

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO**

Camila Bibiana Freitas Baraldi

**CIDADANIA EUROPÉIA E EXCLUSÃO: O PARADIGMA DA
NACIONALIDADE NA INTEGRAÇÃO REGIONAL**

Florianópolis

2010

CAMILA BIBIANA FREITAS BARALDI

**CIDADANIA EUROPÉIA E EXCLUSÃO: O PARADIGMA DA
NACIONALIDADE NA INTEGRAÇÃO REGIONAL**

Dissertação submetida ao Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Ricardo Soares Stersi dos Santos

Florianópolis

2010

CAMILA BIBIANA FREITAS BARALDI

**CIDADANIA EUROPÉIA E EXCLUSÃO: O PARADIGMA DA
NACIONALIDADE NA INTEGRAÇÃO REGIONAL**

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Relações Internacionais.

Banca examinadora:

Presidente: Professor Doutor Ricardo Soares Stersi dos Santos (UFSC)

Membro: Professora Doutora Deisy de Freitas Lima Ventura (USP)

Membro: Professora Doutora Jânia Maria Lopes Saldanha (UFSC)

Coordenador: Professor Doutor Antonio Carlos Wolkmer (UFSC)

Florianópolis, abril de 2010.

Dedico este trabalho aos meus pais,
Delcio e Francisca.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) por proporcionar um ambiente acadêmico fértil ao desenvolvimento desta pesquisa, aos docentes da instituição e aos colegas de todas as áreas. O diálogo entre os pesquisadores das três áreas do Curso de pós-graduação em Direito da UFSC (CPGD) é certamente um de seus mais fortes diferenciais de qualidade.

À CAPES (Coordenação de aperfeiçoamento de pessoal do ensino superior) agradeço o financiamento desta pesquisa e sublinho a importância do apoio desta instituição para o desenvolvimento da pesquisa acadêmica no Brasil.

Ao professor Ricardo Stersi, meu orientador, agradeço o acolhimento que representou a sua orientação neste trabalho. A sua cobrança no desenvolvimento deste tarefa soube ser útil e respeitosa sem gerar angústias.

Aos amigos que o dois anos de mestrado me trouxeram, digo que eles foram minha alegria e minha força em um período de crescimento sofrido. Amizades que se consolidam nestes contextos costumam ter vida longa, tomara. Uma referência especial às queridas Letícia, Maria Helena e Bruna.

Agradeço à minha família, meus pais e irmãos, que me ensinam a cada dia como apoio e carinho podem ser gestos incondicionais. São meu referenciais sempre presentes, sem pesarem.

Finalmente a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho, direta ou indiretamente, e que são inúmeros, também registro o meu sincero muito obrigada.

Quizá mi única noción de patria
sea esta urgencia de decir Nosotros
quizá mi única noción de patria
sea este regreso al propio desconcierto

Noción de patria, de Mario Benedetti

RESUMO

O processo de transformação experimentado atualmente pelo Estado nacional impacta de forma significativa os contornos do conceito de cidadania. A isto se soma a crescente mobilidade dos seres humanos, que introduz as migrações em massa na dinâmica global da Comunidade Internacional. O conceito de cidadania liga-se à posse de direitos políticos e, na era moderna, tem como critério de atribuição a nacionalidade, paradigma que atualmente gera a exclusão de grandes contingentes de pessoas deslocadas de seus territórios nacionais, às quais não se reconhece a titularidade de diversos direitos de cidadania, dos civis aos políticos, passando pelos sociais e econômicos. Neste contexto, a reconfiguração do paradigma da cidadania nacional busca promover também uma adaptação da democracia para permitir a participação política a todos os membros de uma determinada Comunidade política nas decisões que os concernem. Desta forma, seriam criadas as condições para a promoção do reconhecimento das diferenças dos grupos que compõem as Sociedades multiculturais contemporâneas, o que se faz prioritariamente com políticas de integração. Este trabalho verifica **se e de que forma** a UE, em geral, e a cidadania criada neste bloco, em específico, constituem respostas a estas questões. A análise considera a face excludente que a Europa revela através de sua recente política migratória, que coloca sob suspeita todas as conquistas que a UE colecionou no campo dos direitos humanos ao longo de sua construção. Demonstra assim que a expansão ao âmbito não-estatal da garantia da efetividade dos direitos humanos e do reconhecimento de direitos de cidadania realizadas por essa nova Comunidade jurídico-política regional é insuficiente e não a torna um vetor da transformação do paradigma da cidadania ligada à nacionalidade para incluir como titulares de direitos de cidadania também as pessoas deslocadas de suas Comunidades nacionais.

Palavras-chave: Cidadania, imigração, União Européia, cidadania européia, direitos humanos

ABSTRACT

The transformation process experienced nowadays by the national State has a significant impact on the concept of citizenship. In addition to that, the growing mobility of human beings introduces mass migrations into the global dynamics of the international community. The concept of citizenship is related to the possession of political rights and in the modern era its criterion of attribution is nationality, a paradigm that nowadays generates the exclusion of a great number of people who are dislocated from their national territories and whose ownership of citizenship rights are not recognized. In this context, the reconfiguration of the paradigm of national citizenship also seeks to promote an adaptation of democracy in order to allow all members of a specific political community to have political participation in the decisions that may affect them. Thus, conditions would be created to promote the recognition of the differences between the groups that compose the contemporary multicultural societies, which is primarily achieved through integration policies. This work verifies *whether* and *in what way* the EU, in general, and the citizenship created within the block, specifically, constitute answers to these questions. This analysis considers the side of Europe that excludes, revealed by the recent European migration policy that puts under suspicion all the achievements that the EU has collected in the field of human rights throughout its construction. Therefore, this work demonstrates that the expansion beyond the State's level of the guarantee of the effectiveness of human rights and of the recognition of the citizenship rights achieved by this new judicial-political community is insufficient and does not turn this community into a vector of transformation of the nationality-related citizenship paradigm to include the people dislocated from their national communities also as holders of citizenship rights.

Key words: Citizenship, immigration, European Union, European citizenship, human rights.

LISTA DE SIGLAS

ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados
CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CED – Comunidade Europeia de Defesa
CEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos
CESDH – Convenção europeia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais
CEPAL – Comissão Económica para a América Latina e o Caribe
JAI – Cooperação nos domínios da Justiça e dos Assuntos Internos
OEA – Organização dos Estados Americanos
OMC – Organização Mundial do Comércio
ONU – Organização das Nações Unidas
OSC – Órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio
PE – Parlamento Europeu
PESC – Política Externa e de Segurança Comum
PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
TCE – Tratado que institui a Comunidade Europeia
TCEE – Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia
TFUE – Tratado sobre o funcionamento da União Europeia
TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TUE – Tratado da União Europeia
UNASUL – União das Nações Sul-Americanas
UE – União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 OS DIREITOS HUMANOS NA ENCRUZILHADA ENTRE A GLOBALIZAÇÃO E A INTEGRAÇÃO REGIONAL.....	16
1.1 Os desafios da imigração na era da globalização	16
1.2 Os direitos humanos em um mercado sem fronteiras.....	29
2 A CIDADANIA EUROPÉIA: LOCAL DE TENSÕES ENTRE O PASSADO E O FUTURO	45
2.1 O caráter estratégico do conceito de cidadania	45
2.2 Os direitos dos cidadãos europeus: paliativos ou efetivos?	52
3 A POLÍTICA MIGRATÓRIA NA EUROPA E A CRIMINALIZAÇÃO DA MIGRAÇÃO NÃO-AUTORIZADA	67
3.1 O princípio da política migratória europeia e suas promessas	67
3.2 A Diretiva de Retorno e a revelação da Europa-fortaleza	80
CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS.....	110

INTRODUÇÃO

Objeto de incontáveis estudos, o processo de transformação em que se encontra o Estado nacional, expressão política da Modernidade, tem na cidadania um dos campos centrais de análise dos efeitos da evolução histórica da soberania e da democracia, e do regime global de direitos humanos. O tema torna-se ainda mais candente à medida que cresce a mobilidade dos seres humanos. Hoje, as migrações em massa não são um fenômeno isolado, pois fazem parte da dinâmica global da Sociedade mundial. Além disso, a velocidade, a ininterrupção, a facilidade de comunicação e transporte que caracterizam os fluxos migratórios presentes, geram diversas novas dificuldades.

Há que se encontrar formas inovadoras de tratamento social, político e jurídico a pessoas que pertencem, em vários níveis, a mais de uma Sociedade¹, e a Sociedades que possuem identidades coletivas diversas, multiculturais. Com efeito, algumas práticas inovadoras adotadas na era de migrações em larga escala, levam os cientistas políticos a pensar que os Estados estão separando o instituto da cidadania de sua base territorial e do corpo de direitos que ela tradicionalmente reuniu².

Tradicionalmente, na Modernidade, o conceito de cidadania é ligado substancialmente à posse de direitos políticos e tem como critério de atribuição a nacionalidade³. A necessidade de desvinculação deste critério atende aos numerosos indivíduos deslocados, que hoje não podem exercer direitos políticos nem nos países onde residem, nem em seus países de origem. Porém, responde também ao fortalecimento da democracia, que deve dar voz política a todos os membros de uma determinada Sociedade⁴, além de promover o reconhecimento das diferenças dos grupos que compõe uma Sociedade multicultural, o que se faz prioritariamente com políticas de integração.

¹ CASTLES, Stephen; DAVIDSON, Alastair. *Citizenship and Migration: Globalization and the Politics of Belonging*. New York: Routledge, 2000.

² EARNEST, David. Neither citizen nor stranger: why states enfranchise resident aliens. In: *World Politics*. Princeton: Cambridge University Press, v. 58, n. 2, jan. 2006. p. 243.

³ ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 22 e segs.

⁴ HELD, David. Democratic Accountability and Political Effectiveness from a Cosmopolitan Perspective. *Government and Opposition – An International Journal of Comparative Politics*, vol. 39, n. 2, Spring 2004, p. 364-391.

A democracia enfrenta, ainda, outro desafio, decorrente da constatação de que o Estado-nação não é mais o lugar central da democracia⁵. A globalização promove a transferência dos lugares de tomada de diversas decisões para a esfera internacional, que não é democrática⁶, e a erosão da autonomia política dos Estados diminui a eficácia da democracia estatal⁷. Nessa transferência, pode-se comprometer a proteção dos direitos humanos ou fundamentais, uma vez que a ordem internacional de forma geral⁸ e a maior parte das ordens regionais ocupam-se apenas subsidiariamente da matéria.

Como construir, então, uma forma de cidadania que concilie as pressões da globalização com a realidade dos Estados, que continuarão no futuro próximo como a unidade política mais importante⁹? Em primeiro lugar, internamente, forjando um pertencimento aberto e flexível, baseado na “residência” em oposição ao pertencimento excludente que se baseia na nacionalidade. Em segundo lugar, externamente, urge a invenção de “formas de participação política democrática que transcendam as fronteiras dos Estados”, em virtude de, como já se viu, “muitas decisões vitais serem atualmente tomadas em contextos regionais, supranacionais e transnacionais¹⁰”. As respostas a estas mudanças ainda são escassas e fragmentárias.

⁵ CASTLES, Stephen; DAVIDSON, Alastair. *Citizenship and Migration*. p. viii.

⁶ Para aprofundar esta discussão: KEHOANE, Robert; MACEDO, Stephen; MORAVCSIK, Andrew. Democracy-Enhancing Multilateralism. *International Organization*. Vol. 63, n. 1, Winter 2009, p. 1-31. MORAVCSIK, Andrew. Is there a ‘Democratic Deficit’ in World Politics? A framework for analysis. *Government and Opposition – an International Journal of Comparative Politics*. Vol. 39, n. 2, 2004. p. 336-364. DAHL, Robert. Can International Organizations be Democratic? A Skeptic’s View. In: SHAPIRO, Ian; HACKER-CORDON, Casiano (eds.). *Democracy’s Edges*. Cambridge University Press, 1999.

⁷ ARCHIBUGI, Danielle. Cosmopolitan Democracy and its critics. *European Journal of International Relations*. Vol. 10, n. 3, Sept. 2004, p. 437-473.

⁸ O que existem são ordens internacionais específicas que se ocupam de direitos humanos como o Conselho da Europa, com a Convenção europeia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais de 1950 (CESDH); a Organização dos Estados Americanos com a Convenção americana de direitos humanos de 1969 ou também chamada de Pacto de San José da Costa Rica (OEA); a União Africana (antiga Organização da Unidade Africana) e com a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981. Estas organizações compõem os sistemas de proteção regionais, mas há também o sistema da Organização das Nações Unidas (ONU) de abrangência universal.

⁹ “The solution must lie in a mode of citizenship that reconciles the pressures of the globalization with the reality that states will continue, for the foreseeable future, to exist as the most important political unit”. CASTLES, Stephen; DAVIDSON, Alastair. *Citizenship and Migration: Globalization and the Politics of Belonging*. New York: Routledge, 2000. p. viii.

¹⁰ “ (...) forms of democratic political participation that transcend state boundaries (...)” “ (...) many vital decisions are now made in regional, supra-national and transnational contexts”. CASTLES, Stephen; DAVIDSON, Alastair. *Citizenship and Migration: Globalization and the Politics of Belonging*. New York: Routledge, 2000. p. viii.

Os blocos regionais surgem como uma nova forma política, na segunda metade do século XX; logo, no contexto de consolidação da globalização. Nos últimos sessenta anos, espocam projetos em todos os continentes: nas Américas, a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) de 1960 e sua sucessora, a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) de 1980, a Comunidade Andina de Nações (CAN) de 1969, a Comunidade Caribenha (CARICOM) de 1973, o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) de 1991, entre outros; na Ásia, a Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) de 1967, por exemplo; na África a Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC) de 1992 que sucedeu a Conferência para o Desenvolvimento da África Austral (SADCC) de 1980 e na Europa, a União Européia (UE) que sucede as Comunidades Européias surgidas na década de cinqüenta.

Ressalvadas as singularidades destes processos, a integração regional foi concebida, de modo geral, como uma forma de lidar com a globalização. Em resposta à internacionalização da economia e do direito – incremento e mutação da regulação normativa que extrapola as fronteiras nacionais – muitos Estados entenderam que a associação os fortaleceria economicamente e politicamente, permitindo que tivessem maior capacidade de ação e interlocução na Comunidade Internacional. Atendiam, assim, à necessidade de reposicionamento dos na Comunidade Internacional, com significativas implicações para os indivíduos.

Dentre as diversas experiências concretas, a União Européia (UE), uma das mais antigas e certamente a de maior abrangência, em número de membros e áreas de atuação, e também a mais rica em termos normativos. Este trabalho pretende analisar **se e de que forma** a UE, em geral, e a cidadania criada neste bloco, em específico, constituem respostas aos dilemas da globalização. Pretende-se verificar o quanto essa nova Comunidade jurídico-política regional promoveu efetivamente uma expansão ao âmbito supra-estatal da garantia da efetividade dos direitos humanos, e do reconhecimento de direitos de cidadania, e se poderia ser o vetor de uma transformação no paradigma da cidadania ligada à nacionalidade, para incluir como titulares de direitos de cidadania também as pessoas deslocadas de suas Comunidades nacionais.

O direito internacional tem como postulado tradicional que suas disposições direcionam-se somente aos Estados e não ao indivíduo. Esta afirmação vem sofrendo significativa erosão nos últimos anos e já são muitos os que defendem o

reconhecimento do indivíduo como sujeito do direito internacional¹¹. A construção europeia, ainda em seus primeiros anos, colocou por terra este postulado. O então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias¹² (TJCE) desde muito cedo assumiu essa transformação ao declarar, em famosa decisão, que o direito comunitário refere-se não só aos Estados, mas também aos cidadãos da Comunidade¹³.

De um lado, essa dinâmica do direito comunitário significa que os indivíduos adquirem direitos subjetivos no momento em que as normas do bloco são adotadas – é a chamada aplicabilidade imediata ou direta –, diferentemente do que, em geral, ocorre com o direito internacional, que necessita ser internalizado nos ordenamentos jurídicos dos Estados. De outro ponto de vista, implica, à primeira vista, que os Estados-Membros não disponham de um ulterior controle sobre as normas que se aplicarão em seus territórios. No caso da integração europeia, há transferência à comunidade de um número considerável de competências outrora estatais, muitas matérias são decididas por maioria, e o direito comunitário possui primazia sobre os direitos nacionais. Assim, retira-se dos ordenamentos jurídicos nacionais a capacidade de verificar a compatibilidade da normativa comunitária com as garantias de direitos fundamentais expressas no ordenamento de cada um deles, mas não na ordem supranacional.

Esse efeito colateral não passou despercebido nos Estados-Membros, notadamente nas jurisdições superiores de Alemanha e Itália. O diálogo jurisdicional que se estabeleceu entre os tribunais nacionais e o tribunal europeu resultou em uma solução juridicamente original, como se verá ao longo deste trabalho. Foi uma verdadeira disputa empreendida entre estes órgãos dos Estados-Membros e as

¹¹ CASSESE, Antonio. *Diritto Internazionale*. Bologna: Il Mulino, 2006. Curato da P. Gaeta. p. 177 e seguintes.

¹² Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 01 dez. 09, a estrutura judiciária geral da União Europeia passou a chamar-se Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual divide-se em Tribunal de Justiça (antigo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias), Tribunal Geral (antigo Tribunal de Primeira Instância) e tribunais especializados (antigas câmaras jurisdicionais). Ver os artigos 13 e 19 do TUE (versão consolidada com as alterações do Tratado de Lisboa) e os art. 1, n. 13, 14, 20 e o art. 2, n. 2 letras “n” e “o” do Tratado de Lisboa. Visando evitar que o texto se torne confuso, será utilizada, a partir deste momento, a expressão Tribunal de Justiça para referir o órgão judiciário máximo do sistema europeu, independentemente das diferentes denominações que possuiu no passado.

¹³ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Van Gend & Loos, processo n. 26/62, 5 fev. 1963. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61962J0026>. Acesso em: 02 jan. 2010.

instituições comunitárias, tendo como tempero a controvérsia que sempre vem à tona quando se fala em direitos humanos em meio a diferenças culturais.

Esta disputa refletiu a necessidade de constitucionalização¹⁴ da ordem comunitária que, extrapolados os limites setoriais de sua criação para fins comerciais, já havia adquirido consistência política. De fato, as inevitáveis implicações políticas de uma integração regional nos moldes da europeia¹⁵ levam à delimitação de uma verdadeira Comunidade política no plano supranacional¹⁶. Ora, se há transferência de competências normativas, executivas e judiciárias, e deslocamento de centros de poder, necessário também que exista uma correspondente democratização e o reconhecimento de direitos para os cidadãos nestes novos níveis políticos.

Daí decorreram as discussões a respeito da cidadania europeia: uma cidadania ampliada para ajustar-se aos novos “lugares” de decisão. Durante os debates, os eurodeputados¹⁷ muitas vezes fizeram questão de diferenciar o tema da construção da cidadania da UE daqueles relacionados aos direitos humanos. Os últimos deveriam ser de titularidade de todo ser humano, enquanto os direitos da cidadania europeia limitar-se-iam aos detentores do título de cidadãos europeus, o

¹⁴ A constitucionalização é a configuração de determinado ordenamento jurídico como um “sistema hierarquizado de normas que condiciona a validade das normas inferiores à coerência com as normas superiores e com os princípios axiológicos nelas estabelecidos”. Fala-se em constitucionalização de uma ordem internacional no sentido atribuído ao conceito por Ferrajoli, ou seja, o de que as ordens internacionais assumam os princípios de direitos internacionais como vinculantes e conseqüentemente “seu projeto normativo [do direito internacional] como perspectiva alternativa àquilo que de fato acontece; validá-los como chaves de interpretação e fontes de crítica e deslegitimação do existente; enfim, planejar as formas institucionais, as garantias jurídicas e as estratégias políticas necessárias para realizá-los” e “instaur[ando] garantias idôneas que visem a tornar efetivos o princípio da paz e os direitos fundamentais, tanto dos indivíduos quanto dos povos, em seu relacionamento com os Estados”. FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46 e 53.

¹⁵ A estratégia funcionalista que marcou o início da construção europeia baseia-se justamente na idéia da criação de solidariedades de fato em áreas estratégicas, que gerariam vínculos quase impossíveis de se desfazer, o que acabaria por levar a um aprofundamento político. Ver. SCHWOK, René. *Théories de l'intégration européenne*. Éditions Montchrestien: Paris, 2005.

¹⁶ A expressão comunidade política não é utilizada no sentido que dá lugar à configuração do Estado moderno, mas de forma ampla. Por isso não se discute aqui a existência ou não de um “povo” europeu, por exemplo.

¹⁷ Os eurodeputados são os representantes dos cidadãos europeus no Parlamento Europeu (PE). Este órgão surge à época dos Tratados Constitutivos e desde 1979, os eurodeputados são eleitos por sufrágio universal dos cidadãos europeus. Hoje, o PE é composto por 736 eurodeputados com mandato de cinco anos, que representam os 500 milhões de europeus incluídos no processo de integração.

Mais informações: <<http://www.europarl.europa.eu/parliament/public/staticDisplay.do;jsessionid=7C6C5CD C1E38FD58D0ED5688640BF12F.node1?id=146&language=pt>> e <http://europa.eu/institutions/inst/parliament/index_pt.htm>. Acesso em: 01 jul. 2010.

que permite divisar o paradoxo desse instituto, de uma parte, inovador, e, de outra, conservador.

Após abordar o histórico do processo de regionalização, tratando das características da realidade globalizada da contemporaneidade, e de como a integração regional nela inseriu-se (num primeiro momento através de economia, e, posteriormente, ocupando-se de outras esferas políticas, sociais e culturais), será enfocada a experiência europeia em sua concretude. As características institucionais da integração europeia proporcionaram o diálogo jurisdicional que estabeleceu um parâmetro de proteção de direitos humanos dentro da organização. Buscou-se evitar, assim, que a normativa produzida no bloco desconhecesse o grau de proteção já garantido pelos ordenamentos dos Estados-Membros, promovendo uma forma de constitucionalização do ordenamento jurídico comunitário, ainda que submetida a inúmeras críticas e ressalvas. Isto, de certa forma, impulsionou o auto-reconhecimento da Europa em sua face política e não somente econômica. Passagem que ocorreu através de uma *reação* jurisdicional diante do deslocamento da tomada de decisões ao nível regional.

Posteriormente, será tratada a *ação* que levou à construção da cidadania europeia. O histórico, os debates, as dificuldades de implementação, mas também as limitações das conquistas em matéria de concessão ou construção de direitos em âmbito regional europeu. Isso servirá para a análise do eventual impacto deste novo instituto tanto na questão da participação política em contextos ampliados, como da evolução na receptividade a outras formas de pertencimento político, que emergem da situação específica dos imigrantes de países terceiros. A política migratória na UE, nos últimos anos, vem recrudescendo seu cunho excludente e, a face que a Europa revela por meio dessa política coloca sob suspeita todas as conquistas que a UE colecionou no campo dos direitos humanos.

1 OS DIREITOS HUMANOS NA ENCRUZILHADA ENTRE A GLOBALIZAÇÃO E A INTEGRAÇÃO REGIONAL

1.1 Os desafios da imigração na era da globalização

A globalização econômica, atual estágio do desenvolvimento do capitalismo conjuga-se com os avanços tecnológicos, sobretudo na área da informação, e cria um mercado que tende a mundializar-se, ou seja, um mercado sem fronteiras. Mas as interações globais não se limitam ao comércio e às finanças. A globalização é um fenômeno integral, multifacetado, com dimensões sociais, culturais, políticas e legais. O conceito traz consigo duas concepções, uma descritiva e outra prescritiva. O conteúdo prescritivo da globalização nas últimas décadas esteve consubstanciado no Consenso de Washington, um conjunto de medidas que buscava a implementação do modelo neoliberal e que exerceu grande influência na década de noventa, sobretudo na América Latina. Esse modelo não tratava somente da organização econômica dos países, mas também da organização social e política¹⁸ dos Estados, sempre de forma a atender os interesses econômicos não só dos países centrais, mas também dos novos e fortes atores das relações internacionais: as empresas multinacionais¹⁹.

Um dos maiores trunfos da ideologia neoliberal foi apresentar-se como a única alternativa no momento de crise do socialismo e do *keynesianismo*, a idéia do fim da história serviu para pintar as causas deste modelo resultante de uma escolha

¹⁸ Assim, as medidas referiam-se a quatro temas principais: o consenso sobre a economia neoliberal, o consenso sobre o Estado mínimo, o consenso sobre a democracia liberal, o consenso sobre o Estado de direito e o sistema judicial. Ver: SANTOS, Boaventura. *Globalizations. Theory, Culture & Society*, 23, 2-3 (2006). p. 393-399. Disponível em: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/artigos-em-revistas-cientificas.php>>. Acesso em: 20 dez. 2009.

¹⁹ Neste momento evolutivo do processo global “saímos do campo da gestão interna das empresas transnacionais e ingressamos na arquitetura do sistema internacional. Passamos da micro para a macroeconomia, das regras de boa gestão privada para a identificação de políticas econômicas e para a própria redefinição do papel das instituições nacionais. (...) Os defensores da globalização enfatizavam seu caráter irreversível e indicavam a impotência dos governos perante a estratégia das grandes empresas”. SEITENFUS, Ricardo. *Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2004. p. 175 e 176. Quadro evolutivo das definições de globalização com fonte em BOYER. R. Les mots et les réalités. In: *La mondialisation au-delà des mythes*. Paris: La Découverte. p. 15-16.

política com cores de conseqüências espontâneas²⁰. Hoje grande parte dessas falácias já foi desvelada: acredita-se que crise econômica de 2008²¹ possa ter dado o golpe final ao neoliberalismo ou, ao menos, à sua pretensão de modelo único e perfeito.

O sentido descritivo da globalização consubstancia-se no consenso sobre o fato de que, hoje, não existem mais economias isoladas. A busca por maior competitividade e pelo uso mais eficiente dos recursos multiplica e estreita as inter-relações entre os países²². A integralidade do fenômeno demanda, assim, tratamento e adaptação não só do funcionamento da economia, mas do direito e da Sociedade como um todo. Justamente por isso, são inúmeras as áreas do conhecimento que se interessam por estudar as características, efeitos e implicações das transformações de toda sorte que decorrem da globalização. Assim, no campo da sociologia, considera-se que

(...) a sociedade global se constitui na época da eletrônica, dinamizada pelos recursos da informática. Esse, também, o porquê de a sociedade global se mostrar visível e incógnita, presente e presumível, indiscutível e fugaz, real e imaginária. Ela está articulada por emissões, ondas, mensagens, signos, símbolos, redes e alianças que tecem os lugares e as atividades, os campos e as cidades, as diferenças e as identidades, as nações e as nacionalidades. Esses são os meios pelos quais desterritorializam-se mercados, tecnologias, capitais, mercadorias, idéias, decisões, práticas, expectativas e ilusões²³.

²⁰ SANTOS, Boaventura. Globalizations. *Theory, Culture & Society*, 23, 2-3 (2006). p. 393-399. Disponível em: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/artigos-em-revistas-cientificas.php>>. Acesso em: 20 dez. 2009. p. 395.

²¹ A ausência de regulação do mercado financeiro permitiu que a economia mundial colapsasse de forma tão grave, que o medo de que as conseqüências econômicas e sociais atingissem de forma desastrosa e irreversível a população levou muitos governantes, principalmente dos países desenvolvidos, a injetar dinheiro público em empresas e instituições financeiras. O problema já era conhecido em razão de outras crises financeiras e de dados disponíveis sobre o deslocamento entre a economia real e a economia financeira. Conforme Seitenfus: para uma produção de 30 trilhões de dólares, tem-se a circulação diária de títulos e divisas no mercado financeiro internacional de 1,6 trilhão. Isso significa que em menos de vinte dias circula pelo mercado mundial o correspondente a toda a produção anual de bens, o resto é capital especulativo. Ver: SEITENFUS, Ricardo. *Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2004. p. 177-178.

²² "Las diferencias geográficas, territoriales, de riquezas naturales, población, conocimientos técnicos y otras, han determinado que las naciones busquen relaciones económicas cada vez más estrechas para satisfacer las crecientes necesidades humanas. En tal sentido, el aislamiento económico, la estructuración de economías autárquicas de tipo tradicional y lo que, en general, se ha denominado 'economías cerradas', es un fenómeno hoy inexistente". INSTITUTO INTERAMERICANO DE ESTUDIOS JURÍDICOS INTERNACIONALES. *Derecho de la Integración Latinoamericana*: ensayo de sistematización. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1969. p. 3.

²³ IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 26.

Já a filosofia preocupa-se, entre outras, com a dimensão ética destes novos tempos globais; “o resultado, bom ou ruim, desta passagem pela era da globalização (se é que chegaremos de fato a transpô-la incólumes) vai depender da nossa reação ética à idéia de que vivemos num só mundo²⁴”.

O direito também tem a sua quota de preocupações decorrentes da globalização. Trata-se da problemática referente à *internacionalização do direito* (grifei), “fenômeno que ultrapassa o direito internacional em favor de práticas trans e supranacionais²⁵”. É uma espécie de globalização no seu viés jurídico, engendrando a internacionalização da produção normativa. Trabalha-se com as características deste novo espaço normativo fortemente fragmentado tanto no que se refere aos níveis de competência (superposição de normas nacionais, regionais, internacionais), como relativamente à divisão em setores (comércio, direitos humanos), além da profusão de instituições e de juízes nacionais e internacionais²⁶. A partir disto, buscam-se soluções para ordenar este pluralismo através de uma “refundação dos poderes”.

Para tanto, há a necessidade de imaginar novos instrumentos jurídicos que busquem a ordenação do direito internacionalizado.

Se permanecemos fechados nos modelos antigos, opondo o direito interno ao direito internacional e limitando a comunidade mundial a uma comunidade de Estados soberanos, a resposta jurídica nos escapa. Os Estados certamente continuam necessários a uma globalização que precisa menos do seu superamento do que, paradoxalmente, a sua refundação e a sua adaptação a estas novas condições.²⁷

Pensando em uma esfera mundial, a transposição do modelo de Estado de Direito nacional para a esfera internacional não funcionaria. Assim, uma possível solução seria a criação de uma forma híbrida que conjugasse os esquemas de redes de governança e o modelo de Estado de direito, “monstros jurídicos” que seriam

²⁴ SINGER, Peter. *Um Só Mundo: A Ética da Globalização*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 17.

²⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit I*. Le relatif et l'universel. Paris: Seuil, 2004. p. 25. “(...) phénomène de ‘l'internationalisation du droit’ qui déborde le droit international au profit de pratiques trans- et supranationales (...)” (tradução da autora, do original francês).

²⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit I*. Le relatif et l'universel. p. 7.

²⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit III*. La refondation des pouvoirs. Paris: Seuil, 2007. p. 113. Si nous restons enfermés dans les anciens modèles, opposant le droit interne au droit international et limitant la communauté mondiale à une communauté d'États souverains, la réponse juridique nous échappe. Certes, les États restent nécessaires à une globalisation appelant moins leur dépassement que, paradoxalement, leur refondation et leur adaptation à ces conditions nouvelles (tradução da autora).

necessários e úteis, desde que se fizesse bom uso deles²⁸. Esta hibridação integraria total ou parcialmente as garantias do Estado de direito à rede da governança.

Nesta linha de pensamento, o vetor da atuação deste esquema seria constituído pelos direitos humanos (*droits fondamentaux*). Reafirmando a consciência sobre a discussão existente no tema, principalmente no que se refere à universalidade ou não das concepções de direitos humanos²⁹, procura-se fomentar o desenvolvimento de um campo reflexivo capaz de resolver este “impasse”. Isto não significa que não se reconheça a importância do assunto, mas observa-se também a urgência do tratamento de questões novas trazidas pela globalização. Mais que isso

(...) a questão não se limita a saber se é moralmente desejável definir normas comuns. Ainda é necessário se perguntar se é praticamente factível não as definir, dito de outro modo, questionar-se em que medida a diversidade jurídica corresponde a diferenças ligadas à condições de vida ainda independentes e em que medida ela já está superada por uma interdependência de fato que pede respostas jurídicas ao menos parcialmente comuns³⁰.(...)

Assim, há instrumentos que permitiriam a universalização dos direitos humanos, apesar de todas as dificuldades. Dentre estes se destaca o da “margem nacional de apreciação” já invocado, por exemplo, pela Corte Europeia de Direitos do Homem (CEDH). Nem mesmo em uma região com certa homogeneidade, como é a Europa, se deseja ou é possível uma aplicação uniforme. Daí advém a introdução desta “imprecisão” (*flou*) no espaço e também no tempo caso se imagine uma margem evolutiva³¹.

Atacando desta forma estes dois tipos de fragmentação (na hierarquia das normas e nos setores), reduzem-se as incoerências e as incompletudes, sem, no entanto, conseguir eliminá-las. A questão que se coloca aqui ultrapassa o debate entre liberais e republicanos sobre o lugar do Estado e extensão e a natureza da sua

²⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit III*. La réfondation des pouvoirs. p.122.

²⁹ A autora dedica o primeiro livro da coleção citada, chamado *Le relatif et l'universel*, a esta discussão.

³⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit I*. Le relatif et l'universel. “la question ne se limite pas à savoir s'il est moralment souhaitable de définir des normes communes. Encore faut-il se demander s'il est pratiquement faisable de ne pas les définir; autrement dit, se demander dans quelle mesure la diversité juridique correspond à des différences liées à des conditions de vie encore indépendentes et dans quelle mesure elle est déjà dépassée par une interdépendence de fait qui appellerait des réponses juridiques au moins partialement communes” (tradução da autora).

³¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit I*. Le relatif et l'universel.p. 65.

intervenção, pois busca encontrar as condições para uma governabilidade fora do Estado³². Grandes autores como Foucault e Bourdieu já haviam percebido a importância desta construção, este último inclusive alertando para os riscos de ignorar esta situação, o que permitiria que os Estados funcionassem como máscaras que esconderiam os verdadeiros lugares da tomada de decisões³³.

A existência de estudos nestas áreas responde à necessidade de lançar um novo olhar sobre as situações que se apresentam de forma diferente na era global. Se a realidade global é um fato, não é fato, no entanto, a capacidade do livre-mercado gerar desenvolvimento para todos os seus participantes. A experiência dos últimos anos tem demonstrado que as incoerências e inconsistências da ordem internacional são reforçadas por um mercado totalmente livre, e que a redução da pobreza e o desenvolvimento só poderão ser alcançados caso esta estratégia liberal seja contrabalançada por “regras de jogo equitativas e estáveis, e por uma cooperação internacional destinada a pôr fim às assimetrias básicas que caracterizam a ordem mundial³⁴”.

Relativamente à livre-circulação de pessoas, há também ausência de regulação adequada, mas em sentido contrário. À primeira vista, a mobilidade de mão-de-obra é necessária para o bom funcionamento do sistema capitalista global. A transferência de mão-de-obra de regiões com renda mais baixa para locais de renda mais alta parece enquadrar-se na lógica econômica da globalização, ao permitir um aproveitamento mais eficaz dos recursos. Nesta equação, a mão-de-obra é tratada como mero recurso econômico quando, na verdade, se está falando de vidas humanas em toda a sua complexidade. De todo modo, essa liberdade não existe. É o que os autores chamam de paradoxo da globalização que se pretende totalmente liberalizadora³⁵.

Outra característica das migrações atuais, decorrente da “desordem econômica”, é a ausência de uma evidente complementaridade entre o “excedente”

³² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit III*. La réfondation des pouvoirs. p. 133.

³³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit III*. La réfondation des pouvoirs. p. 133.

³⁴ CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – Naciones Unidas). Globalización y Desarrollo. Santiago de Chile: CEPAL, abr. 2002. Disponível em: < <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/6/10026/P10026.xml&xsl=/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xsl>> Acesso em: 15 dez. 2009. p. 88.

³⁵ DAVIDSON, Alastair. Ciudadanía y migración: ¿derechos para aquéllos sin pertenencia? In: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, n. 37, 2003. p. 36.

de população de alguns países e a “escassez” de outros³⁶, o que contribui para a visão negativa da população em geral com relação aos imigrantes. Os dados do Relatório de Desenvolvimento Humano de 2009 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) demonstram isso³⁷. Apesar desta reação da população, a maioria dos estudos comprova que a visão negativa sobre os imigrantes com relação à competição por empregos e ao aumento da criminalidade não tem respaldo empírico³⁸.

Assim, os fatores que influenciam a determinação das políticas e das normas que tratarão a matéria excedem largamente os meramente econômicos. As migrações, por um lado, são objeto de resistências da população local que superestima os traços negativos dos possíveis impactos sociais, culturais e econômicos que aquelas podem gerar. Economicamente, muitos países necessitam de imigrantes para manter seus níveis de crescimento e mesmo para equilibrar sua demografia e conseqüentemente seus sistemas previdenciários. Deste modo, a explicação sobre os crescentes nacionalismo e xenofobia que pregam a exclusão dos imigrantes é mais complexa.

De outra parte, justamente por tratar-se de seres humanos, a abertura ou o fechamento das fronteiras a cada momento não pode pautar-se somente pelas vantagens ou desvantagens econômicas da movimentação de pessoas para os países receptores ou emissores, aqui se trata do reconhecimento de direitos para os migrantes. Atualmente, o direito a emigrar é amplamente reconhecido. Qualquer país que negue este direito aos seus cidadãos, impedindo-os de deixar seu país é alvo de fortes críticas da opinião pública internacional³⁹. O direito a imigrar, no entanto, não desfruta do mesmo reconhecimento.

³⁶ MÁRMORA, Lelio. *Las políticas de migraciones internacionales*. Buenos Aires: Paidós, 2004. p.37. A expressão “desordem econômica” é utilizada pelo autor para qualificar negativamente a atual ordem econômica.

³⁷ À pergunta “O que pensa de pessoas de outros países virem trabalhar aqui? Das seguintes opções, qual deverá ser seguida pelo governo, na sua opinião?” a) Deixar entrar quem quiser ; b) Deixar as pessoas entrar desde que existam vagas de emprego ; c) Limitar/proibir a imigração, a maioria das pessoas na maioria dos países se dividiu entre as letras “b” e “c”; somente em poucos países a letra “a” teve ressonância significativa. No Brasil, 50% das respostas foram para a letra “c” e menos de 10% optaram pela letra “a”. PNUD. *Relatório de Desenvolvimento Humano de 2009: Ultrapassar barreiras, mobilidade e desenvolvimento humanos*. New York: Palgrave Macmillan, 2009. p. 103.

³⁸ PNUD. *Relatório de Desenvolvimento Humano de 2009: Ultrapassar barreiras...* p. 103.

³⁹ A existência de uma verdadeira opinião pública internacional é bastante polêmica. A escola realista das Relações Internacionais abordava o assunto, no início do século XX para negá-la, afirmando que “não [se] registra sequer um exemplo de governo que tenha sido levado a abandonar qualquer uma de suas políticas externas, devido à reação espontânea da opinião pública supranacional”.

Este reconhecimento internacional de direitos e as conseqüentes reprimendas por parte de outros Estados, Organizações Internacionais e da Comunidade Internacional em geral são o resultado de um movimento de internacionalização dos direitos humanos que ocorreu após a Segunda Guerra Mundial. Assim, trata-se de uma evolução recente da história. Os horrores perpetrados pelo nazismo impulsionaram a expansão dos direitos humanos da esfera nacional para a esfera internacional.

As revoluções liberais do século XVIII forjaram o conceito de constituição moderno. O objetivo daqueles movimentos era impor limites à ação dos governantes absolutistas e estabelecer um elenco de direitos que não poderiam ser violados ou modificados. Documento símbolo deste processo é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, aprovada durante a Revolução Francesa. Estes direitos eram concebidos como universais, mas na prática, eles passaram a ser garantidos somente no âmbito nacional⁴⁰ até que com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 teve início o processo de internacionalização destes direitos.

Esta foi uma das inspirações à origem da criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948 não é vinculativa, ao menos de forma direta, mas a ela seguiram-se os pactos de Nova Iorque de 1966, estes sim com caráter juridicamente obrigatório segundo os parâmetros do direito internacional. Trata-se de dois instrumentos, um sobre direitos

MORGENTHAU, Hans J. *A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz*. Tradução de Oswaldo Biato. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003. (Clássicos IPRI). p. 485. Outra afirmação dos realistas é de que o que se apresenta como opinião pública internacional, não passa de políticas nacionais disfarçadas. “A falácia da crença na eficácia de uma opinião pública internacional divorciada do poder nacional pode ainda ser ilustrada por fatos em outras partes do mundo. (...) O poder sobre a opinião não pode ser dissociado do poder econômico e militar”. CARR, Edward Hallet. *20 anos de crise: 1919-1939*. Tradução de Luiz Alberto Figueiredo Machado. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1981. (Coleção Pensamento Político, 24). p. 135 e 136. Hoje ainda se repetem aqueles argumentos, mas se sublinham algumas novidades. O surgimento de novos atores da sociedade civil; ONGs, empresas, redes, *lobbies*, capazes de atuar no espaço mundial é uma delas. Mesmo no âmbito nacional o conceito de opinião pública não é muito claro, mas interessa muito aos governos que são submetidos ao crivo da população regularmente através de eleições. Em nível internacional isso não ocorre, mas situações recentes mostram que a opinião pública pode desempenhar um papel importante ali também, como aconteceu no conflito do Kosovo. Por isso, não é suficiente negá-la como faziam os realistas, ainda que o conceito seja embrionário e qualquer tentativa de definição gere polêmica. Ver: CABIN, Philippe. La construction de l'opinion publique. *Sciences Humaines.com*. Dossier Web, La fabrique de l'opinion publique. Disponível em: <http://www.scienceshumaines.com/index.php?lg=fr&id_dossier_web=20&id_article=10947>. Acesso em: 11 dez. 2009. Artigo retirado de *Sciences Humaines*, Le destin des immigrés, n. 96, Juillet 1999.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 49.

civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Esta divisão é muito criticada pela doutrina, pois atinge a indivisibilidade dos direitos humanos, antes reconhecida na Declaração de 1948, que havia superado a separação entre o discurso liberal e o discurso social da cidadania⁴¹. A indivisibilidade advoga que “não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também é infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade⁴²”.

A segunda característica fundamental da proteção que resultou deste movimento é a universalidade dos direitos humanos. Esta foi e ainda é objeto de muitas críticas dos que apontam o universalismo como uma estratégia imperialista de imposição da concepção ocidental de direitos humanos, consubstanciada na Declaração de 1948. Em total oposição a esta visão está a ótica relativista que afirma que “o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal”, e que sustenta também que a diversidade é destruída pelo universalismo. A reação dos universalistas, por sua vez, baseia-se no argumento de que o relativismo fornece guarida a violações de direitos humanos, retirando a possibilidade de controle da Comunidade Internacional, atuação que é necessária na contemporaneidade⁴³.

Ainda que a análise central deste trabalho não seja filosófica, é necessário compatibilizar as teorias aqui citadas, ambas fundamentais para o exame do objeto específico, mas que, em um primeiro momento e de forma abstrata, podem parecer contraditórias. Delmas-Marty, por exemplo, propugna o estabelecimento de valores comuns, que, a seu juízo, encontram-se nos direitos humanos, demonstrando maior tendência ao universalismo. Por outro lado, grande parte das teorias multiculturalistas coloca ênfase na defesa não somente do respeito, mas do reconhecimento público das diversas culturas que compõem as sociedades contemporâneas⁴⁴. Parece necessário, em verdade, que ambas sejam conjugadas, pois não é aceitável que a aproximação seja tão extensa, a ponto de comprometer as peculiaridades dos grupos e promover assimilação em vez da integração; nem parece possível que essas peculiaridades possam ferir a individualidade dos seus membros ou impedir, o entendimento entre os diferentes grupos conviventes.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 8ªed. rev. ampl. e atual. p. 139 e 140.

⁴² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p. 142.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p. 148 e 151.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *La constelación posnacional*. Barcelona: Paidós, 2000. Ensayos Políticos. p. 34.

O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos que dá maior ênfase ao multiculturalismo desvela a origem da desconfiança que alguns setores progressistas ainda nutrem pelos direitos humanos⁴⁵, mas propõe uma apropriação do conceito que, quando respeitadas algumas condições, possui grande potencial emancipatório. Diante da “erosão seletiva” do Estado-nação, a questão em pauta é se haverá deslocamento da regulação e da emancipação social⁴⁶ para a esfera global, e, conseqüentemente, se os direitos humanos poderão ser uma política, ao mesmo tempo, global e local. Na sua definição:

O multiculturalismo, tal como o entendo, é precondição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo⁴⁷.

Em linhas gerais, vislumbra, assim, um diálogo entre as diferentes culturas sobre conceitos isomórficos⁴⁸ de dignidade humana através do que chama de hermenêutica diatópica⁴⁹. Para que isso ocorra, ele aponta algumas condições. A primeira delas é a superação do falso debate entre universalistas e relativistas, mesma conclusão a que chega Delmas-Marty. Além disso, refere a necessidade do aumento da consciência da incompletude de todas as culturas, crucial para esta construção multicultural.

Habermas também reflete sobre este tema fazendo profunda crítica à postura liberal, que ignora as exigências de diferenciação das Comunidades históricas, pretendendo uma homogeneização dos indivíduos. Argumentando que esse modelo

⁴⁵ Sobretudo decorrente do uso político a que foram submetidos durante o período da Guerra Fria o que determinou a aplicação de medidas diferentes sobre as violações de direitos humanos a depender do fato de terem sido cometidas por países aliados ou opositores. Mas também por considerar a concepção que se impôs através da ONU e sua Declaração de Direitos Humanos como fruto de uma única cultura, a ocidental.

⁴⁶ A regulação social tradicionalmente identificada com o “Estado regulador e o Estado-providência” e a emancipação social tradicionalmente “simbolizada pela revolução social e pelo socialismo enquanto paradigma da transformação social radical”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Contexto Internacional*. Rio de Janeiro, v. 23, n. 1. jan/jun de 2001. p. 8.

⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Contexto Internacional*. p. 16.

⁴⁸ Isto porque todas as culturas possuem conceitos de dignidade humana, mas nem todas as concebem em forma de direitos.

⁴⁹ Diatópica por referir-se aos tópoi de cada cultura, que “são os lugares-comum retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tornam possível a troca de argumentos”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Contexto Internacional*. p. 20.

não se ajusta às democracias pluralistas da contemporaneidade, que “não chegam a constituir uma Comunidade étnica ou cultural sólida que represente por si só a nação”. Ele propõe, diante destas constatações, a constituição de uma nação de cidadãos, em substituição à nação de um povo que caracterizava o Estado-nação. O autor detém-se no problema do vínculo que uniria os indivíduos, o qual se encontraria na Constituição e em seu sistema de direitos. É o processo democrático que criará uma identidade coletiva inexistente anteriormente, e dará lugar a essa nação de cidadãos, a partir de um tipo novo de solidariedade⁵⁰.

Já a proposta de Herrera Flores, também multiculturalista, busca refinar as demais propostas. O autor faz a sua análise justamente a partir do problema das migrações, e a conclusão a que chega é da insuficiência tanto das respostas universalistas como das multiculturalistas nativistas ou localistas, em expressão sua. Ambas os modelos não conseguem dar conta da pluralidade de interpretações existentes no mundo. O modelo multiculturalista nativista daria lugar, do mesmo modo, a um universalismo – *universalismo de retas paralelas* (grifei) – pois cada cultura entende-se total, ignorando as demais. O autor explica a sua proposta:

Nossa visão complexa dos direitos aposta por uma racionalidade de resistência. Uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas aos direitos. E tampouco descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas ou de gênero. O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há que se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes) de um processo conflitivo, discursivo de diálogo ou de confrontação no qual cheguem a romper-se os prejuízos e as linhas paralelas. Falamos de entrecruzamento, e não de uma mera superposição de propostas⁵¹.

A reordenação do espaço normativo internacional é, como se vê, objeto de inúmeras teorias, pois é premente a necessidade de encontrar um modo, ou diferentes modos, para que o direito e a política acompanhem a globalização econômica. Não se pode olvidar, no entanto, que a crítica à globalização econômica deve ser feita simultaneamente à crítica ao nacionalismo, que recorre “à soberania

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *A era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 103-107.

⁵¹ HERRERA FLORES, Joaquín. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. In: *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 374.

nacional para justificar a escassa efetividade dos direitos individuais e sociais já consagrados na ordem jurídica internacional⁵².

A referência aos direitos humanos, neste trabalho, tem como base os direitos consagrados nos diversos instrumentos internacionais e regionais, que englobam os direitos civis e sócio-econômicos, mas também nos ordenamentos nacionais, incluindo assim os direitos políticos. Na verdade mais que a um elenco em específico remete-se à idéia que os originou através do constitucionalismo e do modelo de Estado de direito, refletindo sobre formas de obter efeito semelhante de ordenação da esfera internacional. Há ainda que preocupar-se com o seu reforçamento ao interno dos Estados diante das transformações deste tempo.

Nesse sentido, é válido um olhar sobre algumas posturas relacionadas a este desafio jurídico e político de reconfiguração da cidadania. Alguns países já forneceram algumas respostas para a questão reconhecendo muitas vezes, em maior ou menor medida, direitos civis, sociais e até mesmo políticos aos migrantes. O reconhecimento de direitos políticos a não-nacionais continua sendo a questão mais controversa. Contudo, embora o voto em eleições nacionais resulte altamente restrito aos nacionais, no âmbito local alguns países permitem que os estrangeiros votem, sem exigência de reciprocidade. É o caso da Suécia⁵³. Obviamente muitos fatores entram em jogo no reconhecimento de direitos como este. No Brasil, o déficit de democratização atinge inclusive as minorias nacionais, que também sofrem restrições na participação política local “mesmo sem leis ou mecanismos formais de restrição⁵⁴”.

Já foram realizados estudos quantitativos para determinar se são fatores internos ou internacionais e transnacionais⁵⁵ os que influenciam nestas mudanças

⁵² VENTURA, Deisy. Hiatos da transnacionalização na nova gramática do direito em rede: um esboço de conjugação entre estatalismo e cosmopolitismo. In: MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lênio (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, v. 4. p. 89-107.

⁵³ PNUD. *Relatório de Desenvolvimento Humano de 2009*...p. 61.

⁵⁴ TAVARES, Maria Hermínia; CARNEIRO, Leandro Piquet. Liderança local, democracia e políticas públicas no Brasil. In: *Opinião Pública*. Campinas, vol. IX, n. 1, 2003. p. 139.

⁵⁵ Em seu estudo EARNST elenca quatro hipóteses “nacionalistas” e três “transnacionalistas”. As nacionalistas dizem respeito à cultura sobre a formação da nação, ou seja, a influência que possui a consideração de como a nação é formada, se étnica ou multiétnicamente; ao papel dos tribunais que atuam ativamente no reconhecimento de direitos; à mais forte ou mais fraca política de seguridade social e por fim ao governo por partidos de esquerda ou de direita. As hipóteses transnacionalistas, por sua vez, dizem respeito ao comprometimento dos Estados com normas internacionais de direitos humanos; à presença de ONGs de forma considerável no território dos Estados e a vizinhança com outros Estados que concedem direitos políticos a seus residentes estrangeiros. Ver: EARNST, David C. Neither citizen nor stranger: why states enfranchise resident aliens. p. 242-276.

de forma mais considerável. Aqui o objetivo é outro: parte-se da premissa das mudanças promovidas pelos processos globais e transnacionais, e se afirma ser necessário rever as políticas de cidadania, o que até agora ocorreu somente de forma fragmentária, e, em grande parte, vem sendo revertido para políticas cada vez mais nacionalistas e xenófobas.

Para concretizar essa transformação em um sentido que garanta e expanda a proteção dos direitos humanos dos migrantes, através de uma política que reconheça o significado radicalmente político do fenômeno migratório, são necessárias duas dimensões de atuação. Na esfera internacional é essencial o reconhecimento do direito universal à livre circulação, mas também o estabelecimento de relações internacionais equitativas entre Norte e Sul, que possam diminuir a dependência e o empobrecimento, os verdadeiros fatores que impulsionam os fluxos migratórios. De forma complementar, no âmbito interno ou estatal precisa-se empreender uma revisão do contrato social e político, o que afeta diretamente o alcance do princípio jurídico de igualdade e da noção de cidadania e permitiria a revisão do *status* jurídico e político dos imigrantes⁵⁶.

O resultado disso seria a implementação de uma cidadania inclusiva⁵⁷, conceito que tem uma consequência prática muito significativa, de rejeitar as “políticas de imigração que geram ilegalidade, que condenam os imigrantes à marginalidade, que os obrigam a negociar com as máfias e a aceitar qualquer trabalho, em qualquer situação; [políticas] que justificam a sua estigmatização”⁵⁸: estas sim geram problemas para as Sociedades receptoras, não a mera presença legal dos imigrantes.

Este conceito trabalha com a realidade dos fluxos atuais, que possuem outra velocidade, o que faz com que grande parte dos migrantes nunca “abandone” verdadeiramente nenhum lugar. A movimentação constante – os migrantes freqüentemente voltam para casa – dificulta a integração e cria uma população

⁵⁶ DE LUCAS; Javier. Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia, pertenencia. In: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, n. 37, 2003. p. 85.

⁵⁷ A cidadania inclusiva defende que a condição de membro da comunidade política não pode ser um privilégio vedado a quem não teve o prêmio da loteria de nascimento (refere-se às condições de entrada e permanência – liberdade de circulação – e às condições de regularização e participação política) e também igualdade de direitos entre nacionais e imigrantes, inclusive políticos. DE LUCAS; Javier. Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia, pertenencia. p. 93.

⁵⁸ DE LUCAS; Javier. Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia, pertenencia. p. 88

significativa que não pertence (e talvez não queira pertencer) a uma identidade concreta⁵⁹.

Trata-se de pessoas sem pertencimento a *um* Estado nacional e que demandam o reconhecimento dessa condição. Não querem ser tratados como meros objetos⁶⁰ submetidos aos diferentes interesses nacionais variantes de acordo com a conjuntura, sobretudo econômica, mas também política, social e cultural. Demandam assim que lhes sejam reconhecidos direitos e que lhes seja garantido o acesso à justiça. Esse é um passo além do tratamento humanitário que já é internacionalmente reconhecido para os refugiados⁶¹, mais adequado à idéia de caridade – que possui grande influência das doutrinas da Igreja – e não ao reconhecimento de direitos.

Tradicionalmente, a aquisição da nacionalidade do país de destino, ou seja, a naturalização foi a única via aberta ao imigrante para obter direitos. Só assim poderia atingir a cidadania plena e compartilhar os direitos de seus vizinhos⁶². As mudanças trazidas pela globalização parecem exigir um novo tratamento para uma questão que se coloca de uma maneira inédita. A exigência de proteção e respeito aos direitos humanos – conquista da humanidade no último século – aponta que a solução para o problema dos migrantes necessita a superação do modelo de cidadania determinada pela nacionalidade. A residência estável ou o domicílio se apresentam, nesse contexto, como um critério muito mais adequado para determinar o pertencimento⁶³. Mesmo que o caminho para que se cumpra tal evolução permaneça muito nebuloso,

já se manifesta através da superposição de cidadanias (nacional, regional, mundial), a possibilidade de pertencimento simultâneo à várias comunidades políticas, abrindo talvez uma via para transformar nossa

⁵⁹ DAVIDSON, Alastair. *Ciudadanía y migración: ¿derechos para aquéllos sin pertenencia?* p.35 e 37

⁶⁰ DAVIDSON, Alastair. *Ciudadanía y migración: ¿derechos para aquéllos sin pertenencia?* p.35

⁶¹ Apesar de constituir uma das matérias com regulamentação mais consolidada na esfera internacional desde a década de 50, nos últimos anos os países têm desenvolvido criativas formas de tornar inefetiva essa proteção. Mais recentemente, chegou-se a explicitamente declarar a discordância com o cumprimento da Convenção de Genebra de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, como alguns políticos italianos relativamente ao desembarque de africanos nas ilhas e costa italianas. Ver:

⁶² DAVIDSON, Alastair. *Ciudadanía y migración: ¿derechos para aquéllos sin pertenencia?* p. 44.

⁶³ KOSTAKOPOULOU, Dora. *European Union Citizenship: Writing the future*. In: *European Law Journal*, vol. 13, n. 5, sept. 2007. p. 643

comunidade involuntária de riscos em uma comunidade voluntária de destino (...).⁶⁴

Um dos argumentos dos autores céticos de que essa mudança de paradigma possa se concretizar é o da necessidade de “práticas e instituições que mantenham e reproduzam a cidadania, [ou seja], (...) uma constituição, um conjunto de regras comuns, um projeto educativo, instituições socializadoras e instâncias de participação e decisão cidadã”⁶⁵. Até mesmo autores que propõe um “reconhecimento gradual (em tempo e âmbito), mas meramente temporal (sem outros requisitos) – baseado na residência estável – da cidadania aos imigrantes, entendendo esse reconhecimento como uma peça na afirmação de um conceito plural, múltiplo e inclusivo de cidadania”⁶⁶, admitem que este é um objetivo ainda distante.

1.2 Os direitos humanos em um mercado sem fronteiras

Os autores que tecem análises sobre a origem da globalização referem-se a diferentes datas para indicar o marco do início deste processo. Esta discussão não é de grande importância nesta sede, de modo que, aqui se optará pela referência à chamada “crise do petróleo”⁶⁷ na década de setenta como marco do surgimento ou da maior visibilidade que adquiriu este fenômeno. É neste momento que se solidificam os princípios neoliberais diante do desgaste do Estado de bem-estar social *keynesiano* implementado após a Segunda Guerra Mundial nos países europeus.

⁶⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit III*. La réfondation des pouvoirs. p. 113. Dejà se manifeste, à travers la superposition des citoyennetés (nationale, regionale, mondiale), la possibilite d'appartenance simultanée à plusieurs communautés politiques, ouvrant peut-être une voie pour transformer notre communauté involontaire de risques em une communauté volontaire de destin (...) (tradução da autora)

⁶⁵ RUBIO CASTRO, Ana; MOYA ESCUDERO, Mercedes. Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate. In: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, n. 37, 2003. p. 122.

⁶⁶ DE LUCAS, Javier. Inmigración y ciudadanía: visibilidad y pertenencia. p. 81.

⁶⁷ GORENDER, Jacob. Estratégias dos Estados nacionais diante do processo de globalização. In: *Estudos avançados*, São Paulo, v. 9, n. 25, Dec. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000300007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 dez. 2009. doi: 10.1590/S0103-40141995000300007. p. 94.

Os motivos a que se atribui a crise do petróleo variam segundo os diferentes autores, mas a consequência imediata foi uma grande recessão que provocou significativas quedas nas taxas de crescimento por um longo período. Essa tendência de queda da produtividade gerou uma maior concorrência entre as empresas multinacionais, o que produziu consequências visíveis no modo de organização das economias nacionais e mundial. A busca de competitividade alterou desde a organização produtiva das indústrias ao tratamento dos gastos sociais e ainda fundamentou o questionamento do papel ativo do Estado na economia⁶⁸.

Apesar destas modificações de rumo, a recuperação das taxas de crescimento, no entanto, não ocorreu para os níveis anteriores. Os países capitalistas desenvolvidos foram os que melhor conseguiram enfrentar esse período com grande recurso à tecnologia e ajustes⁶⁹. De todo modo, nesse quadro é que os blocos regionais apareceram como uma alternativa para enfrentar a concorrência do comércio mundial que se acirrava.

De fato, após a Segunda Guerra Mundial, havia duas tendências, não necessariamente concorrentes, para a organização do comércio mundial. Uma era capitaneada pelos acordos GATT – que posteriormente deram lugar à Organização Mundial do Comércio (OMC) – e buscavam uma liberalização geral das trocas comerciais. A outra era a “constituição de blocos regionais, como meio de limitar certos efeitos negativos da mundialização ou de contornar as dificuldades de uma liberalização em nível mundial⁷⁰”.

A expressão integração econômica no seu sentido mais específico⁷¹ data da segunda metade do século XX e se refere à “combinação de economias separadas em regiões económicas mais alargadas (...) ⁷²”. “O conceito geral de integração económica está basicamente ligado à eficiência do uso de recursos, com particular referência ao aspecto espacial. As condições necessárias à sua completa realização incluem: 1º - a liberdade de circulação de bens e factores de produção; 2º - ausência de discriminação”.

⁶⁸ GORENDER, Jacob. Estratégias dos Estados nacionais diante do processo de globalização. p. 95.

⁶⁹ GORENDER, Jacob. Estratégias dos Estados nacionais diante do processo de globalização. p. 96.

⁷⁰ ARCY, François d'. *Les politiques de l'Union européenne*. Paris: Éditions Montchrestien, 2003. p. 12.

⁷¹ Antes disso, entre 1818 e 1834, os Estados alemães sobre a direção da Prússia criaram uma união aduaneira, o *Zollverein*. O impacto da unificação das condições de produção e comercialização internas transformaram a Alemanha na principal potência industrial do continente. SEITENFUS, Ricardo. *Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2004. p. 194.

⁷² ROBSON, Peter. *Teoria Económica da Integração Internacional*. Tradução de Carlos Laranjeiro. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. p. 11.

A integração europeia dinamizou notavelmente o intercâmbio econômico dentro do seu âmbito, alçando-se a condições de concorrência com os Estados Unidos e o Japão. Os países do bloco associaram, com êxito, graus variados de dirigismo estatal e de Estado do bem-estar ao processo de recuperação e de prosperidade no pós-guerra⁷³. Nos anos setenta, quando ocorreu a crise do petróleo, houve um refreamento no processo que, em seguida, ganhou novo impulso com a adoção do Ato Único Europeu, cujo objetivo principal era a remoção de todas as barreiras à concretização do mercado único⁷⁴.

Na Europa, a integração econômica, no entanto, sempre foi concebida dentro de um projeto mais amplo de integração política. A Declaração proferida por Robert Schuman, ministro de Relações Exteriores francês, em 9 de maio⁷⁵ de 1950 não deixa dúvidas sobre isso:

(...) A Europa não foi construída, tivemos a guerra. A Europa não se fará de um golpe, nem numa construção de conjunto: far-se-á por meio de realizações concretas que criem em primeiro lugar uma solidariedade de facto. A união das nações europeias exige que seja eliminada a secular oposição entre a França e a Alemanha. Com esse objectivo, o Governo francês propõe actuar imediatamente num plano limitado mas decisivo. O Governo francês propõe subordinar o conjunto da produção franco-alemã de carvão e de aço a uma Alta Autoridade, numa organização aberta à participação dos outros países da Europa. A comunitarização das produções de carvão e de aço assegura imediatamente o estabelecimento de bases comuns de desenvolvimento económico, primeira etapa da federação europeia, e mudará o destino das regiões durante muito tempo condenadas ao fabrico de armas de guerra, das quais constituíram as mais constantes vítimas. A solidariedade de produção assim alcançada revelará que qualquer guerra entre a França e a Alemanha se tornará não apenas impensável como também materialmente impossível. (...) ⁷⁶.

Este foi o princípio da história integrada da Europa com a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) que alguns anos mais tarde ganhou mais expressividade com a assinatura do Tratado de Roma em 1957 e a criação da Comunidade Econômica Europeia. A ideia de iniciar pela integração econômica é explicada pelo paradigma funcionalista. As matérias comerciais, consideradas de

⁷³ GORENDER, Jacob. Estratégias dos Estados nacionais diante do processo de globalização. p.101 e 102.

⁷⁴ ARCY, François d'. *Les politiques de l'Union européenne*. p. 13.

⁷⁵ No dia 9 de maio comemora-se hoje o Dia da Europa. A escolha da data refere-se ao dia em que foi pronunciada esta famosa declaração por Robert Schuman – e que foi redigida por Jean Monnet. Considera-se que, naquele momento, foi lançado o projeto europeu.

⁷⁶ SCHUMAN, Robert. Declaração de 9 de maio de 1950. Tradução portuguesa disponível em: <http://europa.eu/abc/symbols/9-may/decl_pt.htm>. Acesso em: 20 dez. 2009.

menor densidade política, permitiriam o estabelecimento de laços que posteriormente seriam muito difíceis de serem rompidos. A partir destes a integração teria mais facilidade de aprofundar-se. Era esta resumidamente a idéia dos denominados pais fundadores da UE, dentre eles, destacadamente Jean Monnet⁷⁷.

O modo como Jean Monnet pensou realizar a integração europeia, qualificado muitas vezes como funcionalista, enfoca mais uma postura pragmática diante da conjuntura europeia à época⁷⁸. Isso porque, a inspiração federalista de Monnet, sobretudo quanto ao objetivo final da integração, também estava muito clara, ainda que ele tivesse consciência da impossibilidade de implementá-la no momento da origem do processo europeu como provou a rejeição do Tratado que estabelecia uma Comunidade Europeia de Defesa de 1952, por De Gaulle, acordo que posteriormente foi abandonado. Assim, explica-se a idéia de Monnet de criar “solidariedades de fato” em áreas estratégicas⁷⁹, confiando que estas decisões somadas à dinâmica interna dos atores institucionais e demais atores não-estatais, como grupos de interesse diversos⁸⁰, criariam pressões integrativas que transbordariam levando à expansão do alcance e da intensidade da integração, é a idéia presente na noção de *spillover* ou *débordement*. Depois de implementada, esta estratégia despertou tanta atenção que se chegou a delinear uma teoria específica para explicar esta estratégia, o neofuncionalismo que mesmo muito criticado e hoje pouco contribuir para a explicação do edifício europeu, tem inegável valor para a análise das primeiras etapas do processo.

Muitos obstáculos nos últimos anos dão conta do esgotamento deste método empírico baseado em compromissos consensuais mínimos. Desde 1997 está clara a necessidade de adaptação das instituições diante do aumento do número de membros e de competências, e os Tratados de Amsterdam e Nice, no entanto, fracassaram neste intento. O Conselho Europeu, assim, promoveu mudanças no

⁷⁷ Conselheiro político durante a Primeira Guerra Mundial, Secretário-geral adjunto da Sociedade das Nações, também atuou junto aos governos inglês, francês e também dos Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial. Após o fim da guerra continua trabalhando junto ao governo francês, sobretudo no plano de relançamento da economia francesa. Em 1952 tornou-se o primeiro presidente da Alta Autoridade da CECA. Mais sobre a biografia de Jean Monnet em: <<http://www.jean-monnet.net/main1.html>>.

⁷⁸ Segundo René SCHWOK, o método de Jean Monnet é muitas vezes qualificado como meio de “evitar problemas”, no sentido que busca construir a Europa contornando os confrontos diretos sobre as questões mais controversas, como por exemplo, aquelas que tocam a soberania nacional. SCHWOK, René. *Théories de l'intégration européenne*. Éditions Montchrestien: Paris, 2005. p. 37.

⁷⁹ SCHWOK, René. *Théories de l'intégration européenne*. p. 35 e 56.

⁸⁰ Esses grupos teriam ganhos com a integração e se constituiriam como novas forças a exigir mais integração sob pena de perdê-los. SCHWOK, René. *Théories de l'intégration européenne*. p. 60.

método ao instituir a Convenção sobre o futuro da Europa em 2001, através Declaração de Laeken. Pretendeu com isso promover um grande debate que fornecesse subsídios para a Conferência intergovernamental⁸¹ encarregada de redigir o que seria o Tratado constitucional. Mas o momento emblemático de abandono dessa estratégia parece mesmo ter sido o dos referendos que rejeitaram o Tratado constitucional na França e nos Países Baixos em 2005, quando os europeus colocaram um freio à progressão inquestionável do processo, e obrigaram a uma reflexão sobre os futuros desdobramentos do processo. Ainda assim, a aprovação do Tratado de Lisboa que repropõe em grande parte o conteúdo do Tratado constitucional pode ressuscitar a explicação neofuncionalista, afinal, apesar do revés sofrido, não se colocou outra possibilidade senão avançar, revisando os tratados. Isso pode levar à consideração de que o engajamento tornou-se quase irrevogável, como previu Monnet⁸², mas de todo modo, a questão constitucional continua problemática.

Por outro lado, o conceito de *spillover* político praticamente não explica o desenvolvimento político da Europa. A idéia descrita pela teoria neofuncionalista previa que a atuação dos grupos de interesse (multinacionais, sindicatos, lobbies) transferiria o jogo político para Bruxelas, mas mais que isso, previa que em decorrência disso se formaria uma Comunidade política em nível europeu e as pessoas se identificariam com o projeto europeu⁸³. Não somente essa Comunidade não se formou deste modo como as outras tentativas de construir um espaço público europeu a partir de eleições ou um tratado constitucional, além de medidas menores e esparsas, também encontram grandes dificuldades.

A admissão da atuação política da organização ocorreu por outras vias. A base para a criação da UE, a inclusão de diversas cooperações políticas e a criação da cidadania europeia foi construída pela inclusão dos direitos humanos no quotidiano da UE. Antes mesmo que os Estados-Membros consentirem naquelas transformações políticas, a atuação dos indivíduos que provocou uma interação entre o Tribunal europeu e alguns tribunais constitucionais nacionais obrigou a organização a estabelecer um patamar de respeito dos direitos humanos para as suas normas e para atividades de seus órgãos.

⁸¹ ARCY, François d'. *Les politiques de l'Union européenne*. p. 22.

⁸² SCHWOK, René. *Théories de l'intégration européenne*. p. 37

⁸³ SCHWOK, René. *Théories de l'intégration européenne*. p. 61.

Conforme já visto, a integração europeia iniciou-se a partir de uma integração meramente comercial e econômica ainda que o impulso e fundamento fosse eminentemente político. Após sofrer com duas guerras mundiais, os dirigentes europeus tinham muito claro que deveriam tomar medidas que realmente impedissem uma terceira guerra de mesma extensão e de proporções provavelmente ainda maiores, já que as armas disponíveis se tornavam cada vez mais destruidoras, muitas com capacidade massiva de extermínio.

Estabelecer uma integração política entre países com desavenças históricas e tão profundas não era algo que pudesse ser feito da noite para o dia⁸⁴, por isso a utilização da estratégia funcionalista que implementou primeiramente a integração comercial e econômica⁸⁵. O desenvolvimento de relações comerciais estreitas entre os Estados membros impediria futuros rompimentos ou obrigaria que eventuais desavenças fossem resolvidas diplomaticamente e não com armas.

A conjugação da integração comercial e econômica com um conjunto robusto de instituições permitiu que se avançasse no projeto integrativo. Em 1986 o Ato Único Europeu, primeiro tratado reformador dos Tratados constitutivos, introduz o objetivo de concretizar o mercado interno até 1992. A construção de um mercado interno ou comum, implica a implementação das chamadas quatro liberdades econômicas ou a livre circulação dos quatro fatores produtivos – bens, capitais, trabalhadores e serviços. A realização destas ocorre de forma “negativa” através da eliminação das barreiras existentes a esta circulação e também tem sua faceta “positiva” pela implementação de um tratamento não discriminatório entre os fatores de produção nacionais e de outros Estados-Membros.

A partir disso, é inevitável que a movimentação destes fatores gere situações que afetem direitos humanos. Esse entrelaçamento veio à tona muito cedo no processo europeu, mas as instituições se esforçaram para negar a sua existência. Esta foi uma opção política que tentou evitar limitações ao desenvolvimento das Comunidades Econômicas Europeias. No entanto, o aumento da presença das decisões dessa organização na vida dos europeus e a pouca participação destes

⁸⁴ De fato, o projeto de uma Comunidade Europeia de Defesa (CED) fracassou rapidamente. Aprovado em 1952, foi abandonado em 1954 após a rejeição da França.

⁸⁵ Para o setor do carvão e do aço, mercadoria de grande importância para a indústria bélica, foi criada uma organização especial com maiores poderes supranacionais, a Comunidade Europeia do carvão e do aço (CECA), que existiu até 23 de Julho de 2002. O tratado que a criou previa que a mesma existiria por cinquenta anos. As suas competências foram absorvidas pela Comunidade Europeia.

nesse processo decisório exigiu uma mudança de postura para o bem dos interesses da própria Comunidade.

Além de estabelecer um controle sobre a atuação das instituições europeias, a preocupação era garantir que o nível de proteção de direitos humanos na Comunidade não fosse inferior ao dos ordenamentos dos Estados-Membros. Se há transferência de competências e poderes soberanos dos Estados-Membros para a Comunidade, os limites ao poder e as garantias de liberdade conquistadas no primeiro nível também devem ser transpostas ao segundo, sob pena de regressão na posição jurídica dos cidadãos submetidos à ordem comunitária. O ponto estava em encontrar um modo de atender o objetivo da Comunidade de ter supremacia no seu campo de atuação sem negar aos indivíduos a garantia dos padrões mais altos de proteção de direitos humanos⁸⁶

Em um primeiro momento, utilizou-se o argumento de que as constituições nacionais ofereciam uma melhor proteção para justificar a postura evasiva do Tribunal diante das reclamações sobre direitos humanos que lhe chegavam⁸⁷. Nesta fase de negação da proteção de direitos humanos pelas Comunidades Europeias, alguns casos são emblemáticos desta postura. A primeira vez que um direito fundamental foi invocado contra um ato do bloco europeu foi em 1959, no caso *Stork*. Uma empresa alemã que interpôs um recurso de anulação junto ao então Tribunal da CECA contra uma decisão da Alta Autoridade que modificava, de modo que ela considerava ilegítimo, as regras sobre as condições de armazenagem do carvão. O questionamento baseava-se em diversos artigos da Constituição alemã, relativos ao livre desenvolvimento da personalidade e ao exercício livre da profissão. O Tribunal não conheceu o recurso sob alegação de incompetência ao afirmar que não lhe cabia a análise de violações de leis nacionais⁸⁸.

Em 1960 houve outro recurso, conhecido como *Comptoirs de Vente*, para o mesmo Tribunal e contra decisão da mesma autoridade que modificava os parâmetros de comercialização do carvão. Mais uma vez o direito constitucional alemão foi invocado, notadamente a sua proteção ao direito de propriedade. A

⁸⁶ MOWER, Glenn A. The Implementation of Human Rights through European Community Institutions. In: *Universal Human Rights*. The John Hopkins University Press, vol. 2, n. 2, apr-jun 1980. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/761810>>. Acesso em: 02 jan. 2010. p. 46.

⁸⁷ MOWER, Glenn A. The Implementation of Human Rights through European Community Institutions. p. 47.

⁸⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. Análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 63.

resposta do Tribunal também repetiu a do caso anterior, enfatizando que o parâmetro para a avaliação dos atos dos órgãos do bloco eram os tratados⁸⁹.

Poucos anos mais tarde, entretanto, essa linha de julgados mudou radicalmente. Marco dessa nova fase que estabeleceu a proteção dos direitos humanos nas Comunidades Europeias através da via pretoriana foi o caso *Stauder*, julgado em 1969. Tratava-se da apreciação de um reenvio prejudicial solicitado pelo Tribunal Administrativo de Stuttgart para dirimir dúvida sobre a compatibilidade de uma decisão da Comissão e os princípios gerais do direito comunitário. Esta referência aos princípios gerais do direito comunitário merece atenção, pois nas controvérsias anteriores se invocava o direito nacional como parâmetro de validade dos atos comunitários. A questão concreta dizia respeito a uma decisão da Comissão que permitia a venda de manteiga a preços abaixo do mercado para determinados grupos de consumidores hipossuficientes em razão de um excedente de estoque. O procedimento para tanto exigia a identificação dos compradores por bônus nominais, o que o senhor *Stauder* considerava vexatório e atentatório à sua dignidade além de ofender o seu direito à intimidade. O Tribunal profere uma decisão concisa, mas reconhece que as Comunidades devem assegurar a proteção de direitos humanos, fundamentando isso nos princípios gerais de direito comunitário⁹⁰.

O procedimento era de induzir a partir de disposições específicas um princípio geral que exprimisse seu espírito, trabalho em que está presente tanto um poder normativo quanto jurisdicional. O Tratado havia implicitamente autorizado a utilização desta técnica, relativamente nova na Europa, no art. 215 que fazia referência, em matéria de responsabilidade extra-contratual, aos “princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros” e o Tribunal generalizou essa disposição específica⁹¹.

Posteriormente a decisão do caso *Internationale Handelsgesellschaft* detalhou melhor o posicionamento exposto pela primeira vez no caso *Stauder*. Os fatos concretos aqui se referem a uma empresa de importação e exportação de produtos agrícolas que obteve licença de exportação de vinte mil toneladas de milho e teve que apresentar fiança assecuratória da obrigação de exportar, de acordo com o

⁸⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. p. 64.

⁹⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. p. 68.

⁹¹ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 1999. p. 67.

previsto em um Regulamento. Na seqüência, a empresa não realizou toda a exportação, perdendo assim, parte da fiança. Em razão disso, recorreu ao Tribunal Administrativo de Frankfurt alegando violação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade que incluía as liberdades de ação e disposição, livre exercício da atividade econômica e direito de propriedade, além de considerar a medida desproporcional. O Tribunal de Justiça enfatiza mais uma vez que a validade dos atos comunitários era verificada com relação aos tratados e não com relação aos direitos nacionais, mas reafirmou que o próprio ordenamento comunitário deve proteger os direitos fundamentais que formam parte de seus princípios gerais de direito, de acordo com as estruturas e finalidades da integração europeia. A novidade aqui foi a referência à fonte dessa proteção, ou seja, às tradições constitucionais comuns dos Estados membros⁹².

O Tribunal aqui não afirmou que o traçado das tradições constitucionais comuns se basearia em um mínimo denominador comum ou uma simples média entre as tradições nacionais. A jurisprudência baseada nesta fonte buscou as constituições nacionais que apresentavam o mais alto padrão de proteção dos direitos dos indivíduos⁹³. A engenhosidade do Tribunal, capaz de se permitir uma grande liberdade na seleção, de maneira a privilegiar o princípio mais operativo, livre para considerar um instrumento que exista apenas em um direito constitucional nacional, mais uma vez se faz notar⁹⁴.

Na construção deste percurso em que o Tribunal de Justiça mudou radicalmente de posição foi determinante o diálogo estabelecido entre o Tribunal europeu e alguns tribunais constitucionais nacionais. Deste contato resultaram ajustamentos e adaptações por parte de ambos os tribunais, forjando-se uma dinâmica nova no mundo do direito, consubstanciada na doutrina *So lange*. Em 1974, a Corte Constitucional alemã ainda afirmava não renunciar ao controle do respeito dos direitos fundamentais “enquanto (*so lange*) [considerava que] o processo de integração da Comunidade ainda não atingiu um estágio suficientemente avançado para que o direito comunitário comporte igualmente um catálogo em vigor dos direitos fundamentais, disposto por um Parlamento e correspondente ao catálogo dos direitos fundamentais consagrados pela Lei

⁹² RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. p.70-71.

⁹³ MOWER, Glenn A. The Implementation of Human Rights through European Community Institutions. p. 50.

⁹⁴ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 69.

fundamental [alemã]⁹⁵. A jurisdição alemã só reconheceria em 1986 que a Corte de Justiça garante “uma proteção eficaz dos direitos fundamentais face às prerrogativas do poder público das Comunidades comparável, no essencial, à proteção dos direitos a que a Lei fundamental consagra caráter inalienável⁹⁶”.

Em 1974, no julgamento do caso *Nold*, o Tribunal complementa essa origem da proteção, afirmando que os tratados internacionais de direitos humanos firmados pelos Estados-Membros também o orientam nesta tarefa⁹⁷. A Convenção europeia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (CESDH) é claro, é a fonte principal. Com a adesão da França em 1974, este instrumento se tornou um padrão comum de proteção entre os nove Estados-Membros à época⁹⁸. Apesar disso, a possibilidade de adesão da própria Comunidade à CESDH, concebida como uma resposta a estas pressões dos tribunais nacionais, era bastante criticada. Argumentava-se que

reduziria a Europa a uma construção piramidal em que relação triangular Europas/Estados seria absorvida por uma dupla relação de subordinação, da Europa comunitária àquela dos direitos do homem, e de cada Estado à Europa assim unificada⁹⁹.

Paralelo ao diálogo estabelecido pelos tribunais, houve grande discussão entre as demais instituições comunitárias a respeito de qual seria o sistema de proteção mais adequado. Havia três possibilidades: sistema pretoriano, adoção de um catálogo próprio e adesão à CESDH. A questão se colocou com recorrência e as instituições, inclusive, modificaram suas preferências algumas vezes. Em 1977, as instituições adotam uma declaração comum apoiando a fórmula criada pelo Tribunal, para afastar as eventuais críticas sobre a atuação do Tribunal neste campo. Os diversos relatórios da Comissão e do Parlamento Europeu (PE) nesta época a respeito de qual sistema eleger não conseguiram atingir um consenso. O projeto de tratado da UE redigido pelo PE chegou mesmo a trazer uma combinação das três vias. O art. 4 legitimava a via pretoriana, afirmando que a UE garantia os direitos

⁹⁵ A Corte suprema italiana havia também expresso certas reticências. MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 68

⁹⁶ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 69.

⁹⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. p.

⁹⁸ MOWER, Glenn A. *The Implementation of Human Rights through European Community Institutions*. p. 50.

⁹⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo; Martins Fontes, 2004. p. 268.

fundamentais “como resultam notadamente dos princípios comuns das constituições dos Estados membros, bem como da CESDH”; em seguida dispunha que a UE deveria, nos próximos anos deliberar sobre a sua “adesão aos instrumentos internacionais supramencionados e acrescentava ainda que no mesmo prazo, adotaria a sua própria declaração de direitos fundamentais.

Este projeto nunca foi adotado e os Estados-Membros se contentaram dois anos mais tarde, quando redigiram o Ato Único com declarações gerais no preâmbulo: “Decididos a promover conjuntamente a democracia, fundando-se nos direitos humanos reconhecidos nas constituições e leis dos Estados-Membros, na CESDH e na Carta Social Européia¹⁰⁰. Aqui os direitos humanos se inserem em um processo de legitimação das normas comunitárias, mas não se prevê nenhum procedimento específico em caso de conflito com uma norma comunitária¹⁰¹.

O Tratado de Maastricht, de 1992, vai um pouco mais longe e insere a CESDH no texto dos tratados europeus. O art. 6 (antigo artigo F), após declarar que as bases da UE são a liberdade, a democracia, o respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, afirma no n. 2 que “a União respeita os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (...) e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais de direito comunitário”. Aqui também não se introduziu qualquer procedimento específico para aplacar possíveis choques entre a produção legislativa comunitária e os direitos humanos elencados na CESDH. O respeito do art. 6 tornou-se, no entanto, condição para o pedido de adesão à UE conforme o art. 49 TUE.

A questão da adesão da UE à CESDH foi muito debatida, mas o Tribunal não poderia tomar uma decisão neste sentido, a qual teria o efeito prático de submeter as instituições ao controle do Tribunal de Estrasburgo. Foi o que explicitou o Tribunal de Justiça no Parecer 2/94¹⁰². O Tribunal de Justiça então optou então por

¹⁰⁰ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 76

¹⁰¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. p. 269.

¹⁰² « 6. En l'état actuel du droit communautaire, la Communauté n'a pas compétence pour adhérer à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, car, d'une part, aucune disposition du traité ne confère aux institutions communautaires, de manière générale, le pouvoir d'édicter des règles en matière de droits de l'homme ou de conclure des conventions internationales dans ce domaine et, d'autre part, une telle adhésion ne saurait s'opérer par le recours à l'article 235 du traité. En effet, si le respect des droits de l'homme constitue une condition de la légalité des actes communautaires, l'adhésion de la Communauté à la convention

incorporar progressivamente o conteúdo da Convenção como princípios gerais e realizar o controle ela mesma - assim, evitava também que ela mesma fosse submetida a um controle judicial exterior. Esta decisão foi ratificada posteriormente por uma declaração comum do PE, Conselho e Comissão¹⁰³.

Já as versões dos Tratados após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 01 de dezembro de 2009, agora chamados de Tratado da União Europeia (TUE) e Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), trazem um protocolo relativo à adesão da UE à CESDH. É o Protocolo n. 8 que disciplina justamente o art. 6, n. 2 e coloca as condições para que a UE possa enfim aderir à CESDH. Exige a inclusão de algumas cláusulas que sirvam a preservar “as características próprias da União e do direito da União” como regras sobre a eventual participação da UE nas instâncias de controle da CESDH e previsão de mecanismo que permitam o correto direcionamento das demandas contra os Estados-Membros e contra a UE.

Além disso, o futuro acordo não deve afetar as competências nem as atribuições das instituições europeias nem a situação dos Estados-Membros com relação à CESDH, especialmente no que se refere aos Protocolos, medidas e reservas relativas a cada um deles. Por fim o acordo de adesão à CESDH não deve trazer nenhuma disposição que implique a submissão de lides sobre aplicação ou interpretação dos Tratados a outro sistema de solução de controvérsias que não o previsto nos próprios Tratados.

Mais um elemento se somou a esse mosaico de sistemas de proteção em 2000. Elaborada por uma Convenção que reuniu representantes dos governos dos Estados-Membros, a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi adotada em Nice, durante a Conferência governamental daquele ano. Foi necessário esperar oito anos para que esta carta adquirisse força jurídica

européenne des droits de l'homme entraînerait un changement substantiel du régime actuel de la protection des droits de l'homme, en ce qu'elle comporterait l'insertion de la Communauté dans un système institutionnel international distinct ainsi que l'intégration de l'ensemble des dispositions de la convention dans l'ordre juridique communautaire. Une telle modification du régime de la protection des droits de l'homme dans la Communauté, dont les implications institutionnelles seraient également fondamentales tant pour la Communauté que pour les États membres, revêtirait une envergure constitutionnelle et dépasserait donc par sa nature les limites de l'article 235. Elle ne saurait être réalisée que par la voie d'une modification du traité ». UNIÃO EUROPEIA. Tribunal De Justiça das Comunidades Europeias. Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales - *Avis 2/94*. Recueil de jurisprudence 1996 page I-01759. Disponível em : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994V0002:FR:HTML>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

¹⁰³ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 70.

obrigatória. Mas mesmo antes da adoção do texto declaratório, as tentativas de adotar um catálogo de direitos próprio da UE foram bloqueadas diversas vezes. Já no início, diante das posturas de alguns Estados-Membros, ficou claro que esse salto só poderia ser realizado com a concordância de todos os membros através de um novo tratado ou de uma revisão.

A Carta reúne os direitos civis, políticos, econômicos e sociais consagrados na UE, e adquiriu força obrigatória com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em dezembro de 2009. Este tratado lhe reconhece valor jurídico idêntico ao dos tratados e considera-se que, assim, seja proporcionada maior segurança jurídica na proteção dos direitos humanos, mesmo que o modo como será invocada e aplicada e a sua relação com os demais sistemas de proteção dos direitos humanos, sobretudo o da CEDH, ainda estejam por ser melhor definidos.

Teoricamente, parecem ser dois os modelos de relacionamento entre os direitos humanos e os processos de integração: *leverage model* (ou modelo de influência) e *incorporation model* (modelo de incorporação). O primeiro coloca o respeito dos direitos humanos como condição de pertencimento. O segundo, por sua vez, traz algum nível de interpenetração entre um sistema de integração e um sistema de direitos humanos, que pode variar da simples referência a alguns direitos até a incorporação total do outro sistema¹⁰⁴. Os modelos possuem objetivos diferentes, mas é possível visualizar uma correspondência com o grau de evolução do processo de integração. Nesse sentido um modelo seria preliminar ao outro e na experiência européia, foi necessário um “choque externo” para obrigar os Estados a implementar a proteção internamente¹⁰⁵.

No Velho continente esse elemento representado pela já citada controvérsia entre o Tribunal constitucional alemão e Tribunal de Justiça¹⁰⁶. Na UE a construção

¹⁰⁴ GARCIA, Frank. Integrating Trade and Human Rights in the Americas. *Research Paper Series*. Research paper n. 26, November 17, 2003. Boston College Law School, Public Law and Legal Theory. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=>. Acesso em: 08 nov. 2009. p. 1.

¹⁰⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. p. 43.

¹⁰⁶ No Mercosul, André de Carvalho Ramos (RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. p. 44), afirmou que uma possível impugnação judicial no Brasil do VI Laudo Arbitral (Uy vs. Br - caso dos pneus), poderia acarretar o mesmo efeito. No entanto, a decisão do STF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 101), de relatoria da ministra Carmen Lúcia, não teve a mesma coragem do Tribunal alemão produzindo uma peça jurídica incompreensível e que não assimila os necessários diálogos constitucionais da nossa época (ver: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009). Vejam-se os fatos: devido ao incumprimento brasileiro do laudo mercosulino (os laudos também não possuem força executiva neste bloco), foram ajuizadas diversas ações no judiciário brasileiro exigindo o cumprimento daquele. Estas demandas chegaram ao Supremo Tribunal Federal STF, que deu prova

pretoriana da proteção de direitos humanos cumpriu um papel humanizador da organização econômica criada nos anos cinquenta. Contudo, deve-se atentar que o Tribunal de Justiça precisou ser provocado pelos tribunais constitucionais nacionais da Alemanha e da Itália – Estados com novas constituições longas e rígidas, assim delineadas para evitar a repetição dos horrores da Segunda Guerra Mundial – para, depois de alguma insistência, incluir entre as suas tarefas a garantia do respeito aos direitos humanos pelos demais órgãos do bloco.

Neste episódio, no entanto, o grande motivo que levou o Tribunal de Justiça a modificar seu discurso e reconhecer que a jurisdição comunitária protegia os direitos fundamentais dos cidadãos não foi a preocupação com os indivíduos e seus direitos, mas sim com a uniformidade da aplicação do direito comunitário¹⁰⁷. Aí está a maior

de grande criatividade jurídica e pouco conhecimento do direito internacional. Basicamente decidiu-se que a legislação brasileira que proibia a importação de pneus remodelados era legítima, no entanto, relativamente aos países do Mercosul este comércio deveria ser permitido, em respeito ao ordenamento mercosulino. O sistema da OMC até prevê que se possam estabelecer preferências - normas mais favoráveis - entre países que fazem parte de um bloco de integração regional nos termos do art. XXIV do Anexo II do Acordo da OMC (GATT 94), mas essa cláusula refere-se a níveis tarifários e outras barreiras e parece incompatível com uma menor proteção de direitos humanos entre os membros de um bloco. Além disso, há um desvirtuamento na prática, já que os pneus podem ser importados pelos outros países do bloco desde o externo e, uma vez dentro do território do país mercosulino, serem exportados para o Brasil, além, é claro, do problema jurídico pois o Brasil pode ser demandado na OMC por esta diferenciação injusta que pratica. Está claro que as situações, européia e mercosulina, não são comparáveis. A preocupação que estimulou o TJUE a reconhecer a proteção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário foi a uniformidade da aplicação do direito comunitário. Como se sabe, isso inexistia no Mercosul, a grande maioria do direito mercosulino, apesar de obrigatório, não é internalizado pelos Estados parte e as instituições do Mercosul não dispõem de meios para impor a internalização e o respeito dessa normativa. Tudo depende da vontade dos Estados. Assim, é possível que a preocupação da ministra Carmem Lúcia tenha sido a de não fragilizar ainda mais o processo integrativo do Mercosul, reafirmando sua importância ao dar prevalência à normativa regional sobre o direito interno. No entanto, o resultado dessa decisão compromete o nível de proteção da saúde e do meio ambiente garantidos aos brasileiros pelo ordenamento pátrio. A solução talvez pudesse ter sido encontrada em um diálogo que modificasse ambos os ordenamentos diante desse problema constitucional concreto surgido (ver: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009). Em vez disso, houve mera tentativa de encontrar uma hierarquia entre as ordens, reflexo de uma mentalidade balizada por concepções rígidas de hierarquia que já não mais explica a realidade normativa atual. É preciso aprender a trabalhar com o vago (ver: DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004.).

¹⁰⁷ Analise-se o que ocorreu no caso dos pneus. Devido às características institucionais do processo mercosulino, a lógica é praticamente toda invertida e, no caso específico, se soma a influência de alguns elementos externos. Na controvérsia dos pneus, também estavam em conflito um direito ligado ao processo de integração (livre circulação de mercadorias) e os direitos humanos à saúde e um meio ambiente saudável. O Brasil adotou uma normativa que proibia a circulação de pneumáticos remodelados que contrastava com o princípio de livre circulação de mercadorias fundamental no Mercosul. Como não há aplicabilidade direta nem primazia da normativa mercosulina, na prática, diante do conflito, aplicava-se a normativa nacional mais recente que proibia a circulação de pneumáticos remodelados. Para reverter essa situação e buscar o respeito da norma do Mercosul, o Uruguai levantou uma controvérsia junto ao Tribunal ad hoc do Mercosul. A defesa apresentada pelo Brasil foi bastante estreita do ponto de vista jurídico. Os redatores ignoraram toda a complexidade de ordens jurídicas que compõe a sociedade internacional e argumentaram somente com base em

fragilidade do edifício construído pelo Tribunal. Após afirmar que a proteção dos direitos humanos não competia às Comunidades, o Tribunal de Justiça abriu a via para que as jurisdições nacionais julgassem a validade do direito comunitário relativamente ao arcabouço de direitos fundamentais previsto em cada uma das constituições dos Estados-Membros. Foi justamente a preocupação com a perda da uniformidade e da primazia do direito comunitário que conduziu a este resultado e não preocupações humanistas.

A crítica é, então, de que o ambiente do direito comunitário ainda permanece estruturalmente condicionado para evitar lidar com os direitos humanos como uma prioridade¹⁰⁸. O Tribunal de Justiça afirmou, a partir de questões concretas levadas à sua análise, e assim de forma irregular, uma série de regras estruturais e substanciais¹⁰⁹. Apesar de alguns considerarem que essa obra normativa tenha constitucionalizado a ordem comunitária e resistirem às objeções daqueles que criticam essa falta de sistematicidade, estão claras as limitações do Tribunal para o desempenho dessa tarefa. Elas se referem não somente ao campo de aplicação do Tratado como à interpretação que dá a essas liberdades, sempre pautadas pelos fins econômicos da UE. Os direitos fundamentais comunitários seriam então “direitos do cidadão do mercado”¹¹⁰.

Essa interpretação particular pode ainda dar lugar a decisões conflitantes com a da jurisprudência da CEDH. E de fato, a jurisprudência ao longo dos anos demonstrou essa diferença¹¹¹. O ponto problemático está no diferente equilíbrio de

questões jurídico-formais para justificar sua conduta. Já a Argentina, submetida à mesma demanda, justificou-se com o argumento da proteção de direitos humanos e saiu vencedora da disputa. Este laudo, no entanto, foi reformado pelo Tribunal Permanente de Revisão, de modo que, prevaleceu a posição segundo a qual o Mercosul não se ocupa de direitos humanos. Posteriormente, um painel da OMC que tratou do mesmo assunto proferiu decisão sobre a disputa que envolveu as Comunidades europeias e o Brasil. Neste caso, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC) reafirmou o princípio fundamental do ordenamento daquele órgão, ou seja, o livre comércio, mas reconheceu a possibilidade da existência de exceções baseadas no seu próprio ordenamento, que contemplam a proteção de direitos humanos tais como o direito à saúde e ao meio ambiente.

¹⁰⁸ GREER, Steven; WILLIAMS, Andrew. Human Rights in the Council of Europe and the EU: Towards ‘Individual’, ‘Constitutional’ or ‘Institutional’ Justice. *European Law Journal*. Blackwell Publishing. Vol. 15, No. 4, July 2009, pp. 462–481. p. 477.

¹⁰⁹ Dentre as regras estruturais da ordem jurídica podem ser citados o direito ao juiz e dentre as substanciais, as liberdades de reunião, associação e expressão, e de convicções religiosas, o respeito à vida familiar e privada, a proteção da integridade física e o direito de propriedade. Ver MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 70.

¹¹⁰ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 72.

¹¹¹ Os casos não são muitos mas são significativos: por exemplo, a proteção da vida privada, para o Tribunal de Estrasburgo estende-se aos locais comerciais, para o de Luxemburgo não. Para o Tribunal de Estrasburgo o conceito de família estende-se aos concubinos, para o de Luxemburgo,

valores aplicados pelos dois tribunais¹¹². Na Europa, apesar da criação de mecanismos de proteção dos direitos humanos dentro do sistema da UE, não se conseguiu atingir o ponto central, ou seja, a inversão da hierarquia de valores que resultou da expansão e do fortalecimento do comércio internacional e colocou os valores econômicos acima dos valores humanos. Acredita-se que a adesão à CESDH possa solucionar este problema ao garantir a reordenação da hierarquia de valores e a convergência na jurisprudência que interpreta os direitos humanos mediante a submissão da UE à CEDH¹¹³. O Tratado de Lisboa traz boas novas neste sentido ao regular esta futura adesão, mas só a prática dirá se este método funcionará¹¹⁴.

inclui somente os casados. E sobre a divulgação de informações relativas à interrupção da gravidez mesmo em um Estado onde esta é proibida também há divergência. O Tribunal de Estrasburgo acredita que a liberdade de expressão permite isso, já o de Luxemburgo não se opõe a que os Estados-Membros coloquem restrições à divulgação destas informações. Outros exemplos de como os direitos humanos, para serem protegidos, devem ser compatíveis com os objetivos da Comunidade, ver MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 73.

¹¹² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit I*. Le relatif et l'universel. p. 147.

¹¹³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit I*. Le relatif et l'universel. p. 151 e 152.

¹¹⁴ O transconstitucionalismo de Marcelo NEVES propõe um modelo de articulação, “uma conversação transconstitucional mediante “pontes de transição” que possibilitem aprendizados recíprocos entre as ordens envolvidas”. É um modelo mais amplo que busca atender as necessidades de todo o sistema internacional e não somente da realidade europeia, mais institucionalizada, ainda que, é claro, seja válido para ela da mesma forma. Ver: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 257.

2 A CIDADANIA EUROPÉIA: LOCAL DE TENSÕES ENTRE O PASSADO E O FUTURO

2.1 O caráter estratégico do conceito de cidadania

A consideração de que a prioridade do bloco europeu ligava-se às matérias econômicas e que somente os direitos humanos estritamente conectados a estas seriam protegidos no sistema comunitário era um ponto majoritário entre as lideranças políticas europeias antes da criação da UE em 1992. Com a adoção do Tratado de Maastricht naquele ano, foi oficialmente criada uma união política entre os Estados-Membros e também a cidadania europeia, o que fortaleceu o caráter político do processo de integração.

O referido Tratado formalizou, dentro do esquema da integração, as diversas cooperações em matérias políticas que circundavam o processo econômico, criando dois novos pilares políticos ao lado da Comunidade Europeia que constituía o pilar econômico. Um deles referia-se à Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e o outro à Cooperação nos domínios da Justiça e dos Assuntos Internos (JAI). Esta última justifica-se, sobretudo, em razão do estabelecimento do mercado comum que comporta supressão das fronteiras externas e livre circulação de fatores produtivos, dentre eles, as pessoas.

Não se pode, no entanto, limitar à criação destes novos pilares a passagem de uma integração econômica a uma integração política. A questão é maior, ou seja, saber se a UE pode ser mais que um enorme mercado de produtores e consumidores e tornar-se um reunião de milhões de cidadãos¹¹⁵. A disputa na origem da construção da cidadania regional era justamente travada entre os que a consideravam um conceito estratégico, elemento importante do projeto de passagem de uma Comunidade econômica a uma União política; e outros que a rejeitavam como símbolo de um projeto federal¹¹⁶.

O embrião da cidadania europeia é identificado no estatuto de direitos reconhecido ao trabalhador do mercado comum. No preâmbulo do Tratado de

¹¹⁵ ARCY, François d'. *Les politiques de l'Union européenne*. p. 18.

¹¹⁶ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 12.

Roma, elencavam-se objetivos mais amplos que superariam a Comunidade econômica então existente, mas naquele momento ainda sem concretização. Além disso, muitos outros artigos nesse mesmo tratado já formavam a base que contribuiria à formação da cidadania europeia¹¹⁷.

Os direitos dos trabalhadores comunitários, antes mesmo da criação da cidadania europeia configuravam-se como uma espécie de cidadania especializada que tem origem no pertencimento a um mercado comum. Na qualidade de “ator econômico” de um vasto mercado europeu, o trabalhador comunitário tem reconhecidos os direitos que facilitam o exercício dessa qualidade¹¹⁸. Como se vê, nessa experiência, há uma diferença fundamental relativamente ao instituto da cidadania em sua configuração tradicional que decorre do pertencimento a uma Comunidade política, e mesmo hoje, ainda há dúvidas sobre a UE ser considerada uma Comunidade política, mas, sobretudo, questiona-se se os europeus constituem um “povo”, na acepção da teoria política clássica. E é por essas peculiaridades que os fundamentos, o funcionamento e o futuro da cidadania europeia inspiram os estudos acadêmicos. A perspectiva de que a correspondência direta entre os institutos da cidadania e da nacionalidade, estabelecida na Modernidade quando o Estado nacional erigiu-se à categoria de Comunidade política por excelência seja superada, constituiria mais uma grande transformação política e social da era global.

Para entender melhor as razões do grande interesse nas características desse novo tipo de cidadania, é preciso ter uma idéia mais clara das transformações pelas quais passou o instituto na história. Na Antiguidade afirmava-se a igualdade de direitos entre todos os cidadãos. No entanto, isto podia ser verdade dentro de uma categoria, que era muito restrita, excluindo a maior parte dos indivíduos, os quais não eram considerados cidadãos. Na passagem para a Idade Média houve a inclusão de muitos grupos como os servos e os artesãos, mas ao mesmo tempo, procedeu-se a uma categorização em vários tipos de cidadania. Deste modo, as diversas “qualidades” de cidadãos possuíam diferentes direitos, deveres, privilégios e encargos.

Na Idade Média os direitos não eram ligados diretamente à pessoa, ao indivíduo, como serão os direitos subjetivos na Idade Moderna. Além dos privilégios e deveres ligados aos corpos que compõem, pode-se citar o exemplo da liberdade

¹¹⁷ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 16 e 17.

¹¹⁸ GAROT, Marie José. *La citoyenneté de l'Union européenne*. Paris : L'Harmattan, 1999. p. 74

das pessoas, a qual decorria da liberdade da cidade, sendo ligada a esta e não uma característica do ser humano como tal. “É resultado da dinâmica de poderes e atinge o indivíduo somente através do seu pertencimento à Comunidade política¹¹⁹”.

O estrangeiro, por sua vez, também podia possuir alguns privilégios. Na Idade Média, as políticas com relação a estes sujeitos dependiam das condições sócio-econômicas da cidade (p. ex.: se vivia situações de superpopulação ou de “crise econômica”) e, além disso, variavam conforme a classe de pertencimento do estrangeiro (ricos mercadores ou mendigos). Ainda que a idéia de direitos de cidadania fosse muito diferente da moderna, a lógica do pertencimento se mostrava muito forte e se mantinha uma diferenciação, inclusive, entre cidadãos originários e aqueles que recém haviam adquirido tal *status*¹²⁰.

Por outro lado, havia o banimento, que era uma pena de exclusão da Comunidade, quando se rompia a relação de confiança ou quando se violava um acordo. A centralidade desta análise está em enxergar que tal pena significava perda de toda proteção jurídica (que o indivíduo possuía, então, por fazer parte de uma Comunidade política tão somente), podendo ser ofendido e agredido impunemente. Deve-se, claro, diferenciar entre o inimigo-estranho e o banido. “O primeiro pertence a uma Comunidade contraposta mas análoga, já o banido é um não-ser”¹²¹.

Na transição para a Idade Moderna o elemento mais significativo para a fratura com a tradição medieval foi a imposição do novo paradigma jusnaturalista. O estado de natureza imaginado pelos teóricos é uma espécie de experimento mental, não algo que exista ou tenha existido concretamente. Esta idéia permitiu, no entanto, visualizar o homem independentemente de qualquer ligação.

Ao se colocar o indivíduo abstrato na base do direito (e não mais caracterizado pelas funções que desempenha), tem-se que o direito natural não mais deriva da natureza cósmica e sim da natureza do homem. Assim, era necessário determinar que natureza era essa, para então definir quais eram os direitos inalteráveis e necessários. O cartesianismo afirmava que o homem é um ser racional, que portanto tem o direito de usar livremente a razão para pautar suas

¹¹⁹ COSTA, Pietro. *Civitas, Respublica, Corpus*. Immagini dell'ordine e dell'appartenenza fra 'antico' e 'moderno'. In: CARILLO, G. *Unità e disunione della polis*. Napoli: Ellio Selino Editore, 2007. p. 89-91.

¹²⁰ COSTA, Pietro. *Civitas, Respublica, Corpus...* p. 107.

¹²¹ COSTA, Pietro. *Civitas, Respublica, Corpus...* p. 108 e 109.

ações. O empirismo dizia que o homem é um ser de instintos que devem ter curso livre garantido pelo direito¹²².

Para Grotius, Hobbes e Locke, contratualistas, o homem não submetido a nenhuma espécie de poder superior e ordenante, possui duas qualidades: a liberdade e a igualdade¹²³. O Estado, surgido do pacto social, é criado então para garantir os direitos subjetivos (de que dispõe os indivíduos em razão de sua própria existência) através da criação de direitos objetivos. O fundamento de legitimidade do direito está no “caráter naturalmente justo do poder da vontade¹²⁴”.

O aparente paradoxo do jusnaturalismo racional que acaba valorizando a vontade é explicado porque, na verdade, o racionalismo em questão é simplesmente metodológico, como exposto nos “Prolegômenos” do *De jure belli ac pacis*, de Grotius, “um método racional de atingir a natureza da Sociedade e do homem e daí concluir o tipo de ordem que preside às coisas humanas”. Quando ao final da aplicação deste método conclui-se, como muitos autores o fizeram, que a liberdade e a auto-determinação sejam os traços mais característicos da natureza do homem e o contrato o fundamento da Sociedade. Tem-se aí um modelo voluntarista da ordem social atingido através de um método racionalista de averiguação¹²⁵.

Além do advento do paradigma jusnaturalista, todas estas transformações nas posições jurídicas dos indivíduos estão muito ligadas às modificações que sofreram as Comunidades políticas. Na Idade Média, a cidade, que era a forma de organização política por excelência (considerada a forma de associação mais perfeita), era ilustrada pela metáfora do corpo que possui unidade -- ou seja, não se trata de uma junção casual de sujeitos -- e que possui uma ordem relativamente aos corpos que a formam¹²⁶. Os corpos são todos essenciais, ainda que umas sejam partes vis e outras partes nobres, destinadas à obediência e ao comando respectivamente. A unidade dos elementos que compõe o espaço político -- que não são indivíduos e sim corpos -- é um fato objetivo, decorrente de um complexo entrelaçamento de poderes.

Outro fator característico da Idade Média era a hierarquia ligada ao desejo de manutenção da ordem. As funções não eram definidas pela vontade mas pela

¹²² HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 301-306.

¹²³ COSTA, Pietro. *Civitas, Respublica, Corpus*. p. 52.

¹²⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. p. 312.

¹²⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. p. 312.

¹²⁶ COSTA, Pietro. *Civitas, Respublica, Corpus*. p. 48.

natural superioridade e inferioridade de acordo com a tradição. Assim, vigia uma ordem de desigualdade. Não respeitar essa diferenciação significava comprometer a ordem¹²⁷. Este modo de conceber a Comunidade política foi o que permitiu, então, que diferentes “níveis” de cidadania subsistissem sem maiores contestações.

Nota-se facilmente como muitas das situações presentes na Idade Média se tornaram incompatíveis com a nova concepção liberal de cidadania, baseada na idéia de igualdade, liberdade e individualismo¹²⁸, que se consolidou na Idade Moderna e é predominante até os dias de hoje. A hierarquização, a diferenciação por funções, a existência de poderes ilimitados nas mãos dos soberanos, pena de banimento que funcionava como uma espécie de apatridia, tudo isso não é mais aceito na Europa, berço da concepção liberal de direitos humanos.

Por outro lado, “a representação liberal, embora atribuindo todo o poder ao povo, acaba por identificá-lo com a nação e fetichizar a representação¹²⁹. Deste modo, há uma diferenciação que ainda existe, uma exceção à igualdade que foi, ao contrário, fortalecida. Trata-se da separação entre cidadãos e estrangeiros. A precariedade do *status* de estrangeiro se mantém a despeito do movimento de internacionalização dos direitos humanos da segunda metade do século XX.

A discriminação em razão da nacionalidade é hoje a única construção amplamente aceita e que contraria totalmente a lógica dos direitos humanos. Ainda que a curto prazo seja difícil vislumbrar a superação do paradigma da cidadania ligada a nacionalidade, isso, não deve impedir o questionamento deste estado de coisas. O reconhecimento de direitos para os imigrantes, assim, não deveria ser uma pauta somente dos imigrantes e das associações destes, mas de toda a população¹³⁰. O direito ao voto é particularmente sensível e talvez os estrangeiros sejam “o único grupo da sociedade com relação ao qual, países democráticos

¹²⁷ COSTA, Pietro. *Civitas, Respublica, Corpus*. p. 81-86.

¹²⁸ Essa formatação da cidadania liberal é também muito ligada ao desenvolvimento do capitalismo: “mas, simultaneamente, o reconhecimento da igualdade e liberdade humanas é absolutamente indispensável ao modo de produção capitalista que supõe, como condição de seu funcionamento, a ‘atomização’, ou seja, a representação ideológica da sociedade como um conjunto de indivíduos iguais, separados e livres”. Ver: ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993. p. 95-96.

¹²⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos*. p. 104. A autora afirma ainda: “Os direitos de cidadania, sendo de cunho nacionalista, seriam exercidos somente pelos nacionais ou naturalizados e não pelos estrangeiros residentes no país. Contrariamente, a teoria da soberania popular atribui o exercício do poder soberano a todos os residentes no país, e não apenas aos cidadãos-nacionais. p. 106.

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi. Afirmação proferida em palestra no dia 23.11.2009 no auditório do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina.

desejosamente/prontamente – e alguns diriam legitimamente – discriminam na alocação do direito ao voto¹³¹”.

O Estado de direito primeiramente limitou o poder dos governantes e posteriormente a constitucionalização do Estado colocou a salvo, sob proteção do direito, até mesmo contra modificações legislativas, uma série substantiva de direitos fundamentais¹³². Há ainda o Estado de bem-estar social que passou a garantir direitos sociais aos cidadãos. Todos esses direitos de cidadania se opunham ou era exercidos em face dos Estados. Essa é uma das primeiras diferenças no funcionamento da cidadania europeia, cuja maior parte dos direitos é estabelecida, reconhecida e garantida em âmbito regional, mas é oponível ou tem seu cumprimento exigido dos Estados. Estas garantias aplicam-se principalmente na relação entre cidadãos europeus e Estados-Membros diversos do seu Estado de nacionalidade.

A explicação para esta particularidade está na natureza *sui generis* que se atribui à UE¹³³. Por não se enquadrar nos modelos de organização internacional ou confederação de Estados, mas também diferenciar-se dos Estados nacionais. Deriva disto que, este ente “não possui responsabilidade direta nas matérias em que tradicionalmente se manifesta o vínculo de cidadania” e assim, é difícil estabelecer um vínculo jurídico político direto e que seja construído em termos de situações jurídicas subjetivas do indivíduo com relação à União¹³⁴.

Este modo de operar do direito europeu que alcança o interior dos Estados para fazer as instituições domésticas agirem já foi chamado de o “jeito europeu de fazer direito”¹³⁵. Esta dinâmica teve origem principalmente a partir do princípio de

¹³¹ EARNEST, David. Neither citizen nor stranger: why states enfranchise resident aliens... p. 242-276. “They were perhaps the one remaining societal group against which democratic states willingly – and some might say legitimately – discriminated in the allocation of the right to vote”. Tradução da autora.

¹³² “[A] constituição agora [era] entendida, não apenas como o Estatuto do Estado (*Konstitution*), mas antes como o repositório de valores consensuais (*idem sentire*) (...)”. HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia*. p.371.

¹³³ Afirma-se também que a ausência de deveres torna a cidadania europeia imperfeita ou incompleta. A razão disso é a mesma, está nas características da integração europeia que não consentem configurar a Comunidade como um Estado, idôneo a permitir a criação de um vínculo jurídico-político em que a situação de sujeição do indivíduo que faz parte representa um componente fundamental. CONDINANZI. *Cittadinanza dell’Unione e libera circolazione delle persone*. 2ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2006. p. 16.

¹³⁴ ADAM, Roberto. Prime riflessioni sulla cittadinanza dell’Unione. In: *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXV, 1992. p. 629.

¹³⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, Willian. The future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law). In: NOLKAEMPER, Andre; NIJMAN, Janne (edited by). *New perspectives on the Divide between International and National Law*. Oxford University Press, 2007. p.

não-discriminação¹³⁶, fundamental na construção do edifício europeu desde a sua origem. Uma das principais garantias em âmbito regional, o seu conteúdo consistia em não permitir tratamento diferenciado entre quaisquer dos fatores produtivos circulantes pelos Estados-Membros, fundamentou muitas decisões do Tribunal Europeu e, assim, redimensionou progressivamente o conceito de estrangeiro face ao de cidadão comunitário¹³⁷.

Determinante nesta diferenciação é que as regras europeias que interessavam aos trabalhadores europeus criavam para estes direitos, garantidos em uma esfera superior à dos direitos nacionais¹³⁸. De fato, reconhecer cidadania a alguém significa reconhecer direitos subjetivos que podem ser invocados e exigidos. Assim, diferem de atos de caridade ou solidariedade que na maioria das vezes pautam o tratamento dos estrangeiros, atos que, ou não podem ter seu cumprimento exigido, ou permanecem à mercê dos interesses dos governos.

Da aplicação do princípio de não-discriminação decorre a atuação das instituições comunitárias que precisam ter meios de controlar a correta observação deste princípio. E nesta tarefa exigem dos Estados o respeito de normas que beneficiam os indivíduos. Instrumento importante para o bom desempenho deste controle derivou da já citada decisão *Van Gend & Loos*, de 1963, na qual se afirma a aplicabilidade direta do direito comunitário e, assim, estabelece-se que os indivíduos são sujeitos do direito comunitário. Isto permite uma atuação conjunta do Tribunal e dos cidadãos que têm acesso a ele no controle da aplicação do direito comunitário e fornece fundamentação jurídica para a atuação do Tribunal com vistas a verificar a boa transposição das diretivas, estabelecer o efeito direto para aquelas não transpostas, e o efeito indireto nos casos cabíveis, além de uma indenização caso nenhum desses efeitos possa existir¹³⁹.

113-116. Disponível em:
<http://www.oup.com/us/catalog/general/subject/Law/PublicInternationalLaw/GeneralPublicInternationalLaw/?view=usa&ci=9780199231942>. Acesso em: 15 mar 2009.

¹³⁶ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 11.

¹³⁷ TRIGGIANI, Ennio. La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale. In: studi sull'integrazione europea. Numero 3/2006 Direzione Ennio Triggiani; Ugo Villani. Cacucci editore, Bari 2007. p. 436

¹³⁸ Relembre-se a primazia do direito comunitário declarada em 1964 pelo Tribunal na decisão *Costa vs. ENEL*.

¹³⁹ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 22-24 e TRIGGIANI, Ennio. La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale. p. 436.

Conjugada ao princípio de não-discriminação, a liberdade de circulação de pessoas¹⁴⁰ – primeiro grande direito criado regionalmente na Europa – foi o campo onde se travaram a maior parte das batalhas em nome da expansão dos direitos dos cidadãos europeus. É também onde foram conseguidas as vitórias mais significativas até o momento da criação da cidadania da UE, quando enunciou-se o direito geral de circular e residir – sob condições – nos territórios dos Estados-Membros para todos estes cidadãos.

2.2 Os direitos dos cidadãos europeus: paliativos ou efetivos?

Em suas origens a liberdade de circulação, cujo alcance foi objeto do Regulamento 1612 de 1968¹⁴¹, era extremamente restrita ao necessário para o funcionamento do mercado comum, ou seja, era um direito somente dos trabalhadores assalariados (art. 39 a 42, TCE, ex-artigos 48 a 51, TCEE), dos trabalhadores independentes (art. 43 a 48, TCE, ex-artigos 52 a 58, TCEE) e dos prestadores de serviço (art. 49 a 55, TCE, ex-artigos 59 a 66, TCEE)¹⁴². Esse universo de pessoas pouco a pouco se estendeu por obra da jurisprudência do Tribunal de Justiça a pessoas que não estavam em situações estritamente ligadas às finalidades econômicas da Comunidade. Para tanto, o Tribunal considerou que o direito à livre circulação existia também para os beneficiários dos serviços e para os compradores de bens mas não chegou a incluir, nestes casos, o direito de

¹⁴⁰ A não-discriminação não cria nenhum direito novo para todos os europeus, apenas impõe que todos os direitos reconhecidos aos nacionais de um determinado Estado-Membro, o sejam também para o trabalhador comunitário que se encontrar no território daquele Estado. Ver: GAROT, Marie José. *La citoyenneté de l'Union européenne*. Paris : L'Harmattan, 1999. p. 74.

¹⁴¹ Ainda hoje em vigor com alterações. Esse regulamento é que proporcionou a primeira abertura em sentido humanista a respeito do direito à livre circulação e estabelecimento ao estendê-la aos membros da família do trabalhador. O argumento de que essa liberdade para os familiares facilitaria a integração do trabalhador e assim, sua circulação é econômico, mas há o reconhecimento de que os trabalhadores são homens e mulheres que vivem em contextos sociais e familiares. Aos familiares garantia-se o acesso ao emprego e à educação, mas não se trata de direitos autônomos, ou seja, cessam quando o trabalhador da família tem cessada a sua liberdade. GAROT, Marie José. *La citoyenneté de l'Union européenne*. Paris : L'Harmattan, 1999. p. 82.

¹⁴² No caso destes últimos dois grupos, para que a igualdade se concretizasse, era necessário que fossem eliminadas algumas barreiras normativas e adotadas outras regras. Como o Conselho não realizou estas tarefas, o Tribunal, ao final do período previsto, declarou o efeito direto das disposições dos tratados. MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 34

residência, por considerar que a interpretação do tratado não permitia isso¹⁴³. Assim, permitiu aos turistas, estudantes e desempregados deslocar-se livremente pelo território da Comunidade, ainda que com diversas limitações¹⁴⁴.

Estas decisões do Tribunal inserem-se em um contexto político em que a UE necessitava legitimar-se frente aos seus cidadãos, e tomava consciência de que dirigir-se à população estritamente enquanto fator produtivo não lhe proporcionaria o apoio de que necessitava¹⁴⁵. Essa preocupação, inclusive, levou à redação de diversos relatórios que estudaram e propuseram a atribuição de “direitos especiais” para os cidadãos dos Estados-Membros. Apesar do intenso debate que se instaurou sobre a “Europa dos cidadãos”, o Ato Único de 1986, que reformou os Tratados constitutivos, fez apenas referências vagas à cidadania europeia no seu preâmbulo¹⁴⁶, o que demonstra que as reticências ainda não haviam superado as apostas neste novo instituto.

Contra a expansão da liberdade de circulação e residência, por exemplo, atuavam, muitos dos Estados-Membros, notadamente, os receptores de imigrantes que eram basicamente os Estados do Norte. A realidade da Europa após a Segunda Guerra Mundial não era muito diferente do que hoje ocorre em escala mundial no que se refere às migrações. O Norte precisava de mão-de-obra para a sua reconstrução e o Sul — a Itália em especial — possuía excedente de trabalhadores e grande desemprego. Enquanto esta última buscava através da imigração equilibrar seus índices de desemprego e fortalecer a renda de muitas famílias através das remessas feitas pelos imigrantes, os Estados receptores tentavam controlar estes

¹⁴³ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 34.

¹⁴⁴ Algumas das limitações era, por exemplo: os estudantes somente poderiam permanecer pelo tempo do curso, os turistas por não mais de três meses e os desempregados somente se possuísem outra renda além do seguro-desemprego. GAROT, Marie José. *La citoyenneté de l'Union européenne*. p. 84-86.

¹⁴⁵ GAROT, Marie José. *La citoyenneté de l'Union européenne*. p. 74.

¹⁴⁶ O relatório Tindemans, de 1975, sugeria a retirada de todos os controles nas fronteiras internas entre outros direitos ligados sempre à finalidade econômica da Comunidade e teve o cuidado de não utilizar a expressão “cidadania europeia”, referindo-se à “Europa dos cidadãos”. A Comissão, no mesmo ano, também editou um relatório sobre os “direitos especiais” e foi mais longe, propondo uma série de direitos cívicos e políticos como o direito de voto e elegibilidade em nível municipal, além da liberalização do acesso ao serviço público. Por fim, o Parlamento, em diversas resoluções sobre a instituição da União Europeia, indica o estabelecimento de vários direitos de cidadania com vistas à criação de uma “consciência europeia”, necessária ao desenvolvimento de uma comunidade política. O último desses relatórios foi o do Comitê Adonino de 1985. Um ano antes, no Conselho Europeu de Fontainebleau, os dirigentes europeus afirmaram ser realmente indispensável responder às expectativas da população europeia, adotando medidas de reforçamento e promoção da sua identidade e da sua imagem junto aos cidadãos e no mundo e, para tanto, nomearam aquele comitê *ad hoc*. GAROT, Marie José. *La citoyenneté de l'Union européenne*. p. 74-76.

fluxos visando obter o máximo de vantagem da imigração sem sofrer seus inconvenientes — instalação duradoura de trabalhadores que pudessem concorrer com seus trabalhadores nas áreas já atendidas por estes —, ou seja, queriam “evitar uma imigração sem finalidade econômica e de duração indeterminada¹⁴⁷”.

Em 1979, a Comissão chegou a apresentar uma proposta de diretiva que generalizava o direito de residência para todos os nacionais comunitários em outros Estados-Membros. O órgão considerou ser possível submeter tal proposta naquele momento, pois cinco anos antes, na Cúpula de Paris¹⁴⁸, foi difundido o novo conceito de “Europa do cidadão” em contraposição à lógica funcional até então imperante. Juridicamente fundamentou o projeto no art. 235 do Tratado que institui a Comunidade Econômica Européia (TCEE) de 1957, cuja disposição referia-se a ações necessárias ao estabelecimento do mercado comum mas que não haviam sido previstas no Tratado e no art. 3, ‘c’ que colocava entre os objetivos da Comunidade “a abolição entre os Estados-Membros, dos obstáculos à livre circulação de pessoas (...)”¹⁴⁹.

Ciente, entretanto, das resistências de alguns Estados-Membros, sobretudo quanto à possível mobilidade com fins de assistência social, a Comissão ressaltou no texto que este direito poderia ser subordinado à condições de assistência de saúde e de renda mínima – como ainda é hoje. À época, o PE se insurgiu contra este direito potencialmente geral mas na prática limitado e após dez anos de debates a Comissão retirou a proposta¹⁵⁰.

No lugar desta apresentou propostas de outras três diretivas que dividiam em categorias os beneficiários do direito de residência: estudantes, pensionistas e outros inativos, cada um com o seu estatuto. As condições básicas para os três grupos presentes no texto que foi aprovado em 28 de junho 1990¹⁵¹ para usufruir deste direito eram a posse de recursos suficientes e de um seguro médico, ou seja,

¹⁴⁷ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 30.

¹⁴⁸ Em 1974 ainda não existia o Conselho Europeu, foi exatamente nesta ocasião que se decidiu pela sua instituição. “O Conselho Europeu foi instituído pelo comunicado final da Cimeira de Paris, de Dezembro de 1974, tendo-se reunido, pela primeira vez, em 1975. A realização de Conselhos Europeus sucedeu à prática das conferências cimeiras europeias, que caracterizou o período de 1961 a 1974. O Acto Único Europeu (1986) consagra juridicamente a sua existência e o Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht, 1992) precisa as suas funções”. Ver: http://europa.eu/scadplus/glossary/european_council_pt.htm. Acesso em 10 jan. 2010.

¹⁴⁹ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 35.

¹⁵⁰ GAROT, Marie José. *La citoyenneté de l’Union européenne*. p. 87 e MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 35.

¹⁵¹ Diretivas 364 e 365 de 1990 e diretiva 96 de 1993 que revogou a anterior de 1990.

o direito continuava submetido às condições financeiras. A avaliação da suficiência dos recursos permanecia a cargo de cada Estado-Membro o que lhes dava margem para permitir maior ou menor abertura dos seus territórios.

Do ponto de vista das estatísticas da movimentação interna na Europa, um fator que deve ser levado em conta neste processo de expansão da livre circulação e residência é o efeito do princípio da não-discriminação em razão da nacionalidade¹⁵², o qual contribuiu para diminuir a circulação de trabalhadores intracomunitária. Ocorre que a mão-de-obra estrangeira tradicionalmente tem a vantagem de ser mais barata devido à menor remuneração e ao menor número de benefícios pagos aos trabalhadores imigrantes. Com a implementação do princípio da não-discriminação o mercado passou a buscar essas vantagens nos trabalhadores de países externos ao bloco. Relativamente aos migrantes intracomunitários, a quantidade dos fluxos diminuiu, mas a integração social aumentou¹⁵³.

O decréscimo das migrações intracomunitárias deve-se também ao desenvolvimento econômico dos países do sul da Europa¹⁵⁴ e as taxas de retorno confirmam a importância dos fatores culturais que limitam as imigrações¹⁵⁵. Diante destes dados, um prognóstico ideal desenharia um mundo em que a ausência de graves desigualdades econômicas entre os países retiraria o combustível para as migrações em massa¹⁵⁶. Inexistentes as migrações em grande escala, o receio de desequilíbrios na economia não se colocaria, mas os países receptores de imigração não teriam mais a grande quantidade de mão-de-obra barata que hoje têm à disposição. Para atender às necessidades dos seus mercados de trabalho¹⁵⁷ provavelmente teriam que oferecer benefícios para a atração de imigrantes. Se essa política de atração fosse eficaz os impactos culturais e sociais da presença de

¹⁵² O regulamento 1612/68 trazia algumas garantias decorrentes deste princípio como a igualdade no acesso ao emprego, com relação às demissões e também no que se refere à reintegração profissional, a igualdade de remuneração e de condições de trabalho (art. 7 §1); direito aos mesmos benefícios fiscais e sociais (art. 7 §2), a beneficiar-se do ensino das escolas profissionais (art. 7 §3); igualdade de tratamento em matéria de afiliação às organizações sindicais e de exercício dos direitos sindicais (art. 8), entre outros.

¹⁵³ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 39.

¹⁵⁴ ARCY, François d'. *Les politiques de l'Union européenne*. p. 89.

¹⁵⁵ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 45-46.

¹⁵⁶ Alguns autores como Isidoro Moreno NAVARRO consideram as migrações um fenômeno estrutural que não somente irá como deve continuar conforme afirma em entrevista. Disponível em: <http://www.consumer.es/web/es/solidaridad/derechos_humanos/2009/02/21/183483.php>. Acesso em 05 jan. 2010.

¹⁵⁷ Ver: UNIÃO EUROPÉIA. Comissão Europeia. Comunicação da Comissão. COM(2006) 571 final. O futuro demográfico da Europa: transformar um desafio em oportunidade.

estrangeiros nas Sociedades nacionais continuariam em pauta, mas não poderiam mais ser utilizados como instrumento xenofóbico, que exige a assimilação daqueles que hoje tem o “privilégio” de serem aceitos para trabalhar na Europa.

O Tratado de Maastricht de 1992, que criou a cidadania europeia, abriu uma nova etapa na livre circulação de pessoas. A partir desta data, o direito de circulação e residência não deriva mais do exercício de uma atividade econômica mas do *status* de cidadania que se reconhece aos nacionais dos países membros (art. 18 TCE). Esse salto, sobretudo no que se refere à residência, é mais simbólico do que concreto visto que as condições anteriormente previstas continuam vigentes – renda mínima, posse de seguro saúde – enquanto limitações admitidas pelo próprio tratado.

Na década de noventa o que definitivamente se generalizou foi a livre circulação. Decorrente da implantação do mercado único que se efetivou em 1992 e suprimiu as fronteiras internas, o principal instrumento jurídico que permitiu a concretização dessa liberdade foram os acordos de Schengen, constituídos por um Acordo de 1985 e uma Convenção de 1990 – que regulamenta a aplicação do Acordo – assinados por cinco países: Alemanha, França, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo. Estes acordos foram assinados fora do âmbito da UE, mas posteriormente os demais países do bloco aderiram a eles, com exceção de Reino Unido e Irlanda que aceitaram somente parte do acervo, mantendo o controle sobre suas fronteiras.

Os Estados signatários, é claro, preocupavam-se com questões relacionadas sobretudo à segurança diante da aplicação deste Acordo. Assim, algumas condições foram impostas como, por exemplo, a faculdade de suspender a aplicação da Convenção por razões de ordem pública ou de segurança nacional. Além disso, os Estados estabeleceram um sistema de cooperação policial que entre outras medidas criou o “Sistema de Informação Schengen” que reúne dados sobre pessoas e objetos procurados nos Estados.

A preocupação securitária que já aparecia nestas medidas foi o que gerou as maiores dúvidas e críticas relativas à implantação do espaço Schengen, principalmente no que se refere aos nacionais de países terceiros. Temia-se que a ausência de controles nas fronteiras internas justificasse controles muito mais rigorosos nas fronteiras externas e que as razões para recusar a entrada de

estrangeiros se tornassem mais numerosas. As dúvidas referiam-se ao controle da sua aplicação e do respeito dos direitos das pessoas por ela tocadas¹⁵⁸.

Em 1997, um Protocolo anexo ao Tratado de Amsterdã integrou o acervo de Schengen à estrutura da UE e realizou-se um grande trabalho jurídico para estabelecer a base jurídica nos tratados europeus para cada uma das disposições dos acordos de Schengen¹⁵⁹. Além disso, visto que nem todos os Estados-Membros eram parte deste espaço sem fronteiras internas, o acervo de Schengen foi o primeiro caso de cooperação reforçada, novidade trazida pelo mesmo Tratado de Amsterdã e que permite que se aprofunde a integração ainda quando nem todos os Estados-Membros estejam de acordo¹⁶⁰.

¹⁵⁸ HEATON, R. The European Community after 1992: the freedom of movement of people and its limitations. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. vol. 25, 1992. p. 663.

¹⁵⁹ Decisão do Conselho n. 435 de 20 de maio de 1999.

¹⁶⁰ Art. 1º do Protocolo que integra o Acervo de Schengen no âmbito da União Europeia: O Reino da Bélgica, o Reino da Dinamarca, a República Federal da Alemanha, a República Helénica, o Reino de Espanha, a República Francesa, a República Italiana, o Grão-Ducado do Luxemburgo, o Reino dos Países Baixos, a República da Áustria, a República Portuguesa, a República da Finlândia e o Reino da Suécia, signatários dos acordos de Schengen, ficam autorizados a instaurar entre si uma **cooperação reforçada** (grifei) nos domínios abrangidos por esses acordos e disposições conexas, enumerados no Anexo do presente Protocolo e a seguir designados por «acervo de Schengen». Essa cooperação realizar-se-á no quadro institucional e jurídico da União Europeia e na observância das disposições pertinentes do Tratado da União Europeia e do Tratado que institui a Comunidade Europeia. Sobre a cooperação reforçada, ver Art. 11 TCE, na versão do Tratado de Amsterdã: 1. Os Estados-Membros que se proponham instituir entre si uma cooperação reforçada podem ser autorizados, sob reserva do disposto nos artigos 43º e 44º do Tratado da União Europeia, a recorrer às Instituições, processos e mecanismos previstos no presente Tratado, desde que a cooperação prevista: a) Não incida em domínios da competência exclusiva da Comunidade; b) Não afecte as políticas, acções ou programas da Comunidade; c) Não diga respeito à cidadania da União, nem estabeleça discriminações entre os nacionais dos Estados-Membros; d) Permaneça nos limites das competências atribuídas à Comunidade pelo presente Tratado; e e) Não constitua uma discriminação ou uma restrição ao comércio entre Estados-Membros, nem provoque qualquer distorção das condições de concorrência entre estes últimos. 2. A autorização prevista no nº 1 será concedida pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu. Se um membro do Conselho declarar que, por importantes e expressas razões de política nacional, tenciona opor-se à concessão de uma autorização por maioria qualificada, não se procederá a votação. O Conselho, deliberando por maioria qualificada, pode solicitar que a questão seja submetida ao Conselho Europeu, a fim de ser tomada uma decisão por unanimidade. Os Estados-Membros que se proponham instituir a cooperação reforçada a que se refere o nº 1 podem dirigir um pedido nesse sentido à Comissão, que pode apresentar ao Conselho uma proposta para o efeito. Caso não apresente uma proposta, a Comissão informará os referidos Estados-Membros das razões que a motivaram. 3. Qualquer Estado-Membro que deseje participar na cooperação instituída nos termos do presente artigo notificará a sua intenção ao Conselho e à Comissão, a qual apresentará um parecer ao Conselho no prazo de três meses a contar da data de recepção da notificação. No prazo de quatro meses a contar da data da notificação, a Comissão tomará uma decisão sobre esta, bem como sobre medidas específicas que considere necessárias. 4. Os actos e decisões necessários para a execução das acções de cooperação ficam sujeitos a todas as disposições pertinentes do presente Tratado, salvo disposição em contrário do presente artigo e dos artigos 43º e 44º do Tratado da União Europeia. 5. O presente artigo não prejudica o disposto no Protocolo que integra o acervo de Schengen no âmbito da União Europeia. No Tratado de Lisboa a cooperação reforçada é regida pelos arts. 20, TUE e arts. 326 a 334 do TFUE.

Enfim, em 2004 uma nova diretiva, n. 38, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da UE e dos membros das suas famílias nos territórios dos Estados-Membros foi adotada. No seu considerando n. 3 afirma que este direito é exercido com base na cidadania da UE, estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros neste âmbito, o que implica uma necessária revisão dos “instrumentos comunitários em vigor que tratam separadamente a situação dos trabalhadores assalariados, dos trabalhadores não assalariados, assim como dos estudantes e de outras pessoas não ativas (...)”, em referência às diretivas 364 e 365 de 1990 e à diretiva 96 de 1993.

Apesar disso, muitas restrições ainda existem, como aquelas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública de acordo com o explicitado no considerando n. 22 ainda que por outro lado propugne pela utilização do princípio da proporcionalidade para limitar o alcance destas medidas (considerando. 23). As modalidades de execução destas restrições estão previstas nos arts. 27 a 32 da diretiva. Há ainda a preocupação com o impacto que o exercício do direito de livre circulação e residência possa trazer para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento, e por isso, o considerando n.10 estabelece que, nestes casos, para que o exercício do direito de residência não se torne uma sobrecarga não-razoável, o direito de acolhimento por períodos superiores a três meses deverá ser sujeito a condições.

Está claro que o direito de residência permanece submetido à disposição de meios financeiros. Desde a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, questionavam-se essas limitações decorrentes de uma norma derivada que restringiam a disposição originária¹⁶¹, apesar de o próprio Tratado referir possíveis limitações. O advento de uma diretiva posterior que repetiu as restrições referendou o entendimento do direito geral à livre circulação sob condições. É o art. 7º, n. 1 da diretiva que estabelece quais são essas condições: a) o exercício de atividade assalariada ou não-assalariada; b) a posse de recursos suficientes para não se tornar sobrecarga para o regime de segurança social, além de uma cobertura extensa de seguro de doença no Estado de acolhimento; c) inscrição em um estabelecimento de ensino com o objetivo principal de freqüentar um curso, somado a posse de uma cobertura extensa de seguro de doença; d) condição de membro da

¹⁶¹ ADAM, Roberto. Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione. In: *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXV, 1992. p. 640.

família de um cidadão da UE que preencha alguma das condições anteriores (esta alínea também se aplica a familiares que não tenham cidadania europeia conforme o n. 2 do art. 7º).

Para atenuar a precariedade de um direito que se liga a uma condição que pode deixar de existir repentinamente, o n. 3 do art. 7 prevê alguns casos em que o cidadão enquadrado na alínea “a” do n. 1 mesmo ao deixar de exercer uma atividade assalariada ou não assalariada possa manter o seu estatuto¹⁶². O art. 14 n. 4 alínea “b” garante de forma mais geral que cidadãos e membros de suas famílias que entraram no território de um outro Estado-Membro para procurar emprego não podem ser objeto de medidas de afastamento enquanto “comprovarem que continuam a procurar emprego e que têm hipóteses genuínas de serem contratados”. E a disposição que garante uma estabilidade significativa é a que define a condição de residente permanente, após cinco anos de residência em outro Estado-Membro, o cidadão europeu e os familiares residentes com ele, inclusive os não comunitários, a adquirem (art. 16). Com isso, o cidadão não se sujeita mais às condições de todo o Capítulo III que inclui o art. 7 e, particularmente, não pode mais ser objeto de nenhuma medida de afastamento (art. 28), exceto por razões graves de ordem pública ou de segurança pública, que constituem sempre o fundamento insuperável de diferenciação entre nacionais e não nacionais.

Além generalização da livre circulação, o Tratado, ao implementar formalmente a cidadania europeia, também prevê novos direitos para os cidadãos (art. 20 e 21 TCE, atuais 23 a 25 do TFUE). São eles, a proteção diplomática fora da UE por outro Estado-Membro¹⁶³, o direito de utilizar qualquer uma das línguas oficiais ao se dirigir às instituições ou órgãos europeus, obtendo resposta na mesma

¹⁶² Os casos em que o trabalhador desempregado mantém o seu estatuto são: art. 7, n. 3, a) Quando tiver uma incapacidade temporária de trabalho, resultante de doença ou acidente; b) Quando estiver em situação de desemprego involuntário devidamente registrado depois de ter tido emprego durante mais de um ano e estiver inscrito no serviço de emprego como candidato a um emprego; c) Quando estiver em situação de desemprego involuntário devidamente registrado no termo de um contrato de trabalho de duração determinada inferior a um ano ou ficar em situação de desemprego involuntário durante os primeiros 12 meses, e estiver inscrito no serviço de emprego como candidato a um emprego. Neste caso, mantém o estatuto de trabalhador assalariado durante um período não inferior a seis meses; d) Quando seguir uma formação profissional. A menos que o interessado esteja em situação de desemprego involuntário, a manutenção do estatuto de trabalhador assalariado pressupõe uma relação entre a atividade profissional anterior e a formação em causa.

¹⁶³ A disposição aprovada prevê um mecanismo de proteção recíproca, mais que comum. Espécie de “protection diplomatique déléguée” com caráter de permanência automatismo. ADAM, Roberto. Prime riflessioni sulla cittadinanza dell’Unione. p. 652. A proteção diretamente pela União foi rejeitada pois implicava que a União fosse dotada de uma personalidade jurídica, de uma política exterior e de uma estrutura diplomática. MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 145.

língua; o direito de petição ao PE e o acesso ao Provedor de Justiça. Estes últimos, no entanto, não são exclusivos dos cidadãos. As normas que o disciplinam no tratado reconhecem a titularidade do direito a “qualquer cidadão da União, bem como qualquer outra pessoa singular ou coletiva com residência ou sede estatutária num Estado-Membro” (art. 194 e 195 TCE). Essa heterogeneidade dos direitos contemplados sob o título da “cidadania da União” é bastante marcada, tanto no que se refere aos sujeitos obrigados às prestações – por vezes as obrigações se referem às instituições comunitárias, por vezes aos Estados-Membros – como já se viu, mas também quanto aos destinatários, já que alguns direitos não são somente dos cidadãos mas de todos os residentes¹⁶⁴.

Além disso, o direito de petição já existia, foi criado por iniciativa do PE, mas agora, é claro, está previsto no Tratado e ligado à cidadania. Sobre a diferenciação dos objetos que serão submetidos ao PE através do direito de petição e ao Provedor de Justiça, estabeleceu-se que este último se ocupará da investigação de denúncias de má administração na ação das instituições e órgãos comunitários com exceção dos judiciais. O PE, por sua vez, analisará as petições sobre matérias que estejam dentro do campo de atividade da Comunidade e que se refiram diretamente ao peticionário¹⁶⁵. Ambos os instrumentos não conferem substancialmente nenhum direito aos cidadãos, apenas permitem que eles busquem o respeito de outros direitos¹⁶⁶.

Estas características dos direitos atribuídos aos cidadãos europeus derivam, de certa forma, da função que a cidadania da UE pretende desempenhar, ou seja, mais a de uma ligação a ser construída do que a de uma ligação já existente entre cidadão e UE. De acordo com o contexto em que se iniciaram as discussões sobre a “Europa dos cidadãos” busca assim, “[d]esenvolver a possibilidade de identificação com a construção europeia, reforçando em cada indivíduo a consciência do seu pertencimento, não somente à uma nação, mas também a uma Comunidade mais vasta¹⁶⁷”.

¹⁶⁴ CONDINANZI. *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*. 2ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2006. p. 16.

¹⁶⁵ ADAM, Roberto. *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione*. p. 652.

¹⁶⁶ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 145.

¹⁶⁷ O objetivo de identificação dirige-se tanto ao interno quanto ao externo. A liberdade de ingresso e residência e eleitorado passivo e ativo nas eleições municipais e europeias buscam aumentar a integração interna. Já a proteção diplomática comunitária permite demarcar a unidade em relação ao externo. ADAM, Roberto. *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione*. p. 628.

Nesse sentido, é no eleitorado ativo e passivo para as eleições do PE que, se desenvolve a participação do cidadão comunitário à vida política da UE, ou seja, que se realiza o *status* de cidadania – o *jus activae civitatis*¹⁶⁸. Diferentemente da nacionalidade – posição passiva que distingue um membro de um Estado de um estrangeiro –, a cidadania é um fator de coesão social que implica uma participação consciente à vida política e adesão a uma Comunidade de fins, como é o caso da experiência europeia¹⁶⁹.

Por isso, grande novidade em termos de conteúdo acrescentado ao patrimônio de direitos do cidadão europeu foram mesmo os direitos de voto ativo e passivo nas eleições municipais e nas eleições para o PE. Durante todo o debate que existiu desde os anos setenta sobre o reconhecimento de direitos especiais para os cidadãos dos Estados-Membros ou sobre a “Europa dos cidadãos”, a extensão dos direitos políticos em nível local e nas eleições europeias foi o tema mais debatido e recorrente.

A idéia de extensão de direitos políticos locais para cidadãos comunitários apareceu timidamente pela primeira vez nos discursos das delegações belga e italiana na Cúpula de Paris de 1972¹⁷⁰. Esta sugestão, contudo, não era defendida isoladamente, mas como parte de um projeto mais amplo, a passagem de uma Comunidade econômica funcional para uma União política, a União Europeia. A ligação era clara, pois, considerava-se muito difícil tratar o tema dos direitos políticos em uma Comunidade meramente econômica¹⁷¹. E, de fato, isso só veio a ocorrer com o advento da UE em 1992.

Na Cúpula de 1974, como já referido, os representantes dos Estados-Membros admitiram a necessidade de refletir sobre o que se chamou de “direitos especiais¹⁷²” que poderiam ser reconhecidos aos cidadãos dos Estados-Membros pelo fato do seu pertencimento à Comunidade Europeia. Foram realizados alguns estudos a respeito de tema que produziram relatórios bastante heterogêneos. O relatório Tindemans de 1975, resultado do trabalho da comissão *ad hoc* nomeada naquela Cúpula refletiu a posição dos Estados-membros e foi bastante tímido. Diferentemente, o relatório da Comissão apresentado meses mais tarde foi bastante

¹⁶⁸ ADAM, Roberto. Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione. p. 626.

¹⁶⁹ TRIGGIANI, Ennio. La cittadinanza europea per la “utopia” sovranazionale. p. 438.

¹⁷⁰ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 48.

¹⁷¹ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 48.

¹⁷² A expressão, menos carregada de significado político, foi preferida em lugar da referência à cidadania europeia.

ousado ao afirmar que as tais “direitos especiais” só poderiam ser o direito de voto e elegibilidade, além do acesso à função pública em todo o território da Comunidade, independentemente da nacionalidade.

A verdade é que havia grande divergência a respeito, não somente entre as instituições comunitárias, mas sobretudo entre os Estados-Membros. A Comissão tinha consciência deste quadro e buscava retardar a apresentação de uma proposta de diretiva sobre direito de voto e elegibilidade nas eleições locais, de modo que a pressão pelo reconhecimento dos direitos políticos locais durante todo esse período de debates coube ao PE, especificamente aos parlamentares de centro-esquerda¹⁷³.

Já as posições dos Estados-Membros não são muito difíceis de explicar, baseiam-se, sobretudo, em motivos demográficos. A Itália, à época com muitos emigrantes no Norte da Europa, considerava que a concessão de tais direitos funcionaria como um reconhecimento simbólico da contribuição dos trabalhadores italianos à vida sócio-econômica destes países, diferentemente do modo como vêm os imigrantes que hoje chegam à Itália em buscar de oportunidades. A situação de Espanha e Portugal era a mesma. A da Grécia também, mas apesar de ser um país de emigração, possui um nacionalismo muito forte, razão da sua rejeição à proposta¹⁷⁴.

A Dinamarca e os Países Baixos, por sua vez, não possuíam uma população estrangeira europeia muito significativa, mas mais que isso, naqueles mesmos anos estavam implementando a extensão dos direitos políticos locais não só para os cidadãos intracomunitários, mas para todos os estrangeiros¹⁷⁵. Reino Unido e Irlanda, do mesmo modo, não se preocupavam muito com a questão, pois os estrangeiros europeus que residiam nestes países eram na sua quase totalidade irlandeses e britânicos, e estes dois países já tinham um reconhecimento mútuo de direitos políticos, entre outros, em razão da *Commonwealth*.

Os únicos países reticentes eram, além da Grécia, Luxemburgo, França, Alemanha e depois da mudança de lado, a Bélgica. São países com uma grande proporção de estrangeiros comunitários (respectivamente: 24,4%; 2,9%; 2,3% e 6%)

¹⁷³ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 50 O PE referiu-se aos direitos de voto em duas resoluções, de 1975 e 1977. A primeira resolução tratava de um projeto vasto de criação de uma União política, neste caso estes direitos estavam incluídos entre os direitos fundamentais previstos em uma Carta de direitos. Na de 77, a referência era mais específica aos “direitos especiais” referidos na Cúpula de 1974.

¹⁷⁴ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 50.

¹⁷⁵ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 50.

os quais na maioria das vezes se concentram geograficamente em regiões determinadas destes países.

Esta problemática trazia consigo uma tensão: os direitos políticos eram por alguns, concebidos como corolários das liberdades econômicas de circulação e por outros, como aspectos de uma integração política¹⁷⁶. Ou seja, o argumento de que os direitos políticos decorriam das liberdades econômicas era uma forma de implementá-los sem ter que recorrer a reformas de tratados, sempre mais difíceis, em razão das opiniões divergentes entre os Estados. Ao mesmo tempo, emplacar o reconhecimento de direitos políticos para os cidadãos intracomunitários seria um passo importante na consolidação de uma integração política.

De fato, afora constituir um elemento da estratégia federalista, a curto prazo estes direitos políticos atendem a dois objetivos: o de reforçar a legitimidade democrática da Comunidade e o de garantir um mínimo de direitos políticos aos europeus, independentemente do lugar de residência deles. Este último é sim, decorrência do direito já consagrado à livre circulação¹⁷⁷ mas conecta-se também com o primeiro objetivo, pois negar a participação política a pessoas que decidiram viver e trabalhar em um determinado território, e que portanto têm interesse no governo deste, cria um verdadeiro déficit democrático. É um problema de definição da Comunidade política¹⁷⁸. Mas a questão não é tratada nestes termos, pois se este é o fundamento da norma, não se explica a disposição da diretiva 80 de 1994 que regulamenta o direito ao voto nas eleições municipais e que se limita a afirmar a *possibilidade* de que a participação às eleições municipais seja estendida, quando um Estado-Membro considerar oportuno, também a nacionais de países terceiros residentes legalmente no seu território¹⁷⁹.

Em 1986, a reunião de uma conferência governamental com vistas à preparação do Ato Único, uma revisão dos tratados, era o momento ideal para reapresentar a proposta, diante da impossibilidade de estender os direitos políticos por um instrumento de direito derivado europeu. A respeito das duas formas de conceber os direitos políticos em âmbito europeu – corolário da livre-circulação ou

¹⁷⁶ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 55.

¹⁷⁷ GAROT, Marie José. *La citoyenneté de l'Union européenne*. p. 126.

¹⁷⁸ TRIGGIANI, Ennio. *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*. p. 467.

¹⁷⁹ Antes, a diferenciação relativa à posse de direitos de cidadania ocorria entre nacionais e estrangeiros. Hoje, nos países europeus há uma diferenciação a mais entre estrangeiros comunitários e estrangeiros extracomunitários (que são ulteriormente divididos entre pertencentes ou não à família de um cidadão comunitário). TRIGGIANI, Ennio. *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*. p. 461.

elemento de integração política –, os Estados já haviam demonstrado considerar que a questão tocava as bases fundamentais da organização e, assim, só poderia ser enfrentada por uma revisão dos tratados¹⁸⁰. No entanto, naquela ocasião não foi possível tomar nenhuma decisão. Apenas deu-se continuidade ao diálogo institucional sobre a matéria.

A resposta que a Comissão elaborou a mais um pedido do PE para que apresentasse uma proposta de diretiva na matéria justificou a sua cautela diante das divergências que o tema suscitava entre os Estados-Membros e trouxe um estudo pertinente sobre a proporção de estrangeiros comunitários em cada Estado-Membro e sobre os obstáculos constitucionais e os meios de revisão constitucional que poderiam ser necessários à efetivação de uma possível normativa na matéria em todos eles. A partir de suas conclusões estabeleceu alguns pontos a serem considerados em uma futura proposta. São eles: a recomendação de descartar reivindicações maximalistas e se concentrar nos direitos políticos locais; sentir a reação ao direito de elegibilidade, podendo adiá-lo; configurar tais direitos como faculdades e não obrigações, ou seja, permitir a opção pelo voto no país de nacionalidade; e exigir uma condição de residência que justifique a associação do indivíduo às questões locais¹⁸¹.

Esses elementos pautaram uma proposta de diretiva em 1988 que foi rejeitada, mas também foram incluídos na diretiva 80 de 1994 que concretizou a previsão do Tratado de Maastricht o qual finalmente trouxe uma conclusão a todo esse percurso. O art. 19, TCE, então, afirma a todos os cidadãos europeus esses direitos de eleger e ser eleito nas eleições municipais e para o PE no Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado. Duas diretivas regulamentam estes direitos, a que trata das eleições municipais é a já referida n. 80 de 1994 e a que disciplina a participação nas eleições europeias é a n. 109 de 1993.

O grande salto que estas previsões representam mais uma vez tem o alcance limitado pelas disposições que as regulamentam. Assim, se a extensão do direito ao voto ativo e passivo para o PE a todos os cidadãos independentemente do lugar de residência parece contribuir para que o PE seja cada vez mais um parlamento que representa um povo único, o povo da União, diversas disposições da diretiva

¹⁸⁰ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 54.

¹⁸¹ MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. p. 55.

contribuem em sentido inverso. A falta de um procedimento uniforme na realização das eleições europeias¹⁸² em cada um dos Estados-Membros, por exemplo, é bastante criticada por efetivamente permitir tratamento desigual entre os cidadãos europeus. A definição dessas regras pelas legislações nacionais ainda possibilita que os interesses nacionais as governem, como parece ter ocorrido na França. A mudança no procedimento das eleições europeias na França em 2003 que de circunscrição única passaram a ser realizadas por circunscrições regionais, tem como consequência clara, apesar de não ter sido esse o argumento oficial, o favorecimento dos grandes grupos políticos em detrimento dos pequenos¹⁸³.

As derrogações ao regime geral também comprometem a efetivação deste direito e do direito à não-discriminação em razão da nacionalidade. A previsão do art. 14, n. 1 da diretiva 109 de 1993, por exemplo, permite aos Estados-Membros cuja proporção de cidadãos europeus em idade de votar supere os 20% do total do eleitorado, reservar o direito de voto aos eleitores com residência mínima de não mais do que cinco anos e o direito de elegibilidade aos cidadãos com uma residência mínima que não pode superar os dez anos. Previsão similar também existe na diretiva relativa ao direito de voto nas eleições municipais, n. 80 de 1994, e os prazos de residência mínima são limitados à duração de um mandato para o voto ativo e de dois mandatos para a elegibilidade (art. 12, n.1).

Estas derrogações interessavam principalmente à Luxemburgo que possuía uma população não nacional que variava entre 20% e 30% do eleitorado. O Conselho e a Comissão justificavam a previsão com a intenção de evitar situações de polarização entre listas “nacionais” e “não nacionais”, o que revela, no caso do PE, a dificuldade de aceitação da lógica supranacional, de que os eurodeputados representariam o povo da UE¹⁸⁴. A compreensão de que são representantes das populações de cada Estado-Membro e o caráter nacional das eleições prevalecia claramente naquele momento.

Todas essas limitações aos direitos dos cidadãos europeus que se colocam na legislação derivada europeia poderiam sim ser decorrentes das peculiaridades da

¹⁸² O modo de definição das circunscrições (única, divididas por regiões) e o modo de escrutínio (diferentes limites mínimos percentuais de votos para a atribuição de cadeiras) são as questões em que há maiores diferenças entre as legislações nacionais.

¹⁸³ COSTA, Olivier; SAINT MARTIN, Florent. *Le Parlement Européen*. La documentation française, 2009. Collection Reflèxe Europe. p. 16 e CASSEN, Bernard ; WEBER, Louis. *Élections européennes, mode d'emploi*. Éditions du croquant, 2009. p. 37.

¹⁸⁴ GAROT, Marie José. *La citoyenneté de l'Union européenne*. p. 1238 e 139.

“cidadania europeia” e mais amplamente deste projeto que é a UE. A UE como plano de formação de uma Comunidade concebida de modo diferente, que seja possível apesar das diferentes visões de seus membros sobre a sua natureza e o seu futuro. E a cidadania, “nesta comunidade construída e flexível”, (...) não como um reflexo institucional de visões pré-políticas, pré-existentes sobre pertencimento à comunidade e identidade mas como um catalisador para a formação de uma identidade europeia cívica e reflexiva¹⁸⁵.

Assim, um dos principais traços da cidadania europeia seria o de postular “uma visão de inclusão e participação democrática igualitária em uma comunidade em que a diferença é valorizada e apreciada – e não simplesmente tolerada¹⁸⁶”. Nesse sentido, era festejada por ter trazido concretude ao debate sobre as necessárias transformações da cidadania em um mundo em que o vínculo de nacionalidade não é mais capaz mais capaz de dar respostas à realidade da migração e à complexidade das ligações jurídicas que são estabelecidas em decorrência disto.

Apesar disso, as reminiscências nacionalistas na configuração do instituto ainda eram muito presentes. Além das derrogações e limitações já citadas¹⁸⁷, há a exclusão flagrante dos residentes não comunitários do grupo de cidadãos europeus. A lógica vigente com relação à eles não possui nenhuma novidade, é a da separação entre nacionais, no caso, nacionais comunitários, e estrangeiros.

Já se questionava que neste contexto de efervescência da revisão teórica e prática do conceito de cidadania, especialmente nos países da UE, o acesso dos imigrantes à cidadania fosse um tema pouco discutido. O reconhecimento da imigração como questão política e a atribuição de direitos aos imigrantes, como elemento da construção desta nova cidadania plural, múltipla e inclusiva baseada no critério da residência estável, não existia¹⁸⁸.

A compreensão da dificuldade de fazer avançar certas medidas que modificam paradigmas poderia levar a crer que esta restrição tendesse a ser superada com o tempo, no entanto, a direção tomada pela Europa, notadamente, através de sua política imigratória, põe a risco essa crença.

¹⁸⁵ KOSTAKOPOULOU, Dora. European Union Citizenship. Writing the future. In: *European Journal Law*, Vol. 13, n. 5, September 2007. pp. 623-646. p. 642

¹⁸⁶ KOSTAKOPOULOU, Dora. European Union Citizenship. Writing the future. p. 643.

¹⁸⁷ Postula-se também a extensão do direito ao voto para as eleições nacionais e não somente municipais. p. 644

¹⁸⁸ DE LUCAS; Javier. Inmigración y ciudadanía: visibilidad y pertenencia. p. 81.

3 A POLÍTICA MIGRATÓRIA NA EUROPA E A CRIMINALIZAÇÃO DA MIGRAÇÃO NÃO-AUTORIZADA

3.1 O princípio da política imigratória europeia e suas promessas

A cidadania europeia ainda está distante deste ideal. Como as antigas, ela constrói-se na base da reciprocidade entre seus membros e, assim, exclui os nacionais de países terceiros. Por isto, os indivíduos que não possuem nacionalidade de nenhum dos Estados-Membros e estejam presentes no território da UE submetem-se a outras regras, parte delas emanadas pela UE, parte pelos Estados-Membros e que compõe o estatuto jurídico dos estrangeiros na UE ou, como a eles se referem os textos europeus, dos “nacionais de países terceiros”¹⁸⁹.

A política imigratória na UE ganhou contornos concretos a partir de Amsterdã e para se chegar a esta configuração um longo caminho foi percorrido. Antes disso, já se discutia sobre a necessidade de uma política comum nesta matéria, sobretudo em razão da implementação do mercado comum, atingida em 1992, que pressupõe a livre circulação de pessoas, juntamente com a liberdade de circulação de mercadorias, serviços e capitais. O mercado comum requer a supressão das fronteiras internas, ou seja, dos controles nestes locais. Assim, ingressantes no território europeu pelas fronteiras de qualquer um dos Estados-Membros podem circular livremente entre os territórios de todos eles, exigindo um entendimento entre os países quanto às normas que regulam a entrada de nacionais de países terceiros dentro do território integrado.

Só em 1997, no entanto, com o Tratado de Amsterdã é que, por um lado, integrou-se ao direito comunitário o acervo de Schengen, acordo responsável pela retirada de todos os controles nas fronteiras internas, e, por outro, criou-se o então novo Título IV que tratava das políticas de visto, asilo, imigração e outras relativas à livre circulação de pessoas. Antes disso, a cooperação nestas matérias localizava-se (a partir de 1992 – Tratado de Maastricht que cria a União Europeia) no terceiro

¹⁸⁹ Na Itália, a expressão corrente, *extracomunitari*, é mais curta, põe acento na exclusão e possui atualmente conotação fortemente pejorativa.

pilar¹⁹⁰ dedicado em geral à JAI, ou seja, todos os assuntos que se relacionam com o “Espaço europeu de liberdade, segurança e justiça”.

O Tratado de Amsterdã realizou a comunitarização parcial das matérias desse pilar, deslocadas para o título IV do TCE. As demais, remanescentes do terceiro pilar – ou Título VI do TUE –, continuaram sendo reguladas de acordo com o método intergovernamental que concentra os poderes nas mãos do Conselho e dos Estados-Membros. As que passaram a compor o então novo Título IV do TCE intitulado “Vistos, asilo, imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas” são submetidas, a partir de então, ao método comunitário de tomada de decisões¹⁹¹.

De todo modo, esse título era submetido a um regime muito especial de funcionamento, já que apesar da participação das instituições comunitárias, conforme previsto no art. 67 do TCE¹⁹², a regra geral incluía a votação por unanimidade no Conselho, apenas com algumas derrogações previstas nos pontos 3 a 5 do mesmo artigo. Além disso, o art. 68 ainda previa a restrição da competência do Tribunal de Justiça para pronunciar-se em sede de reenvio prejudicial sobre medidas ou decisões tomadas com o objetivo de manutenção da ordem pública ou garantia da segurança interna e que afetassem a determinação da ausência de controles nas fronteiras internas prevista no art. 62, ponto 1, TCE. Esta previsão reforça outras encontradas nas diversas diretivas que tratam da livre-circulação, constituindo o último obstáculo, intransponível mesmo para os cidadãos europeus, que podem sempre ver seus direitos suspensos por razões de ordem pública e segurança pública (art. 27 da diretiva n. 38 de 2004).

O Tratado de Lisboa simplifica consideravelmente o funcionamento jurídico do tratamento das matérias do antigo Título IV. A partir de 2009, elas estão presentes no Capítulo 2 (Políticas relativas aos controles nas fronteiras, ao asilo e à imigração)

¹⁹⁰ O Tratado de Lisboa aboliu a divisão em pilares.

¹⁹¹ A Dinamarca, o Reino Unido e a Irlanda, em regra, não participam das decisões relativas às questões reguladas no Título IV. As situações específicas eram reguladas antes do Tratado de Lisboa pelos Protocolos n. 4 (atual n. 21) relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda e n. 5 (atual n. 22) relativo à posição da Dinamarca.

¹⁹² Artigo 67, TCE: 1. Durante um período transitório de cinco anos a contar da data de entrada em vigor do Tratado de Amsterdã, o Conselho delibera por unanimidade, sob proposta da Comissão ou por iniciativa de um Estado-Membro e após consulta ao Parlamento Europeu. 2. Findo esse período de cinco anos: — o Conselho delibera sob proposta da Comissão; a Comissão deve instruir qualquer pedido formulado por um Estado-Membro, destinado a constituir uma proposta ao Conselho, — o Conselho, deliberando por unanimidade, após consulta ao Parlamento Europeu, toma uma decisão destinada a tornar aplicável o processo previsto no artigo 251.

do Título V (O espaço de liberdade, segurança e justiça). O novo tratado reconhece expressamente que as medidas adotadas neste âmbito fazem parte de políticas comuns (arts. 78 e 79 TFUE), afastando eventuais dúvidas ainda existentes sobre o assunto¹⁹³, aliás, atendendo o objetivo de dar maior clareza ao funcionamento da UE, o Tratado de Lisboa traz um elenco das competências exclusivas, partilhadas e de coordenação nos arts. 3 a 6 do TFUE. O “Espaço de liberdade, segurança e justiça” está incluído entre as competências partilhadas, de modo que os Estados-Membros podem exercer a competência na medida em que a UE não tenha exercido a sua (art. 2, ponto 2 TUE). Interessante sublinhar que as competências partilhadas têm caráter remanescente pois as competências atribuídas pelos Tratados¹⁹⁴ que não são expressamente exclusivas ou de coordenação recaem neste grupo.

Com relação ao processo de tomada de decisões, o Tratado de Lisboa generaliza a utilização do processo legislativo ordinário (equivalente ao antigo procedimento de codecisão), previsto no art. 294, TFUE, para a regulação das políticas comuns em matéria de asilo, de proteção subsidiária e de proteção temporária (art. 78, TFUE) e também da política comum de imigração (art. 79, TFUE). Por fim, a restrição à competência do Tribunal de Justiça do antigo art. 68 foi revogada.

Ainda sob regulamentação dos antigos tratados, em 1999, após a comunitarização das matérias relacionadas à imigração, iniciaram-se os procedimentos para a elaboração da normativa derivada com vistas à concretização dos mandatos naqueles previstos. Meses depois da entrada em vigor do Tratado de Amsterdã, na reunião do Conselho Europeu - órgão formado pelos chefes de governos dos Estados-membros, sem poder decisório, mas responsável por emanar as linhas que devem guiar os passos do bloco europeu – em Tampere na Finlândia, a formação de um espaço de liberdade, segurança e justiça foi pauta das

¹⁹³ Por exemplo, Gloria ESTEBAN DE LA ROSA, afirmava antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa que “(...) en el momento actual no cabe hablar de una política común de inmigración, sino de medidas derivadas de las acciones de gobierno llevadas a cabo en los específicos ámbitos de competencia atribuidos a las instituciones comunitarias por los arts. 62 y 63 del TCE/TA [Tratado de Amsterdã] o bien con base en otras disposiciones del TCE, referidas al empleo, política social, etc.”. ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria. La nueva directiva de retorno en el contexto de la actual política comunitaria de inmigración. In: *Revista de Estudios Jurídicos* n. 8, 2008 (Segunda Época). Disponível em: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/23/21>. Acesso em: 19 dez 2009.

¹⁹⁴ Enquanto organização internacional que é, a União europeia continua regida pelo princípio de atribuição de competências, ou seja, não possui a competência sobre suas competências. Esta atribuição cabe aos Estados-Membros, com algumas exceções previstas nos próprios Tratados. Ver art. 5 TUE.

discussões. A mensagem do Conselho Europeu era de apoio forte ao desenvolvimento desta meta, aproveitando todas as possibilidades abertas pelo novo Tratado. Nas conclusões da reunião o Conselho Europeu expressa claramente a sua posição:

1. Desde o seu início, a integração europeia esteve sempre fortemente arreigada num ideal comum de liberdade baseado nos direitos humanos, em instituições democráticas e no primado do direito. Estes valores comuns têm-se revelado necessários para garantir a paz e desenvolver a prosperidade na União Europeia, constituindo ainda uma pedra angular para o alargamento da União. (...)

3. [A] liberdade não deve ser considerada um reduto exclusivo dos cidadãos da União. Pelo simples facto de existir, constitui um pólo de atracção para muitas outras pessoas no mundo que não podem beneficiar da liberdade que os cidadãos da União consideram um direito adquirido. Seria contrário às tradições europeias negar essa liberdade àqueles que, por circunstâncias diversas, têm motivos justificados para procurar aceder ao nosso território. Tal implica, em contrapartida, que a União defina políticas comuns de asilo e de imigração, tendo simultaneamente em conta a necessidade de um controlo coerente das fronteiras externas para pôr cobro à imigração ilegal e combater aqueles que a organizam e cometem crimes internacionais com ela relacionados. Estas políticas comuns devem basear-se em princípios que simultaneamente sejam claros para os nossos cidadãos e ofereçam garantias àqueles que procuram proteger-se na União Europeia ou nela entrar.¹⁹⁵

As intenções expressadas na declaração daquele encontro sublinhavam a necessidade de proteger os nacionais de países terceiros que ingressam na Europa, sobretudo em busca de trabalho, o que reconheciam como uma demanda digna. Pediam por maior clareza e maiores garantias para o tratamento destas pessoas e, sobretudo, faziam referência aos direitos humanos como base da construção europeia¹⁹⁶.

Afirmava-se que a UE carecia de uma abordagem global do fenómeno da migração. Por abordagem global, os dirigentes entendiam uma que “contempl[asse] questões políticas, de direitos humanos e de desenvolvimento em países e regiões de trânsito”. A parceria com os países terceiros, segundo o ponto 11, deveria visar o combate à pobreza, a melhora das condições de vida e as oportunidades de emprego (enfrentamento da imigração por motivos económicos), além da prevenção dos conflitos e da consolidação dos Estados democráticos, e a garantia do respeito

¹⁹⁵ UNIÃO EUROPEIA. Conselho Europeu. *Conselho Europeu de Tampere*, 15 e 16 de outubro de 1999. Conclusões da Presidência. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm>. Acesso em: 14 mai 2009.

¹⁹⁶ UNIÃO EUROPEIA. Conselho Europeu. *Conselho Europeu de Tampere*.

dos direitos humanos, com atenção especial às minorias, às mulheres e às crianças (enfrentamento da imigração por motivos políticos).

Apesar disso, os acordos com os países terceiros de onde partem imigrantes aos países europeus se configuraram de modo muito diverso¹⁹⁷. O desenvolvimento das negociações com estes países não ocorreu no sentido de promover políticas de cooperação ao desenvolvimento em regiões que geram muitos imigrantes ou de buscar entender as causas dessa movimentação e tentar conjuntamente mitigá-las. Nas conclusões do Conselho Europeu de Sevilha em junho de 2002, delineia-se como se dará a utilização destes instrumentos. Apesar de referir-se às conclusões de Tampere sobre o necessário enfoque global da política imigratória, em termos de medidas concretas, o ponto 33 dispõe apenas que “O Conselho Europeu insiste em que, em todos os futuros acordos de cooperação, de associação ou acordos equivalentes que a União Europeia ou a Comunidade Europeia celebrar com quaisquer países, seja incluída uma cláusula relativa à gestão conjunta dos fluxos migratórios, bem como à readmissão obrigatória em caso de imigração ilegal”. Assim, aflora o princípio fundamental da política europeia de imigração: a gestão dos fluxos migratórios – através do controle de fronteiras, da luta contra a imigração clandestina e a colaboração com os países de origem¹⁹⁸.

Na continuação, o ponto 34 precisa que a readmissão diz respeito não só aos nacionais dos países parte destes acordos, mas também de nacionais de países terceiros cujo trânsito por esse país possa ser comprovado – o que desenha uma forma de punição ou, no mínimo, de responsabilização por não colaboração com o sistema de bloqueio à imigração concebido na Europa. E para finalizar, o ponto 35 aduz que é necessária uma “avaliação sistemática das relações com os países terceiros que não cooperem na luta contra a imigração ilegal” e que “uma cooperação insuficiente por parte de determinado país poderá tornar mais difícil o aprofundamento das relações entre o país em questão e a União”. O que se depreende destas palavras é que a cooperação ao desenvolvimento e os recursos que a Europa emprega nesta área, podem inclusive servir como moeda de troca em acordos cujo objetivo principal é facilitar o despejo dos imigrantes indesejados. Aos

¹⁹⁷ DE LUCAS MARTÍN, Javier. Problemas teóricos y sociológicos de la inmigración en España. In: *Sociologia del Diritto*, Milano, v. 29, n. 2, 2002. p. 101.

¹⁹⁸ SOLANES CORELLA, Ángeles. Las fronteras europeas frente a la inmigración: regulación jurídica de la residencia de extranjeros comunitarios en Italia y España. In: *Sociologia del Diritto*, Milano, v. 29, n. 2, 2002. p. 108

poucos a UE começou a delinear e deixar claro a atitude utilitarista e policlesca que teria diante da imigração.

As conclusões da Presidência no Conselho Europeu de Laeken na Bélgica em dezembro de 2001 falam em buscar um equilíbrio entre a legítima aspiração a uma vida melhor e a capacidade de acolhimento da UE e dos seus Estados-Membros (ponto 39). No entanto, as medidas concretas adotadas não reconhecem a legitimidade da motivação dos imigrantes; a grande preocupação é mesmo a manutenção do bem-estar dos cidadãos europeus mesmo que para isso seja necessário excluir os imigrantes.

Assim, as boas intenções expressadas em Tampere não chegaram a realizar-se pois a construção da política migratória europeia desde a origem pautou-se pelas preocupações econômicas com relação à regulação do mercado de trabalho, tratando o imigrante como mera mão-de-obra e negligenciando o tratamento de outros aspectos como a integração destas pessoas na Sociedade multicultural que se construía.

Como os países europeus não podiam negar a necessidade que tinham de mão-de-obra imigrante, consideravam ideal a imigração temporária que maximizasse as vantagens – atendendo a demanda do mercado de trabalho e, minimizasse as preocupações com a inserção dos estrangeiros na Sociedade como um todo. Uma política de incentivos desta modalidade de trabalho, como já se tentou em alguns países europeus como Alemanha e Itália¹⁹⁹, jamais a levará a abranger o todo da imigração, e não evitará o enfrentamento da integração dos demais estrangeiros na Sociedade. Além disso, o incentivo ao trabalho temporário não pode representar uma obrigatoriedade e nem o sacrifício de prestações que são concedidas aos nacionais nas mesmas condições.

A preferência acordada ao modelo de imigrante trabalhador, exigindo-se que os estrangeiros tenham um posto de trabalho para ser residentes coloca o imigrante em uma situação extremamente precária e cria um círculo vicioso entre trabalho e acesso a direitos – inclusive os fundamentais. Essa política utilitarista nega ao imigrante a estabilidade jurídica necessária para que ele possa se integrar na

¹⁹⁹ Na Itália, a primeira lei a prever um regime jurídico do trabalho sazonal para trabalhadores extracomunitários foi a lei 40/98. O documento programático anexo afirmava que o trabalho temporário é o que melhor responde às exigências de mobilidade e flexibilidade que identificam os fluxos migratórios modernos. Ver: SOLANES CORELLA, Ángeles. Las fronteras europeas frente a la inmigración. p. 125-127.

Sociedade de acolhimento. Os períodos de desemprego para estes significam também a passagem intermitente da regularidade para a irregularidade²⁰⁰.

Apesar de a inspiração das medidas ter sido sempre a de atender a economia, é possível, no desenvolvimento da política imigratória europeia concebida a partir do Conselho Europeu de Tampere, observar um ponto de ruptura, representado pela diretiva de retorno de 2008. Essa ruptura, no entanto, não estabeleceu uma mudança para uma noção mais humanista. Foi, de forma lamentável, fruto de uma decisão política que optou pela radicalização do entendimento anterior com consequências para o Estado de direito, a democracia e os direitos humanos que ainda estão por ser mensuradas.

Antes deste momento, toda a década de 2000, que se seguiu ao Conselho Europeu de Tampere, foi farta na regulação europeia da imigração. Os instrumentos adotados abordam as diferentes situações de forma específica mas muitos aspectos são ainda regulados pelos direitos nacionais, principalmente aqueles mais sensíveis aos governos nacionais como o controle do fluxo de trabalhadores para os seus mercados de trabalho.

Para uma melhor compreensão, pode-se fazer uma divisão entre cinco situações gerais nas quais pode encontrar-se um estrangeiro e que recebem tratamento diferenciado na Europa. A primeira delas é a dos estrangeiros que entram no território da UE para ali permanecer por menos de três meses, geralmente por motivos de turismo. Neste caso, primeiramente há que diferenciar as nacionalidades para as quais é necessário visto de entrada e as que estão isentas o que é definido pelo Regulamento n. 539/2001 que fixa a lista dos países terceiros cujos nacionais estão sujeitos à obrigação de visto para transporem as fronteiras externas e a lista dos países terceiros cujos nacionais estão isentos dessa obrigação e suas alterações²⁰¹. Após a transposição das fronteiras externas estas pessoas recaem na regulação do espaço Schengen prevista no Regulamento n. 562/2006 de 15 de Março de 2006 que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen).

²⁰⁰ SOLANES CORELLA, Ángeles. Las fronteras europeas frente a la inmigración. p. 124.

²⁰¹ As regras sobre procedimentos comuns de expedição dos vistos estão no Regulamento n.810/2009 de 13 de Julho de 2009 que estabelece o Código Comunitário de Vistos.

O segundo grupo de estrangeiros é o dos residentes legais²⁰². Aqui a regulação é em grande parte nacional, principalmente no que diz respeito aos imigrantes em busca de trabalho, situação que interessa a grande maioria dos imigrantes atualmente. Com relação a estes, os Estados-Membros conservam a prerrogativa de regular a quantidade que terá acesso aos seus mercados de trabalho, sobretudo através da imposição de quotas conforme o número 5 do art. 79, TFUE²⁰³.

O terceiro grupo é composto pelos refugiados. A eles aplica-se uma série de instrumentos normativos europeus²⁰⁴ que regulam desde “os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise e um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro”; as condições a preencher para se beneficiar do estatuto de refugiado ou de outra proteção internacional; passando pelo estabelecimento de regras mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros e normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros, com vistas a “contribuir para limitar os fluxos secundários de requerentes de asilo entre Estados-Membros, nos casos em que tais

²⁰² Situações mais específicas são reguladas pelo direito europeu. Por exemplo, a diretiva 2004/114/CE do Conselho de 13 de Dezembro de 2004, relativa às condições de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos, de intercâmbio de estudantes, de formação não remunerada ou de voluntariado; a diretiva 2004/81/CE de 29 de abril de 2004 relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos ou objecto de uma acção de auxílio à imigração ilegal, e que cooperem com as autoridades competentes; a diretiva 2005/71/CE de 12 de outubro de 2005 relativa a um procedimento específico de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de investigação científica; a diretiva 2009/50/CE de 25 de maio de 2009, relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado e a diretiva 2003/86/CE de 22 de setembro de 2003 relativa ao direito ao reagrupamento familiar.

²⁰³ Artigo 79, n. 5, TFUE: O presente artigo não afecta o direito de os Estados-Membros determinarem os volumes de admissão de nacionais de países terceiros, provenientes de países terceiros, no respectivo território, para aí procurarem trabalho, assalariado ou não assalariado.

²⁰⁴ Regulamento 343/2003 de 18 de fevereiro de 2003 que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise e um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro. Diretiva 2003/9/CE de 23 de janeiro de 2003, que estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros e a diretiva 83/2004 de 29 de abril de 2004 que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de protecção internacional, bem como relativas ao respectivo estatuto, e relativas ao conteúdo da protecção concedida, diretiva 2005/85 de 1 de dezembro de 2005, relativa a normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros. Há ainda a diretiva 55/2001, aplicada em condições excepcionais, relativa a normas mínimas em matéria de concessão de protecção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento.

fluxos sejam devidos a diferenças entre os seus regimes jurídicos²⁰⁵; além, é claro, das normativas nacionais pertinentes.

O quarto grupo é o dos residentes de longa duração, conforme a denominação dada pela diretiva 2003/109/CE de 25 de novembro de 2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração. Este estatuto é adquirido após cinco anos de residência legal e preenchimento de alguns outros requisitos (arts. 4 e 5). Trata-se de um tipo de residência permanente com maiores proteções contra a expulsão, que só é possível se o estrangeiro representar uma ameaça real e suficientemente grave para a ordem pública ou a segurança pública e não deve basear-se em questões econômicas. Antes da decisão de uma eventual expulsão, ainda deve ser considerada a duração da residência; a idade do estrangeiro; as conseqüências da expulsão para a pessoa e seus familiares e os laços com o país de residência e a ausência destes com o país de origem. Por fim deve haver possibilidade de recurso judicial e concessão de apoio judiciário caso a pessoa não disponha de recursos suficientes (art. 12).

O quinto e último grupo é o dos residentes indocumentados²⁰⁶. Este grupo, regra geral, interessa ao direito somente em momentos excepcionais em que se promovem regularizações massivas ou no que respeita às formas em que se promoverá a retirada deles dos territórios. O direito europeu produziu recentemente um texto polêmico para a última situação que foi chamado por muitos de “diretiva da vergonha”. Trata-se da diretiva 115/2008/CE, de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular²⁰⁷, a “Diretiva de Retorno”, marco do aprofundamento das restrições aos direitos dos imigrantes na Europa.

A intensificação e explicitação das restrições aos direitos dos imigrantes representadas na diretiva de retorno são, conforme visto, fruto de uma decisão política de ir além do mero desenvolvimento da política migratória anterior mas também resultam da ineficácia daquela em atingir os objetivos a que se propunha. Focada na mera regulação dos fluxos – sem preocupações mais profundas sobre as

²⁰⁵ Considerando 6 da Diretiva 85/2005 e 8 da Diretiva 9/2003.

²⁰⁶ Também chamados de imigrantes clandestinos ou ilegais. A preferência pela expressão indocumentados, irregulares ou sem papéis justifica-se por fazer referência à condição objetiva de que estes não possuem documentos que lhes autorizem a presença no país, rejeitando a adjetivação de ilegalidade ou clandestinidade que podem ser contestadas.

²⁰⁷ UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:PT:PDF>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

causas e características das imigrações, ou sobre o tratamento social e jurídico necessário para a integração da população imigrante, a sua ineficácia ou miopia revela-se à primeira vista nos números. A quantidade de nacionais de países terceiros na UE cresceu na última década de pouco menos de 15 milhões em 2001 para cerca de 20 milhões em 2009²⁰⁸. A necessidade de imigrar continuou assim como a necessidade de mão-de-obra nos países desenvolvidos²⁰⁹.

Diante da necessidade inegável de mão-de-obra imigrante, uma atitude compatível com o nível de reconhecimento e proteção de direitos humanos na Europa e do caráter fundamental que os europeus atribuem a estes na construção de suas Sociedades, admitiria a importância e a imprescindibilidade dos imigrantes²¹⁰ e lhes ofereceria as condições justas para permanecer em seus territórios, promovendo a integração deles à Sociedade, não somente em nome do interesse dos imigrantes, mas de toda a Sociedade.

Visto o cenário ideal, o que ocorre na realidade é muito diferente. Por vezes, restringe-se esse tratamento digno a setores profissionais que entrariam em colapso sem a mão-de-obra imigrante. É o que acontece na Itália, onde está em curso um processo de regularização de trabalhadores domésticos (*colf*) e trabalhadores que se dedicam ao acompanhamento de idosos, doentes e pessoas com necessidades especiais (*badanti*)²¹¹, ocupação que neste país é exercida em mais de 70% por imigrantes.

Em outros casos, a exploração dos trabalhadores imigrantes não respeita qualquer parâmetro de dignidade, como o que ocorre nas plantações de frutas

²⁰⁸ Dados do Eurostat, em 2009, o número exato de estrangeiros não-comunitários na Europa é de 19.476.000. EUROSTAT. *Statistics in focus*. Population and social conditions. n. 94, 2009.

²⁰⁹ Não somente porque grandes setores da economia dos países europeus dependem da mão-de-obra imigrante, sobretudo aqueles cujas atividades manuais e pesadas não interessam aos europeus, mas também porque a contribuição que fornecem à previdência social serve para reequilibrar as contas do sistema previdenciário em um continente onde ao envelhecimento de grande parte da população nascida no baby-boom do pós-guerra, soma-se às baixas taxas de fecundidade que se acumulam há décadas. Como agravante, o aumento da expectativa de vida das pessoas em razão de progressos econômicos, sociais e médicos faz com que muitas pessoas passem várias décadas recebendo benefícios de aposentadoria. Ver: UNIÃO EUROPÉIA. Comissão Européia. *Comunicação da Comissão*. COM (2006) 571 final. O futuro demográfico da Europa: transformar um desafio em oportunidade.

²¹⁰ Isso é o que os imigrantes querem explicitar através da organização de “greves” de imigrantes. No dia 1º de março de 2010 ocorrerá na França a “*journée sans immigrés*” (dia sem imigrantes) e na Itália, o “*sciopero degli stranieri*” (greve dos estrangeiros). Neste dia, os imigrantes são convocados a não trabalhar e nem consumir nada, de modo a demonstrar o impacto da sua presença nestes países, sobretudo na economia deles, assunto caro aos governantes. Ver. <<http://www.ljsi.overblog.com/>> e <<http://www.primomarzo2010.it/>>.

²¹¹ <http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampaspeciali/Regolarizzazione_colf_e_badanti/>.

cítricas no sul da Itália. Um recente episódio ocorrido no município de Rosarno, região da Calábria, escancarou aos olhos de todos a situação de imigrantes, quase todos homens, em sua maioria africanos, que viviam em barracos dentro de um galpão de uma antiga fábrica, sem higiene e sem dignidade, e realizavam a colheita destes frutos em regime de escravidão²¹², recrutados sobretudo por pessoas ligadas à máfia que domina aquela cidade e seus arredores²¹³. No início do mês de janeiro de 2010 foram objeto do que se chamou nos jornais italianos de “caça ao imigrante”, na qual alguns foram atingidos por armas de ar comprimido²¹⁴. Como resposta, os estrangeiros, em sua maioria clandestinos, romperam com a sua condição de invisibilidade e saíram às ruas para expressar a sua revolta, destruindo tudo o que encontravam²¹⁵. Outros necessitaram ajuda das autoridades locais para sair em segurança dos galpões onde habitavam e refugiar-se nos centros de permanência de imigrantes, mesmo correndo o risco de serem expulsos do país²¹⁶.

Aliás, esta foi a medida anunciada pelo Ministro do Interior para enfrentar a situação, a expulsão de todos os imigrantes clandestinos que rapidamente passaram de vítimas tanto da exploração laboral quanto de ataques xenófobos a culpados do “crime” de imigração. Segundo o ministro, foi a tolerância com relação à permanência destes imigrantes que permitiu tal conflito. Duas perguntas se colocam diante disso: a primeira é que trabalhadores se disporão a realizar a tarefa árdua da colheita nas plantações do sul da Itália, trabalho que há tempos é rejeitado pelos italianos? E a segunda, conseqüentemente é, porque houve tolerância com a

²¹² A existência destas práticas na mesma cidade, era de conhecimento das autoridades pois quase um ano antes destes eventos, foi desmontada ali uma quadrilha acusada de favorecimento da imigração clandestina, redução à escravidão, indução à prostituição e extorsão. ROSARNO, ARRESTATI TRE IMPRENDITORI: "schiavizzavano i clandestini". *La Repubblica*, Roma, 19 mai. 2009. Disponível em: <http://www.repubblica.it/2009/05/sezioni/cronaca/immigrati-8/rosarno-schiavi/rosarno-schiavi.html?ref=search>. Acesso em: 05 jan. 2010.

²¹³ SCALFARI, Eugenio. L'inferno di Rosarno e i suoi responsabili. *La Repubblica*. Roma, 10 jun. 2009. L'Editoriale. Disponível em: http://www.repubblica.it/cronaca/2010/01/10/news/l_inferno_di_rosarno_e_i_suoi_responsabili-1894730/. Acesso em 15 jan. 2010.

²¹⁴ Suspeita-se da participação da máfia calabresa nestes episódios. SPUNTA L'IPOTESI 'NDRANGHETA dietro le violenze di rosarno. *La Repubblica*, Roma, 09 jan. 2010. Disponível em: http://www.repubblica.it/cronaca/2010/01/09/news/indagini_rosarno-1891245/. Acesso em: 15 jan. 2010.

²¹⁵ ROSARNO, IMMIGRATI IN RIVOLTA, centinaia di auto danneggiate. *La Repubblica*, Roma, 07 jan. 2010. Disponível em: http://www.repubblica.it/cronaca/2010/01/07/news/rosarno_immigrati_in_rivolta_centinaia_di_auto_danneggiate-1872028/. Acesso em: 15 jan. 2010.

²¹⁶ ROSARNO, CACCIA ALL'IMMIGRATO Aggrediti e assediati nei casolari. *La Repubblica*, Roma, 09 jan. 2010. Disponível em: http://www.repubblica.it/cronaca/2010/01/09/news/notte_rosarno-1885961/. Acesso em 15 jan. 2010.

situação extremamente degradante em que viviam essas pessoas, justamente quando a Itália possui um governo que prega a tolerância zero? O ministro não conhecia uma realidade que existe há muitos anos, ou é consciente de que a economia italiana não pode prescindir da imigração²¹⁷?

Ainda que os países desejassem que os imigrantes fossem mera mão-de-obra, eles são pessoas com identidades, culturas, hábitos, histórias, famílias. Os desafios complexos da presença de milhares de imigrantes não podem ser enfrentados por uma política meramente regulatória dos fluxos. Em vez de reconhecer o fracasso dessa visão sobre a imigração, os Estados europeus a reforçaram ainda mais e para poder colocar entraves mais fortes passaram a desrespeitar direitos humanos básicos. O “efeito chamada” é um dos argumentos sofisticados que justificam a restrição dos direitos dos imigrantes. Foi muito discutido na Espanha no momento da primeira reforma da Lei ordinária 4/2000, ocorrida no mesmo ano. Os poucos meses passados após a aprovação da mesma nem eram suficientes para uma avaliação dos efeitos da norma, mas o governo empreendeu uma campanha para a reforma da Lei, alegando, entre outras coisas, que “o caráter absolutamente desmesurado do reconhecimento de direitos aos imigrantes teria atuado como um gancho, provocando massivas ondas de imigrantes e tornando ingovernável a imigração²¹⁸”.

O medo que tem sido incutido nas Sociedades contra a imigração está permitindo que a Europa da segurança supere a Europa dos direitos humanos. A estratégia do medo ou o vício securitário²¹⁹ parece ser explorada para obter adesão, relegitimar o poder²²⁰ – sobretudo em tempos de crise – e para beneficiar-se da mercadoria da segurança. Ao mesmo tempo, é capaz de anestesiar a capacidade

²¹⁷ SCALFARI, Eugenio. L'inferno di Rosarno e i suoi responsabili.

²¹⁸ DE LUCAS MARTÍN, Javier. Problemas teóricos y sociológicos de la inmigración. p. 92.

²¹⁹ Os dados publicados pelas organizações Caritas/Migrantes evidenciam a instrumentalização da imigração. No ano de 2009 o desembarque de africanos na ilha de Lampedusa no sul da Itália estampou os jornais italianos durante diversas semanas em vários meses e consolidou-se como um símbolo do “problema migratório”. Do mesmo modo, medidas tomadas para evitar novos desembarques foram emblemáticas do novo tratamento da questão implementado pelo governo Berlusconi e seu ministro leghista – da Lega Nord, partido racista e separatista – Roberto Maroni. Contra esse espetáculo perverso, os dados estatísticos demonstram que o número de imigrantes que ingressaram desta forma (36.951, dos quais 17.880 foram repatriados) é mínimo com relação ao total de novos ingressantes (459.000) e insignificante diante do total da população estrangeira presente na Itália que já atinge os quatro milhões. CARITAS/MIGRANTES. *Dossier Statistico Immigrazione 2009*. XIX Rapporto. Immigrazione: conoscenza e solidarietà. Apresentação disponível em: <<http://www.dossierimmigrazione.it/schede/pres2009.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2010.

²²⁰ SCALFARI, Eugenio. L'inferno di Rosarno e i suoi responsabili.

crítica da Sociedade e manter sob controle os grupos “perigosos”²²¹. Tudo isso pode explicar, ainda que parcialmente, como os europeus consentem e em parte apóiam a deriva racista e discriminatória das normas mais recentes sobre a imigração.

Em épocas de crise, como a crise financeira de 2009 que atingiu de maneira mais intensa os países desenvolvidos, incluídos os europeus, a economia não cresce, o número de empregos diminui e aumenta o sentimento de incerteza sobre o futuro. Os governos passam a mensagem de que não há mais capacidade de receber todos os imigrantes que tentam entrar em seus territórios e estabelecem regras mais rígidas de controle, anunciando que só deixarão entrar o número de imigrantes necessários à suas economias. Os cidadãos que antes não enxergavam os imigrantes,

os vêem agora como um risco de invasão, de ameaça para a manutenção do padrão de vida, da coesão social, e o fazem em grande medida como consequência de mensagens institucionais que induzem irresponsavelmente à xenofobia, ao utilizar o argumento dos imigrantes como bode expiatório das dificuldades, da crise²²².

Essas novas medidas a respeito da imigração também são funcionais à UE²²³. Sarkozy, pioneiro na visão securitária da imigração, ainda quando era ministro do interior, quis fazer da luta contra a imigração ilegal o estandarte da presidência francesa da UE entre julho e dezembro de 2008. A sua lógica era a seguinte: a UE, concebida para proteger os cidadãos, agora inquieta muitos deles. Contra essa percepção é necessário que se adotem iniciativas para torná-la uma instituição mais eficaz na vida quotidiana dos europeus; e a política imigratória parece ser um tema propício para este fim.

Diante de transformações sociais como a que é produzida pela presença dos imigrantes nas Sociedades contemporâneas, o papel do direito deveria ser o de reafirmar os parâmetros de respeito à dignidade do ser humano. O padrão de proteção de direitos humanos que a UE afirmou respeitar através da jurisprudência

²²¹ DE LUCAS, Javier. Cal y arena de l'UE ante la inmigración. *Página Abierta*, 195, sept. 2008. Disponível em: <<http://www.pensamientocritico.org/javluc0908.html>>. Acesso em: 30 jan. 2010. p. 1.

²²² “los visualizan ahora como riesgo de invasión, de amenaza para la pervivencia del estándar de vida, de la cohesión social, y lo hacen en gran medida como consecuencia de mensajes institucionales que inducen irresponsablemente a la xenofobia, al utilizar el argumento de los inmigrantes como *bouc émissaire* de las dificultades, de la crisis”. DE LUCAS, Javier. Cal y arena de l'UE ante la inmigración. p. 1 e 2.

²²³ DE LUCAS, Javier. Cal y arena de l'UE ante la inmigración. p. 3.

de seu Tribunal e posteriormente por seus textos constitutivos deveria colocar freios à tendência da opinião pública de se render às mensagens que apresentam a imigração em termos de fobia, “desde o argumento do barco cheio e da preferência nacional até a tese da imigração como ameaça à ordem pública, competição desleal no mercado de trabalho e mesmo perigo identitário²²⁴”, evitando assim, a instrumentalização deste discurso excludente pelos partidos políticos. As últimas normas europeias, ao contrário disso, referendam este gênero de preocupações²²⁵, contra todas as garantias de direitos humanos constitucionais, supranacionais e internacionais.

3.2 A Diretiva de Retorno e a revelação da Europa-fortaleza

Na Diretiva de Retorno o reconhecimento da liberdade existente para os cidadãos europeus é negado para os estrangeiros e a título de *combate* da imigração ilegal o que se produziu, em verdade, foi uma política migratória extremamente restritiva que *cria* ilegalidade. A dificuldade de se preencher os critérios das legislações nacionais para obter uma permissão de residência e a precariedade deste título²²⁶ tem por efeito lançar um grande número de imigrantes na ilegalidade²²⁷, o que favorece a atuação das máfias que tem na grave miopia destas legislações um bom caldo de cultivo²²⁸.

Na Espanha, por exemplo, a já citada reforma da Lei 4/2000 pela Lei 8/2000 justificava-se aduzindo que o maior controle sobre os fluxos excluiria a necessidade de regularizações. O que se seguiu, no entanto, foi uma série de mobilizações de imigrantes em protesto ao bloqueio colocado para o seu acesso à legalidade. A

²²⁴ DE LUCAS MARTÍN, Javier. Problemas teóricos y sociológicos de la inmigración. p. 84 e 86.

²²⁵ Em 2007, a imigração era considerada um dos principais problemas a ser enfrentado na UE por 15% da população. Em 2008, esse percentual caiu para 11% e em seguida para 9%. Em alguns Estados como Malta e Reino Unido, no entanto, esse tema inquieta 48% e 23% das respectivas populações. Fonte: EUROBAROMETRE. Eurobaromètre Standard 70. Outono de 2008. p. 22 e 25.

²²⁶ O paradigma do imigrante trabalhador impõe, regra geral, que se tenha um contrato de trabalho para a manutenção do status de legalidade. A simples perda do trabalho faz o imigrantes cair na ilegalidade pois os prazos para a obtenção de um novo posto de trabalho são exíguos.

²²⁷ Há alguns anos, era comum que se punisse com a expulsão somente o ingresso clandestino, ou seja, quando a pessoa nunca teve título algum nem mesmo para entrar no território. Hoje, o mais comum é que o simples fato de encontrar-se sem documentos no território estrangeiro seja causa de expulsão. Em alguns países, como a Itália, essa conduta é, inclusive considerada infração penal.

²²⁸ SOLANES CORELLA, Ángeles. Las fronteras europeas frente a la inmigración. p. 138.

razão disso é simples e reside nos erros “de criar irregulares por lei”, a despeito da realidade existente da demanda de imigração, e de tentar conter a imigração tratando de forma discriminatória os imigrantes já presentes no território acreditando que isso terá um efeito dissuasório²²⁹.

Além da Diretiva de Retorno, no ano de 2009, adotaram-se outras duas diretivas para compor essa nova fase da política de imigração. Uma “que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular”²³⁰ e outra “relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado” que serão destinatários do chamado Cartão Azul UE²³¹. A primeira delas constitui, de forma isolada, um instrumento necessário para o combate à exploração dos trabalhadores imigrantes. À luta contra a exploração do trabalho clandestino deveria somar-se a facilitação para a regularização destas pessoas. No entanto, dentro de um contexto de restrição da legalidade, a norma termina por penalizar além dos empregadores também os imigrantes.

A segunda que cria o Cartão Azul possui mais nuances a serem analisadas. De forma sintética, confere-se igualdade de tratamento com os cidadãos europeus para os trabalhadores que se enquadram nos requisitos da diretiva, em questões como condições de trabalho, salário, liberdade de associação e pensões (art. 14). O objetivo é o de proporcionar condições mais atraentes para os trabalhadores imigrantes qualificados. A qualificação que se exige é a de um diploma de ensino superior obtido após, no mínimo, três anos de curso ou experiência de, ao menos, cinco anos, no exercício da profissão (art. 2, alíneas “g” e “h”). A primeira crítica que se faz refere-se à fuga de cérebros dos países em desenvolvimento para os desenvolvidos, que seria incentivada por essa diretiva. A diretiva se protege elencando entre os motivos de recusa a verificação da falta de trabalhadores qualificados nos países de origem em um determinado setor – é o recrutamento

²²⁹ DE LUCAS MARTÍN, Javier. Problemas teóricos y sociológicos de la inmigración. p. 101.

²³⁰ UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2009/52/CE de 18 de junho de 2009, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:168:0024:0032:PT:PDF>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

²³¹ UNIÃO EUROPÉIA Diretiva 2009/50/CE de 25 de maio de 2009, relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:155:0017:0029:PT:PDF>>. Acesso em 30 jul. 2009.

ético (art. 8, n. 4). Há, no entanto, que se censurar também a discriminação que estabelece entre os trabalhadores imigrantes. O considerando n. 7 afirma que

é necessário facilitar a admissão de trabalhadores altamente qualificados e das suas famílias, estabelecendo um procedimento de admissão rápido e concedendo-lhes *direitos* (grifei) sociais e econômicos equiparados aos dos nacionais do Estado-Membro de acolhimento em determinados domínios.

Apesar de o texto utilizar a palavra “direitos”, a disposição parece mais tratar de benefícios concedidos para atrair determinado grupo de pessoas. A concessão destes benefícios atende a uma finalidade, de modo que, nada garante que não sejam revogados quando não existir mais interesse de quem os concede. É nesta lógica que se inserem as inúmeras derrogações que a diretiva do Cartão Azul traz ao estatuto comum dos imigrantes trabalhadores como a facilitação da mobilidade de um país a outro da UE e mesmo temporariamente para o país de origem (art. 12 e 16) e regras mais acessíveis para o reagrupamento familiar (art. 15).

Uma leitura superficial do texto da Diretiva de Retorno provavelmente não será capaz de revelar todo o potencial de comprometimento dos direitos dos imigrantes sem documentos na Europa. A redação utiliza diversos expedientes como a afirmação genérica de garantias que não se consolidam nas disposições concretas – como o art. 5 que exige, na aplicação da diretiva, a observação do interesse superior da criança, da vida familiar e do estado de saúde do nacional de país terceiro, além do respeito ao princípio da não-repulsão. Outro estratagema consiste em afirmar garantias e no parágrafo seguinte estipular ressalvas que hipotecam completamente a disposição anterior. É o que sucede, por exemplo, no art. 16, relativo às condições de detenção. O artigo estabelece:

Art. 16: Regra geral a detenção tem lugar em centros de detenção especializados. Se um Estado-Membro não tiver condições para assegurar aos nacionais de países terceiros a sua detenção num centro especializado e tiver de recorrer a um estabelecimento prisional, os nacionais de países terceiros colocados em detenção ficam separados dos presos comuns²³².

A situação dos estrangeiros nestes centros é de privação de liberdade equivalente à que se impõe a condenados penalmente; as condições de muitos

²³² Essa disposição pode ainda sofrer derrogação em situações de emergência como a sobrecarga imprevista da capacidade dos centros de detenção (art. 18). Imagina-se assim, que nesta situação os imigrantes poderão ser alojados juntamente com os presos comuns.

destes locais é precária, e eles não têm servido à finalidade para a qual foram criados – identificar e expulsar os imigrantes irregulares²³³. Admitir que se recorra à detenção dos imigrantes em estabelecimentos prisionais é um elemento tácito que se soma no processo de criminalização da imigração irregular. Agrega-se a este a possibilidade aberta pela diretiva de retorno de que a permanência nos centros de detenção especializados se prolongue por até um ano e meio. O limite colocado pelo art. 15, n. 5 é de seis meses, podendo ser prorrogado por no máximo mais doze meses quando o procedimento de expulsão não puder ser concluído em menos tempo, apesar dos esforços, em razão da falta de cooperação do estrangeiro ou de atrasos na obtenção da documentação necessária junto a países terceiros.

O teto é estabelecido pela diretiva de retorno mas cabe a cada Estado-Membro definir nas legislações nacionais o prazo de detenção nos centros existentes em cada um deles. Nove Estados-Membros não possuíam limite de tempo para estas detenções no momento da entrada em vigor da diretiva: Reino Unido, Dinamarca, Estônia, Finlândia, Grécia, Irlanda, Malta, Países Baixos e Suécia²³⁴, mas está claro que o prazo trazido pelo instrumento europeu não coloca exatamente um freio às detenções longas de imigrantes. Nos países que já previam um limite, a média dos prazos praticados variava entre 30 e 60 dias e para estes a diretiva funcionará, ao contrário, como legitimação para eventuais extensões, conforme o que já ocorreu na Itália²³⁵.

Por fim, a detenção nestas condições pode ser fruto de uma mera decisão administrativa segundo o art. 15, n. 2, sem prazo para confirmação da detenção por uma autoridade judicial – que deve ser apenas “célere” – ou de forma mais grave, é possibilitado pela diretiva que os Estados-Membros não prevejam um controle automático, exigindo que o imigrante aja para requerer o respeito dessa garantia

²³³ De acordo com relatório da organização “Médicos sem fronteiras” sobre os centros de identificação e expulsão italianos, por exemplo, são recorrentes os casos de estrangeiros que entram e saem dos centros diversas vezes, pois atingido o limite de tempo previsto na legislação para a realização dos procedimentos necessários à expulsão, eles devem ser colocados em liberdade. Há que se precisar, é claro, que o relatório cobre um período em que vigia o limite de 60 dias de detenção. Com a Lei 94/2009, o período máximo, incluídas as prorrogações, pode chegar a 180 dias. MEDICI SENZA FRONTIERE. Missione Italia. *Rapporto sui Centri di Permanenza Temporanea e Assistenza*. Gen. 2004. Disponível em <<http://www.medicisenzafrontiere.it/msfinforma/pubblicazioni.asp?id=1705>>. Acesso em: 04 fev. 2010. p. 192.

²³⁴ DE LUCAS, Javier. Cal y arena de la UE ante la inmigración. p. 4.

²³⁵ Na Itália, o máximo era de 60 dias. Com o “*pacchetto sicurezza*” que adequou a legislação italiana à diretiva de retorno, prazo subiu para 180 dias. Na Espanha, o prazo máximo é de 60 dias sem prorrogação pelas mesmas causas (art. 62, 2 Ley Orgánica 4/2000 com as modificações da LO 2/2009), na legislação anterior era de 40 dias e previa-se a possibilidade de que, inclusive, fosse estabelecido prazo inferior por decisão judicial.

fundamental do Estado de direito. Conjugados todos os extremos destas previsões tem-se como resultado final a imposição de um regime prisional de até 18 meses por meio de ato administrativo, possivelmente não referendado por uma autoridade judicial.

A lógica do artigo 12, relativo às garantias processuais, não é diversa e agrava ainda mais a posição dos sujeitos contra quem foi expedida uma decisão de afastamento. No n. 1 deste artigo, a exceção securitária faz prevalecer a discricionariedade sobre os direitos e a legalidade. A lógica é sempre a da previsão geral compatível com os direitos humanos, que é esvaziada em seu conteúdo no parágrafo seguinte. Assim, é disposto que as decisões de regresso, proibição de entrada e as decisões de afastamento “são emitidas por escrito e contêm as razões de fato e de direito que as fundamentam, bem como informações acerca das vias jurídicas de recurso disponíveis”. Em seguida, a ressalva: caso o direito interno permita é possível restringir o direito de informação sobre as razões de fato para “salvaguardar a segurança nacional, a defesa, a segurança pública, e a prevenção, investigação, detecção e repressão das infrações penais”.

No mesmo artigo, o n. 2 regula a questão da tradução das decisões de regresso, afastamento e proibição de entrada. Primeiramente prevê que a pedido do estrangeiro sejam traduzidos, de forma oral ou escrita, os principais elementos dessas decisões, nomeadamente aqueles sobre as vias judiciais de recurso, em língua que ele compreenda ou possa razoavelmente presumir-se que compreenda. Na continuidade, o n. 3 estabelece que os Estados-Membros podem decidir não aplicar o n. 2 quando os estrangeiros se enquadrem na situação de ingresso irregular sem obtenção de autorização ou direito de permanência subsequente. Nesse caso, a informação se dá por meio de formulários padronizados e folhetos informativos em pelo menos cinco línguas, as mais frequentes entre os imigrantes, que expliquem as informações naqueles contidas. Traduzindo estas disposições, percebe-se uma dupla punição dos imigrantes irregulares; a consequência de estarem no território europeu sem documentos é a expulsão mas, além disso, eles têm obstaculizado o acesso efetivo à justiça para a apresentação de suas razões. A mensagem que esta norma transmite é de que é aceitável e legítimo limitar os direitos das pessoas que ousam entrar irregularmente na Europa. O objetivo implícito é livrar-se destes da forma mais fácil e rápida, ou seja,

mediante a capacidade de comunicação de mensagens, que é uma das funções do direitos, estes instrumentos jurídicos da políticas migratórias constroem uma categoria de sujeitos para os quais – esta é uma mensagem que se transmite à opinião pública – vale uma lógica jurídica diferente, oposta à do Estado de direito: a do estado de exceção, uma mensagem que, como vemos, acaba contaminando-o todo e por isto prejudica a nós todos, não somente aos imigrantes. Ainda que sejam eles os mais afetados, os identificados como essa nova categoria de sujeitos descartáveis, substituíveis, que se pode usar e jogar fora uma vez retirado o benefício²³⁶.

Há ainda a previsão do art. 10, relativo ao regresso e afastamento de menores não-acompanhados. A consideração do interesse superior da criança é citada de forma genérica como condição a ser observada antes de decidir-se pelo regresso, da mesma forma que a assistência pelos organismos adequados e as disposições concretas (n. 1). A previsão sobre a execução do afastamento dispõe que se deve garantir que o menor seja entregue, no Estado de regresso “a um membro de sua família, a um tutor designado ou a uma estrutura de acolhimento adequada”. Deste modo, o menor pode ser expulso para um lugar em que não haja nenhum familiar ou tutor responsável por ele, desde que uma estrutura o acolha. Quantas vezes será possível garantir efetivamente que nestas situações o menor tenha um tratamento conforme com a proteção que lhe é garantida internacionalmente e que tipo de verificação é feita neste sentido não fica claro, de modo que a dúvida se a inexistência dessas condições será realmente impedimento para a expulsão de menores desacompanhados se fortalece. Para completar o desrespeito ao interesse superior da criança, a diretiva tem o despropósito de prever a detenção de menores não acompanhados, ainda que como último recurso e pelo prazo mais curto possível, e *tanto quanto possível* em instituições adequadas às suas necessidades (art. 17).

Por fim, é motivo de preocupação a *possibilidade* colocada no art. 11 de que se disponha a proibição de entrada em *qualquer* decisão de regresso. Se nos casos em que é *obrigatório* estabelecer a proibição ela justifica-se como punição (por pedido de permanência manifestamente infundado ou fraudulento ou não

²³⁶ “Mediante la capacidad de comunicación de mensajes, que es una de las funciones que desempeña el derecho, estos instrumentos jurídicos de políticas migratorias construyen una categoría de sujetos para los que – éste es el mensaje que se transmite a la opinión pública – vale una lógica jurídica diferente, opuesta a la del Estado de derecho: la del estado de excepción, un mensaje que, como veremos, acaba contaminándolo todo y por ello nos perjudica a todos, no sólo a los inmigrantes. Aunque son ellos los más afectados, los identificados como esa nueva categoría de sujetos desechables, sustituibles, que se puede usar y tirar una vez aprovechado el beneficio”. DE LUCAS, Javier. Cal y arena de la UE ante la inmigración. p. 4.

cumprimento da obrigação de regresso) ou prevenção (contra a presença de uma pessoa considerada perigosa para a ordem ou segurança pública ou para a segurança nacional – ainda que se questione a interpretação dada a estes termos); nos demais casos não há motivo algum a embasar tal medida. Na prática funcionará como uma punição não contra o fato da estadia irregular (já punido com a expulsão), mas contra a pessoa que um dia ousou transpor as fronteiras do continente europeu constituindo uma reminiscência da grandemente combatida teoria do direito penal do autor que arduamente foi superada e substituída pela teoria do direito penal do fato como base do direito penal moderno²³⁷.

A Diretiva de Retorno declara buscar a harmonização²³⁸ do tratamento dado aos imigrantes que se encontram irregularmente nos territórios dos Estados europeus, notadamente no que se refere ao regresso com ou sem uso da força destes²³⁹. No artigo 4º afirma não prejudicar a aplicação de disposições mais favoráveis presentes em acordos bilaterais ou multilaterais em que participem a UE,

²³⁷ Zaffaroni denuncia esse endurecimento na política penal nos últimos anos e identifica “que as características deste avanço contra o tradicional direito penal liberal ou de garantias consistiriam na antecipação das barreiras de punição (até os atos preparatórios), na desproporção das conseqüências jurídicas (penas como medida de contenção sem proporção com a lesão realmente inferida), na marcada debilitação das garantias processuais e na identificação dos destinatários mediante um forte movimento para o direito penal do autor”. Afirma ainda que “o inimigo da sociedade ou estranho, quer dizer, o ser humano considerado como ente perigoso ou daninho e não como pessoa com autonomia ética, de acordo com a teoria política, só é compatível com um modo de Estado absoluto e que, conseqüentemente, as concessões do penalismo têm sido, definitivamente, obstáculos absolutistas que a doutrina penal colocou como pedras no caminho da realização dos Estados constitucionais de direito. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 2ª Ed. Coleção Pensamento Criminológico. p. 12 e 14.

²³⁸ A diretiva é um instrumento normativo europeu que coloca obrigações de resultado para os Estados-Membros. Assim, os países possuem certa liberdade na redação das disposições nacionais que darão atuação a tais normas europeias. O prazo para a internalização da diretiva de retorno é o dia 24 de dezembro de 2010 (art. 20), o que significa que em dois anos todos os países da União Europeia deverão aprovar leis sobre a imigração irregular adequando-se aos parâmetros da diretiva de retorno. A disposição do n. 4 do artigo 13 possuem prazo de um ano a mais para serem atuadas. Tratando este ponto da concessão de assistência e/ou representação jurídica gratuita, a pedido, neste lapso de um ano entre a transposição da diretiva em geral e dessa disposição específica que os estrangeiros sejam expulsos sem direito à assistência jurídica gratuita para questionar o procedimento, ainda que a garantia desse direito de forma gratuita, de acordo com o previsto na diretiva, seja bastante limitada. Há ainda que se referir que caso uma diretiva não seja internalizada no prazo específico ela pode ser invocada diretamente nos tribunais nacionais desde que preencha alguns requisitos: além de expirado o prazo de transposição, as obrigações colocadas pela diretiva devem ser claras, precisas e incondicionais. Este efeito direto das diretivas foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça na decisão *Van Duyn*. UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. *Yvonne van Duyn contra Home Office*, 04 dez. 1974. Colectânea da Jurisprudência 1974, página 01337. Edição especial portuguesa página 00567.

²³⁹ A diretiva usa a terminologia: partida voluntária e afastamento. Com relação à primeira situação, está claro, no entanto, que não se trata de partida voluntária, mas coerciva, uma vez que é expedida uma ordem de partida do território do Estado em causa que deve ser cumprida em determinado prazo.

os Estados-Membros e países terceiros. Esta disposição se mostra ludibriosa, pois, em verdade, o que a diretiva promove é um rebaixamento do padrão de proteção aceito para os imigrantes. Assim, ainda que continuem a existir normas mais favoráveis, passa a ser aceitável a sua diminuição ao nível previsto pela diretiva²⁴⁰, de modo que a proteção dos imigrantes fica sim prejudicada.

Já se viu que o caráter simbólico ultrapassa grandemente o objetivo técnico que está previsto no título da diretiva – sofisticadamente apresentado como garantista. Trata-se de uma mensagem à opinião pública europeia, para explicar qual é a imigração desejada pela Europa, ou ainda, para convencer os cidadãos que se está trabalhando para protegê-los da crescente ameaça da imigração descontrolada, sobretudo no atual contexto de crise econômica²⁴¹.

Para controlar a imigração criam-se inúmeros requisitos para se obter o *status* de imigrante legal; por vezes a condição é meramente quantitativa: incluir-se nas quotas previstas anualmente²⁴². Para os que não se enquadram, resta a ilegalidade. A imigração ilegal não pode ser banida por normas, mas, ao ser tachada de ameaçadora, pode ser criminalizada. A mensagem final enviada pela diretiva de retorno é essa, a criminalização da imigração, contradizendo princípios básicos do padrão europeu e internacional de direitos humanos e do Estado de direito²⁴³. Mais que isso,

A diretiva é um torpedo na linha de flutuação do próprio projeto europeu, um projeto cujos cimentos são a proteção das liberdades e a primazia do direito e da razão, e que parecia erigir-se como um farol contra o fundamentalismo de qualquer tipo, frente à demagogia e ao populismo²⁴⁴.

²⁴⁰ Com a ressalva de que caso as normas mais favoráveis decorram da legislação nacional dos Estados-Membros – e não de acordos ou do acervo comunitário – elas devem ser compatíveis com o disposto na diretiva de retorno (art. 4º n. 3).

²⁴¹ DE LUCAS, Javier. Cal y arena de l'UE ante la inmigración. p. 4.

²⁴² A seleção quantitativa dos imigrantes que podem ter acesso a um país é discriminatória qualquer que seja o critério que se aplique: a) cotas por nacionalidade: cria desigualdades entre os próprios estrangeiros e pode ser inclusive contraproducente para os imigrantes “eleitos” caso o favorecimento se relacione diretamente com a assinatura de tratados bilaterais com os Estados de origem em questão, que aceitam condições de repatriação rápida em troca de que se aumente a quota reservada a seus nacionais no contingente anual; b) no caso de quotas por setor de atividade (como no caso espanhol), estamos diante de uma discriminação no acesso ao emprego que condena os imigrantes a ocupar os setores do mercado de trabalho descartados pela população autóctona. SOLANES CORELLA, Ángeles. Las fronteras europeas frente a la inmigración. p. 119.

²⁴³ DE LUCAS, Javier. Cal y arena de l'UE ante la inmigración. p. 5.

²⁴⁴ “la directiva es un torpedo en la línea de flotación del propio proyecto europeo, un proyecto cuyos cimientos son la protección de las libertades y el primado del Derecho y de la razón, y que parecía erigirse como un faro frente al fundamentalismo de cualquier signo, frente a la demagogia y el populismo” (tradução da autora). DE LUCAS, Javier. Cal y arena de l'UE ante la inmigración. p. 5.

O choque da Comunidade Internacional diante da edição destas normas, explica-se, assim, também em razão da grave mudança de sentido na construção da integração europeia. Neste contexto é que se insere a mobilização dos países sul-americanos, através da União das Nações Sul-americanas (UNASUL), para tentar, sem êxito, sensibilizar a UE e evitar a adoção da Diretiva de Retorno. Os governantes dos Estados-Partes daquela organização se pronunciaram conjuntamente²⁴⁵ para repudiar tal norma. Exigiram através do documento um tratamento justo e humanitário para os seus migrantes na UE, invocando todos os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e fizeram também um chamado para o acertamento de uma agenda bi-regional sobre a matéria. A mesma postura foi retomada em fevereiro de 2009, quando da iminência da aprovação de outra diretiva europeia, desta vez relativa ao estabelecimento de sanções para os empregadores de imigrantes em situação irregular²⁴⁶.

Quanto aos europeus, as reações são isoladas. A grande maioria da população europeia não reflete sobre estas novas estratégias de tratamento da imigração. O receio, neste caso, é que as pessoas estejam abstando-se de sua capacidade de pensar e que permitam – o que é de sua responsabilidade, como afirmou Hannah Arendt sobre o ocorrido no Holocausto²⁴⁷ – o desenvolvimento dessas violações de direitos humanos sob seus olhos e em Estados que se declaram democráticos e defensores de direitos humanos.

Diante de algumas reações e muitas ausências de posicionamento, a diretiva foi adotada e inclusive já transposta em alguns países. Um dos Estados-Membros que prontamente internalizaram a Diretiva de Retorno foi a Itália que é também um dos países europeus que demonstra maior dificuldade em lidar com as questões suscitadas pela imigração. Na edição de sua norma interna, a Itália, no entanto, não quis ou não conseguiu ter a mesma cautela terminológica e jurídica da diretiva, e dispôs de forma clara sobre o crime de “encontrar-se em um território estrangeiro sem documentos”, ou ainda sobre condutas conexas a esta.

²⁴⁵ Disponível em: <http://www.comunidadandina.org/unasur/4-7-08directivaUE.htm>. Acesso em: 06 jun. 2009.

²⁴⁶ Disponível em: http://www.comunidadandina.org/unasur/12-2-09com_migraUE.htm. Acesso em: 06 jun. 2009.

²⁴⁷ ARENDT, Hannah. Pensamentos e considerações morais. In: *Responsabilidade e julgamento*. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

O recebimento de grandes fluxos de estrangeiros é uma ocorrência recente na Itália, por isso, a maior parte da imigração é de primeira geração. O crescimento do número de imigrantes nos últimos anos é extraordinário; de 2005 a 2008 passou-se de 2.679.514 a 3.891.295²⁴⁸ estrangeiros residentes, um aumento de 45,7% – na UE o aumento foi de 14,4%. Ainda, as suas configuração e localização geográfica a colocam em uma posição particularmente favorável ao recebimento de imigrantes²⁴⁹. Os que vêm da África pelo mar mediterrâneo expõem todo o drama sofrido pelos refugiados e colocam o comportamento da Itália sob os olhos da Comunidade Internacional.

A Lei n. 125 de 24 de julho de 2008²⁵⁰ que converte o decreto-lei n. 92 sobre medidas urgentes em matéria de segurança pública e a Lei n. 94 de 15 de julho de 2009²⁵¹ que dispõe em matéria de segurança pública e é composta por três grandes artigos com diversos parágrafos que modificam uma série de leis formam o que ficou conhecido como *pacchetto sicurezza*, ou pacote de leis sobre a segurança pública. O primeiro artigo da Lei 94/2009 trata das questões ligadas à imigração, o segundo sobre o combate à máfia e o terceiro sobre segurança urbana. Estas informações iniciais já expressam a concepção securitária no tratamento à imigração e adiantam as preocupantes previsões trazidas pelo texto, além de justificar as extensas discussões e polêmicas que o projeto suscitou antes de sua aprovação. O Presidente da República, Giorgio Napolitano, ao promulgar a lei n. 94/2009, não deixou de demonstrar a sua perplexidade com algumas disposições, sobretudo as que se referem às rondas de cidadãos em defesa da segurança pública e ao crime de imigração clandestina, convidando o Parlamento a revê-las²⁵².

²⁴⁸ Este número inclui todos os estrangeiros, comunitários e não. CARITAS/MIGRANTES. *Dossier Statistico Immigrazione 2009...* p. 3 e 7.

²⁴⁹ Na Itália estima-se que para cada ingresso regular haja um irregular. A Itália atrai em maior medida a imigração ilegal por uma série de motivos: a dificuldade de controlar uma fronteira muito extensa em relação à superfície interna; a importância do setor informal, setor que tende a ampliar-se facilmente pelo espetacular aumento na demanda de serviço doméstico e de cuidado das pessoas e pela difusão de empresas de pequenas dimensões, âmbitos em que o trabalho irregular encontra abrigo facilmente. ZINCONE, Giovanna. *Los cuatro significados de la ciudadanía y las migraciones: una aplicación al caso italiano*. In: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, n. 37, 2003. p. 219.

²⁵⁰ ITÁLIA. Lei n° 125/2008. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/08125l.htm>>. Acesso em 28 jul. 2009.

²⁵¹ ITÁLIA. Lei n° 94/2009. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/09094l.htm>> Acesso em: 28 jul 2009>. Acesso em 30 ago. 2009.

²⁵². SICUREZZA, DA NAPOLITANO SÌ CON RISERVA. «Riflettere su ronde e reato clandestinità». *Corriere Della Sera*. Milano, 15 lugl. 2009. Disponível em: <http://www.corriere.it/politica/09_luglio_15/napolitano_promulga_legge_sicurezza_con_preoccupazio_ne_e9a9e7d4-714a-11de-b1fb-00144f02aabc.shtml>. Acesso em 20 jan. 2010.

Antes, após a segunda aprovação das normas do *pacchetto sicurezza*, desta vez na Câmara dos Deputados, e da grande discussão pública que decorreu, o Presidente já havia demonstrado preocupação com relação a este pacote. Emitiu uma séria advertência sobre a difusão de uma retórica pública xenófoba, sobretudo em países como a Itália onde as diferenças étnicas, religiosas e culturais aumentaram nos últimos tempos e, portanto, onde o perigo de exclusão gerado por este discurso é ainda maior. A solução segundo o chefe de Estado não é outra senão a busca do desenvolvimento, melhorando os níveis de igualdade e coesão social, um caminho que não é fácil mas é o único que a Europa pode percorrer, pois, advertiu Napolitano, a mera conservação e defesa dos interesses nacionais não é a resposta adequada.

Estas palavras do Presidente da República são ainda mais significativas quando se entende o papel que ele desempenha no sistema institucional italiano. Sem grande atuação no governo do país, a sua figura se torna mais ou menos importante em razão da conjuntura política institucional, adquirindo grande importância em momentos de crise uma vez que é um órgão de garantia do funcionamento das instituições às quais compete a direção do Estado e a tutela dos direitos dos cidadãos²⁵³. No que se refere à imigração, no entanto, a sua atuação não têm conseguido evitar que o governo coloque em risco o Estado de direito e o nível de proteção dos direitos humanos construído no pós-guerra ao custo da perda de muitas vidas.

É o parágrafo 16 do primeiro artigo da Lei 94/2009 que modifica o decreto legislativo n. 286 de 25 de julho de 1998, *testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, inserindo o art. 10 bis neste decreto, o responsável pela criação da infração penal²⁵⁴ de imigração ilegal. Intitulado “Ingresso e permanência ilegal no território do Estado” o artigo dispõe:

Art. 10 bis, decreto legislativo n. 286/98: Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di

²⁵³ FALCON, Giandomenico. *Lineamenti di Diritto Pubblico*. Padova: CEDAM, 2003. p. 245.

²⁵⁴ Na Itália, *reato* é o gênero que se divide em *delitti e contravvenzioni* de acordo com as diferentes penas estabelecidas para cada um. Ver art. 39 do Código Penal italiano. Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=2205>. Acesso em: 28 jul 2009. Assim, *reato*, na nomenclatura brasileira corresponde a infração, *delitti* a crimes e *contravvenzioni* a contravenções.

quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale²⁵⁵.

A lei de 2008, no entanto, já havia levantado inquietações entre os juristas. Um dos artigos mais criticados é o que inclui entre as agravantes comuns do Código Penal italiano (art. 61), a de ter sido o fato “cometido por um sujeito que se encontre ilegalmente sobre o território nacional²⁵⁶”, o agravamento resulta da simples existência deste *status*, em mais uma reminiscência da teoria do direito penal do autor²⁵⁷ que associa a figura do imigrante à criminalidade.

A mesma lei insere ainda²⁵⁸, no art. 12 do texto único de 1998, o ponto 5-bis, que prevê a condenação de seis meses a três anos para quem “ceda a título oneroso um imóvel de que tenha a disponibilidade a um cidadão estrangeiro com permanência irregular no território do Estado”, além do confisco do imóvel, exceto no caso em que este pertença a uma pessoa estranha ao crime. Ademais da criminalização de mais uma conduta ligada à imigração, essa norma tem o efeito prático de agravar a situação de marginalidade que já se abate sobre os imigrantes irregulares. Com acesso cada vez mais restrito à direitos básicos como a moradia, as possibilidades de delinquência aumentam e as de integração praticamente desaparecem.

Já a lei de 2009 que cria a infração penal de imigração irregular tem também outras regras inquietantes. A antes citada permissão para que se detenham os imigrantes indocumentados em “centros de permanência temporária e assistência” por até 180 dias, em consonância com a normativa europeia – o período máximo de permanência previsto anteriormente era de 60 dias²⁵⁹; a necessidade de apresentação da permissão de permanência no país para que se proceda ao

²⁵⁵ Salvo que o fato constitua crime mais grave, o estrangeiro que ingressa ou permanece no território do Estado, em violação das disposições do presente texto único, além das previstas no art. 1 da Lei n. 68 de 28 de maio de 2007 (que disciplina a permanência de breve duração dos estrangeiros para visita, negócios, turismo e estudo), é punido com multa de 5.000 a 10.000 euros. Ao presente crime não se aplica o artigo 162 do código penal (que prevê a extinção do crimes punidos com multa somente caso haja o pagamento de um terço do valor máximo da pena antes do decreto de condenação).

²⁵⁶ Art. 61, 11-bis, CP. “Se il fatto e' commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale”, inserido pelo art. 1, §1, f da Lei 125/2008 que modifica o Código Penal italiano.

²⁵⁷ PAVONI, Mario. Il matrimonio del clandestino e l'espulsione. p. 3

²⁵⁸ Art. 5 §1 da Lei 125/2008 que modifica o art. 12 do decreto legislativo 286/1998.

²⁵⁹ Art. 1 § 22, 2, I da Lei n. 94/2009 que modifica o art. 14, §5 do decreto legislativo n. 286/1998.

registro de crianças nascidas²⁶⁰, o que favorecerá a existência de “crianças invisíveis”, pois não serão registradas por seus pais ilegais ou ainda poderão mais facilmente tornar-se mercadoria para o tráfico de seres humanos; bem como a criação de rondas de cidadãos para assinalar às forças policiais eventos que possam trazer dano à segurança urbana ou situações de marginalidade social e econômica²⁶¹, ou seja, podem ser utilizadas para controlar e denunciar a existência de imigrantes irregulares que pela mesma lei são qualificados como infratores da lei penal.

No Conselho Europeu de 18 e 19 de junho de 2009, o primeiro após a adoção da Diretiva de Retorno, a imigração foi um dos grandes assuntos discutidos entre os líderes europeus. No ponto 36 das conclusões, afirma-se: “Os recentes acontecimentos em Chipre, Grécia, Itália e Malta sublinham a urgência do redobrar de esforços para prevenir e combater eficazmente a imigração ilegal nas fronteiras marítimas do Sul da UE de modo a evitar futuras tragédias humanas”.

Essa afirmação chega a soar absurda, pois consideram evitar tragédias humanas ao barrar os refugiados, por exemplo, na Líbia, país que não é parte da Convenção de Genebra de 1951 sobre o Estatuto dos refugiados nem do Protocolo que a complementa de 1967. Mas ainda que fosse, como é, por exemplo, da Convenção Africana sobre refugiados²⁶², isso não significa que haja instrumentos de proteção efetiva dos refugiados naquele país, conforme revela o relatório da *Human Rights Watch*, intitulado “*Pushed Back, Pushed Around: Italy’s Forced Return of Boat*

²⁶⁰ Art. 1 § 22, 2, g da Lei n. 94/2009 que modifica o art. 6, § 2 do decreto legislativo n. 286/1998. Discutiu-se muito a mesma exigência para ter acesso a serviços de saúde: DDL SICUREZZA, RIVOLTA NEL PDL Norme inaccettabili, niente fiducia. *La Repubblica*. Roma, 18 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.repubblica.it/2009/03/sezioni/politica/dl-sicurezza-3/dl-sicurezza-rivolta-pdl/dl-sicurezza-rivolta-pdl.html>>. Acesso em 07 mai. 2009. Na França, as associações que trabalham com imigrantes se revoltaram com o disposto no artigo L 622-1 *du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA)* ou código de entrada e permanência de estrangeiros e do direito de asilo, o qual cria o que por elas é chamado de *delit de solidarité* ou delito de solidariedade. A letra do artigo diz que “toda pessoa que por ajuda direta ou indireta, tiver facilitado ou tentado facilitar a entrada, a circulação ou a permanência irregulares de um estrangeiro na França será punida com prisão de cinco anos e multa de 30.000 euros”²⁶⁰. Entre as pessoas que não poderão ser perseguidas por este crime, previstas no artigo L 622-4 do Código, não constam nem mesmo os agentes de serviços médicos, de modo que até mesmo o direito mais básico à saúde é negados aos imigrantes. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=B7305D423D4DB8EB399483845ADF836B.tp djo04v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070158&dateTexte=20090720>. Acesso em: 20 mai. 2009.

²⁶¹ Art. 3, §§ 40 a 44 da Lei n. 94/2009 e decreto operacional do Ministério do Interior de 8 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=47055>. Acesso em: 7 jan 2010.

²⁶² Organization of African Unity, Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (“OAU Convention”), 10 September 1969, 1001 U.N.T.S. 45. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36018.html>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

*Migrants and Asylum Seekers, Libya's Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers*²⁶³ de setembro de 2009. As violações realizadas e permitidas pelo regime de Gheddafi vêm sendo denunciadas há anos²⁶⁴, o que não impediu a Itália²⁶⁵ de negociar com este país diversos acordos²⁶⁶ com vistas ao patrulhamento e devolução de cidadãos africanos que tentam chegar à Itália em embarcações extremamente precárias. Essa política de externalização do direito de asilo não é nada mais do que uma manobra para fechar a fortaleza Europa também para os demandantes de asilo ou outras formas de proteção internacional; proteção que a Europa reconhece e muitos países de trânsito dos imigrantes em direção à Europa, como é o caso da Líbia, não. Barrá-los nestes locais, é, assim, a solução para manter o “problema” afastado da Europa e a consciência europeia tranqüila.

²⁶³ Disponível em: <<http://www.hrw.org/en/reports/2009/09/21/pushed-back-pushed-around-0>>. Acesso em: 18 jan 2010.

²⁶⁴ Ver relatório da HUMAN RIGHTS WATCH. *Stemming the Flow: Abuses Against Migrants, Asylum Seekers and Refugees*, vol. 18, n. 5(E), sept. 2006. Disponível em: <<http://www.hrw.org/en/node/11164/section/1>>. Acesso em 18 jan. 2010. Na página 47, as declarações do General Mohamed Bashir Al Shabbani, responsável pelo Departamento de Imigração da Líbia podem dar uma idéia da ausência de proteção aos refugiados naquele país: “Não existem refugiados na Líbia. Existem pessoas que entram furtivamente no país e que não podem ser descritos como refugiados. Qualquer pessoa que entre no país sem documentos formais é detido”. (“*There are no refugees in Libya. They are people who sneak into the country illegally and they cannot be described as refugees. Anyone who enters the country without formal documents and permission is arrested.*”). Declarações que estão de acordo com a do líder daquele país Mu’ammar Gaddafi, para que o asilo é uma mentira generalizada e que se pergunta: “Realmente pensamos que milhões de pessoas são requerentes de asilo? Isso é realmente um assunto risível. (“Do we really think that millions of people are asylum seekers? It is really a laughable matter”).

²⁶⁵ Esta política de negociar acordos de readmissão em geral e em especial com a Líbia sobre a gestão da imigração é apoiada e incentivada pela UE. Veja-se o ponto 40 das conclusões do Conselho Europeu de Bruxelas em 29 e 30 de outubro de 2009: “exorta a Presidência e a Comissão a intensificarem o diálogo com a Líbia sobre a gestão das migrações e a resposta a dar à imigração ilegal, nomeadamente a cooperação no mar, os controlos nas fronteiras e a readmissão; sublinha que os acordos de readmissão são um importante instrumento de combate à imigração ilegal”. Os textos conclusivos de todas as reuniões do Conselho Europeu podem ser descarregados no endereço eletrônico: <http://europa.eu/european-council/index_pt.htm>.

²⁶⁶ Um acordo global entre Itália e Líbia – que inclui um capítulo sobre o combate à imigração clandestina – foi assinado em 29 de dezembro de 2007. Ver: <http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/notizie/immigrazione/0871_2007_12_29_ministro_Amato_firma_a_Tripoli_accordo_per_il_pattugliamento_congiunto.html_1562_036151.html>. Sobre o conteúdo deste acordo: <http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/notizie/immigrazione/0871_2007_12_29_APP_Accordo_con_la_Libia.html>. Mas as primeiras tratativas começaram oito anos antes. Até aquela data o que existiam eram acordos operativos entre forças policiais, agora formalizados e legitimados política e juridicamente. PALEOLOGO, Fulvio Vassallo. *Nuove intese tra Italia e Libia - Ancora sulla pelle dei migranti*. Documento a cura del Progetto Melting Pot Europa. Disponível em: <<http://www.meltingpot.org>>. Acesso em: 18 jan 2010. Em 04 de fevereiro de 2009, o ministro do Interior Roberto Maroni assinou o protocolo que dá atuação àquele acordo no que concerne ao patrulhamento conjunto para fazer frente à “imigração clandestina”. Ver: <http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/notizie/immigrazione/0542_2009_02_04_firmato_a_tripoli_protocollo_imm_cland.html_1901981484.html>. Acesso em 18 jan 2010.

Em concreto, esta conduta viola claramente um importante princípio de Direito Internacional Humanitário, o princípio da não-devolução (*non-refoulement*) consagrado em diversos instrumentos internacionais, dentre os quais a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951, em seu artigo 33. Segundo este princípio, não se pode rechaçar uma pessoa para um país onde ela possa ser perseguida por motivos raciais, religiosos, de nacionalidade, de grupo social ou de opiniões políticas, e para garantir que este princípio seja efetivado não se aplica nenhuma medida de afastamento até que o pedido de asilo seja decidido. O que a Itália faz então é negar a potenciais refugiados a proteção que internacionalmente lhes é garantida, o que vêm sendo denunciado tanto pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) como por organizações humanitárias como os “Médicos sem fronteiras”. Todas estas ações são operacionalizadas através do *Ministero dell’Interno*²⁶⁷ italiano, do qual atualmente é titular Roberto Maroni, membro da *Lega Nord*, partido separatista que defende a independência das regiões norte e algumas do centro da Itália, localizadas na bacia do rio Pó e que formam a Padania, segundo a denominação dada pelo partido.

Ainda sobre o texto do Conselho Europeu, há que se precisar que ali a referência é feita à “imigração ilegal” quando na verdade, a grande maioria das pessoas que se lança nas águas do mar mediterrâneo para a aventura de atingir as terras européias são, como já se referiu, refugiados. De todo modo, ainda que fossem ilegais, o seriam segundo os parâmetros desta legislação restritiva e criadora de ilegalidade que já foi analisada. E ademais de contestar essa condição, isso jamais justificaria a explícita violação de direitos humanos que essa prática de patrulhamento e repulsão comportam. Violações que estampam muitos jornais, baseados em testemunhos de missões européias e altos funcionários italianos²⁶⁸.

²⁶⁷ Ministério responsável pelas questões de segurança interna.

²⁶⁸ Em 2005 durante uma audiência do Comitê parlamentar de controle dos serviços secretos, o ex-diretor do antigo SISDE (Servizio per le informazioni e la sicurezza democratica – a organização do serviço de inteligência foi totalmente modificada pela lei 124/2007) Mario Mori declarou como na Líbia “os clandestinos são capturados como cães, colocados em furgões pick-ups e liberados em centros de acolhimento onde os vigilantes para entrar devem colocar lenços na boca por causa dos odores nauseantes.” (“*i clandestini vengono accalappiati come cani, messi su furgoncini pick-up e liberati in centri di accoglienza dove i sorveglianti per entrare devono mettere i fazzoletti intorno alla bocca per gli odori nauseabondi...*”). Mori falou também do centro de acolhimento financiado pelos italianos na Líbia, na localidade de Seba, na divisa com o deserto, um daqueles centros de detenção aonde vinham transferidos também os clandestinos retirados dos centros de permanência temporária italianos. “O centro, declarava Mori, comporta cem pessoas, mas estão lá 650, umas sobre as outras,

Apesar disso, relativamente ao que acontece após o “acompanhamento” dessas pessoas até a Líbia, o embaixador italiano na Líbia se limita a dizer que o que ocorre em território líbio não é competência da Itália²⁶⁹. A conclusão disso tudo é de que o objetivo da Europa, expresso nas conclusões do Conselho Europeu, é o de evitar que as tragédias – conforme referem – ocorram no seu território, nada mais.

Para o governo Silvio Berlusconi, a interceptação de barcos de imigrantes vindos da África²⁷⁰ também é funcional para obter apoio interno através do discurso do medo. A oposição enxerga isso e acusa o governo de utilizar o drama de pessoas para alimentar o medo da população e com isso fazer campanha eleitoral de modo repugnante. Também ressaltam que a multiétnicidade é já um fato na Itália e deve ser considerada um valor, além de lembrar a contribuição²⁷¹ que a imigração dá ao país e que é desrespeitada pelo governo atual.

Na mais recente reunião do Conselho Europeu em 10 e 11 de dezembro de 2009, na cidade de Bruxelas, foi estipulado um novo programa plurianual 2010-2014 relativo ao espaço de liberdade, segurança e justiça, é o chamado Programa de Estocolmo²⁷² em substituição ao anterior Programa de Haia²⁷³. Dentre as prioridades elencadas pelo documento, destacam-se a do “Acesso à Europa em um mundo globalizado” (ponto 30) e a de “Uma Europa responsável, solidária e aberta a parcerias em matéria de migração e asilo” (ponto 31).

sem o respeito de qualquer norma higiênica e em condições terríveis”. (*Il centro dichiarava Mori prevede di ospitare cento persone ma ce ne sono 650, una ammassata sull'altra senza il rispetto di alcuna norma igienica e in condizioni terribili*). (traduções da autora). Ver: PALEOLOGO, Fulvio Vassallo. Nuove intese tra Italia e Libia.

²⁶⁹ PALEOLOGO, Fulvio Vassallo. *La Libia uccide e deporta i migranti - Cause ed effetti di un "successo storico" nella lotta all'immigrazione irregolare*. Nuovo rapporto di Human Rights Watch sulla Libia. p. 2. Documento a cura del Progetto Melting Pot Europa. web site: <http://www.meltingpot.org>. Acesso em: 18 jan 2010.

²⁷⁰ Os imigrantes são desembarcados na Líbia onde são colocados em centros de detenção com condições duvidosas. Entre os dias 5 e 10 de maio de 2009, quando tal conduta começou a ser empregada, cerca de 500 imigrantes já haviam sido submetidos a este procedimento. RIPORTATI IN LIBIA 500 migranti in 5 giorni. *La Repubblica*, Roma, 10 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.repubblica.it/2009/04/sezioni/cronaca/immigrati-6/secondo-respingimento/secondo-respingimento.html>>. Acesso em: 10 mai. 2009.

²⁷¹ A contribuição dos imigrantes na Itália para o Produto interno bruto corresponde a 9,7% do total (ou 134 bilhões de euros em 2007), segundo dados da Unioncamere. As contribuições para o INPS são de sete bilhões de euros e para a receita fiscal, ao menos 3,2 bilhões de euros (dados do Dossier estatístico sobre a imigração da Caritas/Migrantes). Já as despesas sociais com os imigrantes ocupam 2,5% das despesas totais, o que corresponde à metade da receita que eles asseguram. CARITAS/MIGRANTES. *Dossier Statistico Immigrazione 2009*. p. 26.

²⁷² Disponível em: <http://europa.eu/european-council/index_pt.htm>.

²⁷³ O Programa de Haia que data de 2004, ainda traz muitos objetivos e poucos elementos concretos. Talvez por isso, seja muito mais longo que o Programa de Estocolmo e ainda reitere muitas vezes a necessidade de respeito aos direitos humanos e objetivos de integração dos imigrantes. No Programa de Estocolmo, centrado mais no desenvolvimento da prática e do enfoque que se delineou para a política de imigração na Europa, por exemplo, não há referência alguma à integração.

Retoma-se a afirmação de Tampere de que o acesso à Europa é reconhecido como um interesse legítimo, mas não se delineia nenhuma forma de concretização desse reconhecimento. Ao contrário, continua-se insistindo somente nas medidas de gestão das fronteiras e na política de vistos, afirmando que estas garantem a segurança dos cidadãos europeus e tornam o acesso à Europa mais eficiente e efetivo, do ponto de vista, mesmo que míope, da Europa, é claro. Afirma ainda que “a Europa precisará de uma política flexível que responda às prioridades e necessidades dos Estados-Membros e que permita aos migrantes tirarem pleno proveito do seu potencial”, deixando transparecer que o mote da política de migração continuará sendo utilitarista, por isso a flexibilidade para atender os interesses estatais. Maleabilidade esta, que negocia com os direitos dos imigrantes, o que torna obscura à menção à que os migrantes aproveitem o seu potencial; antes, a construção sintática coerente com o restante do texto e a prática da Europa falaria do aproveitamento pleno do potencial dos migrantes, mas unilateralmente pelos Estados europeus.

Insiste-se nas políticas ineficazes centradas no controle dos fluxos, e nos discursos que geram preocupações e medo na população e favorecem um uso eleitoreiro da matéria. Está evidente que o tratamento da questão não é simples e os resultados, assim como os desafios, do processo colocado em marcha pelos incessantes e volumosos deslocamentos de pessoas na era global devem ser profundos. O curso destas situações deve sim ser regulado, mas dentro do paradigma constitucional, construído no âmbito do Estado nacional para limitar o poder e proteger os direitos fundamentais dos cidadãos. Paradigma que ainda deve referendar as conquistas do direito internacional, que estendeu a garantia sobre grande parte deles a todos os seres humanos, quando não superá-las, já que a integração dos estrangeiros nas diversas Sociedades requer reconhecimento pleno, não apenas parcial, dos direitos a todos os participantes da Comunidade.

Diversas situações vêm trazendo à tona a consideração de que a imigração não é um problema que se resolve com o fechamento de fronteiras. Na Itália a tragédia humanitária dos refugiados que desembarcam na ilha de Lampedusa demonstra a crueldade resultante deste modelo meramente regulatório. Já, as revoltas no subúrbio de Paris em 2005 envolvendo jovens franceses de origem árabe e negra escancaram a falência do modelo francês de exclusão em guetos e invisibilização das diferenças culturais.

Mesmo uma política imigratória cada vez mais restritiva não poderá expulsar todos os imigrantes, muitos dos quais, estabelecidos há vários anos e, portanto, gozando de certa estabilidade; outros, destinatários de proteção internacional por razões políticas, sobretudo, tem seu estatuto garantido internacionalmente, sendo por isso são menos vulneráveis às mudanças políticas e legislativas. Não poderá evitar que muitos outros continuem chegando – pois a migração na era global é estrutural – e de forma legal, pois suas economias necessitam dessas pessoas, que mais tarde adquirirão estabilidade e assim sucessivamente. Isso significa que independentemente da política imigratória mais ou menos restritiva adotada pela Europa, a convivência com a multiculturalidade em suas Sociedades será inescapável. Como ela será tratada é a questão que está colocada. Se a Europa se abrirá para a integração dessas pessoas compreendendo a irreversibilidade deste processo, buscando neste caminho o tratamento da matéria e abandonando a política da ilegalidade é a questão que estará em pauta nos próximos anos.

Antes de tudo, porém, para que se chegue a isso, é preciso entender que a imigração não é simplesmente um assunto de economia laboral que se resolve em cálculos de sobra ou de escassez de postos de trabalho visando unicamente o benefício dos países receptores. Há que se compreender e trabalhar com as raízes destes movimentos, hoje em grande parte ligada ao desenvolvimento extremamente desigual das diversas partes do mundo. De forma complementar, deve-se também reconhecer a legitimidade da busca por melhores condições de vida e do direito de escolher livremente seu projeto de vida. É razoável e provavelmente necessário que esse direito de livre circulação seja regulado, o que não significa que possa ser esvaziado ou eliminado²⁷⁴.

Retornando um pouco na cronologia dos fatos e dos documentos, encontram-se aberturas não concretizadas no curso do desenvolvimento da política imigratória europeia. A Comunicação da Comissão n. 757 de 2000, colhe as afirmações de Tampere referentes ao tratamento equitativo de nacionais de países terceiros e, ao reconhecer o caráter necessário e potencialmente positivo da imigração, detém-se sobre a importância da integração social dos imigrantes neste processo. Reconhece que a exclusão social atinge de forma desproporcionada os migrantes já que estes são freqüentemente vítimas de xenofobia e racismo. Mas os pontos mais

²⁷⁴ DE LUCAS, Javier. Cal y arena de l'UE ante la inmigración. p. 2.

interessantes são a afirmação de que a integração “é um processo de *dois sentidos* (grifei) que envolve a adaptação da parte tanto do imigrante como da Sociedade de acolhimento”. Muitas vezes, aborda-se a integração com medidas que são na verdade mera assimilação²⁷⁵. Deste modo, os imigrantes devem adaptar-se aos padrões culturais da Sociedade que os recebe, mas esta não admite ser modificada pela presença deles. Além de inviável a ausência de transformação, esta concepção ataca a identidade dos imigrantes, dificultando a sua integração.

O mesmo documento da Comissão versa também sobre o desenvolvimento do conceito de cidadania civil, que possivelmente teria como referência a Carta dos Direitos fundamentais. A aquisição desta após certo período de tempo garantiria o êxito da fixação numa determinada Sociedade ou até mesmo um primeiro passo para a aquisição da nacionalidade de um Estado-Membro. Depreende-se desta sugestão uma abertura para superar a vinculação exclusiva dos direitos de cidadania ao conceito de nacionalidade, ligando-os o à condição de residente²⁷⁶. Fortalece essa tese, a indicação dos meios que promovem a integração: a igualdade nas condições de trabalho e no acesso aos serviços, além da atribuição de direitos cívicos e políticos. Os programas de integração devem ser realizados em todos os níveis, europeu, nacional, regional e local. A Comissão alerta por fim sobre a longa duração do processo de integração que requer atenção específica para os migrantes de segunda geração, incluídos os nascidos na UE.

Fazer radicar a condição de cidadão na de residente, em lugar da de nacional, é um passo extraordinariamente importante. Mas antes disso, é necessário tornar essa condição acessível. A circularidade entre permissão de residência e trabalho, já vista, coloca uma barreira intransponível do ponto de vista do processo de integração. Isto quer dizer que

[o] primeiro problema do acesso à cidadania a partir da imigração é simplesmente chegar, entrar legalmente e a circularidade em questão (junto com a existência da economia informal/clandestina), é a razão fundamental para que se opte por uma via clandestina ou ilegal ao acesso²⁷⁷.

²⁷⁵ Castles e Davidson afirmam que nem há mais tempo para processos de assimilação e aculturação quando “a heterogeneidade dos valores e práticas culturais cresce exponencialmente”. CASTLES, Stephen; DAVIDSON, Alastair. *Citizenship and Migration*. p. VIII.

²⁷⁶ DE LUCAS MARTÍN, Javier. Problemas teóricos y sociológicos de la inmigración. p. 97.

²⁷⁷ DE LUCAS MARTÍN, Javier. Problemas teóricos y sociológicos de la inmigración. p. 96 e 97. “[e]l primer problema del acceso a la ciudadanía desde la inmigración es simplemente llegar, entrar legalmente, y la circularidad en cuestión (junto con la existencia de economía sumergida) es la razón fundamental de que se opte por una vía clandestina o ilegal de acceso”. (tradução da autora).

Em sua antiga legislação a Itália, por exemplo, possibilitava a expedição de vistos e permissões de residência para a busca de trabalho (art. 23 do decreto 286/98 – texto único sobre a imigração, inserido pelo art. 21 da Lei 40/98²⁷⁸), o que hoje não é mais possível. A previsão foi revogada pela Lei 189/2002, conhecida como Lei Bossi-Fini²⁷⁹.

O novo tom da política imigratória europeia desloca assim o debate sobre as possibilidades e modos de extensão da totalidade dos direitos civis, sociais e políticos para os imigrantes para a crítica diante das violações de direitos humanos contidas nas regras e nas práticas desta política e ao fechamento das fronteiras como modo de enfrentamento das migrações em massa. As reivindicações, no entanto, devem ser paralelas, buscando evitar o ataque aos direitos humanos dos imigrantes, mas também, sobretudo, com relação àqueles que puderam adquirir o *status* de legalidade, permanecer na busca de um reconhecimento cada vez mais amplo de direitos de cidadania para os estrangeiros. A integração deles nas

²⁷⁸ Para que o estrangeiro fosse admitido sob estas condições era necessário que um italiano ou um estrangeiro residente garantissem o seu ingresso, garantindo-lhe alojamento, sustento e seguro de saúde pela duração da autorização entre outros requisitos. Art. 21 da Lei 40/98: Prestazione di garanzia per l'accesso al lavoro. 1. Il cittadino italiano o straniero regolarmente soggiornante che intenda farsi garante dell'ingresso di uno straniero per consentirgli l'inserimento nel mercato del lavoro, deve presentare entro sessanta giorni dalla pubblicazione dei decreti di cui all'articolo 3, comma 4, apposita richiesta nominativa alla questura della provincia di residenza, la cui autorizzazione all'ingresso costituisce titolo per il rilascio del visto di ingresso. Il richiedente deve dimostrare di potere effettivamente assicurare allo straniero alloggio, copertura dei costi per il sostentamento e assistenza sanitaria per la durata del permesso di soggiorno. L'autorizzazione all'ingresso viene concessa, se sussistono gli altri requisiti per l'ingresso, nell'ambito delle quote stabilite e secondo le modalita' indicate nei decreti di attuazione del documento programmatico per gli ingressi per lavoro e deve essere utilizzata entro e non oltre sei mesi dalla presentazione della domanda. Essa consente di ottenere, previa iscrizione alle liste di collocamento, un permesso di soggiorno per un anno a fini di inserimento nel mercato del lavoro. 2. Sono ammessi a prestare le garanzie di cui al comma 1 le regioni, gli enti locali, le Associazioni professionali e sindacali, gli enti e le associazioni del volontariato operanti nel settore dell'immigrazione da almeno tre anni, provvisti dei requisiti patrimoniali e organizzativi individuati con regolamento da adottare con decreto del ministro per la Solidarieta' sociale, di concerto con i ministri dell'Interno e del Lavoro e della previdenza sociale. Lo stesso regolamento puo' prevedere la formazione e le modalita' di tenuta di un elenco degli enti e delle associazioni ammessi a pre- stare la suddetta garanzia. 3. La prestazione di garanzia per l'accesso al lavoro e' ammessa secondo le modalita' indicate nel regolamento di attuazione, il quale stabilisce in particolare il numero massimo di garanzie che ciascun soggetto puo' prestare in un anno. 4. Trascorso il termine di sessanta giorni dalla pubblicazione dei decreti di cui all'articolo 3, comma 4, nei limiti e secondo le modalita' stabiliti da detti decreti, i visti di ingresso per inserimento nel mercato del lavoro sono rilasciati su richiesta di lavoratori stranieri residenti all'estero e iscritti in apposite liste tenute dalle rappresentanze diplomatiche e consolari italiane, con graduatoria basata sull'anzianita' di iscrizione. Il regolamento di attuazione stabilisce i requisiti per ottenere il visto di cui al presente comma.

²⁷⁹ Essa lei promoveu outras mudanças que demonstraram uma preferência pelo modelo do trabalhador hóspede. Assim, o contrato de trabalho e residência em que o empregador garante alojamento aos seus empregados imigrantes e se responsabiliza pelos gastos da viagem de retorno em caso de demissão. O mesmo governo de centro-direita da época modificou o equilíbrio dos fluxos para favorecer o trabalho de temporada. ZINCONE, Giovanna. *Los cuatro significados de la ciudadanía*. p. 221.

Sociedades depende grandemente dos direitos que lhe garantem estabilidade, dignidade e sentimento de igualdade para desenvolver suas vidas em um novo território.

A leitura do considerando n. 18 da Diretiva 28 de 2004²⁸⁰ que unifica o tratamento dos cidadãos europeus e de seus familiares relativamente aos direitos de livre circulação e residência, dá uma idéia de como isso ocorre. Afirma que a residência permanente – que exclui possíveis medidas de afastamento –, para que seja verdadeiro instrumento de integração, não deve estar sujeita a condições uma vez que tenha sido adquirida. A importância dessa estabilidade na condição jurídica para que os indivíduos consigam realizar plenamente a sua integração nas Sociedades que lhes recebem fica clara.

Para os imigrantes que não possuem cidadania européia, as regras atuais vão todas em sentido contrário, ou seja, buscam evitar que estes adquiram esta estabilidade. A Diretiva 109/2003 relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração prevê, neste sentido, no art. 5, as condições a serem cumpridas para o pedido de residência de longa duração. Além da prova de recursos estáveis e regulares para sua subsistência e de seus familiares; de um seguro-doença; há a possibilidade de exigir que preencham condições de integração, em conformidade com os direitos nacionais. A integração aqui é tratada como um requisito ou uma prova; não como o resultado do processo.

Outro fator relevante no processo de integração é o reagrupamento familiar que permite aos imigrantes recuperar a convivência de sua família, que freqüentemente permanece no país de origem à espera do membro que parte para proporcionar melhor condição de vida para todos²⁸¹. A UE editou uma diretiva para harmonizar a regulação estes processos de reagrupamento, é a diretiva 83 /2003 sobre reagrupamento familiar.

No considerando 4 desta diretiva reconhece que:

²⁸⁰ Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n. 1612/68 e que revoga as Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE, 93/96/CEE.

²⁸¹ As remessas de trabalhadores no exterior representam, em alguns países, percentual significativo do PIB, mas também impactam positivamente nas famílias dos imigrantes. Ver: PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento). *Relatório de Desenvolvimento Humano de 2009...* p. 71-73.

o reagrupamento familiar é um meio necessário para permitir a vida em família. Contribui para a criação de uma estabilidade sociocultural favorável à integração dos nacionais de países terceiros nos Estados-Membros, o que permite, por outro lado, promover a coesão económica e social, que é um dos objectivos fundamentais da Comunidade consagrado no Tratado.

De forma contrária ao afirmado nas considerações iniciais, o art. 4, n.1, último parágrafo, prevê a título de derrogação que:

nos casos de crianças com idade superior a 12 anos que cheguem independentemente da família, o Estado-Membro pode, antes de autorizar a sua entrada e residência ao abrigo da presente directiva, verificar se satisfazem os critérios de integração previstos na respectiva legislação nacional em vigor à data de transposição da presente directiva.

Mais uma vez ocorre uma inversão. A integração que deveria ser o resultado de uma série de normas e políticas passa a requisito para estas. Estas regras aparentemente ilógicas para a promoção da integração, de certa forma, estão de acordo com o paradigma que, afinal, rege a política imigratória europeia, o do imigrante trabalhador, preferentemente não-estável, que se adéque às conjunturas do mercado de trabalho.

Desta forma se compreendem os entraves colocados à sua estabilidade, integração, e acesso à igualdade. Do mesmo modo, as dificuldades para o reagrupamento familiar e o aumento das condições para alcançar a permissão de residência e as sanções extremamente graves impostas a eles. Assim, a Europa segue na

[criação de] “um modelo de bom imigrante, o que reúne estas duas condições: é adequado às necessidades de mão-de-obra do nosso mercado (na realidade, isso inclui as necessidades do mercado informal, que se alimenta de imigrantes irregulares), e, além disso, é assimilável, ou seja, de acordo com estereótipos etnicistas, aquele com uma cultura similar à nossa²⁸² .

²⁸² DE LUCAS MARTÍN, Javier. Problemas teóricos y sociológicos de la inmigración. p. 98-99. “[la creación de] un modelo de buen emigrante, el que reúne estas dos condiciones: es adecuado a las necesidades de mano de obra de nuestro mercado (en realidad, ello incluye las necesidades del mercado sumergido, que se alimenta de inmigrantes irregulares), y además es asimilable, es decir, de acuerdo con estereotipos etnicistas aquel que pertenece a una cultura similar a la nuestra” (falamos a mesma língua, praticamos a religião católica, etc.). (tradução da autora).

E segue, também, no desrespeito dos seus padrões de dignidade humana. A intensidade do impacto desse entendimento sobre a evolução/involução do direito, da política e da Sociedade será avaliada nos próximos anos e a denúncia e utilização de todos os meios jurisdicionais à disposição para veicular esse desvelamento do que realmente ocorre nesses dias podem ser meios de minimizar as conseqüências nefastas dessa política e quem sabe, modificá-la.

CONCLUSÃO

A experiência de integração regional da Europa, e a cidadania criada naquele sistema jurídico, constituem um laboratório privilegiado das mudanças que o espaço e o tempo globais imprimem na estrutura das Sociedades nacionais e internacional. A maior facilidade e rapidez nas comunicações e nos transportes, grande característica desta era, gerou um aumento espetacular dos fluxos: de informação, de idéias, de comércio, de capitais e também de pessoas. A movimentação de pessoas compõe o sistema produtivo global; conforme enuncia a teoria do livre comércio internacional, é funcional em relação ao melhor aproveitamento dos recursos. No entanto, choca-se com o último grande *status* jurídico de diferenciação entre os seres humanos: a nacionalidade.

O movimento internacional de pessoas torna-se uma questão problemática devido às novas características que as migrações adquirem nesta época. São, indubitavelmente, migrações de massa, mas de certa forma, atendem à demanda de muitos países desenvolvidos que necessitam de mão-de-obra em setores rejeitados pelos seus nacionais; que precisam reequilibrar o percentual de pessoas em idade produtiva, face à quantidade de aposentados – tarefa que estes países não são capazes de cumprir somente com taxas de natalidade. Soma-se a isso o contato muito mais freqüente e intenso que os imigrantes de hoje mantêm com seus países de origem, mantendo fortes laços de pertencimento também com estes; e a falta de preparo das Sociedades receptoras para o convívio multicultural, o que por vezes é instrumentalizado por governos e partidos políticos para transformar o tratamento da questão imigratória em conteúdo de propaganda eleitoral. Cria-se um terreno fértil para a xenofobia e o racismo.

O resultado disso é a existência de um grande número de pessoas vivendo em Estados de que não possuem nacionalidade, e via de conseqüência, onde podem, em geral, usufruir de escassos direitos. Contribuem com os sistemas de seguridade social e pagam impostos, mas têm dificuldades de computar este tempo de trabalho caso se aposentem em outro país. Vivem sob suspeita. Devem enfrentar uma burocracia hostil para garantir a sua legalidade, e chegam a ter direitos civis comprometidos por formalidades. Os prazos para emissão e renovação de títulos de residência, de regra, são longos, relegando-se os indivíduos ao limbo da ausência

de *status jurídico*. A lógica da suspeita também se aplica às restrições à liberdade de associação e à participação em sindicatos, presente em muitas legislações.

Por fim, estes sujeitos, em sua maioria, não têm direito de participação nas decisões políticas nem de seus Estados de origem, nem de seu Estado de residência. São pessoas a quem pode ser negado o exercício de quaisquer direitos políticos ao longo de toda a vida, apesar de membros de uma Comunidade política e, por vezes, mais de uma. Também se trata do alcance da democracia, da participação de todos que constroem e compõe uma Comunidade em suas decisões. Para configurar este pertencimento, é razoável que existam requisitos ligados à estabilidade, como é o do tempo de residência.

Atinge a democracia também a evidência de que muitas decisões diretamente relevantes para as Sociedades nacionais não são mais tomadas dentro de seus países, mas em ambientes internacionais, pouco democráticos e não constitucionalizados. Mais do que criticar a internacionalização do direito e ingenuamente esperar que se possa voltar ao passado, eliminando a interdependência entre os Estados, é preciso encontrar formas de garantir que os poderes atuantes nesse meio sejam limitados, e reflitam o desejo das populações alcançadas por tais decisões. Este parece ser o grande trabalho que incumbe aos juristas e cientistas políticos nas próximas décadas: conceber instrumentos, institutos e até mesmo instituições que consigam conciliar uma resposta eficaz e adequada às pressões da globalização, com a reconfiguração do Estado, que continuará sendo o ator capaz de agir em defesa do interesse público.

A construção do processo de integração europeu, que culminou com a criação da UE, uma união política a que se vincula uma cidadania, foram saudados como modelos políticos capazes de acompanhar essa passagem da política e do direito para a esfera internacional. A especulação neste sentido começou quando as então Comunidades Européias passaram a mostrar suas diferenças em relação às Organizações internacionais clássicas. A primeira delas foi considerar que o direito por elas produzido tem primazia sobre os nacionais e é diretamente aplicável nas jurisdições dos Estados-Membros. Alçou-se, assim, os indivíduos à condição de sujeitos do direito comunitário – no ordenamento internacional clássico, diferentemente, somente são sujeitos de direito os Estados – o que é interessante para o Organização, pois os indivíduos podem agir em defesa da aplicação do seu direito face aos Estados.

Por outro lado, conseqüência destas mesmas características do direito comunitário é a impossibilidade dos Tribunais nacionais verificarem a constitucionalidade da normativa comunitária frente às constituições nacionais, já que o direito comunitário é superior inclusive às constituições dos Estado-Membros. Para a verificação de validade, o único recurso das jurisdições nacionais é o reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça, único competente para realizar tal tarefa. Nesta verificação de validade, durante alguns anos, este tribunal afirmou que o único parâmetro eram os tratados constitutivos, que não possuíam garantias de direitos fundamentais, o que na prática gerava uma diminuição do padrão de proteção destes direitos para os europeus.

Provocados por alguns cidadãos, os tribunais constitucionais alemão e italiano entraram em uma disputa com o tribunal europeu, questionando este sistema, e efetivamente avaliando a normativa comunitária frente aos direitos fundamentais destes países. Isso impulsionou uma mudança de atitude do Tribunal de Justiça da UE. Desse diálogo, resultou um sistema pretoriano de proteção dos direitos humanos na UE, baseado nas tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros consideradas princípios gerais de direito comunitário, e nos instrumentos internacionais subscritos pelos Estados-Membros, notadamente a CESDH.

O que motivou essa mudança de jurisprudência foi, no entanto, não a preocupação com os direitos humanos, mas a inquietação com relação à uniformidade da aplicação do direito comunitário, pois se cada Estado-Membro o confrontasse com seus próprios parâmetros constitucionais, o ordenamento comunitário perderia sua uniformidade. Este aspecto negativo na origem da construção não seria relevante, se o resultado honrasse o objetivo de garantir um nível de proteção não menor do que o já conquistado pelos europeus nos ordenamentos nacionais e por meio da CESDH.

A prática mostrou, no entanto, que a interpretação do Tribunal de Justiça da UE sobre os mesmos direitos é mais restrita do que a da CEDH. Sob o argumento de não extrapolar as áreas de sua competência, e ainda influenciada pelos objetivos exclusivamente econômicos na origem do processo de integração, surgem estas divergências. A avaliação do impacto da possível adesão formal da UE à CESDH o que a submeteria à CEDH, ainda aguarda a efetivação desta previsão e alguns anos de vigência para que possa ser avaliado.

A mesma tensão a respeito do caráter político ou econômico pautou os debates sobre a criação da cidadania europeia. A cidadania sempre foi um projeto ligado às pretensões de transformar a Comunidade em uma união política. Muitas vezes, no entanto, utilizou-se o argumento, também correto, de que diversos direitos fundamentais eram corolários da livre circulação, com o objetivo de declarar a existência de uma cidadania sem que fosse necessário enfrentar as negociações e discussões intergovernamentais, sempre longas e difíceis. Isso não foi possível, no entanto. Parece que no decorrer da construção, ambas as posições foram contempladas pois, se a livre circulação favorece a movimentação de pessoas e o seu estabelecimento em outros Estados-Membros, era necessário trabalhar sobre o *status* jurídico dessas pessoas, de modo que ele não fosse rebaixado no momento em que elas exercem este que é o direito, por excelência, adquirido pelo acesso à Comunidade.

Ao mesmo tempo, a criação de uma cidadania “não nacional” reveste-se de significado político profundo, cujo sentido necessitava ser debatido e consolidado. Não foi o que ocorreu. Nas discussões e relatórios anteriores à criação da UE, evitou-se utilizar o termo cidadania para não adentrar a discussão mais filosófica e conceitual sobre o instituto. Falava-se, então, de direitos especiais reconhecidos aos indivíduos, em decorrência da participação de seus Estados no processo de integração.

Após a criação da UE, o que existia a título de direitos especiais finalmente reuniu-se sob o nome de cidadania da União. Criaram-se escassos novos direitos dentre os quais se destaca somente a atribuição de direitos políticos nas eleições locais em toda a Europa, e nas eleições europeias, independentemente do lugar de residência. O consentimento com relação à denominação não trouxe mudanças substanciais de conteúdo. No que foi acrescentado, notadamente os direitos políticos, restou nítido o arraigamento à concepção de cidadania vinculada à nacionalidade. Daí a compreensão das diversas derrogações aos direitos políticos dos cidadãos europeus dispostos pelos tratados. Sobretudo, a restrição da cidadania da UE aos cidadãos que possuem a nacionalidade de um dos Estados-Membros revela que não se operou uma mudança de paradigma no critério de atribuição da cidadania no espaço ampliada da UE.

Por outro lado, o estabelecimento de níveis múltiplos de cidadania operado pela UE é uma novidade relevante e poderia sugerir que o conceito está em

evolução. Assim, a tendência seria de, no futuro, superar todos os entraves impostos em nome de interesses e teorias nacionalistas, que restringem de alguma forma a plenitude dos direitos para os cidadãos europeus e, de forma mais grave, excluem os imigrantes de países terceiros da participação equânime em suas Comunidades de residência, denegando-lhes diversos direitos.

Essa crença de que a cidadania europeia vá se desenvolver em um sentido mais inclusivo choca-se atualmente com o desenrolar de uma política europeia a incidir diretamente sobre o tema: a política migratória. A referência à nacionalidade dos Estados-Membros para a atribuição da cidadania europeia, um de seus limites, gera a necessidade de delineamento de um estatuto para os estrangeiros, isto é, nacionais de países terceiros.

Diversas reuniões do Conselho Europeu emitiram sinais contraditórios quanto à construção dessa política migratória. Inicialmente, colocava-se ênfase na proteção dos trabalhadores migrantes que se deslocavam em busca de melhores condições de vida, e contribuía de forma fundamental com o desenvolvimento da Europa. Isso não significou, no entanto, que o imigrante deixasse de ser visto eminentemente como mão-de-obra, idéia central desta política, o que explica porque os Estados-Membros sempre mantiveram o controle sobre a quantidade de imigrantes a serem recebidas em seus territórios.

Esta medida contempla uma preocupação com o padrão de vida dos europeus, injustificado empiricamente, em termos econômicos, visto que a Europa necessita de sua mão-de-obra, e a eventual condição de pobreza em que parte deles pode viver é uma condição interna, do mercado de trabalho e dos salários pagos a eles em cada país. Pode justificar-se, por outro lado, em termos culturais. Os Europeus temem as culturas e religiões diversas, e não conseguem estabelecer um diálogo intercultural. Este medo é explorado pela política, de modo que os governantes enfatizam suas ações para proteger suas populações deste perigo.

Os interesses subjacentes a esta política induzem à ênfase na regulação dos fluxos e ao tratamento dos imigrantes como criminosos. Nos últimos anos, a criminalização do imigrante culmina na adoção de normativas que são claramente violadoras de direitos humanos notadamente a Diretiva de Retorno, que estabelece as medidas e formalidades a cumprir para a expulsão de imigrantes indocumentados.

Políticas com foco somente na regulação dos fluxos não trabalham toda a complexidade da questão imigratória, que é determinada por vários fatores, o principal: as diferenças abismais no desenvolvimento das várias regiões do mundo. Até mesmo a previsão de acordos com países terceiros relativos à imigração, que poderia trabalhar questões mais profundas, reduz-se à colaboração no controle dos fluxos. Este “auxílio” é utilizado como moeda de troca para a obtenção de outros benefícios pelos países de emigração.

Deixando de lidar com as causas das movimentações em massa, tais políticas se revelam ineficazes. Existindo a necessidade de partir e a demanda por trabalhadores nos países europeus, o deslocamento perdurará, a despeito da possibilidade de possuir um documento. O único resultado tangível desta política é a marginalização dos imigrantes. Sem documentos, praticamente não têm acesso a nenhum direito. Submetem-se a condições de trabalho e moradia degradantes. Não possuem qualquer possibilidade de integrar-se à Sociedade.

A integração tem lugar secundário na política migratória européia e. Por vezes, confunde-se com medidas que, em verdade, são de aculturação, ou seja, de mera aceitação pelos imigrantes da cultura do país receptor. Mais grave ainda é considerar a integração como um requisito para conceder o “prêmio” da residência permanente aos imigrantes, em vez de concebê-la como um processo em que toda a Sociedade e o governo devem envolver-se.

Um dos elementos mais importantes para que o processo de integração seja satisfatório é a estabilidade. É penoso estabelecer-se em um lugar onde não se sabe se será possível permanecer no dia seguinte. Para os trabalhadores sem residência permanente, perder o emprego e não encontrar outro em pouco tempo significa perder o direito de viver onde se vive. É o círculo perverso de dependência entre trabalho e residência imposto pelas legislações, neste caso nacionais.

Além disso, atribuir direitos civis e políticos aos residentes estáveis é também condição de sua integração. Admitir que certo grupo de pessoas deve ter menos direitos que outros transmite a mensagem de que elas não são iguais; de que aquelas são pessoas “inferiores”. Este é o campo semântico das diretivas européias sobre imigração: os imigrantes possuem menos direitos e são potencialmente infratores, por isso devem a todo momento provar que estão cumprindo a lei.

Essa multiplicidade de elementos da política imigratória, muitos comuns, outros ainda nacionais – com o objetivo de que os Estados permaneçam no controle

da quantidade de estrangeiros admitidos em seus territórios –, todos eles obrigam a uma reavaliação do significado que se atribuía à UE e à cidadania europeia. Inicialmente parecia que a organização e a instituição traziam contribuições para a superação do paradigma da cidadania ligada à nacionalidade, tão necessário para o tratamento digno dos cada vez mais numerosos imigrantes no mundo inteiro.

Apesar das dificuldades iniciais para a UE se afirmar como uma União política e para a cidadania europeia ser criada, elas superaram as dificuldades dos que defendiam principalmente posições nacionalistas e se impuseram. Muitos limites restaram como fruto das concessões feitas nas negociações políticas às suas origens. E hoje os contornos da política imigratória alertam para a necessidade de uma reavaliação do direcionamento da Europa e um balanço crítico dos custos desse recrudescimento na hostilização da imigração.

É muito provável que nos próximos anos, outras regiões do planeta enfrentem situações similares. O Brasil, hoje, ao mesmo tempo que envia imigrantes, também recebe emigrantes em grande quantidade. Estar nos dois pólos desta equação pode ser um elemento de estímulo à busca de respostas diferentes das europeias. A declaração conjunta com os países da UNASUL e outras manifestações do governo brasileiro são críticas à postura europeia, da qual pretendem diferenciar-se. Que esta diferença seja defendida de forma universal, englobando imigrantes e emigrantes, é o caminho condizente com os direitos humanos, e a superação do último obstáculo teórico à sua universalização: a nacionalidade. Colher o momento propício para o desenvolvimento deste debate também fora da Europa, com vistas a criar alternativas ao discurso segregacionista, descerra um campo de trabalho e muitas tarefas para estudiosos e políticos latino-americanos.

REFERÊNCIAS

Livros, artigos e relatórios

ADAM, Roberto. Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione. In: *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXV, 1992.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

ARCHIBUGI, Danielle. Cosmopolitan Democracy and its critics. *European Journal of International Relations*. Vol. 10, n. 3, Sept. 2004, p. 437-473.

ARCY, François d'. *Les politiques de l'Union européenne*. Paris: Éditions Montchrestien, 2003. p. 12.

ARENDT, Hannah. Pensamentos e considerações morais. In: *Responsabilidade e julgamento*. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOYER. R. Les mots et les réalités. In: *La mondialisation au-delà des mythes*. Paris: La Découverte.

CABIN, Philippe. La construction de l'opinion publique. *Sciences Humaines.com*. Dossier Web, La fabrique de l'opinion publique. Disponível em: <http://www.scienceshumaines.com/index.php?lg=fr&id_dossier_web=20&id_article=10947>. Acesso em: 11 dez. 2009. Artigo retirado de *Sciences Humaines*, Le destin des immigrés, n. 96, Juillet 1999.

CARITAS/MIGRANTES. *Dossier Statistico Immigrazione 2009*. XIX Rapporto. Immigrazione: conoscenza e solidarietà. Apresentação disponível em: <<http://www.dossierimmigrazione.it/schede/pres2009.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2010.

CARR, Edward Hallet. *20 anos de crise: 1919-1939*. Tradução de Luiz Alberto Figueiredo Machado. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1981. (Coleção Pensamento Político, 24).

CASSEN, Bernard ; WEBER, Louis. *Élections européennes, mode d'emploi*. Éditions du croquant, 2009.

CASSESE, Antonio. *Diritto Internazionale*. Bologna: Il Mulino, 2006. Curato da P. Gaeta

CASTLES, Stephen; DAVIDSON, Alastair. *Citizenship and Migration: Globalization and the Politics of Belonging*. New York: Routledge, 2000.

CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – Naciones Unidas). *Globalización y Desarrollo*. Santiago de Chile: CEPAL, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/6/10026/P10026.xml&xsl=/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xsl>> Acesso em: 15 dez. 2009.

CONDINANZI. *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*. 2ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

COSTA, Olivier; SAINT MARTIN, Florent. *Le Parlement Européen*. La documentation française, 2009. Collection Reflèxe Europe.

COSTA, Pietro. *Civitas, Respublica, Corpus*. Immagini dell'ordine e dell'appartenenza fra 'antico' e 'moderno'. In: CARILLO, G. *Unità e disunione della polis*. Napoli: Ellio Selino Editore, 2007.

DAHL, Robert. Can International Organizations be Democratic? A Skeptic's View. In: SHAPIRO, Ian; HACKER-CORDON, Casiano (eds.). *Democracy's Edges*. Cambridge University Press, 1999.

DAVIDSON, Alastair. Ciudadanía y migración: ¿derechos para aquéllos sin pertenencia? In: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, n. 37, 2003.

DE LUCAS, Javier. Cal y arena de l'UE ante la inmigración. *Página Abierta*, 195, sept. 2008. Disponível em: <<http://www.pensamientocritico.org/javluc0908.html>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

DE LUCAS; Javier. Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia, pertenencia. In: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, n. 37, 2003.

DE LUCAS MARTÍN, Javier. Problemas teóricos y sociológicos de la inmigración en España. In: *Sociologia del Diritto*, Milano, v. 29, n. 2, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit I. Le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit III. La réfondation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo; Martins Fontes, 2004.

EARNEST, David. Neither citizen nor stranger: why states enfranchise resident aliens. In: *World Politics*. Princeton: Cambridge University Press, v. 58, n. 2, jan. 2006. p. 242-276.

ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria. La nueva directiva de retorno en el contexto de la actual política comunitaria de inmigración. In: *Revista de Estudios Jurídicos* n. 8, 2008 (Segunda Época). Disponível em: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/23/21>. Acesso em: 19 dez 2009.

EUROBAROMETRE. Eurobaromètre Standard 70. Outono de 2008.

EUROSTAT. *Statistics in focus*. Population and social conditions. n. 94, 2009.

FALCON, Giandomenico. *Lineamenti di Diritto Pubblico*. Padova: CEDAM, 2003

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARCIA, Frank. Integrating Trade and Human Rights in the Americas. *Research Paper Series*. Research paper n. 26, November 17, 2003. Boston College Law School, Public Law and Legal Theory. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id>. Acesso em: 08 nov. 2009.

GAROT, Marie José. *La citoyenneté de l'Union européenne*. Paris: L'Harmattan, 1999.

GORENDER, Jacob. Estratégias dos Estados nacionais diante do processo de globalização. In: *Estudos avançados*, São Paulo, v. 9, n. 25, Dec. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000300007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 dez. 2009. doi: 10.1590/S0103-40141995000300007.

GREER, Steven; WILLIAMS, Andrew. Human Rights in the Council of Europe and the EU: Towards 'Individual', 'Constitutional' or 'Institutional' Justice. *European Law Journal*. Blackwell Publishing. Vol. 15, No. 4, July 2009, pp. 462–481.

GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Vol. I. Ijuí:Unijuí, 2005.

GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Vol. II. Ijuí:Unijuí, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *La constelación posnacional*. Barcelona: Paidós, 2000. Ensayos Políticos.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2005.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ªed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HEATON, R. The European Community after 1992: the freedom of movement of people and its limitations. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. vol. 25, 1992.

HERRERA FLORES, Joaquín. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. In: *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. Síntese de um Milênio. Florianópolis: Boiteux, 2005.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Pushed Back, Pushed Around: Italy's Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya's Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers*. Disponível em: <<http://www.hrw.org/en/reports/2009/09/21/pushed-back-pushed-around-0>>. Acesso em: 18 jan 2010.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Stemming the Flow: Abuses Against Migrants, Asylum Seekers and Refugees*, vol. 18, n. 5(E), sept. 2006. Disponível em: <<http://www.hrw.org/en/node/11164/section/1>>. Acesso em 18 jan. 2010.

IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE ESTUDIOS JURÍDICOS INTERNACIONALES. *Derecho de la Integración Latinoamericana*: ensayo de sistematización. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1969.

KEHOANE, Robert; MACEDO, Stephen; MORAVCSIK, Andrew. Democracy-Enhancing Multilateralism. *International Organization*. Vol. 63, n. 1, Winter 2009, p. 1-31.

KOSTAKOPOULOU, Dora. European Union Citizenship: Writing the future. In: *European Law Journal*, vol. 13, n. 5, sept. 2007.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2ªed. São Paulo : Abril Cultural, 1978.

MAGNETTE, Paul. *La citoyenneté européenne*. Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 1999.

MÁRMORA, Lelio. *Las políticas de migraciones internacionales*. Buenos Aires: Paidós, 2004.

MEDICI SENZA FRONTIERE. Missione Italia. *Rapporto sui Centri di Permanenza Temporanea e Assistenza*. Gen. 2004. Disponível em <<http://www.medicisenzafriere.it/msfinforma/publicazioni.asp?id=1705>>. Acesso em: 04 fev. 2010.

MORAVICSIK, Andrew. Is there a 'Democratic Deficit' in World Politics? A framework for analysis. *Government and Opposition – an International Journal of Comparative Politics*. Vol. 39, n. 2, 2004. p. 336-364.

MORGENTHAU, Hans J. *A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz*. Tradução de Oswaldo Biato. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003. (Clássicos IPRI).

MOWER, Glenn A. The Implementation of Human Rights through European Community Institutions. In: *Universal Human Rights*. The John Hopkins University Press, vol. 2, n. 2, apr-jun 1980. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/761810>>. Acesso em: 02 jan. 2010.

NAVARRO, Isidoro Moreno. *Entrevista*. Disponível em: <http://www.consumer.es/web/es/solidaridad/derechos_humanos/2009/02/21/183483.php>. Acesso em 05 jan. 2010.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PALEOLOGO, Fulvio Vassallo. *Nuove intese tra Italia e Libia - Ancora sulla pelle dei migranti*. Documento a cura del Progetto Melting Pot Europa. Disponível em: <<http://www.meltingpot.org>>. Acesso em: 18 jan 2010.

PALEOLOGO, Fulvio Vassallo. *La Libia uccide e deporta i migranti - Cause ed effetti di un "successo storico" nella lotta all'immigrazione irregolare*. Nuovo rapporto di Human Rights Watch sulla Libia. p. 2. Documento a cura del Progetto Melting Pot Europa. web site: <http://www.meltingpot.org>. Acesso em: 18 jan 2010.

PAVONE, Mario. Il matrimonio del clandestino e l'espulsione. In: *Altalex* – quotidiano di informazione giuridica n. 2766 del 08 feb. 2010. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=43013>>. Acesso em 27 jun. 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007. 8ªed. rev. ampl. e atual.

PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento). *Relatório de Desenvolvimento Humano de 2009: Ultrapassar barreiras, mobilidade e desenvolvimento humanos*. New York: Palgrave Macmillan, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. Análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Européia e Mercosul. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROBSON, Peter. *Teoria Económica da Integração Internacional*. Tradução de Carlos Laranjeiro. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

RUBIO CASTRO, Ana; MOYA ESCUDERO, Mercedes. Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate. In: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, n. 37, 2003.

SANTOS, Boaventura. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura. Globalizations. *Theory, Culture & Society*, 23, 2-3 (2006). p. 393-399. Disponível em: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/artigos-em-revistas-cientificas.php>>. Acesso em: 20 dez. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Contexto Internacional*. Rio de Janeiro, v. 23, n. 1. jan/jun de 2001.
SCHUMAN, Robert. Declaração de 9 de maio de 1950. Tradução portuguesa disponível em: <http://europa.eu/abc/symbols/9-may/decl_pt.htm>. Acesso em: 20 dez. 2009.

SCALFARI, Eugenio. L'inferno di Rosarno e i suoi responsabili. *La Repubblica*. Roma, 10 jun. 2009. L'Editoriale. Disponível em: <http://www.repubblica.it/cronaca/2010/01/10/news/l_inferno_di_rosarno_e_i_suoi_responsabili-1894730/>. Acesso em 15 jan. 2010.

SCHWOK, René. *Théories de l'intégration européenne*. Éditions Montchrestien: Paris, 2005.

SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, Willian. The future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law). In: NOLKAEMPER, Andre; NIJMAN, Janne (edited by). *New perspectives on the Divide between International and National Law*. Oxford University Press, 2007. p. 113-116. Disponível em: <http://www.oup.com/us/catalog/general/subject/Law/PublicInternationalLaw/GeneralPublicInternationalLaw/?view=usa&ci=9780199231942>. Acesso em: 15 mar 2009.

SEITENFUS, Ricardo. *Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2004.

SIMON, Denys. *Le système juridique communautaire*. 3e édition mise à jour. Paris : PUF, 2001 .

SINGER, Peter. *Um Só Mundo: A Ética da Globalização*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 17.

SOLANES CORELLA, Ángeles. Las fronteras europeas frente a la inmigración: regulación jurídica de la residencia de extranjeros comunitarios en Italia y España. In: *Sociologia del Diritto*, Milano, v. 29, n. 2, 2002

TAVARES, Maria Hermínia; CARNEIRO, Leandro Piquet. Liderança local, democracia e políticas públicas no Brasil. In: *Opinião Pública*. Campinas, vol. IX, n. 1, 2003. p. 139.

TRIGGIANI, Ennio. La cittadinanza europea per la “utopia” sovranazionale. In: *Studi sull'integrazione europea*. Numero 3, 2006. Direzione Ennio Triggiani e Ugo Villani. Cacucci editore, Bari, 2007.

UNIÃO EUROPÉIA. Comissão Europeia. *Comunicação da Comissão*. COM (2006) 571 final. O futuro demográfico da Europa: transformar um desafio em oportunidade.

UNIÃO EUROPÉIA. Conselho Europeu. *Conselho Europeu de Tampere*, 15 e 16 de outubro de 1999. Conclusões da Presidência. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm>. Acesso em: 14 mai 2009.

UNIÃO EUROPÉIA. Directiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:PT:PDF>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

VENTURA, Deisy. Hiato da transnacionalização na nova gramática do direito em rede: um esboço de conjugação entre estatalismo e cosmopolitismo. In: MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lênio (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, v. 4.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 2ª Ed. Coleção Pensamento Criminológico.

ZINCONE, Giovanna. *Los cuatro significados de la ciudadanía y las migraciones: una aplicación al caso italiano*. In: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, n. 37, 2003.

Legislação e jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 101*.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Van Gend & Loos, processo n. 26/62, 5 fev. 1963. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61962J0026>. Acesso em: 02 jan. 2010.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. *Yvonne van Duyn contra Home Office*, 04 dez. 1974. Colectânea da Jurisprudência 1974, página 01337. Edição especial portuguesa página 00567.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal De Justiça Das Comunidades Europeias. *Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales - Avis 2/94*. Recueil de jurisprudence 1996 page I-01759. Disponível em : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994V0002:FR:HTML>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

FRANÇA. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Disponível em : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=B7305D423D4DB8EB399483845ADF836B.tpdjo04v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070158&dateTexte=20090720>. Acesso em: 20 mai. 2009.

ITÁLIA. Lei nº 94/2009. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/09094l.htm>>. Acesso em 28 jul 2009. Acesso em 30 ago. 2009.

ITÁLIA. Lei nº 125/2008. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/08125l.htm>>. Acesso em 28 jul. 2009.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. *Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa ("OAU Convention")*, 10 September 1969, 1001 U.N.T.S. 45. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36018.html>>. Acesso em: 2 fev. 2010.

UNIÃO EUROPÉIA. Directiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n. 1612/68 e que revoga as Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE, 93/96/CEE.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2009/50/CE de 25 de maio de 2009, relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2009/52/CE de 18 de junho de 2009, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:168:0024:0032:PT:PDF>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento n. 810/2009 de 13 de Julho de 2009 que estabelece o Código Comunitário de Vistos. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:243:0001:01:PT:HTML>>. Acesso em: 18 dez. 2009.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2004/114/CE de 13 de Dezembro de 2004, relativa às condições de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos, de intercâmbio de estudantes, de formação não remunerada ou de voluntariado.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2004/81/CE de 29 de abril de 2004 relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos ou objecto de uma acção de auxílio à imigração ilegal, e que cooperem com as autoridades competentes.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2005/71/CE de 12 de outubro de 2005 relativa a um procedimento específico de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de investigação científica.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2003/86/CE de 22 de setembro de 2003 relativa ao direito ao reagrupamento familiar.

UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento 343/2003 de 18 de fevereiro de 2003 que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro

responsável pela análise e um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2003/9/CE de 23 de janeiro de 2003, que estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 83/2004 de 29 de abril de 2004 que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de protecção internacional, bem como relativas ao respectivo estatuto, e relativas ao conteúdo da protecção concedida.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2005/85 de 1 de dezembro de 2005, relativa a normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 55/2001 relativa a normas mínimas em matéria de concessão de protecção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento.
8 da Diretiva 9/2003.

UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n. 1612/68 e que revoga as Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE, 93/96/CEE

Notícias de jornais

DDL SICUREZZA, RIVOLTA NEL PDL
Norme inaccettabili, niente fiducia. *La Repubblica*. Roma, 18 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.repubblica.it/2009/03/sezioni/politica/dl-sicurezza-3/dl-sicurezza-rivolta-pdl/dl-sicurezza-rivolta-pdl.html>>. Acesso em 07 mai. 2009.

RIPORTATI IN LIBIA 500 migranti in 5 giorni. *La Repubblica*, Roma, 10 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.repubblica.it/2009/04/sezioni/cronaca/immigrati-6/secondo-respingimento/secondo-respingimento.html>>. Acesso em: 10 mai 2009.

ROSARNO, ARRESTATI TRE IMPRENDITORI. "SCHIAVIZZAVANO I CLANDESTINI". *La Repubblica*, Roma, 19 mai. 2009. Disponível em: <http://www.repubblica.it/2009/05/sezioni/cronaca/immigrati-8/rosarno-schiavi/rosarno-schiavi.html?ref=search>. Acesso em: 05 jan. 2010.

ROSARNO, CACCIA ALL'IMMIGRATO Aggrediti e assediati nei casolari. *La Repubblica*, Roma, 09 jan. 2010. Disponível em: http://www.repubblica.it/cronaca/2010/01/09/news/notte_rosarno-1885961/. Acesso em 15 jan. 2010.

ROSARNO, IMMIGRATI IN RIVOLTA, centinaia di auto daneggiate. *La Repubblica*, Roma, 07 jan 2010. Disponível em: http://www.repubblica.it/cronaca/2010/01/07/news/rosarno_immigrati_in_rivolta_centinaia_di_auto_danneggiate-1872028/. Acesso em: 15 jan. 2010.

SICUREZZA, DA NAPOLITANO SÌ CON RISERVA. «Riflettere su ronde e reato clandestinità». *Corriere Della Sera*. Milano, 15 lugl.2009. Disponível em: http://www.corriere.it/politica/09_luglio_15/napolitano_promulga_legge_sicurezza_con_preoccupazione_e9a9e7d4-714a-11de-b1fb-00144f02aabc.shtml. Acesso em 20 jan. 2010.

SPUNTA L'IPOTESI 'NDRANGHETA dietro le violenze di rosarno. *La Repubblica*, Roma, 09 jan. 2010. Disponível em: http://www.repubblica.it/cronaca/2010/01/09/news/indagini_rosarno-1891245/. Acesso em: 15 jan. 2010

Sites consultados

Altalex – jornal de informação jurídica italiano: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=2205>.

Blog da *journalée sans immigrés* : <http://www.ljsi.over-blog.com/>.

Blog do *sciopero degli stranieri*: <http://www.primomarzo2010.it>.

Ministério do interior italiano: www.interno.it.

Portal da União Europeia: <http://europa.eu>.

Site da Comunidade Andina: <http://www.comunidadandina.org>.

Site do Conselho da Europa: http://europa.eu/european-council/index_pt.htm.

Site do Parlamento Europeu: <<http://www.europarl.europa.eu>>.