



Artigos

MARTHA LUCÍA OLIVAR JIMENZES¹
MARC ANTONI DEITOS²
CAMILA VICENCI³

A União Européia dos 27 (milhões) e o Conselho da Europa

Resumo

O artigo verifica as possíveis incompatibilidades que podem surgir entre a nova política migratória comum da União Européia e o Conselho da Europa, com base no texto da “Diretiva do Retorno”. Em 2008, a aprovação dessa Diretiva constituiu o ápice da política migratória comum e implica padrões mínimos para identificar, deter e expulsar imigrantes indocumentados. Em processo concomitante, mas alocado em outra organização internacional – o Conselho da Europa – abriu-se a possibilidade de submissão do direito comunitário europeu à Convenção Européia dos Direitos do Homem. Esse desenho institucional sugere uma experiência ainda desconhecida nas relações internacionais.

Palavras-chave: União Européia; Conselho da Europa; Imigrantes Indocumentados; Diretiva do Retorno.

Abstract

This article verifies the potential conflicts that may arise between the new common European Union immigration policy and the Council of Europe, based on the “Directive on Return”. In 2008, the adoption of this Directive represented the culmination of the common immigration policy and requires minimum standards to identify, detain and expel undocumented immigrants. A concomitant process, but allocated in other international organization – the Council of Europe – made possible to submit the European community law to the European Convention of Human Rights. This institutional design suggests an unknown experience in international relations.

Key words: European Union; Council of Europe; Undocumented immigrants; Directive on Return.

1 Doutora em Direito Comunitário pela Université Robert Schuman Strasbourg III. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora da Faculdade de Direito da UFRGS, e-mail: jdupont@via-rs.br

2 Mestre em Relações Internacionais pela UFRGS. Professor Convidado da Pós-Graduação Lato Sensu “O Novo Direito Internacional” da UFRGS, e-mail: antonideitos@hotmail.com

3 Mestre em Direito pela UFRGS. Professor Convidado da Pós-Graduação Lato Sensu “O Novo Direito Internacional” da UFRGS, e-mail: milafv20@yahoo.com.br

“Se essas primeiras linhas não causam verdadeira vertigem ao leitor, é porque, normalmente, confundem-se duas organizações internacionais distintas: a União Européia e o Conselho da Europa”.

1 Introdução

Em 1º de junho de 2010, inaugurou-se um diálogo institucional nas relações internacionais sem precedentes e que influirá na evolução do direito internacional e dos direitos humanos pelas próximas décadas: a submissão das normas de um processo de integração regional a um sistema regional de proteção dos direitos humanos. Refere-se à vigência do Protocolo No. 14 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), que concedeu à União Europeia a possibilidade de aceder à categoria de sujeito internacional perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), o que implica a sujeição do direito comunitário à análise jurídica de uma organização internacional exterior ao bloco regional.⁴

Se essas primeiras linhas não causam verdadeira vertigem ao leitor, é porque, normalmente, confundem-se duas organizações internacionais distintas: a União Europeia e o Conselho da Europa. Por isso, torna-se imprescindível, antes de ingressar no fulcro deste artigo, delimitar a competência das duas organizações para bem compreender o avanço que o Protocolo No. 14 da CEDH aporta às relações internacionais.

A União Europeia constitui a forma atual do processo de integração político-econômica de 27 países da Europa, iniciada, em 1951, com a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço. O avanço do processo de integração europeu é compartilhado por três instituições básicas: o Conselho da União Europeia, a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu. Além desses três órgãos com poder normativo, o bloco regional dispõe, desde 1953, de um Tribunal de Justiça responsável pela guarda da aplicação do direito comunitário nos Estados-membros.

O Conselho da Europa (CE) foi estabelecido, em 1949, para promover os direitos humanos e os princípios democráticos no âmbito regional europeu, que se identifica com a criação, nas Américas, da Organização dos Estados Americanos (OEA). Em 1950, o CE aprovou a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) que, dentre as suas instituições, estabeleceu o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) com a responsabilidade de assegurar o respeito aos compromissos da CEDH e de seus Protocolos. Desde então, o TEDH alavanca o mais avançado sistema regional de proteção dos direitos humanos. Atualmente, 47 Estados são membros do CE, inclusive os 27 países da União Europeia (UE).

O Protocolo No. 14 da CEDH inova ao submeter, além de cada um dos 27 países da UE, individualmente, à jurisdição do TEDH, o próprio direito comunitário e, portanto, a UE como blo-

4 O Artigo 17 do Protocolo No. 14 modifica o Artigo 59 da CEDH, que passa a incluir: "The European Union may accede to this Convention". Para a completa adesão da UE à CEDH, é, ainda, necessário a ratificação do Acordo pelo bloco regional e o seu depósito junto ao Secretário-Geral do Conselho da Europa.

co regional. O Protocolo No. 14 é responsável por inaugurar uma dimensão e um diálogo até então desconhecido na história das organizações internacionais - a conexão entre o direito de um bloco regional e de uma organização regional de proteção dos direitos do homem. Para a nítida percepção do avanço aportado pelo Protocolo No. 14, é útil fazer um exercício de transposição para âmbito do continente americano. Nessa perspectiva, corresponderia à submissão de, por exemplo, o direito do MERCOSUL ou do NAFTA à Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurídico, no âmbito da OEA, responsável por velar pelo cumprimento da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos.

O objetivo deste artigo é inserir a política migratória da União Européia - instituída, no final de 2008, pela chamada “Diretiva do Retorno” - nessa nova realidade institucional, ou seja, o artigo verifica a compatibilidade desse ato comunitário, referente à política migratória, com a CEDH, e sinaliza as violações latentes aos direitos humanos presentes em seu texto. Para tanto, o artigo divide-se em duas partes. Na primeira parte, aborda-se o âmbito de aplicação da política migratória da União Européia e os indivíduos sobre os quais incide. Na segunda parte, trata-se do direito processual da Diretiva do Retorno, no sentido de identificar as questões mais problemáticas que a adesão da UE à CEDH pode acarretar para a consecução de sua política migratória. Na conclusão, apontam-se os artigos da CEDH que podem embasar a incompatibilidade da política migratória européia perante o TEDH.

2 Desenvolvimento

2.1 A Construção de uma política migratória para a União Européia

Em 23 de dezembro de 2008, foi publicada, no Jornal Oficial da União Européia, a “*Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia relativa a Normas e Procedimentos comuns nos Estados-membro para o Regresso de Nacionais de Países Terceiros em Situação Irregular*” (Diretiva do Retorno). O objetivo basilar da Diretiva é assegurar que a expulsão de um indivíduo, por qualquer Estado-membro do bloco, signifique a expulsão das fronteiras de toda União Européia (UE).

A Diretiva do Retorno constitui o ápice do processo de coordenação das políticas migratórias da União Européia iniciada com a aprovação da *Diretiva sobre o reconhecimento mútuo das decisões de expulsão de nacionais de terceiros países* (2001/40/EC). Essa Diretiva visava que, nos casos de emissão de uma ordem de expulsão de um indivíduo não-nacional de um país da UE por motivos criminais, de segurança nacional ou de ameaça à segurança pública, essa decisão fosse reconhecida pelos demais Estados do bloco. A Diretiva 2001/40/EC capacitou os países para a cooperação jurisdicional a respeito das decisões de expulsão, contudo não os obrigava a executar a medida, pois, se o

fizessem, teriam que fundamentá-la no direito nacional de cada Estado-membro, já que o tema não se encontrava regulamentado no direito comunitário.⁵

A adoção, pelo Conselho da União Europeia, de uma proposta da Comissão Europeia para um “*Programa de Ação de Retorno*” constituiu o segundo passo em direção a uma política migratória comum. A proposta da comissão baseava-se na necessidade de se priorizar e incentivar o retorno voluntário, tendo em vista o menor custo operacional do procedimento em comparação ao retorno forçado. Além disso, visava estabelecer acordos entre a UE e os países emissários de grande número de imigrantes indocumentados, com o objetivo de facilitar sua readmissão nos países de origem e evitar os difíceis procedimentos de retorno forçado.

Apesar do *Programa de Ação de Retorno* focar o retorno voluntário, na prática, foi aplicado com mais intensidade para efetivar casos de retorno forçado, dentre outros motivos, pela falta de campanhas que incentivassem o retorno voluntário entre as comunidades de imigrantes. O resultado desse Programa se traduziu na aprovação da *Diretiva sobre a cooperação no trânsito de imigrantes expulsos* (2003/110/EC), notadamente, voltada para os imigrantes sujeitos aos mecanismos de retorno forçado. Para efetivar a Diretiva 2003/110/EC, o Conselho da União Europeia emitiu a *Decisão 2004/573/EC*, com o fim de organizar vôos conjuntos para a remoção de não-nacionais da UE, provenientes de diferentes países do bloco, e que foram objeto de ações de remoção individuais (SCHAIN, 2009, p. 105).

O Programa, contudo, guardava grandes impasses, pois, apesar de assentados os critérios de organização dos vôos compartilhados, não existia um fundo comunitário para essas despesas. Os problemas gerados por essa lacuna provocaram uma subutilização do sistema, uma vez que a divisão dos assentos nos vôos, dos custos da operação e da responsabilidade pelo trânsito dos expulsos, dentro das fronteiras da UE, não estavam regulamentados e dependiam de acordos periódicos entre os países do bloco. Para estabelecer esses encargos, o Conselho da União Europeia aprovou a *Decisão 2004/110/EC*, que determinou a compensação dos gastos financeiros resultante do mútuo reconhecimento das decisões de expulsão e da remoção nos vôos conjuntos (CANETTA, 2007, p. 447).

As duas Diretivas da UE (2001/40/EC e 2003/110/EC) e as duas Decisões do Conselho da UE para instrumentalizá-las (2004/110/EC e 2004/573/EC) forjaram a arquitetura da Diretiva do Retorno. Proposta, em 2005, e aprovada, em 2008, em primeira leitura no Parlamento Europeu, ela estabelece um conjunto de normas horizontais aplicáveis aos nacionais de países terceiros que não preencham ou que deixaram de preencher as condições de entrada, permanência ou residência em qualquer Estado-membro da UE.

⁵ Ocorria que, na grande maioria dos casos, a legislação do Estado, que embasava a ordem de expulsão, não encontrava correspondência na legislação do Estado onde se encontrava a pessoa destinatária da decisão, impedindo a execução da medida.

2.2 Âmbito de aplicação da Diretiva - Implicações do Código de Fronteiras Schengen

O âmbito geográfico de aplicação da Diretiva do Retorno envolve alguns aspectos particulares que requerem precisão. A internalização gradual dos acordos comunitários implica diferentes estágios de integração entre os Estados-membros, além da possibilidade de não-participação em temas específicos, como a unificação das fronteiras.

O Acordo Schengen, assinado em 1985, tinha como objetivo primordial efetivar um dos principais aspectos da integração comunitária: o livre trânsito de pessoas no bloco. Contudo, desde o início do projeto para uma área fronteiriça comum, o tema mais controverso pautou-se na abolição ou não das fronteiras para os nacionais de Estados não-pertencentes à EU, quando em deslocamento interno no bloco. Por resultado da divergência dos países quanto ao tema, o Acordo Schengen foi, originalmente, concebido fora do âmbito da UE pela França, Alemanha, Holanda, Bélgica e Luxemburgo.

Somente após doze anos, em 1997, o Acordo Schengen foi incorporado ao Tratado de Amsterdã e passou a fazer parte do acervo comunitário, com a possibilidade dos Estados optarem em integrá-lo ou não, além da discricionariedade para internalizá-lo de forma parcial. A administração do acordo, antes de responsabilidade de um comitê executivo autônomo, passou para a competência da Comissão Europeia. Desde 1997, a Comissão tem proposto Diretivas em diversas áreas que tangem à livre circulação de pessoas e que foram aprovadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia. Dentre esses temas, encontram-se as regras comuns para o pedido de asilo, a possibilidade da polícia perseguir criminosos além das fronteiras do Estado-membro e a criação de setores especiais de entrada nos aeroportos para passageiros em trânsito dentro das fronteiras Schengen.

Atualmente, o Acordo Schengen engloba 25 países. Em 1997, além dos cinco países originários, passaram a ser parte: Portugal, Espanha, Itália e Áustria. Em 2000, foi a vez da Grécia e, logo após, em 2001, adentraram Dinamarca, Suécia, Finlândia, Noruega e Islândia. Outros nove países aboliram as fronteiras internas para a livre circulação de pessoas em 2007: República Tcheca, Estônia, Lituânia, Letônia, Malta, Polónia, Eslováquia e Eslovênia. E, em 12 de dezembro de 2008, a Suíça ingressou no Acordo das fronteiras Schengen.

A expansão bastante flexível das fronteiras Schengen criou uma série de situações singulares que, com a aprovação da Diretiva do Retorno, devem ser adaptadas às restrições impostas por cada país ou conforme sua participação ou não na própria UE. A maleabilidade com que os pilares da UE foram aplicados (alargamento e aprofundamento) se refletiu na política de livre circulação de pessoas, criando três formas distintas de participação dos Estados-membros da UE no Acordo Schengen:

- I. Países parte da União Europeia e do Acordo Schengen;
- II. Países que adotam o Acordo Schengen e não são parte da União Europeia;
- III. Países que, apesar de membros da União Europeia, não participam do Acordo Schengen.

Essa acomodação ocorre por dois motivos principais. Por um lado, os Estados-membro da UE podem, no momento de internalizar o Acordo Schengen, escolher não fazer parte de todas suas disposições, ou mesmo, manter sua soberania em relação às fronteiras. Por outro lado, a Comissão da União Europeia deve aprovar o Estado que deseja fazer parte do Acordo Schengen, por meio da análise dos requisitos que o tornam apto a integrar as fronteiras comuns. Constitui-se, portanto, num encontro de vontades – da Comissão aprovar o Estado e do Estado desejar fazer parte do Acordo.

Quanto à primeira situação (I), esses Estados devem cumprir com os parâmetros estabelecidos na Diretiva, sem restrições. Esse contexto não prejudica os países com garantias mais amplas em relação às asseguradas no acervo comunitário, cabendo adotar exceções, exclusivamente nos casos em que a própria Diretiva as permite, como, por exemplo, proporcionar um defensor público aos imigrantes indocumentados sujeitos ao retorno forçado ou voluntário.

A segunda situação (II) refere-se aos países que, mesmo participando das fronteiras Schengen, não são membros da União Europeia (Suíça, Noruega e Islândia). A condição especial desses países, contudo, não lhe conferem flexibilidades quanto ao cumprimento da Diretiva em relação aos membros do bloco, pois ratificaram acordos bilaterais que os obrigam aos mesmos termos. Em 1999, em acordo celebrado pela Islândia e Noruega e pelo Conselho da União Europeia (*Decisão 1999/437/CE*), os dois países se comprometeram a aplicar os desenvolvimentos do Acordo Schengen aos seus territórios. Da mesma forma, a Suíça obrigou-se com o cumprimento da Diretiva do Retorno pela *Decisão 2008/146/CE*.

A terceira situação (III), ou seja, países que, apesar de membros da União Europeia, não participam do Código de fronteiras Schengen, guarda uma condição bastante particular. Esse grupo de países não pode ser analisado de forma monolítica, uma vez que as razões para não participarem da fronteira comunitária são distintas. Enquanto Inglaterra, Irlanda e Irlanda do Norte optaram por não aderir ao Acordo Schengen e manter a soberania sobre suas fronteiras, Romênia, Bulgária e Chipre não reúnem os requisitos para o cumprimento do Acordo Schengen, segundo o Conselho da UE. A Diretiva do Retorno, portanto, é mitigada pela não-outorga da livre circulação às pessoas que ingressam na UE por esses seis países. Ainda, pelo fato da Romênia e da Bulgária constituir parte da fronteira leste do bloco, a UE serve-se da Hungria, Eslováquia e Eslovênia como Estados-tampão do ingresso de imigrantes indocumentados nas fronteiras comuns.

2.3 Os sujeitos à expulsão – para quem é a Diretiva?

Além da delimitação geográfica, a Diretiva é dirigida a pessoas que reúnam duas condições específicas: sejam nacionais de países não-parte da UE e que se encontram em situação irregular nesse espaço geográfico. Ou seja, por exclusão, a Diretiva do Retorno não se aplica aos cidadãos da UE, definidos no Artigo 17.1 do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia: “É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro.” A Diretiva também não se aplica àqueles “beneficiários do direito comunitário à livre circulação” definidos, no Artigo 5º do Código de Fronteiras Schengen, como “os nacionais de países terceiros membros da família de um cidadão da União” e, ainda, aos “nacionais de países terceiros e membros de suas famílias, independentemente da sua nacionalidade que, por força de acordos celebrados entre a Comunidade e os seus Estados-membro (...) se beneficiem de direitos em matéria de livre circulação equivalentes aos dos cidadãos da União.”

Para o enquadramento fático na Diretiva do Retorno, além de suprir a condição de não-nacional da UE e nem se subsumir nas condições especiais elencadas, é necessário estar em situação irregular. A “regularidade” da entrada de nacionais de estados terceiros está definida no Artigo 5º do Código de Fronteiras Schengen e se resume, basicamente, a três obrigações:

- posse de um documento válido que permita a passagem na fronteira (passaporte ou outro equivalente, como no caso dos apátridas).
- ter um visto de entrada válido para os países que não tem acordo de supressão do documento com o bloco.
- fazer prova dos meios de subsistência referente ao período de estadia na UE, assim como, possuir meios suficientes para deixar o bloco.

Se, por um lado, os requisitos para a entrada regular aparentam não se constituir em mecanismo intrincado e laborioso, por outro lado, a verificação da documentação pelas autoridades administrativas de fronteiras torna o processo bastante arbitrário. O exame dos meios de subsistência, por exemplo, é discricionário e depende dos preços médios calculados para os gastos diários nos diferentes países da EU.

O aspecto mais preocupante, contudo, da caracterização da irregularidade do não-nacional da UE é a ampla margem de apreciação aberta pelo Artigo 6.6 da Diretiva: “A presente diretiva não obsta que os Estados-membro tomem decisões de cessação da permanência regular (...) por decisão ou ato administrativo ou judicial previsto no respectivo direito interno (...)”. Ou seja, mesmo que o imigrante esteja ciente das condições de entrada e regularidade previstas no direito comunitário, decisões administrativas internas, as quais são particulares e difíceis de conhecer, podem tatuá-lo com a

irregularidade e sujeitá-lo ao retorno forçado ou voluntário, ou ainda, à detenção com o fim de afastamento, sem que adequadas garantias processuais estejam disponíveis (ver item 2.2 deste artigo).

2.4 Aspectos processuais da Diretiva e as violações a CEDH

A Diretiva do Retorno caracteriza-se por uma flexibilidade preocupante no que tange aos métodos de expulsão, a arbitrariedade das decisões e, principalmente, as amplas possibilidades de abandono das garantias processuais mínimas asseguradas ao ser humano. Temas tão sensíveis como os largos períodos de detenção para providenciar o afastamento, a oferta de um defensor público, o aprisionamento de crianças e famílias, além da faculdade para fundamentar e motivar as decisões podem causar constrangimentos insuperáveis àqueles a mercê do Estado e de suas decisões unilaterais.

Nesta parte do artigo, se abordará o método de aplicação da Diretiva, a discricionariedade das autoridades competentes e as diferentes fases do retorno voluntário e forçado, como foco da análise voltado para os dispositivos mais sensíveis a violações sistemáticas dos direitos humanos. Para tanto, a abordagem se organiza em três momentos: a decisão de regresso (2.1), a proibição de entrada (2.2) e, por último, a decisão de afastamento (2.3).

2.4.1 Decisão de regresso

O primeiro ato do processo de retorno do imigrante indocumentado é a *decisão de regresso*, que declara sua situação irregular e sua obrigação de deixar as fronteiras do bloco. Essa decisão pode ser um ato administrativo dos policiais de fronteira ou de qualquer órgão (público ou privado) encarregado pelo Estado do controle de imigrantes. No Reino Unido, o serviço foi terceirizado para o setor privado.

A decisão de regresso pode dispor um prazo para a partida voluntária do imigrante entre sete e trinta dias, que pode ser dilatado ou suprimido, conforme decisão embasada no direito interno dos Estados. Os casos de procrastinação do prazo incluem a existência de filhos que freqüentam a escola, de outros membros familiares, assim como laços sociais. O prazo pode ser suprimido nos casos em que houver risco de fuga, ou se o imigrante constituir um risco para a ordem pública ou para a segurança nacional. Se, por um lado, para ter o prazo estendido o imigrante deve apresentar e fazer prova, por exemplo, da matrícula e freqüência de seus filhos à escola, por outro lado, a amplitude dos conceitos de segurança nacional ou de ordem pública, como se verificará ao longo deste artigo, deixa o imigrante impossibilitado de defesa. Não se deve subestimar a hipótese do simples fato de “ser imigrante” ou “estar irregular” ser definido, no direito interno, como caso de risco à segurança nacional.

A decisão de regresso pode subtrair qualquer possibilidade de defesa quando o imigrante é classificado como de risco à segurança nacional ou à ordem pública. Em primeiro lugar, as decisões, nesses casos, não precisam ser fundamentadas, portanto, o imigrante não saberá a razão que o torna uma ameaça ao Estado. Em segundo lugar, cabe a cada país definir, na sua legislação nacional, quando a assistência jurídica deve ser considerada necessária. Ou seja, no caso do imigrante não ter recursos financeiros e a assistência jurídica não for classificada como necessária, a pessoa será usurpada de qualquer possibilidade de defesa, além de estar diante de uma decisão despida dos motivos de fato e de direito que a motivaram.

Dois outros aspectos da decisão de regresso merecem temperamentos importantes: o direito do imigrante ser informado da decisão e a partir de que momento flui o prazo para a partida voluntária. A diretiva estabelece que os Estados podem determinar, no respectivo direito interno, que o prazo para o regresso voluntário só será concedido mediante requerimento do imigrante, portanto o Estado tem o dever de informar sobre possibilidade de apresentar tal pedido. São preocupantes os casos em que o imigrante, mesmo informado da possibilidade de requerer o prazo para a partida voluntária, não dispõe dos meios e do conhecimento para fazê-lo, uma vez que não há obrigação de implementar a assistência judiciária aos imigrantes durante os três primeiros anos de vigência da Diretiva.

Em documento preparado pelo Departamento de Direito Internacional da Organização dos Estados Americanos, ressalta-se a ausência de previsão quanto ao direito do imigrante ser informado da emissão de sua ordem de retorno e, portanto, não ter ciência do início da fruição do prazo para o regresso voluntário (OEA, 2008). Exige-se, tão somente, que a decisão de regresso, caso não compreendida nas situações de exceção, seja emitida por escrito e contenha as razões de fato e de direito que as fundamentam, além das vias de recurso disponíveis.

Diante dessa previsão, pode-se supor a seguinte conjectura: uma vez que o sistema eletrônico das fronteiras Schengen já se encontra integrado e informatizado, qualquer indivíduo tem sua data de ingresso na UE registrada. Se, ao término do prazo concedido para permanência regular, não conste, no sistema, o abandono das fronteiras Schengen e nem qualquer outro documento que possibilite a estada prolongada, o indivíduo, presumidamente, se encontra em “*situação irregular*”, e como não há obrigação de informá-lo acerca da decisão de regresso, essa pode ser emitida sem seu conhecimento.

Essa hipótese conduz à reflexão acerca do prazo inicial para a concessão do retorno voluntário: seria desde a comunicação ao sujeito da decisão de regresso; ou da expedição da decisão de regresso pela autoridade responsável? Caso se interprete a Diretiva no sentido da desnecessidade de

comunicação, o estrangeiro pode ser surpreendido sem qualquer prazo para o retorno voluntário, e, por conseguinte, ser encaminhado, imediatamente, à detenção para preparar seu afastamento.

A limitação da língua é outra dificuldade que se impinge à defesa dos imigrantes indocumentados e lhes dificulta o acesso à via recursal. A decisão de regresso não, necessariamente, precisa ser traduzida para uma língua acessível ao estrangeiro. A tradução só será fornecida quando, devidamente, requerida, e o Estado não está obrigado a informar o imigrante da possibilidade de solicitá-la. Além disso, caso o estrangeiro requeira informações em sua língua, a Diretiva permite uma tradução dos principais elementos numa língua que se possa, *razoavelmente, presumir* que o imigrante compreenda.

2.4.2 Proibição de entrada

Na decisão de regresso, a vida do imigrante pode ser assinalada com uma pena por meio de uma proibição de entrada. As proibições de entrada serão *sempre emitidas* em dois casos: (1) quando não foi concedido ao imigrante qualquer prazo para a partida voluntária; e (2) quando a obrigação de retorno voluntária não tenha sido cumprida. Nos demais casos, as autoridades locais, por decisão ou ato administrativo ou judicial, podem anexar à decisão de regresso a proibição de entrada. Por exemplo, concedido o prazo para o retorno voluntário e, sendo tal adimplido pelo imigrante, não se lhe garante o direito de não sofrer o castigo da proibição de entrada. A Diretiva, portanto, forjada no temor do aprisionamento, não disponibiliza ao imigrante nenhuma condição que, se suprida, lhe isentará de uma pena. A única previsão da Diretiva que permite certa maleabilidade na aplicação da proibição de entrada incita a *ponderação* sobre a revogação ou a suspensão da pena, caso o estrangeiro deixar o Estado-membro em plena conformidade com a decisão de regresso.

Para determinar o período de vigência da proibição de entrada, as autoridades devem considerar todas as circunstâncias do caso concreto e, em princípio, não exceder a cinco anos. A Diretiva, contudo, não elucida quais circunstâncias reduzem ou agravam o período da proibição de entrada, deixando-as para apreciação do direito interno dos Estados, o que, de fato, pode acarretar situações intensamente arbitrárias. Outro aspecto preocupante é a ausência de previsão de prazo máximo, nos casos em que o estrangeiro constitua uma ameaça grave para a ordem pública, a segurança pública ou a segurança nacional. A Diretiva se restringe a afirmar que a proibição de entrada pode ser superior a cinco anos. Diante dessa perspectiva pergunta-se: poderia uma pessoa que, por sua simples condição de imigrante indocumentado, receber a pena vitalícia de proibição de ingresso no território da UE? Parece que sim, desde que sua condição imigrante seja interpretada como uma ameaça à ordem ou a segurança pública, possibilidade que não é descartada pela Diretiva.

2.4.3 Decisão de afastamento

O ato ainda mais preocupante, para a efetividade dos direitos humanos na Europa, constitui a *decisão de afastamento* ou *ordem de expulsão*. Essa fase do processo de retorno é a execução da decisão de regresso, quando não foi concedido prazo para o retorno voluntário, ou quando o prazo expirou e o nacional de Estado terceiro não deixou as fronteiras em tempo hábil. Nessa fase, para preparar o retorno do estrangeiro, a Diretiva autoriza sua detenção por um prazo de até um ano e seis meses.

A detenção de nacional de país terceiro é autorizada quando houver *risco de fuga* (1) ou quando o estrangeiro *evitar ou entravar* a preparação do regresso ou o procedimento de afastamento (2). Esses dois conceitos são flexíveis o suficiente para incluir, sem dificuldades, grande parte dos imigrantes. Um amplo espectro de comportamentos pode levar a subsunção do imigrante ao conceito de *risco de fuga*. A grande maioria dos imigrantes são homens, com famílias em seus países de origem, que não criam laços duradouros nas fronteiras europeias e, portanto, podem se locomover mais facilmente entre os Estados (EUROPEAN MIGRATION NETWORK, 2007, p.4). Esses imigrantes, pela alta probabilidade de ultrapassar as fronteiras, quando emitida a decisão de regresso, podem ser incluídos no conceito de risco de fuga, que será objeto de deliberação nacional.

A falta de cooperação com as autoridades administrativas e judiciais responsáveis pela execução do afastamento - segunda hipótese de detenção dos imigrantes indocumentados - é, igualmente, ampla e inclui grande parte dos nacionais de país terceiro. Segundo o estudo da *European Migration Network*, realizado no ano prévio a aprovação da Diretiva do Retorno, e durante os debates para a consolidação do texto, as principais razões que dificultam a execução do regresso são:

- falta de documentos de identificação;
- capacidade administrativa inadequada;
- falta de cooperação dos países de retorno ou resistência em providenciar os documentos de viagem necessários (EUROPEAN MIGRATION NETWORK, 2007, p.5);

É notório que as razões apontadas pelo estudo transformaram-se num dispositivo legal que prolonga o prazo da detenção dos imigrantes. Ou seja, o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão, que financiou o estudo, conheciam os principais impedimentos que levavam ao insucesso do retorno forçado. Diante dessa perspectiva, o Parlamento Europeu aprovou a possibilidade da privação de liberdade do imigrante por até 18 meses nos casos de:

- falta de cooperação do nacional de país terceiro; ou
- atrasos na obtenção da documentação necessária junto de países terceiros;

Essa segunda hipótese é, por sem dúvida, mais anacrônica e que pode causar amplas violações aos direitos humanos, uma vez que o imigrante, por não ter a cooperação de seu país de origem

na obtenção de documentos necessários, pode ficar detido por tão longo prazo. A autorização para o aprisionamento de um imigrante não criminoso, sobre o qual não pende uma condenação judicial, por motivos que se referem à ausência de provisão do órgão estatal responsável pelos documentos ou pela burocracia e procrastinação da prestação efetiva de informações, infringe sistematicamente a CEDH e os princípios democráticos na Europa. Penaliza-se a pessoa pelo simples fato de *Ser/Estar* em determinado momento de sua existência na condição de imigrante.

A Diretiva prevê que os imigrantes devem ser detidos em centros especializados e que, salvo em condições de emergência, devem ser mantidos separados dos presos comuns. A Diretiva não exclui a possibilidade de detenção de famílias, crianças, deficientes ou idosos, sendo-lhes garantidos alguns direitos básicos, contudo, derogáveis nos casos em que o grande número de detentos impossibilite o funcionamento razoável do sistema prisional.

Um ponto relevante da Diretiva diz respeito ao deslocamento de imigrantes para prisões comuns, caso ocorra a superlotação dos centros de detenção especializados e, desde que, os mantenham em local apartado dos presos comuns. Essa garantia, contudo, pode ser derogada, se o número excessivo de imigrantes sobrecarregar o sistema, ou seja, os imigrantes serão aprisionados junto aos presos comuns. Além disso, a garantia de um local que proporcione certa privacidade às famílias aprisionadas fica igualmente revogada no caso de superlotação. Essa previsão pode levar ao convívio de crianças, filhos de imigrantes em situação irregular, com criminosos em penitenciárias. Dessa perspectiva duas soluções são possíveis: a apenas mencionada (1) ou a separação da criança dos progenitores (2) e seu internamento em centro específico para menores. Parece que nenhuma das duas consegue suprir o conceito de “respeito pela vida privada e familiar” adotado no Artigo 8º da CEDH (PHUONG, 2007, p. 112).

A capacidade total conhecida dos centros de detenção para imigrantes (cerca de 60%, pois não se tem acesso a 40% deles) é de 32 mil postos. Dessa perspectiva e diante de uma realidade de 27 milhões de imigrantes, uma situação dramática se alinha, caso as políticas nacionais adotem as decisões de afastamento como praxe de suas política imigratórias. Nesse sentido, as condições dos centros de detenção de imigrantes e o acesso de organizações não-governamentais, órgãos nacionais ou internacionais para inspecioná-los tornou-se foco de debate. O Conselho Econômico e Social do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos tem produzido relatórios individuais para cada Estado-membro acerca das condições das prisões em que os imigrantes se encontram. Chama atenção o relatório sobre as condições dos campos fechados no sul da Itália, particularmente, na Ilha de Lampedusa. Neste local, onde se encontram o maior número de imigrantes indocumentados detidos na Itália, há uma superlotação de 30% sobre o número máximo

de imigrantes que a prisão comporta. Em Lampedusa, a relatora da ONU não pode realizar seu trabalho quando percebeu que todos os presos haviam sido removidos, um dia antes, para uma ilha vizinha de forma a impedir sua inspeção (UNITED NATIONS, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2004, p. 14).

O aspecto do controle dos campos de imigrantes é bastante delicado. Os Estados não estão obrigados a receber inspetores internacionais ou civis de organizações não-governamentais nesses locais. Qualquer atividade deve ser autorizada pelo Estado, que detém controle sobre a visita, podendo limitá-la a algumas áreas ou mesmo intimidar os imigrantes a não prestar informações aos relatores.

3 Considerações finais

Ao longo deste artigo, por meio da abordagem da aplicação e do processo da Diretiva do Retorno, identificou-se uma série de violações latentes aos direitos humanos decorrentes da aplicação desse ato comunitário. O direito da UE, até então, incólume ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que analisava, exclusivamente, o direito nacional ou doméstico, passa a se sujeitar à observância da CEDH, a partir da conclusão do processo de acesso do bloco regional, possibilitado pelo Protocolo No. 14.

Pela previsão, na CEDH, do direito a um processo equitativo (Artigo 6^o) e a um recurso efetivo (Art. 13), da proibição de discriminação quanto à origem nacional ou social (Art. 14), da proibição da expulsão coletiva de estrangeiros (Art. 4^o, do Protocolo No. 4) e das garantias processuais em caso de expulsão de estrangeiros (Art. 1^o, do Protocolo No. 7), infere-se a incompatibilidade entre a política migratória europeia, assentada na Diretiva do Retorno, e a CEDH. A contar que, historicamente, assim que um novo sujeito de direito internacional acedeu ao Tribunal, assistiu-se a uma enxurrada de ações em busca da efetividade dos direitos humanos,⁶ nos próximos meses, muito provavelmente, presenciar-se-á a sujeição do direito comunitário aos direitos humanos e o esforço da União Europeia em moldar-se a esse novo diálogo institucional no continente. Sem dúvida, assim como, na última metade do século passado, a CEDH constituiu o corpo regional de proteção dos direitos humanos mais avançado juridicamente, ela prossegue sua trajetória vanguardista ao inserir um novo sujeito de direito internacional sob a égide do TEDH.

6 No mesmo dia 1^o de novembro de 1998, quando entrou em vigor o Protocolo No. 11 da CEDH, que incluiu o indivíduo como sujeito de direito internacional perante o TEDH, e representou um dos grandes avanços do direito internacional no século passado, muitos particulares ingressaram com pedidos diretamente no Tribunal.

Referências

CANETTA, Emanuela (2007). The EU Policy on Return of Illegally Staying Third-Country Nationals. In: *European Journal of Migration and Law*. Volume 9.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA E PARLAMENTO EUROPEU. “Diretiva do Retorno”. Texto em português <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0293+0+DOC+XML+V0//PT#BKMD-4>>. Consultado em: 26/05/2010.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (2004). *Return Migration: policies and practices in Europe*. Geneva: Switzerland.

OEA. Organización de los Estados Americanos/Departamento de Derecho Internacional Sec.Gral. (4 de Agosto de 2008). *Directiva de Retorno de la Unión Europea - Análisis Preliminar*. Mimeo.

PHUONG, Catherine (2007). Minimum Standards for Return Procedures and International Human Rights Law. In: *European Journal of Migration and Law*. Volume 9.

SCHAIN, Martin (2009). The State Strikes Back: Immigration Policy in the European Union. In: *The European Journal of International Law*. Volume 20, Número 1.

UNITED NATIONS, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (2004). “Specific Groups and Individuals: Migrant Workers. Visit to Italy”. Report submitted by Ms. Gabriela Rodríguez Pizarro, Special Rapporteur, E/CN.3/2006/85/Add.3. <<http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/rapporteur/visits.htm>>. Consultado em: 26/05/2010.

