⁹⁶ *Ibid.* Nesse sentido: VARA, *op. cit.*, p. 27.

irregularmente no território da UE. Como visto, a utilização de instrumentos de *soft law* nas relações externas da UE implica em uma série de consequências para o equilíbrio institucional da UE, ao não seguir com as disposições previstas para a conclusão de acordos formais. No âmbito migratório não seria diferente, o que se torna ainda mais preocupante tendo em vista tratar-se de um domínio que lida com questões sensíveis de direitos humanos. A utilização de *soft law* nas políticas migratórias, em especial no âmbito do retorno de migrantes, que, por si só, já se constitui em uma área originária de violações de direitos humanos, causa sérios impactos nos direitos desses indivíduos, pois pode levar à diminuição do nível de proteção que o direito internacional e o direito da UE concedem a esse grupo, bem como à insegurança proveniente da ausência de meios de assegurar o cumprimento dos mesmos. A análise dos impactos da informalização da política de retorno de imigrantes irregulares da UE será o foco, portanto, do próximo capítulo.

4. A COOPERAÇÃO ENTRE A UNIÃO EUROPEIA E PAÍSES TERCEIROS PARA O RETORNO DE MIGRANTES QUE ESTEJAM IRREGULARMENTE EM TERRITÓRIO EUROPEU: OS PROCEDIMENTOS DE RETORNO PREVISTOS EM INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW*

Até aqui, viu-se que, desde a crise de fluxos migratórios de 2015, a UE tem voltado suas atenções à adoção de instrumentos de *soft law* firmados com países terceiros para regular e fortalecer sua política de retorno de migrantes, em substituição aos tradicionais acordos de readmissão. Esses instrumentos estabelecem um procedimento célere de identificação desses indivíduos em situação irregular e facilitam o retorno dos mesmos aos seus países de origem. Contudo, a informalidade inerente aos mesmos quanto à forma de celebração, publicação e possibilidade de revisão judicial causam incertezas relativas à aplicação das normativas internacionais de proteção aos direitos humanos durante esse processo.

Assim, o presente capítulo tem como objetivo verificar se os procedimentos previstos nos instrumentos de *soft law* estabelecidos como forma de cooperação entre a União Europeia com países terceiros são capazes de garantir a aplicação das normas internacionais de proteção aos direitos dos migrantes, adotadas pelo direito da União, em sua política de retorno de imigrantes irregulares. Para isso, inicialmente, serão analisadas as principais características desses acordos, bem como os motivos que levaram à mudança de paradigma. Logo após, serão verificadas as fragilidades da utilização desses instrumentos no que se refere à proteção dos direitos humanos dos indivíduos migrantes, em especial, no caso do acordo firmado com o Afeganistão. E, por fim, será apresentada uma proposta de mudança que poderia garantir uma maior proteção aos direitos desses indivíduos.

4.1 OS ACORDOS DE *SOFT LAW* FIRMADOS COM PAÍSES TERCEIROS ENQUANTO MECANISMOS DE COOPERAÇÃO À POLÍTICA DE RETORNO DE IMIGRANTES QUE SE ENCONTRAM IRREGULARMENTE EM ALGUM ESTADO-MEMBRO DA UNIÃO EUROPEIA: UMA SUBSTITUIÇÃO AOS ACORDOS TRADICIONAIS DE READMISSÃO

A tradicional forma pela qual a UE coopera com países terceiros para executar o retorno de imigrantes que não preencheram os requisitos para entrada e permanência em seu território é através dos acordos de readmissão. Conforme analisado até aqui, com a crise de 2015, houve uma mudança nesse paradigma, com a UE passando a firmar acordos de *soft law* com países de

origem de migrantes nesse domínio do retorno. Assim, nesta seção serão analisados os motivos que levaram à essa mudança de paradigma, bem como as características dos mesmos.

4.1.1 A mudança de paradigma

Inicialmente, cabe destacar que não apenas a UE, mas também seus Estados-Membros firmam acordos de *soft law* para o retorno de migrantes. A política migratória da UE se encontra inserida no âmbito do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da UE, previsto no título V do TFUE, de modo que se constitui em uma área de competência partilhada entre União e Estados-Membros, ou seja, ambos podem adotar atos juridicamente vinculativos no domínio em causa. Contudo, os Estados-Membros só o podem fazer se a UE não tiver exercido a sua competência ou tenha explicitamente decidido deixar de a exercer.

Uma exceção à competência partilhada da UE reside na conclusão de acordos de readmissão para o retorno de imigrantes irregulares aos seus países de origem, cuja competência para celebração é exclusiva da União, nos termos do artigo 79 (3) do TFUE²⁹⁷ e do art. 3 (2) do TUE. Contudo, como já visto, quanto à conclusão de acordos informais nesse domínio, não há previsão nos tratados que impeça os Estados-Membros de serem os atores responsáveis.

Esses instrumentos de *soft law* firmados pela UE permitem a manutenção a nível nacional de outros acordos bilaterais celebrados pelos Estados-Membros acerca do retorno de migrantes, desde que não entrem em conflito com aqueles firmados pela UE.²⁹⁸ Um exemplo é o Memorando de Entendimento firmado entre Itália e Líbia em 2016 e o Memorando de Entendimento firmado entre Noruega e Etiópia em 2012, dentre outros. Não obstante a existência desses acordos firmados à nível dos Estados-Membros e os possíveis impactos negativos na proteção dos direitos dos indivíduos afetados, na presente pesquisa, os mesmos não serão objeto de estudo, mas apenas aqueles firmados pela própria União com países terceiros.

Nesse sentido, até aqui, foi compreendido que uma das áreas em que a UE tem investido no desenvolvimento de instrumentos de *soft law* é a da política de retorno de migrantes, o que se insere na tendência de informalização e externalização de suas políticas migratórias. A diretiva de Retorno da UE é a responsável por estabelecer as normas e

²⁹⁷ TFUE, *op. cit.*, artigos 4, II, “j” e 79 (3).

²⁹⁸ MOLINARI, Caterina. EU Institutions in Denial: Non-Agreements, Non-Signatories, and (Non-)Effective Judicial Protection in the EU Return Policy. **Maastricht Faculty of Law Working Paper**, Maastricht, v. 2, n.1, p. 1-24, 2019a. p. 12. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449198#. Acesso em: 01 abr. 2022.

procedimentos comuns para o regresso de nacionais de países terceiros que estejam de em situação irregular no território de algum Estado-Membro, determinando que todos os nacionais de países terceiros que não preencham os requisitos para entrar e permanecer no território da UE devem ter uma ordem de retorno emitida.

Como visto, desde 1999, com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdã, a UE possui competência para desenvolver uma política supranacional de retorno de imigrantes, através da conclusão de tratados internacionais de readmissão com países terceiros, para retornar os indivíduos que tenham sua saída determinada por uma decisão, com base na diretiva de retorno. No entanto, os resultados não foram animadores em termos de rapidez na negociação, número de acordos efetivamente assinados e implementação prática, sendo os motivos para isso variados, desde a falta de incentivos aos países terceiros para cooperarem, até a dificuldade prática de se determinar a identidade e nacionalidade dos imigrantes irregulares, visto que a maioria se encontra indocumentada.²⁹⁹

A concretização desses retornos forçados depende da ajuda dos países terceiros, bem como da cooperação dos próprios indivíduos em questão em cumprirem com a determinação de regresso. Em razão desses fatores, a taxa de execução das ordens de retorno não excede a 40%, o que sempre levou a pedidos de aumento dessa taxa por parte de atores políticos. Esse cenário é considerado como um dos motivos que levaram à mudança de paradigma e início de adoção de acordos informais com países terceiros para o retorno de imigrantes, em especial após a crise de 2015/2016,³⁰⁰ o que se alia às dificuldades experienciadas pela UE e seus Estados-Membros em concluir e também implementar os acordos de readmissão formais, pois países terceiros são relutantes a concluir tais acordos e, uma vez, concluídos, as partes envolvidas nem sempre estão dispostas a empreender as medidas necessárias à sua implementação.³⁰¹

²⁹⁹ MOLINARI, Caterina. EU Institutions in Denial: Non-Agreements, Non-Signatories, and (Non-)Effective Judicial Protection in the EU Return Policy. **Maastricht Faculty of Law Working Paper**, Maastricht, v. 2, n.1, p. 1-24, 2019a. p. 10. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449198#. Acesso em: 01 abr. 2022.

³⁰⁰ SLOMINSKI, Peter; TRAUNER, Florian. Reforming me softly – how soft law has changed EU return policy since the migration crisis. **West European Politics**, Londres, v. 44, n. 1, p. 93-113, 2021. p. 93-94. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1745500#:~:text=This%20article%20argues%20that%20the,focus%20on%20'efficiency'>. Acesso em: 01 abr. 2022.

³⁰¹ VARA, Juan Santos. Soft international agreements on migration cooperation with third countries: a challenge to democratic and judicial controls in the EU. In: CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke (ed.). **Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. pp. 21-38. p. 27.

Dessa forma, dentre as razões pelas quais o bloco vem optando pela utilização de instrumentos informais ao invés dos tradicionais acordos de readmissão, como visto, está o fato de que os mesmos são concluídos de forma mais fácil e rápida, o que se torna atrativo para a UE em situações de crise, bem como tendo em vista seu sistema de negociação burocrático, com diversidade de interesses, possibilidades de veto e o cada vez maior acervo legislativo, que encontra dificuldades em reformar ou adotar novas políticas.³⁰² Enquanto os tradicionais Acordos de Readmissão seguem o procedimento de adoção previsto nos artigos 79 e 218 do TFUE, os acordos informais possuem um procedimento mais simplificado, pois são firmados após a Comissão requisitar autorização ao Conselho para iniciar as negociações e este confirmar o resultado obtido, sem a necessidade de aprovação pelo Parlamento Europeu.³⁰³

No mesmo sentido, para os países terceiros, a conclusão de acordos informais também se mostra mais atrativa, uma vez que os acordos formais de readmissão tendem a provocar controvérsias e críticas em âmbito doméstico nos países terceiros, por parte da mídia e partidos políticos da oposição, uma vez que, geralmente, necessitam de procedimentos formais de transposição e implementação no ordenamento jurídico interno, além de, na maioria das vezes, conterem a Cláusula de Nacionais de Países Terceiros. Através dessa cláusula, o país signatário do acordo de readmissão é obrigado a receber de volta não apenas seus próprios cidadãos, mas também nacionais de países terceiros que tenham transitado por seu território. Essa cláusula é muito difícil de ser aceita pelos Estados contratantes, não sendo muito bem recebida pela sociedade em geral ao mesmo tempo em que os Estados-Membros da UE insistem na inclusão as mesmas.³⁰⁴

Por outro lado, os acordos informais recebem menos atenção do público, incluindo as organizações de direitos humanos, e permitem uma abordagem mais flexível, não estabelecendo precedentes indesejados, assim, são mais facilmente negociados com os Estados terceiros. Assim, são preferíveis por autoridades dos países terceiros, a fim de evitar os debates domésticos. Além disso, os acordos informais podem ser mais facilmente renegociados se novas situações e reivindicações assim exigirem. Ainda, a negociação dos acordos de readmissão formais se mostra mais complexa considerando também que há a necessidade de oferecer algum incentivo aos países terceiros para possibilitar a conclusão do acordo, uma vez que os mesmos refletem principalmente os interesses da UE de deportar indivíduos irregulares

³⁰² SLOMINSKI; TRAUNER, *op. cit.*, p. 95-100.

³⁰³ TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. **EU readmission cooperation with third countries**: relevant actions yielded limited results. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2021. p. 11.

³⁰⁴ SLOMINSKI; TRAUNER, *op. cit.*, p. 95-104.

de seu território, como facilitação de vistos, preferência comercial e assistência financeira,³⁰⁵ assim, a falta ou insuficiência de incentivos pode ser um empecilho para a conclusão dos mesmos.

A conclusão de acordos informais em detrimento dos tradicionais acordos de readmissão é uma forma, portanto, de facilitar a negociação com países terceiros que não estão dispostos ou não possuem interesse que em firmar um acordo formal e público. Um dos domínios abrangidos por esses instrumentos é o da identificação dos indivíduos, determinação de sua nacionalidade e emissão de documentos pessoais. Assim, Sergio Carrera afirma que um dos principais propósitos por trás desse método informal de cooperação é a identificação do “‘ponto fraco’ desses países terceiros, isto é, as autoridades ou atores que possam estar dispostos a cooperar na determinação da identidade e/ou emissão de documentos de viagens”, em razão da falta de interesse das autoridades de países terceiros em cooperar neste âmbito.³⁰⁶ Isto é, trata-se de uma forma de encontrar novos parceiros de cooperação, ao mesmo tempo em que evita-se determinadas restrições legais.

Nesse contexto, a *soft law*, com sua resposta flexível a novas situações, é utilizada para garantir que a cooperação com países terceiros no âmbito do retorno de migrantes será realizada, evitando que acordos sejam rescindidos.

Se tiverem de cooperar (ou forem forçados a cooperar), países terceiros preferirão acordos informais a acordos juridicamente vinculativos, a fim de evitar críticas ou resistências domésticas. [...] Os acordos informais também são considerados mais adequados para encontrar o “ponto fraco” em países terceiros, ou seja, a autoridade ou ator que está mais disposto a cooperar em questões de retorno (tradução nossa).³⁰⁷

Até agora, a UE concluiu 18 acordos de readmissão, sendo o último deles em 2020, com Belarus, e, antes disso, os últimos haviam sido concluídos em 2014, tendo a Comissão recebido autorização para estabelecer outros seis, contudo, as negociações não têm avançado, o que reflete, portanto, as dificuldades de sua concretização.³⁰⁸ Com efeito, em uma carta enviada ao presidente da Comissão das Liberdades Cívicas, Justiça e Assuntos Internos, em 2017, a Comissão Europeia afirmou que a UE deveria permanecer flexível em sua estrutura de

³⁰⁵ *Ibid.*, pp. 95-100.

³⁰⁶ CARRERA, Sergio. **Implementation of EU Readmission Agreements: Identity Determination Dilemmas and the Blurring of Rights**. 1. ed. Bruxelas: SpringerOpen, 2016. p. 45.

³⁰⁷ SLOMINSKI, Peter; TRAUNER, Florian. Reforming me softly – how soft law has changed EU return policy since the migration crisis. **West European Politics, Londres**, v. 44, n. 1, p. 93-113, 2021. p. 105. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1745500#:~:text=This%20article%20argues%20that%20the,focus%20on%20efficiency>. Acesso em: 01 abr. 2022.

³⁰⁸ Vide notas de rodapé nº 144 e 145.

cooperação com países terceiros, focando na viabilidade de obtenção de resultados, uma vez que a maioria dos países terceiros tendem a não prosseguir as negociações de acordos de readmissão, principalmente devido a questões políticas internas, de modo que as negociações com o Marrocos e a Argélia estão paralisadas e as com Nigéria, a Jordânia e a Tunísia não avançam conforme necessário.³⁰⁹

Assim, enquanto milhares de indivíduos imigrantes enfrentavam as consequências das falhas nas políticas migratórias da UE durante a crise de 2015, bem como as péssimas condições e risco de vida em seus países de origem, a UE empreendia esforços para estabelecer uma cooperação com países originários de migrantes com o intuito de facilitar e aumentar o número de saída desses indivíduos de seu território.

4.1.2 A adoção de acordos de *soft law* enquanto mecanismos de cooperação para o retorno de imigrantes aos seus países de origem

Dentre os instrumentos firmados desde 2016, pode-se citar: a Declaração Conjunta sobre Cooperação em Migração e o Caminho Conjunto para as questões de migração (Afeganistão, em 2021 e 2016, respectivamente); os Procedimentos Operacionais Padrões para a Identificação e Retorno de Pessoas sem Autorização de Permanência (Bangladesh, 2017 e Mali, 2016); Procedimentos de admissão para o retorno (Etiópia, 2018); Comunicação Conjunta (Costa do Marfim e Mali, 2016); Declaração Conjunta sobre Migração (Gana, 2016 e Níger, 2016); Boas Práticas (Gana, 2017, Guiné, 2017, Gâmbia, 2018) e Declaração UE-Turquia de 2016.³¹⁰

A partir disso, verifica-se que tais acordos são geralmente concluídos com países que possuem determinadas semelhanças, como por exemplo, países detentores de larga população de refugiados tanto perto de suas fronteiras, como é o caso da Turquia, quanto mais distantes, como Etiópia e Afeganistão; com países cujos nacionais são mais suscetíveis de chegar à UE de forma irregular, pois possuem restrições de mobilidade pelas regras de vistos impostas e, não obstante, figuram entre as principais nacionalidades de chegadas irregulares à UE, como Afeganistão, Bangladesh e Nigéria; com países nos quais os migrantes transitam antes de chegar

³⁰⁹ COMISSÃO EUROPEIA. **EU readmission developments – State of play October 2017**. Bruxelas, 2017. Disponível em: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2017/nov/eu-com-letter-to-ep-readmissions.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2023..

³¹⁰ EUROMED RIGHTS. **Return Mania: Mapping policies and practices in the EuroMed Region**. Bruxelas, 2021. Disponível em: https://euromedrights.org/wp-content/uploads/2021/04/EN_INTRO-migration-research.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023.

à UE, como Marrocos, Níger, Líbia e Turquia.³¹¹ Nota-se também que, enquanto a maioria dos acordos de readmissão foram assinados com países vizinhos do Leste e do Sudeste,³¹² os acordos informais tem sido estabelecidos também com países do norte da África e do Oriente Médio, dos quais proveem alguns dos maiores fluxos migratórios.³¹³

Tais instrumentos não são vinculantes, mas também não podem ser considerados apenas como declarações políticas. Os mesmos possuem linguagem semelhante à dos acordos internacionais formais e preveem o estabelecimento de grupos de trabalho para monitorar sua implementação. O conteúdo desses acordos é variável, mas, em geral, se constituem em acordos que estabelecem procedimentos operacionais padrões para o retorno de migrantes e compromissos de cooperação em procedimentos de retorno, geralmente prevendo o oferecimento de assistência financeira, bem como treinamento e equipamentos à parte terceira, além de detalharem compromissos referentes à emissão e aceitação de documentos de viagem, número máximo de indivíduos submetidos ao retorno em determinado período de tempo, além de disposições acerca dos voos disponibilizados para tanto e da data de início e fim da cooperação, sua motivação e renovação.³¹⁴

Peter Slominski e Florian Trauner entendem que a *soft law*, sozinha, não é capaz de transformar profundamente a política de retorno de imigrantes da UE, mas se constitui em uma “camada institucional adicional, que enfatiza ou mesmo acrescenta um novo significado ao acervo legislativo existente (tradução nossa)”.³¹⁵ Esses instrumentos variam muito em termos de formato e conteúdo, contudo, possuem elementos similares aos tradicionais acordos de readmissão e, a princípio, devem estar interligados com outras disposições jurídicas relevantes no domínio. Em outras palavras, Slominski e Trauner apontam que, quando os atores da UE

³¹¹ FRASCA, Eleonora. More or less (soft) law? The case of third country migration cooperation and the long-term effects of EU preference for soft law instruments. **Queen Mary Law Journal**, Londres, v. 1, p. 1-32, 2021. p. 11. Disponível em: <https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/72463>. Acesso em: 21 jan. 2023.

³¹² Vide nota de rodapé nº 144.

³¹³ SLOMINSKI, Peter; TRAUNER, Florian. Reforming me softly – how soft law has changed EU return policy since the migration crisis. **West European Politics**, Londres, v. 44, n. 1, p. 93-113, 2021. p. 95-100. Disponível em:

<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1745500#:~:text=This%20article%20argues%20that%20the,focus%20on%20'efficiency'>. Acesso em: 01 abr. 2022.

³¹⁴ SLAGTER, Jonathan. An “Informal” Turn in the European Union’s Migrant Returns Policy towards Sub-Saharan Africa. **MPI**. 10/01/2019. Disponível em: <https://www.migrationpolicy.org/article/eu-migrant-returns-policy-towards-sub-saharan-africa>. Acesso em: 07 abr. 2022. Nesse sentido: MOLINARI, Caterina. EU Institutions in Denial: Non-Agreements, Non-Signatories, and (Non-)Effective Judicial Protection in the EU Return Policy. **Maastricht Faculty of Law Working Paper**, Maastricht, v. 2, n.1, p. 1-24, 2019a. p. 15. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449198#. Acesso em: 01 abr. 2022.

³¹⁵ SLOMINSKI, Peter; TRAUNER, Florian. Reforming me softly – how soft law has changed EU return policy since the migration crisis. **West European Politics**, Londres, v. 44, n. 1, p. 93-113, 2021. p. 98. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1745500#:~:text=This%20article%20argues%20that%20the,focus%20on%20'efficiency'>. Acesso em: 01 abr. 2022..

realizam o retorno de imigrantes irregulares sob as disposições de um instrumento de *soft law*, eles também estão vinculados às outras disposições do direito UE sobre o retorno de migrantes, como a Diretiva de Retorno, bem como ao direito internacional de proteção aos direitos humanos, pois a “*soft law per se* não pode contradizer a *hard law* (tradução nossa)”.³¹⁶

Os estados liberais não podem retornar os nacionais de países terceiros à vontade, mas são obrigados a agir de acordo com o direito dos direitos humanos, incluindo o respeito ao princípio do *non-refoulement*, a proibição de expulsão em massa e a observação dos requisitos do devido processo (tradução nossa).³¹⁷

Contudo, na prática, percebe-se que não é o que acontece, pois a utilização de instrumentos informais para promover o retorno de imigrantes irregulares levanta uma série de preocupações quanto ao impacto desses mecanismos especialmente na salvaguarda dos direitos humanos. Paul James Cardwell, por exemplo, aponta que a substituição de procedimentos legalmente definidos por mecanismos informais se constitui em um “exemplo de uma nova governança que evita quadros estabelecidos de transparência e legitimidade”.³¹⁸

Diante do exposto até aqui, compreende-se que, embora, na prática e na legislação da UE se fale em *retorno* de imigrantes, verifica-se que tal política consiste em uma deportação ou mesmo uma expulsão destes. A deportação consiste na “determinação de saída compulsória de estrangeiro que ingressou de modo irregular no território nacional ou que, apesar da entrada regular, sua estadia encontra-se irregular”,³¹⁹ enquanto a expulsão diz respeito ao “direito do estado a expulsar os estrangeiros que atentarem contra a segurança nacional ou contra a tranquilidade pública”.³²⁰ Ambos os institutos são aceitos pelo direito internacional e estão vinculados ao direito dos Estados nacionais de controlarem seus territórios e decidirem sobre a entrada e permanência nos mesmos por parte de cidadãos de outros países, contudo, não “pode ser exercido arbitrariamente, [...] bem como deve respeito aos direitos humanos universalmente protegidos”.³²¹

Como visto ao longo da pesquisa, a UE possui um amplo arcabouço normativo referente à proteção de imigrantes, tendo como base a Convenção de 51 e seu protocolo

³¹⁶ *Ibid.*, p. 97.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 93.

³¹⁸ CARDWELL, Paul James. Tackling Europe’s Migration ‘Crisis’ through Law and ‘New Governance’. **Global Policy**, Durham, v. 9, n. 1, p. 67-75, fev. 2018, p. 73. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1758-5899.12537>. Acesso em: 01 fev. 2023.

³¹⁹ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 443.

³²⁰ *Ibid.*, p. 440.

³²¹ *Ibid.*, p. 441.

modificativo, a CEDH, a CDFUE e o princípio do *non-refoulement*. Contudo, o que se verifica a partir da tendência de conclusão de acordos informais com países terceiros no domínio do retorno de migrantes é que eles são firmados com países atingidos por instabilidades políticas, econômicas e sociais, que são incapazes de assegurar a garantia a tais direitos.

Um dos mais emblemáticos acordos informais firmado pela UE com um Estado terceiro para o retorno de migrantes é o Caminho Conjunto para as questões de migração concluído com o Afeganistão em 2016, o qual será analisado mais à fundo na seção 3 do presente capítulo. Esse instrumento visa intensificar a cooperação entre a UE e o Afeganistão na prevenção das migrações irregulares e no processo de retorno de imigrantes irregulares, estabelecendo compromissos mútuos para viabilizar o retorno de nacionais do Afeganistão que estejam de forma irregular em território da UE.³²² Contudo, conforme será visto de modo mais aprofundado ao longo deste capítulo, tal país enfrenta um cenário notório de violação de direitos humanos em massa, assim, o retorno de imigrantes para o mesmo pode implicar na violações de inúmeras disposições do direito da UE, CDFUE e CEDH.

Os indivíduos que saem de seus países e migram para outros o fazem, principalmente, em razão de dificuldades econômicas, ameaças advindas de conflitos e violações de direitos humanos, de modo que esperam encontram nos países de destino condições de sobrevivência, que não possíveis nos Estados de origem. Dessa forma, ao transferir imigrantes irregulares para países geralmente mais pobres que os Estados-Membros da UE, com maiores instabilidades políticas e sociais, cuja situação doméstica de respeito aos direitos humanos não foi avaliada previamente à conclusão do acordo, a UE expõe esses indivíduos a severos riscos de violação de direitos humanos:

O baixo nível de responsabilidade pública desses acordos informais levanta sérias preocupações sobre até que ponto os procedimentos de remoção implementados pelos Estados participantes podem ser monitorados para garantir o cumprimento total da legislação europeia e internacional sobre os direitos das pessoas sujeitas a uma ordem de remoção, sejam migrantes ilegais ou requerentes de asilo rejeitados (tradução nossa).³²³

³²² VARA, Juan Santos. Soft international agreements on migration cooperation with third countries: a challenge to democratic and judicial controls in the EU. *In*: CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke (ed.). **Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. pp. 21-38. p. 29.

³²³ CASSARINO, Jean- Pierre. Informalising Readmission Agreements in the EU Neighbourhood. **The International Spectator**, Roma, v. 42, n. 2, p. 179-196, 2007, p. 193-194. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1731231>. Acesso em: 02 jan. 2023.

Assim, mesmo se tratando de instrumentos de *soft law*, em razão do tipo de obrigação previstas em tais acordos, estes desencadeiam diversas implicações, afetando a divisão de competências entre a UE e seus Estados-Membros, bem como sua estrutura procedimental legislativa, além de produzir efeitos legais e práticos que afetam os direitos humanos dos indivíduos envolvidos, como o acesso à proteção judicial efetiva, solicitação de asilo e direito ao *non-refoulement*.

4.2 AS INSUFICIÊNCIAS DA UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW* NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DE IMIGRANTES IRREGULARES NO PROCESSO DE RETORNO

Alguns dos motivos ensejadores da utilização de instrumentos de *soft law* na política de cooperação entre a UE e países terceiros para o retorno de migrantes é a celeridade e flexibilidade no seu procedimento de adoção e conteúdo. Contudo, a desnecessidade de observação de formalidades nesse processo implica em incertezas quanto à garantia dos direitos humanos desses indivíduos.

Dessa forma, a presente seção busca compreender se os instrumentos de *soft law* firmados entre a UE e países terceiros para o retorno de imigrantes garantem a proteção dos direitos desses indivíduos, especialmente considerando o momento de crise migratória. Para isso, serão examinados alguns desses instrumentos sob a ótica da proteção dos direitos humanos dos migrantes, a partir da análise de quatro dos principais fatores geradores de controvérsias quanto à utilização desses instrumentos: a falta de transparência, a designação de países terceiros como seguros, a (não) participação do Parlamento Europeu no processo de tomada de decisão e as fragilidades na possibilidade de revisão judicial.

4.2.1 As lacunas de transparência

No sentido jurídico, transparência é definida por Stefan como uma “virtude ou um conceito normativo incluindo padrões pelos quais o comportamento dos atores públicos pode ser avaliado”, tratando-se de um princípio que busca fortalecer “o caráter democrático das intuições e o confiança da população na administração (tradução nossa)”.³²⁴ Como abordado,

³²⁴ STEFAN, Oana. Soft Law and the Promise of Transparency in the Member States. *In*: ELIANTONIO, Mariolina; KORKEA-AHO, Emilia; STEFAN, Oana. **EU Soft Law in the Member States: Theoretical Findings and Empirical Evidence**. Oxford: Hart Publishing, 2021. pp. 323-342. p. 325.

esse princípio está integrado aos tratados da UE, especificamente pelo artigo 10 do TUE e artigo 15 do TFUE, os quais determinam que as decisões da UE devem ser tomadas do modo mais aberto e acessível possível aos cidadãos, assim como o trabalho desenvolvido suas instituições.³²⁵ Isto é, consiste em um princípio no qual devem ser pautadas as relações entre os indivíduos e a UE, assegurando a lisura da atividade administrativa.

Como visto anteriormente no item 2.2.4 da presente pesquisa, a *soft law*, muitas vezes, contudo, pode apresentar lacunas quanto à sua transparência. Essa transparência se refere à “capacidade do observador de entender e acessar as informações fornecidas pela organização observada (tradução nossa)”,³²⁶ ou seja, é a possibilidade de sujeitos interessados e sujeitos externos terem acesso ao conteúdo dos instrumentos de *soft law*. O artigo 42 da CDFUE consagra o direito de todos os cidadãos ou indivíduos com residência em algum Estado-Membro da UE terem acesso aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão,³²⁷ sendo “documento” compreendido como “qualquer conteúdo, seja qual for o seu suporte (documento escrito em suporte papel ou eletrônico, registo sonoro, visual ou audiovisual) sobre assuntos relativos às políticas, ações e decisões da competência da instituição em causa”, conforme previsão do artigo 3 (a) do Regulamento (CE) nº 1049/2001, de 30 de Maio de 2001, que trata sobre o acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.³²⁸

No caso dos instrumentos de *soft law* firmado pela UE com países terceiros para o retorno de migrantes aqui examinados, verifica-se a existência de barreiras relacionadas ao acesso e publicação dos mesmos. O artigo 297 do TFUE, o qual trata sobre assinatura e publicação dos atos legislativos da UE, não prevê a necessidade de publicação de instrumentos de *soft law* no Jornal Oficial da União Europeia, assim, tais instrumentos nem sempre são publicados e acessíveis facilmente pela população.

A Comissão, por exemplo, usualmente publica seus instrumentos de *soft law* no Jornal Oficial, na área também destinada à publicação de recomendações. Mas muitas vezes apenas são acessíveis por meio do banco de dados no seu respectivo website, sendo que alguns apenas podem ser acessados através de solicitação à Comissão, requerimento esse que pode ser negado

³²⁵ Vide nota de rodapé nº 221.

³²⁶ STEFAN, *op. cit.*, p. 327.

³²⁷ CDFUE, *op. cit.*, Artigo 42.

³²⁸ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (CE) nº 1049/2001**. Estrasburgo, 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R1049&from=en>. Acesso em: 12 fev. 2023.

sob a alegação do caráter sensível de suas informações.³²⁹ Isso leva à discricionariedade por parte das instituições no que se refere à publicação e acesso a esses documentos, não sendo garantido que esses acordos serão acessíveis à toda a população.

Somado a isso, esses instrumentos apresentam um problema referente à tradução. Na UE existem 24 línguas oficiais, sendo direito de qualquer indivíduo, previsto pela CDFUE, utilizar de qualquer uma destas para se comunicar com as instituições da UE e ter sua demanda atendida na mesma língua.³³⁰ Em razão disso, os atos jurídicos da UE devem ser traduzidos e disponibilizados em todas as línguas oficiais. Contudo, tendo em vista o caráter não vinculante da *soft law*, não há a exigência de publicação desses instrumentos em todas as línguas oficiais da UE,³³¹ o que dificulta ainda mais o acesso e compreensão do conteúdo dos acordos por parte dos indivíduos.

Por esses motivos, também se torna difícil precisar o número de acordos dessa natureza que foram firmados com países terceiros. Dos acordos de que se tem notícia que foram concluídos,³³² após consulta no banco de dados das instituições da UE, foi localizado o acordo firmado com a Turquia, por exemplo, o qual publicado através de um comunicado de imprensa disponibilizado no website do Conselho da UE.³³³ Os acordos firmados com o Afeganistão, que ainda será objeto de maior análise neste capítulo, estão disponíveis no website do Serviço

³²⁹ OTT, Andrea. Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges. *Yearbook of European Law*, Oxford, v. 39, n. 1, p. 569-601, 2020. p. 583-584. Disponível em: <https://academic.oup.com/yel/issue/volume/39>. Acesso em: 31 mar. 2022. Nesse sentido: STEFAN, Oana. Soft Law and the Promise of Transparency in the Member States. *In: ELIANTONIO, Mariolina; KORKEA-AHO, Emilia; STEFAN, Oana. EU Soft Law in the Member States: Theoretical Findings and Empirical Evidence*. Oxford: Hart Publishing, 2021. pp. 323-342. p. 327.

³³⁰ CDFUE, *op. cit.* Artigo 41 (4). Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

³³¹ STEFAN, *op. cit.*, p. 330.

³³² Vide nota de rodapé nº 308.

³³³ CONSELHO EUROPEU. **Declaração UE-Turquia**. [S.l.], 2016. Disponível em <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

Europeu de Ação Externa,³³⁴ e aqueles firmados com Mali,³³⁵ Bangladesh³³⁶ e Etiópia³³⁷ encontram-se publicados no website do Conselho da UE. Destes, apenas o acordo firmado com a Turquia foi localizado traduzido em todas as línguas oficiais da UE, os demais apenas foram encontrados em inglês. Já os acordos firmados com Costa do Marfim, Gana, Níger, Guiné e Gâmbia, dos quais também se tem conhecimento, não foi possível sua localização.

A publicação nos meios oficiais da UE assegura uma maior transparência a esses acordos, permitindo que qualquer parte interessada possa consultar seu conteúdo. Dessa forma, ao não serem submetidos à exigência legal publicação, assim como o são os acordos internacionais formais, eles se tornam mais difíceis de serem encontrados pela população em geral e, em especial, pelos indivíduos afetados por suas disposições, ficando à discricionariedade da instituição a disponibilização ou não.

Assim, a inconsistência quanto à possibilidade do conteúdo desses acordos se tornar ou não público afeta diretamente os indivíduos destinatários das disposições de tais instrumentos, violando o seu direito de acesso à informação previsto pelo artigo 42 da CDFUE e artigo 15 do TFUE. O direito de acesso aos instrumentos das instituições da UE objetiva garantir o controle sobre o exercício de suas funções, bem como a proteção dos direitos dos indivíduos, ao assegurar a “plena acessibilidade aos dados e documentos em poder do poder público, [...] promovendo a sua participação na atividade administrativa e permitindo formas generalizadas de controle sobre o exercício das funções institucionais e a utilização dos recursos públicos (tradução nossa)”.³³⁸

³³⁴ EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE. **Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU.** [S.l.], 2021. Disponível em: https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.. Nesse sentido: EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE. **Joint Declaration on Migration Cooperation between Afghanistan and the EU.** [S.l.], 2016. Disponível em: https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

³³⁵ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Draft Standard Operating Procedures between the EU and the Republic of Mali for the identification and return of persons without an authorisation to stay.** Bruxelas, 2016. Disponível em: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2016/dec/eu-council-standard-operating-procedures-mali-return-15050-16.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

³³⁶ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **EU - Bangladesh Standard Operating Procedures for the Identification and Return of Persons without an Authorisation to Stay.** [S.l.], 2017b. Disponível em: https://arts.unimelb.edu.au/~data/assets/pdf_file/0009/3409830/Bangladesh-1.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022..

³³⁷ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Admission procedures for the return of Ethiopians from European Union Member States.** Bruxelas, 2017a. Disponível em: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2018/jan/eu-council-refugees-return-ethiopians-15762-17.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

³³⁸ FRASCA, Eleonora. More or less (soft) law? The case of third country migration cooperation and the long-term effects of EU preference for soft law instruments. **Queen Mary Law Journal**, Londres, v. 1, p. 1-32, 2021. p. 31. Disponível em: <https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/72463>. Acesso em: 21 jan. 2023.

A sujeição de imigrantes a uma determinação de retorno, cujo procedimento de regresso é pautado por acordos não acessíveis, viola a proteção de seus direitos, uma vez que, ao não possuírem acesso livre à natureza das determinações, podem ter seu direito de acesso à justiça, isto é, de invocarem esses instrumentos perante os tribunais competentes, dificultado ou mesmo impedido, além de não permitir o debate público acerca dos mesmos, o que garante um controle democrático maior.

Além disso, o Parlamento não possui acesso privilegiado a esses documentos, o que demonstra, mais uma vez, as lacunas quanto à transparência dos mesmos,³³⁹ tendo em vista que o Parlamento se constitui em uma instituição que tradicionalmente autoriza e é consultada previamente à conclusão de um acordo. Assim, o Parlamento “enquanto defensor natural da transparência, deveria [...] ter acesso privilegiado a instrumentos de *soft law* que substituam os acordos internacionais”,³⁴⁰ a fim de exercer sua função garantidora do controle democrático da UE.

4.2.2 A designação de um país terceiro como seguro e o princípio do *non-refoulement*

Da análise das disposições dos acordos acima citados, dos quais foi possível se ter acesso através do banco de dados da UE, verifica-se que eles possuem como destinatário em comum aqueles “migrantes que não possuem a autorização ou base legal para permanecer na UE”, isto é, englobam todos os imigrantes irregulares, o que, tendo em vista as limitações existentes na UE para a concessão do status de refugiado para um indivíduo, pode afetar inclusive aqueles potenciais beneficiários de proteção internacional. Assim, considerando a capacidade dos instrumentos de *soft law* produzirem efeitos práticos e legais, conforme visto ao longo do presente trabalho, eles causam significativo impacto nos direitos humanos dos imigrantes previstos no direito da UE, em especial, incorporados a partir da CEDH e CDFUE, dentre eles o do *non-refoulement*.

Nesse sentido, um conceito importante que surge nesse contexto é o de “país seguro”. O anexo I da Diretiva Procedimentos de Asilo determina que um país é considerado um país de origem seguro se

³³⁹ OTT, Andrea. Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges. *Yearbook of European Law*, Oxford, v. 39, n. 1, p. 569-601, 2020. p. 585. Disponível em: <https://academic.oup.com/yel/issue/volume/39>. Acesso em: 31 mar. 2022.

³⁴⁰ *Id.* The “Contamination” of EU Law by Informalization?: International Arrangements in EU Migration Law. 2020b. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/the-contamination-of-eu-law-by-informalization>. Acesso em 12 de fev. 2023.

tendo em conta a situação jurídica, a aplicação da lei no quadro de um regime democrático e a situação política em geral, puder ser demonstrado que, de um modo geral e sistemático, não existe perseguição, na acepção do artigo 9º da Diretiva 2011/95/UE, nem tortura ou pena ou tratamento desumano ou degradante, nem ameaça em resultado de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno.³⁴¹

O artigo 9 da Diretiva 2011/95/UE, vale salientar, define atos de perseguição, no contexto da aplicação do conceito de refugiado, como um ato

a) suficientemente grave, devido à sua natureza ou persistência, para constituir uma violação grave dos direitos humanos fundamentais, em especial os direitos que não podem ser derogados, nos termos do artigo 15º, nº 2, da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; ou b) Constituir um cúmulo de várias medidas, incluindo violações dos direitos humanos, suficientemente graves para afetar o indivíduo de forma semelhante à referida na alínea a).³⁴²

A determinação dos países que são considerados como seguros, com base nos critérios acima elencados, fica sob responsabilidade dos Estados-Membros, os quais podem aprovar legislação que designe países terceiros como países seguro, a partir de informações de outros Estados-Membros, da Agência da União Europeia para Asilo, do ACNUR, do Conselho da Europa e de outras organizações internacionais relevantes, reavaliando-a periodicamente.³⁴³ A partir dessa classificação, os Estados-Membros podem estabelecer um procedimento de apreciação do pedido de proteção internacional de modo mais célere e, conseqüentemente, um retorno mais célere, quando o imigrante em questão seja oriundo de um país de origem considerado seguro, conforme artigo 31(8, c) da Diretiva Procedimentos de Asilo.³⁴⁴

No mesmo sentido, a referida Diretiva também prevê o conceito de país terceiro seguro. O artigo 39 da Diretiva dispõe que os Estados-Membros podem não apreciar um pedido de proteção internacional caso uma autoridade competente estabeleça que o requerente entrou irregularmente em seu território a partir de um país terceiro seguro. Para ser considerado como um país terceiro seguro, este deve ter

³⁴¹ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva nº 2013/32/UE**. Estrasburgo, 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2013/32/oj>. Acesso em: 17 abr. 2022.

³⁴² PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva nº 2011/95/UE**. Estrasburgo, 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32011L0095#>. Acesso em: 17 abr. 2022.

³⁴³ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva nº 2013/32/UE**. Estrasburgo, 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2013/32/oj>. Acesso em: 17 abr. 2022.

³⁴⁴ *Ibid.*, artigo 31.

a) ratificado a Convenção de Genebra sem qualquer limitação geográfica e respeitar as suas disposições; b) Dispor de um procedimento de asilo previsto na lei; c) ratificado a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e respeitar as suas disposições, nomeadamente as normas relativas aos recursos efetivos.³⁴⁵

Outrossim, o artigo 38 determina que tal conceito apenas pode ser aplicado quando as autoridades competentes se certificarem de que uma pessoa que requer proteção internacional será tratada no país terceiro em questão de acordo com os princípios:

a) Não ameaça da vida e liberdade em virtude da raça, religião, nacionalidade, pertença a determinado grupo social ou opinião política; b) Inexistência de risco de danos graves, na acepção da Diretiva 2011/95/UE; c) Respeito do princípio da não repulsão nos termos da Convenção de Genebra; d) Respeito da proibição do afastamento, em violação do direito de não ser objeto de tortura nem de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes consagrado na legislação internacional; e) Concessão da possibilidade de pedir o estatuto de refugiado e de, se a pessoa for considerada refugiada, receber proteção em conformidade com a Convenção de Genebra.³⁴⁶

Da análise desses dispositivos, depreende-se, portanto, que os Estados-Membros da UE podem classificar países de origem e trânsito de migrantes como seguros, com base em critérios, em suma, referentes à segurança e proteção dos direitos desses indivíduos, o que permite que seus pedidos de proteção internacional sejam analisados de forma mais célere ou, então, sequer analisados, já determinando o retorno ao país de origem ou de trânsito, em situações que preenchem os critérios para consideração de tais países como seguros. Contudo, quando se analisa a situação fática dos países com os quais a UE firmou acordos informais para viabilizar o retorno de imigrantes irregulares, verifica-se que tais critérios não são preenchidos, permitindo-se, assim, o retorno de pessoas a países nos quais não se pode garantir que terão seus direitos protegidos.

Previamente à negociação e conclusão desses acordos não é feita uma avaliação quanto ao cenário de proteção dos direitos humanos no país terceiro e ao impacto que o retorno dos nacionais deste país irá causar nos direitos desses migrantes individualmente.³⁴⁷ Da análise do contexto doméstico atual de alguns dos países com os quais a UE firmou acordos para o retorno de imigrantes irregulares, percebe-se que os mesmos passam por severas instabilidades sociais, políticas e econômicas. Além disso, nem todo país pode ser considerado seguro para todos os

³⁴⁵ *Ibid.*, artigo 39.

³⁴⁶ *Ibid.*, artigo 38.

³⁴⁷ STRIK, Tineke. Migration deals and responsibility sharing: can the two go together? In: CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke (ed.). **Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. pp. 57-74. p. 60.

seus nacionais, tendo em vista as minorias sociais existentes, étnicas, raciais e sexuais, sem que seja feita uma análise individual.³⁴⁸ Isto é, verifica-se que o nível de proteção dos direitos humanos não se constitui em um dos critérios utilizados para a escolha do país com o qual a UE irá acordar.

Como visto, um dos motivos que levou às dificuldades na conclusão de acordos de readmissão formais é a existência da Cláusula de Nacionais de Países Terceiros, através da qual o país signatário do acordo de readmissão é obrigado a receber de volta não apenas seus próprios cidadãos, mas também nacionais de países terceiros que tenham transitado por seu território.³⁴⁹ Nos acordos informais aqui analisados essa cláusula não se mostra presente, com exceção do acordo UE-Turquia, firmado em 18 de março de 2016, o qual estabelece que todos os imigrantes irregulares, não necessitados de proteção internacional, que tentarem atravessar a fronteira da Turquia com destino à Grécia serão retornados à Turquia, bem como que para cada indivíduo sírio devolvido à Turquia a partir das ilhas gregas, outro sírio será reassentado da Turquia para a UE.³⁵⁰ Até 2019, a Turquia já havia aceitado o retorno de 1.762 imigrantes provenientes da Grécia.³⁵¹ Nos anos seguintes, em razão das restrições impostas pela pandemia da Covid-19, esses retornos foram suspensos.

Nesse sentido, pode presumir-se que a Turquia se configura como um terceiro país seguro, para o qual imigrantes de outras nacionalidades podem ser retornados em razão da aplicação desse conceito. Contudo, na prática, verifica-se que essa presunção é duvidosa. A Turquia ratificou a Convenção de 1951 com a limitação geográfica, de modo que apenas possibilita a concessão de proteção internacional com base na Convenção para aqueles indivíduos oriundos de países da Europa, negando a possibilidade de asilo aos nacionais de países não europeus, os quais apenas poderão obter um *status* temporário de refugiado condicional, previsto pela Lei turca sobre estrangeiros e proteção internacional.³⁵²

³⁴⁸ EUROMED RIGHTS. **Return Mania**: Mapping policies and practices in the EuroMed Region. Bruxelas, 2021. p. 20. Disponível em: https://euromedrights.org/wp-content/uploads/2021/04/EN_INTRO-migration-research.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023.

³⁴⁹ SLOMINSKI, Peter; TRAUNER, Florian. Reforming me softly – how soft law has changed EU return policy since the migration crisis. **West European Politics**, Londres, v. 44, n. 1, p. 93-113, 2021. p. 95-104. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1745500#:~:text=This%20article%20argues%20that%20the,focus%20on%20'efficiency'>. Acesso em: 01 abr. 2022.

³⁵⁰ CONSELHO EUROPEU, *op. cit.*

³⁵¹ COMISSÃO EUROPEIA. **Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Communication on EU Enlargement Policy**. Bruxelas, 2019. Disponível em: <https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/system/files/2019-05/20190529-turkey-report.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2023.

³⁵² MORENO-LAX, Violeta; GIUFFRÉ, Mariagiulia. The Raise of Consensual Containment: From ‘Contactless Control’ to ‘Contactless Responsibility’ for Forced Migration Flows. *In*: JUSS, Satvinder Singh (ed.). **Research Handbook on International Refugee Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. pp. 82-108. p. 88. Nesse

Além disso, é de conhecimento que migrantes na Turquia “são frequentemente sujeitos a detenção arbitrária e maus-tratos, inclusive em centros de pré-remoção onde são detidos para evitar a sua partida para a Grécia”,³⁵³ bem como que, nesses centros, possuem acesso limitado a advogados e organizações não-governamentais³⁵⁴ e que a Turquia possui a prática de retornar de modo formal e informal migrantes para países de origem como Afeganistão, Iraque, Paquistão e Síria, isto é, onde poderão correr risco de vida.³⁵⁵ Dessa forma, de acordo com os critérios definidos pelos artigos 38 e 39 da Diretiva Procedimentos de Asilo, a Turquia não se configuraria como um terceiro país seguro, mesmo assim, o acordo estabelecido permite que imigrantes de qualquer nacionalidade que tentam chegar à Grécia por meio da Turquia sejam retornados ao país.

No mesmo sentido, a Etiópia, país com o qual a UE firmou um acordo acerca de Procedimentos de admissão para o retorno, em 2017, está passando por um conflito armado desencadeado em novembro de 2020, entre forças do governo federal e forças separatistas do Tigré, o qual já causou milhares de mortes, bem como uma crise humanitária no país, com escassez de alimentos, de acesso à saúde, crescimento da violência de gênero, detenções arbitrárias, desaparecimentos forçados, restrições de liberdades fundamentais, entre outros. Mali e Bangladesh, país com os quais a UE também firmou acordos para o retorno de migrantes, da mesma forma, passam por conflitos armados e crises humanitárias.³⁵⁶

Assim, o retorno de um imigrante para seu país de origem ou mesmo um país de trânsito pode implicar na violação ao princípio do *non-refoulement*, pois, ao não ser analisado a situação social, política e econômica fática do país de destino com o qual a UE firma o acordo, o indivíduo poderá correr risco de ser exposto a violações de direitos humanos no país em questão ou ainda de ser encaminhado a terceiros países onde poderá sofrer tal risco. No caso do acordo UE-Turquia, a maior parte dos indivíduos afetados pelo mesmo são oriundos da Síria e Afeganistão, países que notoriamente passam por instabilidades, de modo que tais migrantes

sentido: MOLINARI, Caterina. EU Institutions in Denial: Non-Agreements, Non-Signatories, and (Non-)Effective Judicial Protection in the EU Return Policy. **Maastricht Faculty of Law Working Paper**, Maastricht, v. 2, n.1, p. 1-24, 2019a. p. 17. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449198#. Acesso em: 01 abr. 2022.

³⁵³ *Ibid.*, p. 7. “often subject to arbitrary detention and mistreatment, including in pre-removal centres where they are detained to avoid their departure to Greece” (tradução nossa).

³⁵⁴ STRIK, Tineke. Migration deals and responsibility sharing: can the two go together? In: CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke (ed.). **Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. pp. 57-74. p. 67.

³⁵⁵ MORENO-LAX, Violeta; GIUFFRÉ, Mariagiulia. The Raise of Consensual Containment: From ‘Contactless Control’ to ‘Contactless Responsibility’ for Forced Migration Flows. In: JUSS, Satvinder Singh (ed.). **Research Handbook on International Refugee Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. pp. 82-108. p. 89.

³⁵⁶ UNHCR. **Ethiopia Humanitarian Crisis**. Genebra, 2022. Disponível em: <https://www.unrefugees.org/emergencies/ethiopia/>. Acesso em: 23 fev. 2023.

visam alcançar a UE para buscar proteção, não tratando-se apenas de simples imigrantes irregulares.³⁵⁷

Ainda, a UE não emprega um sistema independente e específico para fiscalizar a implementação desses acordos.³⁵⁸ Os acordos analisados possuem a previsão do estabelecimento de um Grupo de Trabalho formado por representantes de ambas as partes, os quais devem se reunir periodicamente para monitorar a aplicação prática do procedimento de retorno previsto nos mesmos. Contudo, o objetivo dos mesmos é a garantia da eficácia das medidas de retorno e não a fiscalização da situação de preservação dos direitos dos indivíduos afetados.

Assim, esses acordos permitem às autoridades dos Estados-Membros projetar sua capacidade de controlar a imigração irregular além de seu território nacional, através da cooperação com as autoridades dos estados de partida, sejam eles estados de origem ou de trânsito, na medida em que lhes dão os meios para monitorar e repelir migrantes, sem que sua responsabilidade seja diretamente questionada (tradução nossa).³⁵⁹

Além disso, o fato de que os imigrantes afetados por tais acordos, muitas vezes, encontram-se indocumentados pode levar ao retorno errôneo de um indivíduo a país do qual não é nacional.³⁶⁰ Todos os acordos aqui analisados possuem disposições acerca do procedimento para a identificação da nacionalidade do indivíduo a ser retornado. Nesse procedimento, em suma, o país de origem deve emitir um documento de viagem válido para o seu nacional que não tenha passaporte válido, após solicitação do Estado-Membro e envio, por parte deste, de uma declaração assegurando que uma decisão de retorno foi emitida, bem como de evidências da nacionalidade do indivíduo, tais como outros documentos de identificação, dados biométricos ou ainda, quando a nacionalidade não puder ser identificada a partir desses métodos, a realização de entrevista com o indivíduo pela representação consular ou diplomática de ambos os países. Dessa forma, é possível que, ao final desse processo, seja identificada de forma equivocada a nacionalidade do indivíduo, o qual terá sido retornado a um país do qual

³⁵⁷ ROMAN, Emanuela. **The Burden of Being “Safe”**: How do Informal EU Migration Agreements Affect International Responsibility Sharing? [S.l.]: Verfassungsblog, 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/the-burden-of-being-safe/>. Acesso em: 22 fev. 2023.

³⁵⁸ STRIK, Tineke. Migration deals and responsibility sharing: can the two go together? In: CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke (ed.). **Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. pp. 57-74. p. 63.

³⁵⁹ BASILIEN-GAINCHE, Marie-Laure. L’emprise de la soft law dans la gestion des migrations en Europe. In: BENLOLO-CARABOT, Myriam (org.). **Union européenne et migrations**. Bruxelas: Bruylant, 2020. pp. 155-177. p. 165.

³⁶⁰ MOLINARI, Caterina. EU Institutions in Denial: Non-Agreements, Non-Signatories, and (Non-)Effective Judicial Protection in the EU Return Policy. **Maastricht Faculty of Law Working Paper**, Maastricht, v. 2, n.1, p. 1-24, 2019a. p. 15. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449198#. Acesso em: 01 abr. 2022.

não é cidadão, estando sujeito a violações de seus direitos, não havendo nesses instrumentos disposições acerca da proteção desses indivíduos.

Assim, embora a legislação da UE estabeleça como um país seguro para o retorno de imigrantes aquele que preencha os critérios de salvaguarda dos direitos humanos previstos na Diretiva Procedimentos de Asilo, acima elencados, ao mesmo tempo, a UE também firma acordo com países que não garantem tal proteção, nos quais o indivíduo pode ser privado do acesso à justiça, ao pedido de asilo, bem como a direitos básicos como saúde, segurança, habitação e alimentação.³⁶¹

Diante do exposto, o que se percebe é a proteção dos direitos humanos desses indivíduos, especialmente, o direito ao *non-refoulement*, não está no centro das preocupações da UE ao adotar esses instrumentos. Não obstante eles contenham previsões pelas quais as partes se comprometem a zelar pelos direitos dos imigrantes e a observarem a legislação internacional concernente, não passam de disposições genéricas, que se mostram distantes da prática. Assim, pode-se dizer que essa política tem como objetivo estabelecer uma cooperação que permaneça fora do controle das normas de *hard law*, tendo impacto direto na capacidade da UE de oferecer proteção adequada a esses indivíduos, rebaixando padrões de proteção de direitos humanos internacionalmente consolidados.

4.2.3 A (não) participação do Parlamento Europeu no processo de tomada de decisão

Os Tratados da UE inserem um elemento de reponsabilidade democrática no processo de negociação e conclusão de acordos internacionais, o qual diz respeito à participação do Parlamento Europeu. Como já visto, de acordo com o artigo 18 do TFUE, a decisão de abertura das negociações para a adoção de um acordo internacional é tomada pelo Conselho, após recomendação da Comissão, sendo imprescindível o consentimento ou consulta ao Parlamento para a conclusão do acordo.³⁶² Conforme alínea “a”, item 5, do referido artigo, a aprovação do Parlamento é necessária para a conclusão de acordos internacionais quando eles abrangem “domínios aos quais seja aplicável o processo legislativo ordinário ou o processo legislativo especial, quando a aprovação do Parlamento Europeu é obrigatória”.³⁶³

³⁶¹ BASILIEN-GAINCHE, *op. cit.*, p. 15.

³⁶² MOLINARI, Caterina. The EU and its Perilous Journey Through the Migration Crisis: Informalisation of the EU Return Policy and Rule of Law Concerns. **European Law Review**, v. 44, n. 6, p. 824-840, 2019b. p. 834. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3171983. Acesso em: 25 fev. 2023.

³⁶³ TFUE, *op. cit.*, artigo 218.

Assim, considerando que medidas no campo da imigração irregular, autorização de entrada e residência, inclusive do afastamento e o repatriamento de residentes irregulares, devem ser adotados por meio do procedimento legislativo ordinário, nos termos do artigo 79 (2) do TFUE, a conclusão de acordos formais de readmissão de imigrantes requer o consentimento do Parlamento, bem como que este seja mantido informado durante todas as etapas do processo de negociação.³⁶⁴ A obrigatoriedade da participação do Parlamento assegura, portanto, a “responsabilização democrática do Conselho e da Comissão”, uma vez que torna necessário o “envolvimento de uma instituição que é eleita pelos próprios cidadãos da UE no processo de tomada de decisões acerca da adoção de acordos internacionais (nesse sentido)”.³⁶⁵

No caso dos instrumentos de *soft law* firmados com países terceiros para o retorno de migrantes, o acompanhamento e aprovação do Parlamento para a conclusão dos mesmos não é exigida. Com efeito, como visto no item 2.2.5 da presente pesquisa, um dos motivos que levam à opção por instrumentos de *soft law* para regular o retorno de imigrantes irregulares aos seus países de origem é o fato dos mesmos não precisarem passar pelos trâmites dos processos legislativos formais, nos quais se incluem a aprovação do Parlamento, o que torna o procedimento de adoção mais célere.

O acordo UE-Turquia foi negociado entre “membros do Conselho Europeu e seus equivalentes turcos”, com o suporte da Comissão Europeia,³⁶⁶ já os acordos com Bangladesh Mali e Etiópia foram assinados pela Comissão, com o aval do Conselho.³⁶⁷ Isto é, o Parlamento não esteve envolvido em nenhuma das fases da celebração desses acordos, tanto na negociação, tampouco na conclusão, para a qual não deu seu consentimento, o que demonstra que a exigência de participação do Parlamento no processo de celebração de acordos internacionais

³⁶⁴ TFUE, *op. cit.*, artigo 79.

³⁶⁵ MOLINARI, Caterina. The EU and its Perilous Journey Through the Migration Crisis: Informalisation of the EU Return Policy and Rule of Law Concerns. **European Law Review**, v. 44, n. 6, p. 824-840, 2019b. p. 834. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3171983. Acesso em: 25 fev. 2023.

³⁶⁶ CONSELHO EUROPEU, *op. cit.*

³⁶⁷ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Admission procedures for the return of Ethiopians from European Union Member States**. Bruxelas, 2017a. Disponível em: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2018/jan/eu-council-regugees-return-ethiopians-15762-17.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022. Nesse sentido: *Idem*. **Draft Standard Operating Procedures between the EU and the Republic of Mali for the identification and return of persons without an authorisation to stay**. Bruxelas, 2016. Disponível em: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2016/dec/eu-council-standard-operating-procedures-mali-return-15050-16.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022. Também no mesmo sentido: *Idem*. **EU - Bangladesh Standard Operating Procedures for the Identification and Return of Persons without an Authorisation to Stay**. [S.l.], 2017b. Disponível em: https://arts.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0009/3409830/Bangladesh-1.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

contrasta com a falta de procedimento específico envolvendo a adoção de instrumentos de *soft law*.

O Parlamento, como já visto, se configura como o representante dos cidadãos da UE e possui a função de supervisionar as instituições da UE, fazendo o controle democrático, possuindo, dentre suas preocupações, a salvaguarda dos direitos dos indivíduos. Dessa forma, as incertezas e variações quanto ao procedimento para adoção desses acordos e a falta de participação do Parlamento no processo de tomada de decisão são compreendidas como fatores que desencadeiam um déficit democrático, especialmente em uma área que interfere diretamente nos direitos dos indivíduos, uma vez que a obtenção do consentimento do Parlamento na conclusão de acordos internacionais se constitui em um dos elementos da responsabilidade democrática da UE.³⁶⁸

No caso C-263/14, o TJUE reafirmou que “a participação do Parlamento no processo decisório é o reflexo, ao nível da União, de um princípio democrático fundamental segundo o qual os povos participam no exercício do poder por intermédio de uma assembleia representativa”, bem como que essa exigência “visa assegurar, nomeadamente, que o Parlamento possa exercer uma fiscalização democrática sobre a ação exterior da União e, mais especificamente, verificar que a escolha da base jurídica de uma decisão relativa à celebração de um acordo tenha sido efetuada no respeito pelas suas atribuições”.³⁶⁹ Dessa forma, verifica-se a função do Parlamento de exercer o controle democrático sobre as ações da União e de representar os indivíduos que elegeram seus membros, função essa que é contornada quando da adoção de instrumentos de *soft law*.³⁷⁰

A utilização de *soft law*, permite, portanto, que a UE negocie acordos com disposições mais flexíveis, inclusive no que se refere à proteção dos direitos dos imigrantes, sem passar pela apreciação e controle democrático do Parlamento, o qual tem a tendência de levar mais em consideração as normativas de direitos humanos,³⁷¹ tanto que, de acordo com Slominski e

³⁶⁸ MOLINARI, Caterina. The EU and its Perilous Journey Through the Migration Crisis: Informalisation of the EU Return Policy and Rule of Law Concerns. **European Law Review**, v. 44, n. 6, p. 824-840, 2019b. p. 27. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3171983. Acesso em: 25 fev. 2023.

³⁶⁹ LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso nº C-263/14**. Parlamento Europeu versus Conselho da União Europeia. Luxemburgo, 14 de junho de 2016.

³⁷⁰ OTT, Andrea. Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges. **Yearbook of European Law**, Oxford, v. 39, n. 1, p. 569-601, 2020. p. 592. Disponível em: <https://academic.oup.com/yel/issue/volume/39>. Acesso em: 31 mar. 2022.

³⁷¹ SLOMINSKI, Peter; TRAUNER, Florian. Reforming me softly – how soft law has changed EU return policy since the migration crisis. **West European Politics**, Londres, v. 44, n. 1, p. 93-113, 2021. p. 105. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1745500#:~:text=This%20article%20argues%20that%20the,focus%20on%20efficiency>. Acesso em: 01 abr. 2022. Nesse sentido: WESSEL, Ramses A. Normative transformations in EU external relations: the phenomenon of ‘soft’ international agreements. **West European**

Trauner, o Parlamento “ganhou a reputação [...] de focar muito nos direitos dos indivíduos retornados (tradução nossa)”,³⁷² motivo pelo qual a opção por instrumentos de *soft law* para estabelecimento de cooperação em uma área que envolve diretamente direitos individuais pode ser vista como uma alternativa para contornar a apreciação do Parlamento.

A complexidade da política de readmissão e retorno da UE não só contorna o escrutínio democrático do Parlamento Europeu ao desviar o artigo 218.º do TFUE, mas também aumenta a (in)certeza jurídica nos termos dos acordos e contorna as garantias dos direitos fundamentais da UE, aumentando assim o risco de violações para os retornados (tradução nossa).³⁷³

Assim, pode-se dizer que a escolha pela celebração de instrumentos de *soft law* para o estabelecimento de uma cooperação visando o retorno de imigrantes que estejam irregularmente na UE, perpassa pela tentativa de escapar das exigências da adoção de um acordo internacional vinculante, dentre elas, a passagem pelo crivo do Parlamento, o que abre margem para lacunas quanto à responsabilidade pela proteção dos direitos desses indivíduos quando da celebração desses instrumentos.

4.2.4 A possibilidade de revisão judicial pelo Tribunal de Justiça da União Europeia

Um dos valores fundamentais da UE é o do Estado de Direito, o qual determina que todas as ações tomadas pela UE devem ser fundamentadas nos tratados aprovados voluntária e democraticamente por todos os Estados-Membros. Nesse contexto, uma das principais características dessa ordem constitucional da UE é a possibilidade de contestação da validade dos atos de suas instituições, organismos e agências perante tribunais independentes.³⁷⁴ No julgamento do caso nº 294/83, de 23 de abril de 1986, o TJUE reforçou o papel dos remédios judiciais no respeito ao Estado de Direito, ao estabelecer que o Tratado estabelece “um sistema

Politics, v. 44, n. 1, p. 72-92, 2021. p. 83-84. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1738094>. Acesso em: 15 jan. 2023.

³⁷² *Ibid.*, p. 100.

³⁷³ MORENO-LAX, Violeta; GIUFFRÉ, Mariagiulia. The Raise of Consensual Containment: From ‘Contactless Control’ to ‘Contactless Responsibility’ for Forced Migration Flows. *In*: JUSS, Satvinder Singh (ed.). **Research Handbook on International Refugee Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. pp. 82-108. p. 98.

³⁷⁴ MOLINARI, Caterina. EU Institutions in Denial: Non-Agreements, Non-Signatories, and (Non-)Effective Judicial Protection in the EU Return Policy. **Maastricht Faculty of Law Working Paper**, Maastricht, v. 2, n.1, p. 1-24, 2019a. p. 27. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449198#. Acesso em: 01 abr. 2022.

completo de vias de recurso e de procedimentos destinado a confiar ao Tribunal de Justiça a fiscalização da legalidade dos atos das instituições”.³⁷⁵

O direito à proteção judicial efetiva está previsto no artigo 47 da CDFUE, o qual determina que “toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal”.³⁷⁶ No caso da política de retorno de imigrantes através de acordos informais, o acesso à justiça reside especialmente na possibilidade de revisão dos instrumentos de *soft law* pelos tribunais nacionais ou da UE, possibilidade essa que depende da produção de efeitos legais por parte desses atos, o que, conforme visto no item 2.2.2, ocorre. Além disso, considerando que a política de retorno de imigrantes afeta diretamente os direitos humanos dos mesmos, o acesso à proteção judicial efetiva se torna uma das principais ferramentas de garantia da proteção desses direitos.³⁷⁷

Esse direito engloba o direito de acesso à justiça, isto é, o acesso a um tribunal competente para tomar as medidas necessárias para reparar a violação às disposições do direito da UE ou preveni-la, tanto à nível nacional quanto ao nível da UE, bem como impõe o respeito às garantias do devido processo. No caso de imigrantes como uma determinação de retorno a países nos quais corram risco de serem submetidos a violações e tratamentos degradantes, a proteção judicial efetiva deve englobar a possibilidade de suspensão desse ato, bem como a revisão da compatibilidade do mesmo com a ordem legal.³⁷⁸

O sistema jurídico da UE compreende tribunais nacionais e o TJUE, conforme artigo 19 do TUE. Os tribunais nacionais são os juízes primários do direito da UE, enquanto o TJUE assegura a interpretação e aplicação correta e uniforme do direito da UE, analisando a validade das ações da UE, através de ações ingressadas pelos Estado-Membros, instituições ou pessoas legais e naturais, bem como por meio dos reenvios prejudiciais requisitados pelos tribunais nacionais.³⁷⁹

Como já visto no item 2.2.6, o TJUE fiscaliza a legalidade e validade dos atos das instituições, órgãos e organismos da UE destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros, através de ações diretas, reguladas pelo artigo 263 do TFUE, sendo a jurisprudência do Tribunal vaga e imprecisa quanto à possibilidade de aplicação desse artigo a um instrumento

³⁷⁵ LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso nº 294/83**. Partido Ecologista “Os verdes” versus Parlamento Europeu. Luxemburgo, 23 de abril de 1986.

³⁷⁶ CDFUE, *op. cit.*, artigo 47.

³⁷⁷ MOLINARI, *op. cit.*, p. 4.

³⁷⁸ MOLINARI, Caterina. EU Institutions in Denial: Non-Agreements, Non-Signatories, and (Non-)Effective Judicial Protection in the EU Return Policy. **Maastricht Faculty of Law Working Paper**, Maastricht, v. 2, n.1, p. 1-24, 2019a. p. 3-6. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449198#. Acesso em: 01 abr. 2022.

³⁷⁹ TUE, *op. cit.*, artigo 19.

de *soft law*.³⁸⁰ Dessa forma, a produção de efeitos legais e consequente possibilidade de revisão dos acordos informais firmados pela UE para o retorno de imigrantes irregulares dependerá de uma análise individual de cada um, quanto ao contexto de sua adoção, poder da instituição adotante e intenção expressada pelo seu conteúdo.³⁸¹

Já quando um ato da UE se torna duvidoso ao ser invocado em um caso nos tribunais nacionais, o juiz nacional pode submeter um questionamento ao TJUE à título de reenvio prejudicial, conforme artigo 267 do TFUE, que engloba todos os atos atribuídos às instituições, órgãos ou organismos da União.³⁸² Assim, no caso do artigo 267, deve ser verificada a imputabilidade do ato à União, tendo em vista que, em certos casos, o ator que assinou formalmente um ato não corresponde ao ator responsável pelo mesmo, pois não possui poderes práticos para tanto.³⁸³

Como visto, um instrumento é compreendido pelo TJUE como passível de produzir efeitos legais quando é capaz de afetar os interesses da parte requerente e alterar sua situação jurídica.³⁸⁴ Assim, da análise dos instrumentos de *soft law* em questão, pode-se dizer que eles são capazes de produzir efeitos legais na esfera individual dos imigrantes atingidos, uma vez que possuem conteúdo detalhado e semelhante ao dos acordos formais e afetam diretamente seus direitos ao *non-refoulement*, ao requerimento de asilo e de acesso à justiça. Dessa forma, pode-se concluir que, a princípio, tendo em vista tratar-se que atos que produzem efeitos legais e que são atribuídos à UE, são passíveis de revisão pelo TJUE tanto nos termos do artigo 263 quanto 267 do TFUE.³⁸⁵

Nesse cenário, tem-se que o TJUE poderia revisar a validade desses instrumentos, podendo anular a decisão que os concluiu em razão, por exemplo, de possíveis violações às disposições da CDFUE desencadeadas pelas disposições desses acordos, como ao princípio do *non-refoulement*, o que pode ocorrer, como visto no item anterior, tendo em vista a situação fática de alguns dos países com os quais a UE firmou tais instrumentos. No entanto, a falta de um padrão e clareza quanto ao procedimento de conclusão e conteúdo desses acordos causa impacto na possibilidade de revisão judicial dos mesmos.

³⁸⁰ Vide item 2.2.6.

³⁸¹ MOLINARI, *op. cit.*, p. 8.

³⁸² Vide item 2.2.6.

³⁸³ MOLINARI, *op. cit.*, p. 9.

³⁸⁴ **International Business Machines Corporation versus Comissão das Comunidades Europeias**, *op. cit.*, para. 9.

³⁸⁵ MOLINARI, Caterina. EU Institutions in Denial: Non-Agreements, Non-Signatories, and (Non-)Effective Judicial Protection in the EU Return Policy. **Maastricht Faculty of Law Working Paper**, Maastricht, v. 2, n.1, p. 1-24, 2019a. p. 16. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449198#. Acesso em: 01 abr. 2022.

Em primeiro lugar, para um ato ser revisado pelo TJUE o mesmo deve ser atribuído à UE. Contudo, como visto, esses acordos de *soft law* possuem, muitas vezes, lacunas de transparência quanto à forma como foram adotados, bem como não são publicados e acessíveis a todos, ou são publicados de maneira informal, o que dificulta a identificação quanto à imputabilidade daquele ato à União ou aos Estados-Membros.³⁸⁶ A falta de publicidade dificulta o acesso à justiça em geral, pois impede que os indivíduos tenham conhecimento das disposições e antevejam as consequências de sua aplicação, o que é corroborado também pela falta de clareza e da previsão de uma base legal explícita para sua celebração.

O acordo com a Turquia apenas estabelece que a “UE e a Turquia decidiram terminar a migração irregular da Turquia para a UE”, ao passo em que o acordo com Mali determina que o mesmo visa a “identificação e retorno de pessoas que não preencham as condições de entrada, presença ou residência no território do país requerente”, o com Bangladesh prevê como objetivo “estabelecer procedimentos eficazes e transparentes para a identificação e retorno seguro e ordenado de pessoas que não têm base legal permanecem no território do país requerente e não são titulares de um documento de viagem válido” e o acordo com a Etiópia dispõe sobre “o procedimento aplicável para nacionais da Etiópia que estejam ilegalmente presentes nos Estados-Membros da UE”.

O acordo UE-Turquia foi objeto de uma ação de anulação perante o TJUE, nos termos do artigo 263 do TJUE, ingressada por três nacionais do Paquistão, que entraram na Grécia de barco, através da Turquia e foram obrigados a submeter pedido de asilo às autoridades gregas após pressão exercida pelas mesmas, os quais postularam a anulação do acordo celebrado. O Tribunal decidiu pela sua falta de jurisdição para analisar o acordo, pois não foi concluído pelo Conselho, mas sim pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros da União e pelo Primeiro-Ministro turco, de modo que o TJUE não tem competência para se pronunciar sobre a legalidade de um acordo internacional celebrado pelos Estados-Membros.³⁸⁷

Além disso, a possibilidade de os tribunais nacionais verificarem a validade de ações baseadas nesses acordos também é vaga, uma vez que a “invalidação das medidas de implementação resultará na não implementação dos compromissos internacionais de seus governos (tradução nossa)”, o que causa uma pressão para os tribunais não impedirem tais

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 19.

³⁸⁷ LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso n° T 192/16**. NF versus Conselho Europeu. Luxemburgo, 28 de fevereiro de 2017. Nesse sentido: CARDWELL, Paul James. Tackling Europe’s Migration ‘Crisis’ through Law and ‘New Governance’. **Global Policy**, Durham, v. 9, n. 1, p. 67-75, fev. 2018, p. 73. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1758-5899.12537>. Acesso em: 01 fev. 2023.

atos.³⁸⁸ Por exemplo, com o acordo UE-Turquia, o número de retorno de indivíduos sírios da Grécia para a Turquia aumentou, o que causou a anulação de algumas dessas decisões de retorno em razão do país não ser considerado um terceiro seguro. Contudo, há notícias de pressão por parte da UE para a modificação da composição dos referidos tribunais, a fim de garantir a implementação do acordo, o que foi atendido. Assim, verifica-se que, mesmo os indivíduos possuindo acesso aos tribunais nacionais, não é garantida a proteção judicial efetiva de seus direitos.³⁸⁹

Embora o fato de se constituírem em instrumentos de *soft law* não impede que os mesmos sejam objeto de revisão pelos tribunais, se torna mais difícil, a falta de um padrão quanto ao procedimento para sua celebração, seu conteúdo e a base legal para tanto, bem como a ausência de publicidade, são fatores que dificultam a o efetivo acesso à justiça, deixando ao Tribunal a interpretação quanto à possibilidade ou não de revisão, como visto no item 2.2.6. Assim, verifica-se que esses instrumentos podem não ser passíveis de revisão judicial pelo TJUE, ao mesmo tempo em que afetam diretamente os princípios que este Tribunal deve proteger,³⁹⁰ dificultando o exercício por parte dos indivíduos atingidos de seus direitos perante o TJUE e os tribunais nacionais, bem como a análise de possíveis violações de direitos humanos.

Assim, compreende-se que a utilização de ferramentas informais no domínio do retorno de migrantes ameaça não somente a transparência e o controle democrático desses instrumentos, mas também o direito de acesso à justiça por parte desses indivíduos e a possibilidade de buscar a responsabilidade pelas violações de seus direitos perante o TJUE e tribunais nacionais.

4.3 A COOPERAÇÃO PARA O RETORNO DE MIGRANTES ATRAVÉS DOS INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW*: UMA ANÁLISE DO CASO DO AFGANISTÃO

O Afeganistão figura como um dos principais países emissores de migrantes para a União Europeia. Em razão disso, após a crise de 2015, o país se tornou um dos focos da UE no

³⁸⁸ MOLINARI, Caterina. EU Institutions in Denial: Non-Agreements, Non-Signatories, and (Non-)Effective Judicial Protection in the EU Return Policy. **Maastricht Faculty of Law Working Paper**, Maastricht, v. 2, n.1, p. 1-24, 2019a. p. 20. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449198#. Acesso em: 01 abr. 2022.

³⁸⁹ MOLINARI, *op. cit.*, p. 20. Nesse sentido: ZALAN, Eszter. EU pushes Greece to set up new asylum committees. **EUOBSERVER**. 15/06/2016. Disponível em: <https://euobserver.com/migration/133841>. Acesso em: 28 fev. 2023.

³⁹⁰ WESSEL, Ramses A. Normative transformations in EU external relations: the phenomenon of ‘soft’ international agreements. **West European Politics**, v. 44, n. 1, p. 72-92, 2021. p. 79. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1738094>. Acesso em: 15 jan. 2023.

que se refere à gestão dos fluxos migratórios, no que se incluem as políticas de retorno de migrantes. Dessa forma, a UE celebrou dois instrumentos de *soft law* para cooperar com o país no processo de retorno dos imigrantes afegãos que não preencheram os requisitos para entrar e permanecer no território da União.

Assim, a presente seção, inicialmente, busca compreender a crise humanitária no Afeganistão e os motivos que levaram aos grandes fluxos migratórios oriundos do país. Após, objetiva analisar ambos os instrumentos de *soft law* firmados pela UE com o Afeganistão para o retorno de migrantes e suas fragilidades perante à proteção dos direitos desses indivíduos.

4.3.1 A crise humanitária no Afeganistão

Atualmente, os afegãos consistem na terceira maior população de refugiados do mundo, atrás apenas dos sírios e venezuelanos, com um total de 2,7 milhões, abrigados em 98 países.³⁹¹ No âmbito da UE, em novembro de 2022, os afegãos representavam o segundo maior grupo de pessoas em busca de asilo nos Estados-Membros da UE, com mais de 13 mil solicitações apenas naquele ano.³⁹² Assim, é nítido que a imigração de afegãos se constitui em um problema significativo para a UE.

Há mais de quatro décadas o Afeganistão tem sofrido com conflitos armados, o que, associado à violência, desemprego, corrupção, instabilidade política e econômica, grupos terroristas, desigualdades sociais e de gênero, se constituem como alguns dos fatores que fazem parte da história do Afeganistão e que sempre intensificam a saída de nacionais desse país, para buscar proteção em outros Estados.³⁹³ Dados do ACNUR, por exemplo, revelam que no Afeganistão, um percentual de 55% da população não possui o suficiente para comer todos os dias.³⁹⁴ Esse cenário foi reforçado após a tomada do poder pelo Talibã no país, em 15 de agosto de 2021, o que resultou no êxodo de milhares de afegãos para países vizinhos, dentre eles os

³⁹¹ UNHCR. **Global Trends: Forced displacement in 2021**. Genebra, 2022. Disponível em: <https://www.unhcr.org/globaltrends.html>. Acesso em: 03 mar. 2023.

³⁹² EUROSTAT. **Asylum applications - monthly statistics**. [S.l.], 2023. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_applications_-_monthly_statistics. Acesso em: 03 mar. 2023.

³⁹³ DIMITRIADI, Angeliki. The EU's response to forced migration from Afghanistan: A joint way forward for returns? In: CECCORULLI, Michela; FASSI, Enrico (ed.). **The EU's External Governance of Migration: Perspectives of Justice**. Nova York: Routledge, 2022. pp. 75-95. p. 79.

³⁹⁴ UNHCR. **Global Trends: Forced displacement in 2021**. Genebra, 2022. p. 7. Disponível em: <https://www.unhcr.org/globaltrends.html>. Acesso em: 03 mar. 2023.

membros da UE, em busca de proteção internacional, além de oportunidades par educação e emprego.³⁹⁵

A tomada do poder pelo Talibã representa a consequência de 20 anos de conflito entre o grupo fundamentalista e as forças do governo. Mais de um ano depois, o país se encontra em uma situação de deterioração da segurança pública, colapso da economia e violação de direitos humanos de seus nacionais. Assassinatos contra ex-funcionários do governo e das forças militares, ataques sistemáticos contra minorias religiosas, restrição da liberdade de expressão e de movimento, bem como do direito à educação de mulheres, são uma realidade no país.³⁹⁶ Assim, a migração de afegãos para países terceiros é uma realidade que faz parte da história do país, sendo a UE o principal destino desses indivíduos desde 2014.³⁹⁷

A migração afegã é resultado de fatores complexos que vão desde insegurança predominantemente socioeconômica, política, mas também pessoal (vinganças familiares), incapacidade do governo de oferecer proteção especialmente em certas áreas, o retorno do Talibã, desigualdade de gênero que dificulta o acesso a direitos básicos, como educação para meninas, bem como a pobreza.³⁹⁸

A complexidade dos fatores que desencadeiam a migração de afegãos reflete na complexidade quanto à gestão desse fluxo. Como visto na seção 1.2.1, para um indivíduo ser reconhecido como refugiado na UE, o mesmo deve passar por um procedimento para análise se preenche os requisitos para a concessão de asilo. Os imigrantes afegãos, por muito tempo, foram reconhecidos como refugiados, mas passaram a ser reconhecidos apenas como imigrantes econômicos, isto é, não sujeitos à concessão de asilo.³⁹⁹

Em 05 de outubro de 2016, foi assinado um acordo entre as autoridades da UE e do Afeganistão, denominado Caminho Conjunto para as questões de migração, visando a cooperação para o retorno de imigrantes afegãos que não preencham os requisitos para permanecer no território da UE. Esse acordo se insere na tendência analisada até aqui de celebração de instrumentos de *soft law* entre UE e países terceiros que tratam sobre o retorno

³⁹⁵ ICMPD, 2022, *op. cit.*

³⁹⁶ CONSELHO EUROPEU PARA OS REFUGIADOS E EXILADOS. **Joint statement:** One year after the country's takeover by the Taliban – How did Europe welcome Afghans in need of protection? [S.l.], 2022. Disponível em: <https://ecre.org/joint-statement-one-year-after-the-countrys-takeover-by-the-taliban-how-did-europe-welcome-afghans-in-need-of-protection/>. Acesso em: 24 fev. 2023.

³⁹⁷ DIMITRIADI, *op. cit.*, p. 80.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 81.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 82.

de imigrantes irregulares, tendo sido celebrado após a falta de interesse no governo Afegão em concluir um acordo internacional vinculante.⁴⁰⁰

Tal acordo possuía validade até 2020, assim, em 13 de janeiro de 2021, foi firmada a Declaração Conjunta sobre Cooperação em Migração, outro acordo de *soft law* celebrado entre UE e Afeganistão para dar continuidade ao instrumento adotado em 2016 no âmbito da cooperação para o retorno de migrantes, como será visto na sequência.

4.3.2 Os instrumentos de *soft law* firmados entre a UE e Afeganistão para o retorno de migrantes

A razão para a celebração de ambos os acordos são “os desafios migratórios sem precedentes enfrentados pela UE e pela República Islâmica do Afeganistão”, o que requer “solidariedade, determinação e esforços coletivos”,⁴⁰¹ de modo que a UE oferece o suporte financeiro necessário para a efetivação desse processo de retorno.⁴⁰² Assim, eles têm como objetivo

intensificar a sua cooperação na abordagem e prevenção das migrações irregulares e no retorno de migrantes irregulares, os quais, após a consideração de todas as leis internacionais e procedimentos legais relevantes, não podem receber *status* de proteção internacional, como parte da parceria geral entre o Governo do Afeganistão e o UE, através de esforços coordenados (tradução nossa).⁴⁰³

Para cumprir com esse objetivo, o acordo

identifica uma série de medidas a serem tomadas com urgência pela UE e pelo Governo do Afeganistão com o objetivo de estabelecer um processo rápido, eficaz e gerenciável para um retorno harmonioso, digno e ordenado de cidadãos afegãos que não preenchem as condições em vigor para entrada, presença ou residência no

⁴⁰⁰ OTT, Andrea. Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges. *Yearbook of European Law*, Oxford, v. 39, n. 1, p. 569-601, 2020. p. 591. Disponível em: <https://academic.oup.com/yel/issue/volume/39>. Acesso em: 31 mar. 2022.

⁴⁰¹ The European Union (EU) and the Islamic Republic of Afghanistan face unprecedented refugees and migration challenges. Addressing them requires solidarity, determination and collective efforts.

⁴⁰² OTT, *op. cit.*, p. 591.

⁴⁰³ EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE. **Joint Declaration on Migration Cooperation between Afghanistan and the EU**. [S.l.], 2016. Disponível em: https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022. Nesse sentido: EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE. **Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU**. [S.l.], 2021. Disponível em: https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

território da UE e para facilitar a sua reintegração no Afeganistão num espírito de cooperação (tradução nossa).⁴⁰⁴

Dessa forma, os instrumentos buscam abordar o desafio do controle migratório através da cooperação entre ambos os países, facilitando a identificação e emissão de documentos, caso necessário, para viabilizar o retorno célere ao país de origem de indivíduos afegãos que não preenchem os requisitos para permanecer na UE, seja porque tiveram seu pedido de asilo negado ou porque não o solicitaram e estão permanecendo de forma irregular no território dos Estados-Membros. Em se tratando de instrumentos de *soft law*, como já visto, os mesmos permitem que seja contornado o procedimento formal de celebração de acordos com países terceiros, notadamente a participação do Parlamento, o que foi alvo de muitas críticas, pois “não apenas impede qualquer forma de responsabilidade democrática, mas também ignora as preocupações da sociedade civil sobre a situação no Afeganistão (tradução nossa)”,⁴⁰⁵ deixando margem para possíveis violações de direitos humanos, que sequer foram contestadas pela instituição eleita pelo povo.

Os acordos asseguram a possibilidade de retorno voluntário daqueles indivíduos que tiveram uma decisão de saída de algum Estado-Membro da UE emitida contra si, contudo, caso os nacionais afegãos optarem por não cumprir voluntariamente a referida decisão, serão retornados assim que os procedimentos administrativos e judiciais forem esgotados.⁴⁰⁶ O retorno será efetivado através de voos “para o aeroporto de Cabul [...] e quaisquer outros aeroportos afegãos especificados conforme mutuamente acordado, incluindo voos conjuntos de regresso de cidadãos afegãos de vários Estados-Membros da UE organizados e coordenados pela Frontex”, após a emissão de documentos de viagem válidos ao indivíduo.⁴⁰⁷

Como visto, a celebração de instrumentos de *soft law* no domínio do retorno de migrantes levanta preocupações quanto à proteção dos direitos desses indivíduos durante o

⁴⁰⁴ EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE. **Joint Declaration on Migration Cooperation between Afghanistan and the EU.** [S.l.], 2016. Disponível em: https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022. Nesse sentido: EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE. **Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU.** [S.l.], 2021. Disponível em: https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁴⁰⁵ CONSELHO EUROPEU PARA OS REFUGIADOS E EXILADOS. **Joint statement:** One year after the country’s takeover by the Taliban – How did Europe welcome Afghans in need of protection? [S.l.], 2022. Disponível em: <https://ecre.org/joint-statement-one-year-after-the-countrys-takeover-by-the-taliban-how-did-europe-welcome-afghans-in-need-of-protection/>. Acesso em: 24 fev. 2023.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, parte I.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, parte II. “To facilitate the return and readmission of Afghan nationals, EU Member States may use scheduled or non-scheduled flights to Kabul airport (in existing designated facilities) and any other specified Afghan airports as mutually agreed, including joint flights returning Afghan nationals from several EU Member States organised and coordinated by Frontex” (tradução nossa).

processo, ainda mais considerando que o acordo menciona expressamente o retorno de grupos vulneráveis, como crianças e idosos.⁴⁰⁸ O retorno de migrantes tem como fundamento a ideia de que o país de origem ou trânsito é seguro e que o indivíduo a ser retornado não necessita de proteção internacional da forma do asilo, isto é, que o migrante teria boas condições de ser reintegrado à sociedade e não teria seus direitos violados.⁴⁰⁹ Slominksi e Trauner afirmam que autoridades da Alemanha e Finlândia, por exemplo, utilizam esse instrumento para designar determinadas áreas do Afeganistão como suficientemente seguras para operações de retorno.⁴¹⁰

O acordo dispõe que as partes concordam em aderir às obrigações internacionais concernentes à proteção dos direitos humanos, como a Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967, a DUDH, a CUE e a Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Isto é, os instrumentos possuem elementos similares aos tradicionais acordos de readmissão e, em tese, estão conectados a relevantes conceitos e disposições do direito internacional e do direito da UE.⁴¹¹

Contudo, em um país enfrentando uma situação de deterioração da segurança pública, da economia, de restrição de direitos e dominado por um grupo fundamentalista, é difícil visualizar um cenário no qual a proteção aos direitos humanos desses indivíduos seja assegurado na prática. Pelo contrário, a situação fática do país demonstra que o mesmo se encontra em uma situação precária, não conseguindo garantir o bem estar de seus indivíduos, tanto econômica e politicamente, quanto em termos de segurança contra violências e violações de direitos, uma vez que a discriminação, desigualdade social e de gênero, desemprego e conflitos armados são realidades constantes no país.⁴¹² Assim, verifica-se uma clara situação violação ao princípio do *non-refoulement*, pois os imigrantes retornados ao Afeganistão são submetidos a sérios riscos de perseguição, tratamentos degradantes e violações de direitos.

⁴⁰⁸ WARIN, Catherine; ZHEKOVA, Zheni. The Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU: EU external policy and the recourse to non-binding law. **Cambridge International Law Journal**, Cambridge, v. 6, n. 2, p. 135-155, 2017. p. 146. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10993/34382>. Acesso em: 09 nov. 2022.

⁴⁰⁹ DIMITRIADI, Angeliki. The EU's response to forced migration from Afghanistan: A joint way forward for returns? In: CECCORULLI, Michela; FASSI, Enrico (ed.). **The EU's External Governance of Migration: Perspectives of Justice**. Nova York: Routledge, 2022. pp. 75-95. p. 82.

⁴¹⁰ SLOMINSKI, Peter; TRAUNER, Florian. Reforming me softly – how soft law has changed EU return policy since the migration crisis. **West European Politics**, Londres, v. 44, n. 1, p. 93-113, 2021. p. 106. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1745500#:~:text=This%20article%20argues%20that%20the,focus%20on%20'efficiency'>. Acesso em: 01 abr. 2022.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 97.

⁴¹² DIMITRIADI, Angeliki. The EU's response to forced migration from Afghanistan: A joint way forward for returns? In: CECCORULLI, Michela; FASSI, Enrico (ed.). **The EU's External Governance of Migration: Perspectives of Justice**. Nova York: Routledge, 2022. pp. 75-95. p. 89.

No caso *Hirsi Jamaa e Outros v. Itália*, visto na seção 1.2.2, a Corte entendeu que apenas o fato de a Líbia ser signatária de convenções internacionais de direitos humanos não garantia que se tratava de um país seguro para a devolução de imigrantes, uma vez que inúmeros relatórios organizações internacionais apontavam para a situação alarmante do tratamento recebido por imigrantes irregulares no país, os quais permaneciam detidas em condições descritas como desumanas, além de serem submetidos a casos de tortura, condições precárias de higiene e ausência de assistência médica apropriada.⁴¹³ Assim, verifica-se que é um caso semelhante ao do Afeganistão, uma vez que, embora o acordo preveja que os países se comprometem na proteção aos direitos dos indivíduos afetados, a situação política, econômica e social do país neste momento impede que ocorra.

Além disso, mesmo havendo medidas que preveem a necessidade de proteção dos direitos desses indivíduos, as mesmas são muito vagas, contendo apenas a previsão, mas não a forma de executá-la. Os acordos preveem medidas especiais para a proteção e assistência de grupos vulneráveis como crianças e idosos durante o processo de retorno, contudo, não esclarecem no que consistem essas medidas especiais.⁴¹⁴

Ainda, tendo em vista que muitos dos indivíduos em questão estão indocumentados, o instrumento prevê uma série de medidas para identificação da nacionalidade e emissão de documentos de viagem para os mesmos. Contudo, essa identificação pode acabar sendo errônea e um indivíduo não nacional do Afeganistão pode ser retornado de forma equivocada a esse país, o que representaria um risco ainda maior a sua vida e seus direitos. O acordo prevê na parte II (6) que os Estados-Membros deverão assegurar que qualquer pessoa retornada ao Afeganistão que, após, seja identificada como não nacional daquele país, será readmitida ao Estado-Membro.⁴¹⁵ Contudo, o mesmo não é claro quanto aos procedimentos para garantir a proteção desses indivíduos retornados erroneamente.

⁴¹³ FRANÇA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso nº 27765/09**. *Hirsi Jamaa e Outros versus Itália*. Estrasburgo, 23 de fevereiro de 2012. Nesse sentido: WARIN, Catherine; ZHEKOVA, Zheni. *The Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU: EU external policy and the recourse to non-binding law*. **Cambridge International Law Journal**, Cambridge, v. 6, n. 2, p. 135-155, 2017. p. 148. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10993/34382>. Acesso em: 09 nov. 2022.

⁴¹⁴ EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE. **Joint Declaration on Migration Cooperation between Afghanistan and the EU**. [S.l.], 2016. Disponível em: https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022. Nesse sentido: EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE. **Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU**. [S.l.], 2021. Disponível em: https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁴¹⁵ *Ibid.*, parte II.

Dessa forma, embora ambos os acordos firmados com o Afeganistão estejam publicamente disponíveis para acesso a todos, os mesmos também geram controvérsias quanto à possibilidade de serem invocados judicialmente, foram celebrados sem a participação do Parlamento Europeu e tratam o Afeganistão como um país supostamente seguro para seus nacionais retornarem, ao passo em que, a situação fática do mesmo demonstra que os indivíduos para ele retornados correm sérios riscos de vida, perseguição e de terem seus direitos violados. Assim, demonstra-se uma desconexão entre os parâmetros de direitos humanos adotados pela UE em seu ordenamento jurídico e a prática por ela efetuada.

4.4 PROPOSTA DE ALTERNATIVAS MAIS ADEQUADAS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS ACORDOS DE *SOFT LAW* SOBRE O RETORNO DE MIGRANTES

Ao longo da pesquisa, compreendeu-se que a opção pela utilização de instrumentos de *soft law* na cooperação com países terceiros para o retorno de migrantes se constitui em uma forma da UE contornar as exigências impostas à celebração de instrumentos formais, o que, tendo em vista tratar-se de um domínio que está relacionado intrinsecamente aos indivíduos, afeta negativamente a proteção de seus direitos. Assim, na presente seção, busca-se apresentar, de forma sucinta, alguns fatores que poderiam contribuir para a mudança desse cenário, garantindo a proteção dos direitos dos migrantes.

Inicialmente, essa mudança perpassa pelo próprio conceito de refugiado adotado pela UE. Como visto na seção 1.1.2, o conceito adotado pela UE para reconhecer um indivíduo como refugiado e, assim, concedê-lo a proteção internacional por meio de asilo é o conceito de refugiado previsto na Convenção de 1951, à luz de seu Protocolo modificativo de 1967. Em suma, esses dispositivos definem refugiado como aquela pessoa “que é perseguida ou tem fundado temor de perseguição; por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e encontra-se fora do país de sua nacionalidade ou residência; e que não pode ou não quer voltar a tal país em virtude da perseguição ou fundado temor de perseguição”.⁴¹⁶

Compreende-se, portanto, que esse conceito apresenta limitações, uma vez que exige que o indivíduo demonstre que possui um “fundado temor de perseguição em função de sua raça, nacionalidade, religião, grupo social ou opinião política” para ter a proteção internacional concedida. Contudo, a complexidade dos fluxos migratórios na atualidade reflete a insuficiência

⁴¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 177.

desse conceito, uma vez que muitas das pessoas migrantes se deslocam não apenas em razão de temor de perseguição, mas também por conta de violações de direitos humanos, violência generalizada, crises econômicas e políticas e, inclusive, catástrofes ambientais, de modo que o conceito não corresponde mais a todas as necessidades atuais dessa população.⁴¹⁷

Isso ocorre porque a proteção prevista na Convenção de 1951 fora desenvolvida para lidar com casos individuais de deslocamento de pessoas e não grandes massas.⁴¹⁸ Assim, indivíduos que sofrem com graves violações de direitos humanos em seus países de origem acabam por não conseguir o asilo ao chegar na UE, em razão de não se enquadrar nesse conceito, ficando sujeitos à decisão de retorno.

Em razão disso, como visto, outros documentos foram celebrados em âmbito regional para “adaptar seus textos legais à realidade dos indivíduos que buscam proteção e, com isso, acabaram por ampliar, em nível regional, a definição do termo refugiado, alargando, assim, o sistema de proteção”,⁴¹⁹ isto é, adaptar os textos normativos às realidades e necessidades dos fluxos migratórios em cada região. Na América Latina, por exemplo, destaca-se a Declaração de Cartagena, celebrada em 1984, a qual aumentou o alcance das normas de proteção internacional, ao ampliar, em sua conclusão nº 3, a definição de refugiado para aqueles indivíduos que

tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.⁴²⁰

A nova definição trazida pela Declaração contempla, portanto, na solicitação de refúgio, além da situação específica de violência sofrida por determinado indivíduo, também a realidade objetiva de violação de direitos humanos do país de onde este está vindo, de modo que qualquer pessoa que venha de um país no qual tais condições estejam presentes poderá ter concedida a proteção internacional.⁴²¹ A Declaração foi incorporada ao ordenamento brasileiro, como visto na seção 1.1.2, de modo que, no Brasil é contemplado como refugiado não apenas

⁴¹⁷ SARTORETTO, Laura Madrid. **Direito dos refugiados: do eurocentrismo às abordagens de terceiro mundo**. Porto Alegre: Arquipélago, 2018. p. 84.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 147.

⁴¹⁹ JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. p. 134.

⁴²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Cartagena**. Cartagena, 1984. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em 06 nov. 2022.

⁴²¹ JUBILUT, *op. cit.*, p. 134.

aqueles indivíduos com receio de perseguição, mas também aqueles sujeitos a violações de direitos humanos, o que confere uma maior amplitude a essa proteção, atingindo mais indivíduos em situações mais diversas.

Em âmbito europeu, contudo, não existe outro instrumento que conceda uma interpretação extensiva a esse conceito, o que pode levar à não concessão de proteção ou autorização de residência e, conseqüentemente, ao retorno de indivíduos a países subtendidos como seguros pelos instrumentos de *soft law* analisados, mas que, na prática, não possuem condições de garantir a proteção e dignidade de seus nacionais, isto é, que, não obstante não possuírem um fundado temor de perseguição em seu país de origem, caso retornados, sofrerão com violações de direitos.

Dessa forma, entende-se que a ampliação do rol de indivíduos aos quais pode ser concedida a proteção internacional na forma de asilo poderia se constituir em uma forma de mitigar os efeitos da informalização da política de retorno, seguindo uma conceituação inspirada na prevista na Declaração de Cartagena de 1984.

Além disso, o progressivo envolvimento do Parlamento Europeu no processo de celebração dos instrumentos de *soft law* também poderia auxiliar a mitigar as possíveis violações aos direitos dos migrantes no processo de retorno, uma vez que, como visto, o Parlamento é a instituição responsável pelo controle democrático da UE, possuindo, dentre suas funções, a de supervisionar as instituições da UE, de modo a garantir que a aplicação correta do direito da UE e esteja de acordo com a salvaguarda dos direitos individuais.

Antes de votar o acordo formal de readmissão negociado entre a UE e o Paquistão, por exemplo, o Parlamento questionou a Comissão acerca da ausência de uma referência clara à proteção dos direitos humanos no texto do acordo.⁴²² Isto é, essa instituição possui autoridade para verificar o processo de celebração de acordo e “deliberar publicamente valores e princípios envolvidos nas escolhas políticas (tradução nossa)”,⁴²³ assim, a ausência de revisão pelo Parlamento de determinado ato, pode ter repercussões negativas em domínios como o dos direitos humanos. Dessa forma, possibilitar o envolvimento dessa instituição no processo de tomada de decisão poderia colaborar para a não celebração de instrumentos com país notoriamente incapazes de garantir a proteção de seus indivíduos, de modo que, mesmo

⁴²² EISELE, Katharina. The EU's readmission policy: of agreements and arrangements. In: CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke (ed.). **Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. pp. 135-154. p. 138.

⁴²³ IONESCU, Danai Petropoulou; ELIANTONIO, Mariolina. Democratic Legitimacy and Soft Law in the EU Legal Order: A Theoretical Perspective. **Journal of Contemporary European Research**, Londres, v. 17, n. 1, p. 43-65, 2021. p. 49. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3747160. Acesso em: 05 jan. 2023.

tornando o procedimento de adoção mais lento, trata-se de uma burocracia importante no sentido de evitar ou amenizar possíveis violações de direitos humanos advindas da conclusão de instrumentos com países incapazes de garantir esses direitos.

Outrossim, a obrigatoriedade de publicização desses instrumentos também poderia ser uma maneira de diminuir os impactos negativos da *soft law* no domínio dos direitos humanos. Como visto, não obstante um dos princípios fundamentais da UE seja o da transparência, o qual exige que a mesma divulgue informações sobre suas políticas e promova a liberdade de informação, sendo todos seus atos legislativos publicados no Jornal Oficial da União Europeia, no caso de instrumentos de *soft law*, não há essa exigência de publicação. Assim, nem todos são facilmente encontrados pela população, ficando sob discricionariedade da instituição que adotou tal instrumento decidir sobre a publicação.⁴²⁴

A publicação nos meios oficiais da UE assegura que qualquer parte interessada possa consultar seu conteúdo. Assim, quando esses documentos são acessíveis a todos, os imigrantes sujeitos a uma determinação de retorno, cujo procedimento de regresso é pautado pelos mesmos, terão conhecimento da natureza das disposições que os afetarão intimamente, o que permitirá o exercício de seu direito de invocar esses instrumentos perante os tribunais, bem como perante organizações de proteção aos de direitos humanos, possibilitando o debate público acerca dos mesmos.

Dessa forma, propõe-se que esses acordos firmados com países terceiros para o retorno de migrantes que estejam de forma irregular na UE sejam publicados e disponibilizados abertamente a todos, inclusive para fins de possibilitar eventual revisão judicial, bem como envolvam o Parlamento durante o processo de adoção.

Diante do exposto, compreende-se que a opção por instrumentos de *soft law* na política de retorno de migrantes causa impactos negativos no que se refere à garantia dos direitos desses indivíduos, em razão das informalidades inerentes a essas ferramentas. Assim, embora a ausência de algumas formalidades seja a essência e a motivação para a opção pela *soft law*, quando se trata de um domínio que afeta tão diretamente a sobrevivência dos indivíduos, como o retorno de migrantes, a mitigação dessas informalidades se mostra necessário.

⁴²⁴ OTT, Andrea. Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges. **Yearbook of European Law**, Oxford, v. 39, n. 1, p. 569-601, 2020. p. 583. Disponível em: <https://academic.oup.com/yel/issue/volume/39>. Acesso em: 31 mar. 2022.

5. CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa, verificou-se que a UE, enquanto um dos principais cenários receptores de migrantes da atualidade, ao mesmo tempo em que possui vasta legislação para concessão de proteção internacional a indivíduos que a necessitem, também empreende esforços em políticas de *non-entrée* de migrantes e de retorno daqueles indivíduos que não preencheram os requisitos para receberem a proteção internacional.

Todos os Estados-Membros da UE são signatários da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, a qual estabelece o conceito de refugiado utilizado pela UE para determinar para quais indivíduos será concedido o asilo. Além disso, as políticas migratórias da União também têm como base a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que dispõem sobre direitos a serem garantidos a todos os indivíduos em âmbito da UE e, em especial, proíbem a ocorrência de torturas e tratamentos desumanos ou degradantes contra qualquer indivíduo que esteja nas fronteiras ou em qualquer espaço dentro do território europeu, bem como à não-devolução de nenhum indivíduo a território no qual sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas (*non-refoulement*).

Como visto no primeiro capítulo, nem todos os indivíduos que chegam à UE em busca de asilo o conseguem. O conceito utilizado pela União para determinar os indivíduos beneficiários de asilo é aquele previsto na Convenção de 1951, exigindo a demonstração de “fundado temor de perseguição em função de sua raça, nacionalidade, religião, grupo social ou opinião política”. Essa definição, portanto, limita significativamente o número de pessoas que podem ser reconhecidas como refugiadas e, conseqüentemente, obterem o asilo nos Estados-Membros da UE, o que desencadeia a determinação de retorno dos indivíduos que não preencherem esses requisitos e que não conseguirem outro tipo de autorização para permanência no território da UE.

A Diretiva nº 2008/115/CE, também conhecida como Diretiva de Retorno, é a responsável por estabelecer que os Estados-Membros devem emitir uma decisão de retorno relativa a qualquer não-nacional que esteja de forma irregular em seu território, regulando os procedimentos aplicáveis à execução de tal decisão. Para a efetivação desse retorno, exige-se a cooperação da UE com os países de origem desses migrantes, o que, tradicionalmente, era feito por meio de acordos de readmissão celebrados com países terceiros, acordos esses de natureza

formal, que passam pelo procedimento específico destinado aos tratados internacionais, previsto no artigo 218 do TFUE, para sua negociação e adoção.

Ocorre que, a partir de 2016, iniciou-se uma mudança de paradigma, quando passaram a ser firmados instrumentos de *soft law* com países de origem de migrantes, com o objetivo de estabelecer as diretrizes da cooperação para o retorno desses indivíduos. Isto é, enquanto a comunidade internacional voltava suas atenções aos intensos fluxos migratórios com destino à UE, durante a qual milhares de indivíduos deixaram seus países em razão de violações de direitos humanos em busca de melhores condições de vida, verifica-se que, não apenas os Estados-Membros desenvolveram políticas a fim de evitar ou dificultar a entrada de migrantes em seus territórios, mas também a UE empreendeu esforços visando aprimorar a efetividade de sua política de retorno de migrantes.

Essa mudança se insere no contexto da externalização das políticas migratórias da UE, através da qual a União busca estabelecer acordos com países de origem e de trânsito de migrantes, voltados a diminuir o número de entradas de migrantes em seus territórios, bem como a estabelecer procedimentos que facilitem o retorno desses indivíduos. E essa tendência de externalização das políticas migratórias da UE está aliada à tendência de informalização das mesmas, ou seja, de utilização de instrumentos de *soft law* como forma de consolidação da cooperação com países terceiros no domínio do controle migratório.

As normas de *soft law*, entendidas como atos que não necessariamente possuem previsão nos Tratados constitutivos da UE, tampouco são dotados de força vinculante, mas produzem efeitos legais e práticos, assumiram papel importante nesse cenário. Em razão de sua natureza informal, as mesmas não precisam observar determinadas formalidades para sua adoção, tornando-se mais fácil e rapidamente celebrados, sem necessidade de passar por um procedimento muito burocrático, o que se torna atrativo em situações de crise, como a atual crise humanitária que gera fluxos migratórios, bem como quando tratam de assuntos sensíveis, como direitos humanos, uma vez que acordos internacionais formais tendem a gerar mais controvérsias internas, ao passo em que os instrumentos de *soft law* recebem menos atenção pública, podendo passar despercebidos.

De acordo com o analisado no segundo capítulo, compreendeu-se que as normas de *soft law*, não obstante sua natureza não vinculante, são passíveis de produzir importantes efeitos legais e práticos na UE, em suas instituições, Estados-Membros e indivíduos, isto é, de transformar práticas dos Estados-Membros e outras instituições da UE, bem como criar e modificar direitos e obrigações dos atores envolvidos. Contudo, não exige a observação de determinadas formalidades inerentes aos atos de *hard law*, fato este que levanta muitas

controvérsias, especialmente quando tais instrumentos são utilizados em domínio sensíveis como o dos direitos humanos.

Ao contrário dos acordos internacionais formais e demais atos jurídicos da UE, os instrumentos de *soft law* não precisam obrigatoriamente serem publicados no Jornal Oficial da União Europeia ou outro meio, de modo que nem todos são facilmente encontrados, ficando sob discricionariedade da instituição que adotou tal instrumento decidir sobre a publicação. Além disso, ao contrário dos acordos formais, no processo de negociação e celebração desses instrumentos de *soft law*, não há participação do Parlamento Europeu, instituição responsável pelo controle democrático e que tende a zelar pela preservação dos direitos individuais. Ainda, a partir da análise dos casos *Grimaldi*, *ERTA*, 60/81, C-463/10 e C-475/10, verificou-se que não são claros e precisos os requisitos para determinar a possibilidade de revisão dos instrumentos de *soft law* pelo TJUE.

No domínio da cooperação com países terceiros para o retorno de migrantes, os acordos formais de readmissão vêm sendo substituídos por instrumentos de *soft law* dada a dificuldade para concretização dos mesmos, pois os países terceiros são relutantes concluí-los, em razão da burocracia exigida e das críticas desencadeadas em âmbito interno e, mesmo que concluídos, as partes envolvidas nem sempre estão dispostas a empreender as medidas necessárias à sua implementação. Com efeito, conforme visto no terceiro capítulo, ao contrário dos acordos internacionais formais, os acordos de *soft law* firmados com países terceiros para o retorno de migrantes não precisam observar o procedimento de negociação, celebração e publicação previsto nos tratados constitutivos da UE, fator esse que levante inúmeras dúvidas quanto à suficiência desses instrumentos no que se refere à proteção dos direitos dos indivíduos envolvidos nesse processo.

A existência de uma política de retorno de migrantes, em um cenário que adota uma definição de refugiado tão restrita como a UE, por si só, já se constitui em uma violação de direitos humanos, uma vez que boa parte dos indivíduos que chegam em seu território são advindos de países que passam por notórias crises sociais, políticas e econômicas, isto é, que já sofrem com insuficiências e violações de direitos, que continuarão se voltarem aos mesmos. E ao exigir que o indivíduo demonstre fundado temor de sofrer com perseguição, por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas para obter a proteção internacional, a UE deixa de considerar novos motivos pelos quais as pessoas se deslocam e permite que indivíduos que tenham migrado em razão unicamente de violações de direitos humanos não consigam obter a proteção internacional, como conseguiriam, por exemplo, em

países que adotam definições mais ampliadas de refugiado, e fiquem sujeitos a uma ordem de retorno.

A utilização de instrumentos de *soft law* como ferramentas dessa política de retorno de migrantes, no entanto, colabora ainda mais para as insuficiências na proteção dos direitos desses indivíduos, uma vez que as obrigatoriedades inerentes aos instrumentos formais possibilitam, em certa medida, que esses direitos possam ser minimamente reivindicados e levados em consideração.

Inicialmente, a análise de alguns desses instrumentos firmados com países terceiros para o retorno de migrantes demonstrou que nem todos aqueles que se tem notícia que foram firmados estão publicados e disponíveis abertamente para todos nos meios oficiais da União. A transparência é um dos princípios fundamentais da UE, exigindo que a mesma promova a liberdade de informação, garantindo a todos os indivíduos interessados o acesso a informações sobre as políticas desenvolvidas e legislações criadas, o que é feito através da publicação e disponibilização de seus atos jurídicos em plataformas oficiais, os quais devem ser traduzidos para todas as línguas oficiais da UE.

Dessa forma, ao não publicar e disponibilizar livremente em suas plataformas todos os instrumentos de *soft law* firmados, tampouco traduzi-los em todas as línguas oficiais aqueles que o são, a UE impede que os indivíduos que serão submetidos ao retorno tenham acesso ao conteúdo dos mesmos ou mesmo os compreendam. Assim, considerando a clara situação de vulnerabilidade dessas pessoas, essa prática viola o direito de acesso à informação, impossibilitando que as mesmas tenham conhecimento das características do instrumento que guiará seu processo de retorno, bem como dificultando o acesso à justiça por parte das mesmas para fins de contestação da validade e legalidade do instrumento.

Além disso, verificou-se que, ao contrário dos tradicionais acordos internacionais, nos instrumentos de *soft law* firmados com países terceiros, o Parlamento não se faz presente no processo de tomada de decisão. Como visto, a decisão de abertura das negociações para a adoção de um acordo internacional formal é tomada pelo Conselho, após recomendação da Comissão, sendo imprescindível o consentimento ou consulta ao Parlamento para a conclusão do acordo. Tal exigência não se faz presente nos instrumentos de *soft law*, os quais não possuem um procedimento específico previsto nos tratados, sendo variável a sua forma, seu conteúdo e o procedimento de adoção.

A não participação do Parlamento no processo de negociação e celebração dos acordos também afeta proteção dos direitos dos migrantes, uma vez que essa instituição é responsável pela supervisão dos atos das instituições da UE, garantindo que estejam de acordo e apliquem

corretamente as disposições do direito da UE, dentre elas as inúmeras normativas referentes à proteção dos direitos humanos existentes ao ordenamento. A União possui incorporado ao seu ordenamento jurídico diversas normas internacionais que versam sobre a proteção dos direitos humanos dos migrantes. Assim, o papel do Parlamento, enquanto instituição de controle democrático, perpassa por prezar pela salvaguarda da aplicação dessas normas.

Como visto, o Parlamento já questionou a Comissão acerca da negociação de acordos de readmissão de migrantes que não possuíam disposições claras em seu texto quanto à proteção de direitos, assim, embora sua participação na adoção de instrumentos de *soft law*, na prática, cause maior burocracia e lentidão, o mesmo poderá evitar a conclusão de acordos com países que notoriamente não são capazes de garantir a proteção dos direitos de seus nacionais ou ao menos questionar a inexistência de disposições específicas referente a garantia de direitos mínimos.

Ainda, verificou-se que a possibilidade de revisão judicial pelo TJUE ou pelos tribunais nacionais da validade desses instrumentos ou de algumas de suas disposições não é clara. A jurisprudência do TJUE demonstra que o Tribunal considera passíveis de revisão todos os atos tomados pelas instituições que se destinem a produzir efeitos legais, independentemente de sua forma, e que esses efeitos legais ocorrem quando a medida é capaz de afetar os interesses da parte requerente, ao possibilitar uma alteração de sua situação jurídica.

Em que pese, a princípio, verifique-se que esses instrumentos de *soft law* firmados visando o retorno de migrantes afetem significativamente os interesses dos indivíduos que serão submetidos a uma decisão de retorno, não há uma definição clara na jurisprudência quanto ao que configura uma alteração da situação jurídica ou a afetação de interesses. Assim, apenas a partir de uma análise de cada caso concreto o Tribunal poderá decidir se é competente para apreciar a demanda ou não, o que gera insegurança a esses indivíduos afetados, pois permanecem na incerteza quanto à possibilidade de reivindicar ou não seus direitos judicialmente.

Os textos dos acordos de *soft law* analisados preveem que os mesmos devem respeitar as disposições internacionais de proteção aos direitos humanos, em especial, a Convenção de 1951 e o princípio do *non-refoulement*. Contudo, não possuem disposições específicas quanto à forma de se garantir a efetividade desses direitos e medidas a serem tomadas se identificada alguma violação. Além disso, verificou-se que os acordos de *soft law* para o retorno de migrantes analisados foram firmados com países que passam por instabilidades políticas, sociais e econômicas, inclusive conflitos armados, isto é, que não podem ser considerados como países seguros, o que, conseqüentemente, dificulta a garantia da proteção dos direitos dos

indivíduos retornados. Aliado a isso, o fato de consistirem em instrumentos de *soft law*, cuja possibilidade de revisão judicial não é clara, dificulta ainda mais essa proteção.

Assim, por todo o exposto, entende-se pela validade da hipótese apresentada, no sentido de que os instrumentos de *soft law* firmados com países terceiros para o retorno de migrantes não são capazes de garantir a aplicação das normas internacionais de proteção aos direitos dos migrantes adotadas pelo bloco. Ao não necessitarem observar a rigidez dos trâmites para a elaboração e ratificação de tratados internacionais, tais instrumentos se configuram em meios para contornar as exigências legais impostas à celebração de instrumentos formais, para possibilitar a celebração de acordos com países com os quais não seria possível a celebração de instrumentos formais e, assim, acabam por deixar de lado a necessidade fundamental de proteção desses indivíduos durante o processo de retorno.

Apenas o fato de os acordos conterem disposições genéricas pelas quais as partes se comprometem em respeitar as normas internacionais de direitos humanos e de os países terceiros serem signatários de tratados internacionais de direitos humanos não garante que tais países se constituem em países seguros para a devolução de imigrantes, o que é comprovado pela existência de inúmeras notícias em âmbito internacional que apontam para a situação alarmante de violações de direitos humanos nesses países. E a falta de publicação desses acordos, a não participação do Parlamento e dúvidas quanto à possibilidade de revisão judicial trazem mais incertezas quanto à proteção desses indivíduos durante o processo de retorno e possibilidade de responsabilização por violações causadas.

Portanto, compreende-se que tais instrumentos deixam muitas incertezas, pois não há uma exatidão quanto a sua forma, seu conteúdo, sua publicação, a instituição legítima para o estabelecimento, tampouco quanto à possibilidade de serem invocados judicialmente. Tal situação se mostra ainda mais alarmante considerando que o conceito de refugiado na UE é restrito e não engloba inúmeras razões pelas quais os indivíduos migram na atualidade. Assim, muitas migrantes podem ter seu pedido de asilo negado e, assim, serem submetidos ao retorno, mesmo enfrentando notórias situações de violação de direitos humanos em seu país de origem, por não preencher os requisitos para a concessão de asilo. Dessa forma, compreende-se que esses instrumentos não garantem a aplicação das normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ABBOTT, Kenneth W; SNIDAL, Duncan. Hard and Soft Law in International Governance. **International Organization**, Cambridge, v. 54, n. 3, 2000. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-organization/article/abs/hard-and-soft-law-in-international-governance/EC8091A89687FDF7FC9027D1717538BF>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; CONSELHO DA EUROPA. **Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2020.
- ALLAIN, Jean. The jus cogens Nature of non-refoulement. **International Journal of Refugee Law**, Oxford, v. 13, n. 4, 2001. Disponível em: <https://academic.oup.com/ijrl/article-abstract/13/4/533/1516189?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 12 nov. 2022.
- ANDRADE, Paula García. The Distribution of Powers Between EU Institutions for Conducting External Affairs through Non-Binding Instruments. **European Papers**, Roma, v. 1, n. 1, p. 115-125, 2016. Disponível em: <https://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/distribution-powers-between-eu-institutions-conducting-external-affairs>. Acesso em: 12 jan. 2023.
- BASILIEN-GAINCHE, Marie-Laure. L'emprise de la soft law dans la gestion des migrations en Europe. *In*: BENLOLO-CARABOT, Myriam (org.). **Union européenne et migrations**. Bruxelas: Bruylant, 2020. p. 155-177.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em 26 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 26 jun. 2022.
- CAPPELLINA, Bartolomeo. EfSoLaw: a new data set on the evolution of soft law in the European Union. *In*: ECPR VIRTUAL GENERAL CONFERENCE, 2020, Áustria. **Anais [...]**. Áustria: ECPR, 2020. Disponível em: <https://hal.science/hal-03117788/document>. Acesso em: 12 jan. 2023.

CARDWELL, Paul James. Tackling Europe's Migration 'Crisis' through Law and 'New Governance'. **Global Policy**, Durham, v. 9, n. 1, p. 67-75, fev. 2018. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1758-5899.12537>. Acesso em: 01 fev. 2023.

CARRERA, Sergio. **Implementation of EU Readmission Agreements: Identity Determination Dilemmas and the Blurring of Rights**. 1. ed. Bruxelas: SpringerOpen, 2016.

CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke. The external dimensions of EU migration and asylum policies in times of crisis. *In*: CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke (ed.). **Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. p. 1-20.

CASSARINO, Jean- Pierre. Informalising Readmission Agreements in the EU Neighbourhood. **The International Spectator**, Roma, v. 42, n. 2, p. 179-196, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1731231>. Acesso em: 02 jan. 2023.

CHERUBINI, Francesco. **Asylum law in the European Union: from the Geneva Convention to the law of the EU**. Abingdon: Routledge, 2015.

COLEMAN, Nils. **European Readmission Policy: third country interests and refugee rights**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

COMISSÃO EUROPEIA. **Adoção da legislação da UE**. [S.l.], 2023. Disponível em: https://commission.europa.eu/law/law-making-process/adopting-eu-law_pt. Acesso em: 02 jan. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. **Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Communication on EU Enlargement Policy**. Bruxelas, 2019. Disponível em: <https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/system/files/2019-05/20190529-turkey-report.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão**: relativa ao estabelecimento de um novo Quadro de Parceria com os países terceiros ao abrigo da Agenda Europeia da Migração. Bruxelas, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0385&from=EN>. Acesso em: 21 jan. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. **EU readmission developments – State of play October 2017**. Bruxelas, 2017. Disponível em: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2017/nov/eu-com-letter-to-ep-readmissions.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. **Migration and home affairs: return and readmission**. [S.l.], 2023. Disponível em: https://ec.europa.eu/home-affairs/policies/migration-and-asylum/irregular-migration-and-return/return-and-readmission_en. Acesso em: 21 maio 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Migration partnership framework: a new approach to better manage migration**. Estrasburgo, 2016. Disponível em: https://www.eas.europa.eu/sites/default/files/factsheet_ec_format_migration_partnership_framework_update_2.pdf. Acesso em: 20 jan. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. **Ukraine refugees: Operational guidelines to support Member States in applying the Temporary Protection Directive.** Bruxelas, 2022. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_1727. Acesso em: 16 abr. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA; CONSELHO EUROPEU; PARLAMENTO EUROPEU. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta da UE).** [S.l.], 2000. Disponível em https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em 17 abr. 2022.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos.** Roma, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Admission procedures for the return of Ethiopians from European Union Member States.** Bruxelas, 2017a. Disponível em: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2018/jan/eu-council-regugees-return-ethiopians-15762-17.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Draft Standard Operating Procedures between the EU and the Republic of Mali for the identification and return of persons without an authorisation to stay.** Bruxelas, 2016. Disponível em: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2016/dec/eu-council-standard-operating-procedures-mali-return-15050-16.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **EU - Bangladesh Standard Operating Procedures for the Identification and Return of Persons without an Authorisation to Stay.** [S.l.], 2017b. Disponível em: https://arts.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0009/3409830/Bangladesh-1.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

CONSELHO EUROPEU. **Declaração UE-Turquia.** [S.l.], 2016. Disponível em <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

CONSELHO EUROPEU PARA OS REFUGIADOS E EXILADOS. **Joint statement: One year after the country's takeover by the Taliban – How did Europe welcome Afghans in need of protection?** [S.l.], 2022. Disponível em: <https://ecre.org/joint-statement-one-year-after-the-countrys-takeover-by-the-taliban-how-did-europe-welcome-afghans-in-need-of-protection/>. Acesso em: 24 fev. 2023.

DIMITRIADI, Angeliki. The EU's response to forced migration from Afghanistan: A joint way forward for returns? *In*: CECCORULLI, Michela; FASSI, Enrico (ed.). **The EU's External Governance of Migration: Perspectives of Justice.** Nova Iorque: Routledge, 2022. p. 75-95.

EISELE, Katharina. The EU's readmission policy: of agreements and arrangements. *In*: CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke (ed.). **Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis.** Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. p. 135-154.

EISELE, Katharina; WIESBROCK, Anja. **Reaching out – the external dimension of the EU’s migration policy: a comparative study on India and Australia**. Fiesole: CARIM-India, 2013. Disponível em: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/29474>. Acesso em: 28 maio 2022.

EL-ENANY, Nadine. EU asylum and immigration law under the area of freedom, security, and justice. *In*: ARNULL, Anthony; CHALMERS, Damian (ed.). **The Oxford Handbook of European Union Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 867-891.

ELIANTONIO, Mariolina. Judicial Review of Soft Law before the European and the National Courts: A Wind of Change Blowing from the Member States? *In*: ELIANTONIO, Mariolina; KORKEA-AHO, Emilia; STEFAN, Oana (ed.). **EU Soft Law in the Member States: Theoretical Findings and Empirical Evidence**. Oxford: Hart Publishing, 2021. p. 283-302.

ELIANTONIO, Mariolina; STEFAN, Oana. The Elusive Legitimacy of EU Soft Law: An Analysis of Consultation and Participation in the Process of Adopting COVID-19 Soft Law in the EU. **European Journal of Risk Regulation**, Cambridge, v. 12, n. 1, p. 159-175, 2021. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/34191960/>. Acesso em: 05 jan. 2023.

ELIANTONIO, Mariolina; STEFAN, Oana. Soft law before the European courts: discovering a ‘common pattern’? **Yearbook of European Law**, Oxford, v. 37, n. 7, p. 457-469, 2018. Disponível em: <https://academic.oup.com/yel/article-abstract/doi/10.1093/yel/yey017/5259668>. Acesso em: 08 jan. 2023.

EUR-LEX. **Readmission agreements between the EU and certain non-EU countries**. [S.l.], 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:114163>. Acesso em 27 maio. 2022.

EUR-LEX. **Tratado da União Europeia**. [S.l.], 2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>. Acesso em: 27 maio 2022.

EUR-LEX. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. [S.l.], 2012. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 27 maio 2022.

EUROMED RIGHTS. **Return Mania: Mapping policies and practices in the EuroMed Region**. Bruxelas, 2021. Disponível em: https://euromedrights.org/wp-content/uploads/2021/04/EN_INTRO-migration-research.pdf. Acesso em: 25 jan. 2023.

EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE. **Joint Declaration on Migration Cooperation between Afghanistan and the EU**. [S.l.], 2016. Disponível em: https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE. **Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU**. [S.l.], 2021. Disponível em: https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf. Acesso em: 15 mar. 2022.

EUROPEAN MIGRATION NETWORK. **Asylum and Migration Glossary 6.0**. Bruxelas: Directorate General for Home Affairs, 2018.

EUROSTAT. **Annual asylum statistics**. [S.l.], 2022a. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics&oldid=558181#Number_of_asylum_applicants:_increase_in_2021. Acesso em: 11 abr. 2022.

EUROSTAT. **Asylum applications - monthly statistics**. [S.l.], 2023. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_applications_-_monthly_statistics. Acesso em: 03 mar. 2023.

EUROSTAT. **Asylum quarterly report**. [S.l.], 2022b. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_quarterly_report#Main_trends_in_the_number_of_asylum_applicants. Acesso em: 11 abr. 2022.

EUROSTAT. **Migration and migrant population statistics**. [S.l.], 2022c. Disponível em https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics#Migrant_population:_23.7_million%E2%80%A6. Acesso em: 14 abr. 2022.

FRANÇA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso n° 14038/88**. Soering versus Reino Unido. Estrasburgo, 07 de julho de 1989.

FRANÇA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso n° 30696/09**. M.S.S. versus Bélgica e Itália. Estrasburgo, 21 de janeiro de 2011.

FRANÇA. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso n° 27765/09**. Hirsi Jamaa e Outros versus Itália. Estrasburgo, 23 de fevereiro de 2012.

FRASCA, Eleonora. More or less (soft) law? The case of third country migration cooperation and the long-term effects of EU preference for soft law instruments. **Queen Mary Law Journal**, Londres, v. 1, p. 1-32, 2021. Disponível em: <https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/72463>. Acesso em: 21 jan. 2023.

FRONTEX. **Situation at EU's external borders in January**: Lower pressure on Eastern border. [S.l.], 2022. Disponível em: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/situation-at-eu-s-external-borders-in-january-lower-pressure-on-eastern-border-gAuRpK>. Acesso em: 24 mar. 2022.

GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas; TAN, Nikolas F. The End of the Deterrence Paradigm? Future Directions for Global Refugee Policy. **Journal on Migration and Human Security**, Nova Iorque, v. 5, n. 1, p. 28-56, 2017. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/233150241700500103>. Acesso em: 18 nov. 2022.

GEDDES, Andrew. Differential institutionalisation and its effects. *In*: TRAUNER, Florian; SERVENT, Ariadna Ripoll (ed.). **Policy Change in the Area of Freedom, Security and Justice**: How EU institutions matter. Abingdon: Routledge, 2015. p. 75-91.

GIUFFRÉ, Mariagiulia. The European Union Readmission Policy after Lisbon. **Interdisciplinary Political Studies Journal**, v. 1, p. 7-19, fev. 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2408470. Acesso em: 26 jun. 2022.

GIUFFRÉ, Mariagiulia. Obligation to Readmit? The Relationship between Interstate and EU Readmission Agreements. *In*: IPPOLITO, F.; TREVISANUT, S. (ed.). **Migration in Mare Nostrum: Mechanisms of International Cooperation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 263-287.

GUZMAN, Andrew T.; MEYER, Timothy L. International Soft Law. **Journal of Legal Analysis**, Oxford, v. 2, n. 2, p. 171-225, 2010. Disponível em: <https://academic.oup.com/jla/article/2/1/171/846831>. Acesso em: 27 dez. 2022.

HATHAWAY, James C.; GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas. Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence. **Columbia Journal Of Transnational Law**, Nova Iorque, v. 53, n. 1, p. 235-284, 2015. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/articles/1485/>. Acesso em: 18 nov. 2022.

INTERNATIONAL CENTRE FOR MIGRATION POLICY DEVELOPMENT. **Migration Outlook 2022**: Twelve migration issues to look out for in 2022, Origins, key events and priorities for Europe. [S.l.], 2022. Disponível em: <https://www.icmpd.org/file/download/56783/file/ICMPD%2520Migration%2520Outlook%25202022.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **Glossary on Migration**. 34. ed. Genebra: International Organization for Migration, 2019. Disponível em: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf. Acesso em: 15 abr. 2022.

IONESCU, Dana Petropoulou; ELIANTONIO, Mariolina. Democratic Legitimacy and Soft Law in the EU Legal Order: A Theoretical Perspective. **Journal of Contemporary European Research**, Londres, v. 17, n. 1, p. 43-65, 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3747160. Acesso em: 05 jan. 2023.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

KINGSLEY, Patrick. Ukraine War Sets Off Europe's Fastest Migration in Decades. **The New York Times**. 01/03/2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2022/03/01/world/europe/ukraine-war-migration.html>. Acesso em: 16 abr. 2022.

KÖCHE, Rafael. Migrações e (de)igualdade no século XXI: entre políticas de redistribuição e de reconhecimento. *In*: MORAIS, José L. Bolzan; SANTORO, Emilio; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (org.). **Direito dos migrantes**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015. p. 25-41.

LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso nº 22-70**. Comissão das Comunidades Europeias versus Conselho das Comunidades Europeias. Luxemburgo, 31 de março de 1971.

LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso n° 60/81**. International Business Machines Corporation versus Comissão das Comunidades Europeias. Luxemburgo, 11 de novembro de 1981.

LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso n° 294/83**. Partido Ecologista “Os verdes” versus Parlamento Europeu. Luxemburgo, 23 de abril de 1986.

LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso n° C-322/88**. Salvatore Grimaldi versus Fonds Des Maladies Professionnelles. Luxemburgo, 13 de dezembro de 1989.

LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso n° C-233/02**. República Francesa versus Comissão das Comunidades Europeias. Luxemburgo, 23 de março de 2004.

LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Casos apensos n° C-463/10 e C-475/10**. Deutsche Post AG, República Democrática da Alemanha versus Comissão Europeia. Luxemburgo, 13 de outubro de 2011.

LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso n° C-263/14**. Parlamento Europeu versus Conselho da União Europeia. Luxemburgo, 14 de junho de 2016.

LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso n° T-192/16**. NF versus Conselho Europeu. Luxemburgo, 28 de fevereiro de 2017.

LUTZ, Fabian. Return Directive 2008/115/EC. *In*: HAILBRONNER, Kay; THYM, Daniel (org.). **EU Immigration and Asylum Law: A Commentary**. 2. ed. Munique: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2016. p. 658-708.

MACGREGOR, Marion. EU to take more than 38,000 people from Afghanistan. **INFOMIGRANTS**. 10/12/2021. Disponível em: <https://www.infomigrants.net/en/post/37132/eu-to-take-more-than-38000-people-from-afghanistan#:~:text=Germany%20alone%20has%20agreed%20to,protection%20to%20almost%2040%2C000%20Afghans>. Acesso em: 24 mar. 2022.

MAJCHER, Izabella. Evaluation of the implementation of the Return Directive (part II). *In*: EISELE, Katharina (ed.). **The Return Directive 2008/115/EC: European Implementation Assessment**. Bruxelas: European Parliamentary Research Service, 2020. p. 27-134.

MOLINARI, Caterina. EU Institutions in Denial: Non-Agreements, Non-Signatories, and (Non-)Effective Judicial Protection in the EU Return Policy. **Maastricht Faculty of Law Working Paper**, Maastricht, v. 2, n.1, p. 1-24, 2019a. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3449198#. Acesso em: 01 abr. 2022.

MOLINARI, Caterina. The EU and its Perilous Journey Through the Migration Crisis: Informalisation of the EU Return Policy and Rule of Law Concerns. **European Law Review**, v. 44, n. 6, p. 824-840, 2019b. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3171983. Acesso em: 25 fev. 2023.

MORENO-LAX, Violeta; GIUFFRÉ, Mariagiulia. The Raise of Consensual Containment: From ‘Contactless Control’ to ‘Contactless Responsibility’ for Forced Migration Flows. *In*:

JUSS, Satvinder Singh (ed.). **Research Handbook on International Refugee Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. p. 82-108.

MOURA, Aline Beltrame de; CALAZANS, Érika Louise Bastos. A gestão interna dos fluxos migratórios na União Europeia e a cooperação com países terceiros. *In*: TOMAZINI, R.C; QUEIROZ, F.A. de; BARROS-PLATIAU, A.F. **Relações Internacionais da União Europeia**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 119-138.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes**. Nova Iorque, 1984. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>. Acesso em: 06 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. Viena, 1969. Disponível em: <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2016/07/portugal-declaracao-sobre-a-cv-69.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção relativa ao estatuto dos refugiados**. Genebra, 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 16 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Cartagena**. Cartagena, 1984. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em 06 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Protocolo sobre o estatuto dos refugiados**. Genebra, 1967. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967. Acesso em: 16 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DE UNIDADE AFRICANA. **Convenção sobre os aspectos específicos dos problemas dos refugiados em África**. Adis-Abeba, 1969. Disponível em: https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/convencao_oua.pdf. Acesso em: 06 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 06 nov. 2022.

OTT, Andrea. Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges. **Yearbook of European Law**, Oxford, v. 39, n. 1, p. 569-601, 2020. Disponível em: <https://academic.oup.com/yel/issue/volume/39>. Acesso em: 31 mar. 2022.

PANIZZON, Marion. Readmission Agreements of EU Member States: A Case for EU Subsidiarity or Dualism? **Refugee Survey Quarterly**, Oxford, v. 31, n. 4, p. 101-133, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2141875. Acesso em: 03 maio 2022.

PARLAMENTO EUROPEU. **EU Readmission Agreements**: Facilitating the return of irregular migrants. [S.l.], 2015. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2015\)554212](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2015)554212). Acesso em 27 maio 2022.

PARLAMENTO EUROPEU. **Política de Asilo**. Estrasburgo, 2022. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/151/asylum-policy>. Acesso em: 26 jun. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução de 4 de setembro de 2007**. Estrasburgo, 2007. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2007-0366_EN.html. Acesso em: 27 dez. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução de 14 de setembro de 2011**. Estrasburgo, 2011. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2011-0377_PT.html. Acesso em: 27 dez. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva nº 2008/115/CE**. Estrasburgo, 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0115>. Acesso em: 27 dez. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva nº 2011/95/UE**. Estrasburgo, 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32011L0095#>. Acesso em: 17 abr. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva nº 2013/32/UE**. Estrasburgo, 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2013/32/oj>. Acesso em: 17 abr. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva nº 2013/33/EU**. Estrasburgo, 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32013L0033>. Acesso em: 18 abr. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (CE) nº 1049/2001**. Estrasburgo, 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R1049&from=en>. Acesso em: 12 fev. 2023.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) nº 603/2013**. Estrasburgo, 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32013R0603>. Acesso em: 18 abr. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) nº 604/2013**. Estrasburgo, 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32013R0604>. Acesso em: 18 abr. 2022.

PASCALE, Alessia Di. As políticas de imigração e asilo da União Europeia: balanço e perspectivas. *In*: MOURA, Aline Beltrame de; DAL RI, Luciene (org.). **Imigração e Cidadania**: Uma releitura de institutos jurídicos clássicos a partir do modelo europeu. Florianópolis: UFSC, 2018. p. 13-33.

PEERS, Steve. EU Immigration and Asylum Law. *In*: PATTERSON, Dennis; SÖDERSTEN, Anna (eds.). **A Companion to European Union Law and International Law**. Chichester: John Wiley & Sons, 2016. p. 519-533.

PIÇARRA, Nuno. A União Europeia e “a crise migratória e de refugiados sem precedentes”: crónica breve de uma ruptura do sistema europeu comum de asilo. **Revista Eletrónica de Direito Público**, Lisboa, v. 3, n. 2, p. 1-40, nov. 2016. Disponível em: <https://e-publica.pt/article/34457-a-uniao-europeia-e-a-crise-migratoria-e-de-refugiados-sem-precedentes-chronica-breve-de-uma-ruptura-do-sistema-europeu-comum-de-asilo/attachment/87480.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

POLICY DEPARTMENT CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS. **EU cooperation with third countries in the field of migration**. Bruxelas: Policy Department, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. *In*: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.). **60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro**. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011. p. 15-44.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROMAN, Emanuela. **The Burden of Being “Safe”**: How do Informal EU Migration Agreements Affect International Responsibility Sharing? [S.l.]: Verfassungsblog, 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/the-burden-of-being-safe/>. Acesso em: 22 fev. 2023.

SARTORETTO, Laura Madrid. **Direito dos refugiados: do eurocentrismo às abordagens de terceiro mundo**. Porto Alegre: Arquipélago, 2018.

SENDEN, Linda. **Soft Law in European Community Law**. Oxford: Hart Publishing, 2004.

SENDEN, Linda. Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control. **European Law Journal**, Oxford, v. 19, n. 1, p. 57-75, jan. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/eulj.12013>. Acesso em: 30 mar. 2022.

SHELTON, Dinah L. **Soft Law**. Washington: Routledge Press, 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003387#. Acesso em: 30 mar. 2022.

SLAGTER, Jonathan. An “Informal” Turn in the European Union’s Migrant Returns Policy towards Sub-Saharan Africa. **MPI**. 10/01/2019. Disponível em: <https://www.migrationpolicy.org/article/eu-migrant-returns-policy-towards-sub-saharan-africa>. Acesso em: 07 abr. 2022.

SLOMINSKI, Peter; TRAUNER, Florian. Reforming me softly – how soft law has changed EU return policy since the migration crisis. **West European Politics**, Londres, v. 44, n. 1, p. 93-113, 2021. Disponível em:

<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1745500#:~:text=This%20article%20argues%20that%20the,focus%20on%20'efficiency'>. Acesso em: 01 abr. 2022.

SNYDER, Francis. The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques. **The Modern Law Review Limited**, Oxford, v. 56, n. 1, p. 19-54, jan. 1993. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02852.x>. Acesso em: 30 mar. 2022.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida. Jus cogens: An european concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 1, p. 124-138, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4843/pdf>. Acesso em: 30 mar. 2022.

STEFAN, Oana *et al.* **EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review**. Londres: Solar, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346629. Acesso em: 30 mar. 2022.

STEFAN, Oana. Soft Law and the Promise of Transparency in the Member States. *In*: ELIANTONIO, Mariolina; KORKEA-AHO, Emilia; STEFAN, Oana. **EU Soft Law in the Member States: Theoretical Findings and Empirical Evidence**. Oxford: Hart Publishing, 2021. p. 323-342.

STRIK, Tineke. Migration deals and responsibility sharing: can the two go together? *In*: CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke (ed.). **Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. p. 57-74.

TERPAN, Fabien. Soft Law in the European Union - The Changing Nature of EU Law. **European Law Journal**, v. 21, n. 1, p. 68-96, 2015. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/eulj.12090>. Acesso em: 22 dez. 2022.

THYM, Daniel. The End of Human Rights Dynamism? Judgments of the ECtHR on 'Hot Returns' and Humanitarian Visas as a Focal Point of Contemporary European Asylum Law and Policy. **International Journal of Refugee Law**, Oxford, v. 32, n. 4, p. 569-596, 2020. Disponível em: <https://academic.oup.com/ijrl/article-abstract/32/4/569/6219656>. Acesso em: 18 nov. 2022.

TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. **EU readmission cooperation with third countries: relevant actions yielded limited results**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2021.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos Direitos Humanos. *In*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado *et al.* (org.). **Refúgio, Migrações e Cidadania**. 3. ed. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2008. p. 53-93.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. **Revista IIDH**, San José, v. 40, p. 389-347, 2004. Disponível em: <https://repositorio.iidh.ed.cr/items/62d4b663-bd61-4e50-a8e8-43d7401a500d>. Acesso em: 06 nov. 2022.

TRUBEK, D. M.; COTTRELL, M. P.; NANCE, M. Soft Law, Hard Law, and European Integration: Toward a Theory of Hybridity. **University of Wisconsin Law School Legal Studies Research Paper Series**, Madison, n. 1002, p. 1-42, nov. 2005. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=855447.#. Acesso em: 30 mar. 2022.

UNHCR. **Conclusões do Comité Executivo - N. 6 (XXVIII)**: princípio de non-refoulement. Genebra, 1977. Disponível em: <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/refworld/unhcr/excom/xconc/excom6.html>. Acesso em: 12 nov. 2022.

UNHCR. **Conclusões do Comité Executivo - N. 55 (XL)**: conclusão geral sobre proteção internacional. Genebra, [s.d.]. Disponível em: <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/refworld/refworld/unhcr/excom/xconc/menu.htm>. Acesso em: 12 nov. 2022.

UNHCR. **Conclusões do Comité Executivo - N. 79 (XLVII)**: conclusão geral sobre proteção internacional. Genebra, 1996. Disponível em: <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/refworld/unhcr/excom/xconc/excom79.html>. Acesso em: 12 nov. 2022.

UNHCR. **Ethiopia Humanitarian Crisis**. Genebra, 2022. Disponível em: <https://www.unrefugees.org/emergencies/ethiopia/>. Acesso em: 23 fev. 2023.

UNHCR. **Global Trends: Forced displacement in 2020**. Genebra, 2021. Disponível em: <https://www.unhcr.org/60b638e37/unhcr-global-trends-2020>. Acesso em: 13 abr. 2022.

UNHCR. **Global Trends: Forced displacement in 2021**. Genebra, 2022. Disponível em: <https://www.unhcr.org/globaltrends.html>. Acesso em: 03 mar. 2023.

UNHCR. **Over one million sea arrivals reach Europe in 2015**. Genebra, 2015. Disponível em: <https://www.unhcr.org/news/latest/2015/12/5683d0b56/million-sea-arrivals-reach-europe-2015.html>. Acesso em: 18 abr. 2022.

UNHCR. **Report of the United Nations High Commissioner for Refugees A/40/12**. Genebra, 1985. Disponível em: <https://www.unhcr.org/excom/unhcrannual/3ae68c340/report-united-nations-high-commissioner-refugees.html>. Acesso em: 12 nov. 2022.

UNHCR. **Ukraine Refugee Situation**. Genebra, 2022. Disponível em: <https://data2.unhcr.org/en/situations/ukraine>. Acesso em: 16 abr. 2022.

VARA, Juan Santos. Soft international agreements on migration cooperation with third countries: a challenge to democratic and judicial controls in the EU. *In*: CARRERA, Sergio; VARA, Juan Santos; STRIK, Tineke (ed.). **Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. p. 21-38.

WARIN, Catherine; ZHEKOVA, Zheni. The Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU: EU external policy and the recourse to non-binding law. **Cambridge**

International Law Journal, Cambridge, v. 6, n. 2, p. 135-155, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10993/34382>. Acesso em: 09 nov. 2022.

WERMUTH, Maiquel Ângelo D.; GODOY, Guilherme Augusto S. O controle penal dos fluxos migratórios e a mixofobia na União Europeia. **Cadernos de Direito Actual**, Santiago de Compostela, n. 3, p. 29-51, 2015. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/29/29>. Acesso em: 09 nov. 2022.

WESSEL, Ramses A. Normative transformations in EU external relations: the phenomenon of ‘soft’ international agreements. **West European Politics**, v. 44, n. 1, p. 72-92, 2021. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2020.1738094>. Acesso em: 15 jan. 2023.

WESSEL, Ramses A. ‘Soft’ International Agreements in EU External Relations: Pragmatism over Principles? *In*: ECPR SGEU CONFERENCE, 2018, Paris. **Anais eletrônicos [...]** Paris: ECPR, 2018. Disponível em: <https://www.utwente.nl/en/bms/pa/research/wessel/wesselconf17.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2023.

XANTHOULIS, Napoleon. Legal Effects and Reviewability of EU Acts: Between Institutional Intentions and Perceptions of Concerned Parties. *In*: ELIANTONIO, Mariolina; KORKEA-AHO, Emilia; STEFAN, Oana (ed.). **EU Soft Law in the Member States: Theoretical Findings and Empirical Evidence**. Oxford: Hart Publishing, 2021. p. 303-322.

YURTTAGÜL, Hava. **The power of EU soft law: EU’s global leadership in promoting multilateralism through soft law**. Bruxelas: Institute of European Democrats, 2020.

ZALAN, Eszter. EU pushes Greece to set up new asylum committees. **EUOBSERVER**. 15/06/2016. Disponível em: <https://euobserver.com/migration/133841>. Acesso em: 28 fev. 2023.