

# DIRETIVA DO RETORNO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS IMIGRANTES NA UNIÃO EUROPÉIA

## RETURN POLICY AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS OF IMMIGRANTS IN THE EUROPEAN UNION

*Lilian Balmant Emerique<sup>1</sup>*

### **GT 14 – Direito Internacional dos Direitos Humanos**

**Sumário:** Introdução; 1. Identidades e a luta pelo reconhecimento; 2. Identidade, migrações internacionais e direitos humanos: a difícil unidade. O caso da União Européia e a diretiva do retorno; Conclusão; Referências bibliográficas.

**Resumo:** O artigo trata do debate sobre identidade, correlacionando o tema com a questão dos direitos humanos dos imigrantes. Os contornos de uma identidade muitas vezes são fixados através da exclusão daquele que não pertence a coletividade dos iguais e esta situação favorece a irrupção de conflitos movidos pela intolerância, especialmente em relação ao processo de imigração. As políticas migratórias, especialmente aquelas desenvolvidas pela União Européia com base na “diretiva do retorno”, carecem de um exame dos seus postulados à luz do referencial dos direitos humanos, tendo em vista que o texto possui disposições atentatórias aos marcos estampados nas declarações de direitos humanos.

**Palavras-chaves:** identidade – direitos humanos – imigração

**Abstract:** This article examines the debate about identity, correlating with the subject matter of Human Rights of immigrants. The contours of an identity are often set by excluding those who do not belong to the community of equals and this situation favors the eruption of conflicts fueled by intolerance, especially regarding the immigration process. Migration policies, especially those developed by the European Union based on the "return policy" require an examination of its assumptions in light of the Human Rights framework.

**Keys words:** identity – human rights - immigration

---

<sup>1</sup> Pós-doutorado em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa, doutorado em Direito pela PUC/SP e mestrado em Direito pela PUC/Rio e mestrado em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade Nova de Lisboa. Pesquisadora na área do Direito e da Ciência Política. Professora adjunta e pertence ao corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito na Faculdade Nacional de Direito, da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

## **Introdução**

O estudo sobre a construção da identidade é permeado por uma série de fatores de ordem simbólica, política, econômica, cultural etc., sem que exista, necessariamente, uma hierarquia entre estes fatores constitutivos.

O discurso sobre identidade também não é linear, historicamente alguns aspectos preponderaram na justificativa ou razões apresentadas como decisivas na configuração identitária de determinados grupos e comunidades.

Apesar dos obstáculos de análise do fenômeno e dos poucos consensos em torno da matéria, parece existir algum ponto de convergência quando se trata de buscar os contornos de uma identidade mediante a exclusão ou por oposição frente ao diferente. É como se a diferença com respeito ao outro fosse a medida para encontrar as semelhanças e parceiros.

Um dos maiores empecilhos para este tipo de construção é que a diversidade, enquanto marca que registra uma identidade, abre espaço para tratamento desigual, muitas vezes movido por preconceito e desejo de excluir ou eliminar aquele que não pertence a coletividade dos iguais.

Este movimento de oposição em determinadas ocasiões conflita diretamente com os próprios valores apregoados e característicos de uma comunidade. Frequentemente, os direitos humanos, considerados como marcos na construção do Estado de Direito e autênticos referenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana, são postos de parte em relação aos estranhos à comunidade. Principalmente naquelas situações em que a afirmação de uma identidade é um objetivo considerado superior aos próprios valores histórica e internamente cultivados.

A globalização ao promover uma diluição simbólica das fronteiras e distâncias entre os Estados nacionais e desenvolver os meios de comunicação em caráter global, dentre outros processos, contribuiu de forma significativa para a ampliação dos deslocamentos humanos e o contato bem mais próximo de segmentos distintos. Como reflexo destas mudanças ocorre o aumento do potencial de irrupção de conflitos patrocinados por motivações intolerantes.

O intrincado fenômeno da globalização produz conseqüências em relação aos deslocamentos espaciais da população. Atualmente, o horizonte do migrante não se restringe à cidade mais próxima ou mais promissora, nem à capital do país. Seu horizonte é o mundo - visto no cinema, na televisão, na comunicação entre parentes e amigos. O migrante encontra-se num universo no qual a globalização dispensa fronteiras, muda parâmetros diariamente,

ostenta grandeza, faz proliferar informações, instiga consumos, gera sonhos e cria expectativas de uma vida melhor.

Todavia, a globalização, muito embora seja complexa, é parcial e inacabada, e isso afeta as migrações de várias maneiras. O dinamismo da globalização reside na integração econômica, forjada, imposta e gerenciada de forma seletiva pelos próprios países que a promovem. O resultado é que a globalização apresenta empecilhos e morosidades no cumprimento de suas promessas. Muitos países crescem pouco ou nada e, enquanto isso, as disparidades entre ricos e pobres aumentam. As desigualdades colaboram para impulsionar o desejo, e até mesmo a necessidade, de migrar para outros países. Contudo, as regras do jogo da globalização não se aplicam à migração internacional: enquanto o capital financeiro e o comércio fluem livremente, a mão-de-obra se move lentamente.

O presente estudo visa abordar a identidade e a proteção dos direitos humanos dos imigrantes, um tema marcado pela atualidade e pertinência da discussão, especialmente no contexto da União Européia, em face da “diretiva do retorno”. Tal diretiva foi aprovada pelo Parlamento Europeu e nela constam disposições questionáveis na ótica da garantia dos direitos humanos dos imigrantes em situação ilegal no espaço comunitário.

O ponto de partida para a formulação de políticas migratórias satisfatórias consistiria na revalorização dos aspectos positivos da migração, e na redução progressiva de seus efeitos negativos. O cenário adequado consistiria numa formulação política fundamentada em direitos humanos, numa perspectiva teórica preferencialmente articulada com a conjugação de elementos universalistas e multiculturalistas. Para poder idealizar políticas eficazes de migração, nessa visão, é importante entender o deslocamento espacial como parte das estratégias de sobrevivência e de mobilidade social da população e como parte da estratégia para o desenvolvimento. É preciso reconhecer que a não-migração também é associada à pobreza, à miséria, à violência e a todas as formas de exploração comumente relacionadas com a migração - muitas vezes de modo ainda mais exacerbado.

A abordagem que se segue parte do entendimento de que o aumento significativo da migração não somente é inevitável no contexto da globalização, mas também tem o potencial de ser positiva para o desenvolvimento e a redução da pobreza. As políticas que partem desse princípio terão mais êxito do que aquelas que tentam se opor, de forma intransigente, tanto à globalização, como à migração de pessoas no espaço.

Também serão analisados elementos da discussão teórica sobre identidades e migrações e seus reflexos sobre as políticas de imigração. Por último, faz-se referência a

temática dos direitos humanos, fechando com breves considerações sobre a “diretiva do retorno”, analisada à luz dos direitos humanos.

## **1. Identidades e a luta pelo reconhecimento**

O debate sobre identidades suscita grandes controvérsias e surgem correntes na tentativa de levantar o fundamento de suas demandas no Estado Democrático de Direito. Serão traçadas abreviadas apreciações sobre a articulação da matéria pelas duas principais correntes que se dedicam ao assunto e, posteriormente, serão enfocadas suas relações com a temática das migrações internacionais.

A polêmica envolvendo identidades tem como pano de fundo o debate sobre o fundamento para o seu reconhecimento, enquadrado na discussão a respeito dos direitos e das liberdades clássicas consagrados no Estado de Direito, cuja gênese data o século XVIII. Tais direitos, como se sabe, surgiram em meio à luta contra o absolutismo e têm por objetivo defender o cidadão contra o arbítrio do Estado.

As reflexões dividem opiniões. Uma das principais linhas mantém o foco sob o prisma do direito e das liberdades clássicas como matriz orientadora da ação dos grupos que recorrem a uma identidade, com a consagração da concepção já tradicional e a reivindicação da sua efetivação. Deste modo, o direito especial ou específico, pleiteado pelos grupos que o reivindicam em função de uma identidade em busca de reconhecimento, estariam sujeitos aos direitos desde há muito tempo afirmados. Estes grupos almejariam a efetividade dos direitos tradicionais que constantemente sofreriam violação e atuariam como se fiscalizassem o seu cumprimento na esfera social, agindo para que não fossem agredidos ou contra a agressão a eles imposta.

Outra importante perspectiva, parte do entendimento das ações dos grupos como atualizações do direito e liberdades clássicas, numa espécie de ênfase reorientada do Liberalismo ou a implantação de um novo modelo de Liberalismo. Assim, os grupos pleiteadores do reconhecimento de direitos em função de uma determinada identidade que julgam possuir, agiriam impelidos pela crença de que tal identidade lhes tornaria capazes de requerer um tratamento especial, inclusive em termos de direitos, trazendo novos elementos a concepção liberal de direitos.

É sabido que as modernas constituições primam pela idéia de universalidade, segundo a qual os cidadãos são livres e iguais dentro da comunidade. A Constituição visa pôr em vigor aqueles direitos que devem ser concedidos mutuamente se querem a regulamentação legítima da convivência através da sua positivação. O Direito permite alcançar este resultado,

pois a pessoa singularmente é a portadora de direitos. Trata-se da proteção do indivíduo, ainda quando a sua integridade no Direito dependa da perfeita estrutura das relações de reconhecimento mútuo.

Em referência ao que foi explicitado, Jürgen Habermas levanta um questionamento relevante: “*Puede una teoría de los derechos tan individualista corresponder a darle mérito a aquellas luchas por el reconocimiento en las que el tema central parece ser la articulación e imposición de las identidades colectivas?*” (HABERMAS, 1994, p. 09).

Diferentes posicionamentos são articulados em resposta a esta pergunta dividindo as opiniões na literatura. Aqui serão apresentadas, sumariamente, as perspectivas das duas correntes. A primeira, esboçada por Charles Taylor e seus comentaristas no ensaio intitulado *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. O texto oferece uma análise filosófica com fundamentos históricos, acerca do que está em jogo nas petições feitas por muitos elementos para que seja reconhecida sua particular identidade de grupo. A outra corrente é defendida por Jürgen Habermas, no artigo *Luchas por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho*, no qual há uma crítica ao ensaio de Charles Taylor e o direcionamento do tema para um outro ponto de vista.

Charles Taylor conceitua identidade como “*algo equivalente a la interpretación que hace una persona de quién es y de sus características definitorias fundamentales como ser humano.*” (TAYLOR, 1993, p. 43). Mais adiante, afirma que se pode falar de uma identidade individualizada, que é particularmente de alguém e que tem a capacidade de ser descoberta em si mesmo (TAYLOR, 1993, p. 47). Para ele, este conceito emerge junto com o ideal de ser fiel a si mesmo e ao seu modo particular de ser. Desta ótica individualista da identidade o autor constrói seu pensamento com referências coletivas baseadas no reconhecimento social, ou seja, a idéia de que a identidade modela-se em parte pelo reconhecimento ou pela falta deste. Tal ausência ou falta de reconhecimento acarretaria dano, poderia ser uma forma de opressão que aprisionaria a alguém em um modo de ser falso, deformado e reduzido.

No entanto, há aqueles casos na literatura em que não existe uma conceituação da identidade, antes há a opção por enumerar as características gerais que a identificariam enquanto tal. Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, tais características procedem de: a) categorias biológicas e variáveis sociológicas (idade e sexo); ou b) indicadores de pertença a um grupo sócio-econômico (classe social) ou sócio-cultural com ou sem traços físicos particulares (raça ou etnia); ou c) características individuais, cuja transmissão é geralmente aleatória e que estão ligadas à orientação sexual, estado mental ou intelectual, condição física,

como saúde, integridade ou aparência (LOPES, 1995, p. 44). As características arroladas revelariam os fatores que contribuem para a formação de uma determinada identidade.

Amy Gutmann ao introduzir o texto de Charles Taylor, sustenta que a defesa da diversidade faz com que a democracia liberal se baseie em uma perspectiva universalista e não no particularismo (TAYLOR, 1993, p. 23), isto é, a existência de identidades distintas a batalhar pelo reconhecimento acentua o universalismo em detrimento do aparente particularismo que cada uma destas lutas possui.

Na procura de uma explicação sobre a perspectiva universalista com a qual a democracia liberal considera e avalia o multiculturalismo, Amy Gutmann toma a explicação dada por Michael Walzer ao comentar o ensaio de Charles Taylor, acentuando que existem duas perspectivas universalistas: um ponto de vista “... exige la neutralidad política entre las concepciones diversas de la vida buena que sostienen los ciudadanos de una sociedad pluralista.” (TAYLOR, 1993, p. 23). E o outro, “... permite que las instituciones públicas fomenten los valores culturales particulares, con tres condiciones: 1) se deben proteger los derechos básicos de todos los ciudadanos (...); 2) nadie será manipulado a aceptar los valores culturales que representan las instituciones públicas, y 3) los funcionarios y las instituciones públicas encargados de realizar las elecciones culturales también serán democráticamente responsables, no solo en principio, sino también en la práctica.” (TAYLOR, 1993, p. 24).

As duas vias distinguiram-se, a primeira por ser neutra, ao amparar todos os cidadãos indistintamente e a segunda, por abrir precedente para grupos, conquanto respeitem os direitos fundamentais, não sejam impositivos aos demais cidadãos que não pertençam ao grupo e exista responsabilização dos agentes estatais quanto às eleições culturais.

A consideração pública da igualdade cidadã pode requerer duas formas de reconhecimento que, segundo Amy Gutmann, são “1) respeto por la identidad única de cada individuo independientemente del genero, raza o etnicidad, y 2) respeto por aquellas costumbres, practicas culturales o formas de concebir el mundo que son particularmente valoradas por, o asociadas con, miembros de grupos en situación de desventaja.” (TAYLOR, 1993, p. 21).

De onde se conclui que, como o segundo tipo de reconhecimento referido exige a consideração dessas particularidades das que o primeiro tipo de reconhecimento explicitado parece ser omissivo, deve fazer valer o princípio de igualdade de tratamento diante de linhas políticas opositoras, por um lado, em uma política de respeito às diferenças culturais e pelo outro, em uma política de generalização de direitos subjetivos. Uma destas políticas deve

compensar o efeito ocasionado pelas exigências feitas pela outra política com respeito a um universalismo igualador que sufoca a diversidade social.

Charles Taylor apresenta no seu ensaio dois modelos de sociedade liberal, em um deles, há uma forma de política do respeito igualitário, consagrada no liberalismo dos direitos, que não tolera a diferença, porque a) parte de uma aplicação uniforme das regras que definem esses direitos, sem exceção e, b) desconfia das metas coletivas. Não significa que esta modalidade de liberalismo consiga abolir as diferenças culturais, mas que esta política é intolerante com ela, porque não leva em consideração a sobrevivência cultural que é o desejo dos membros de distintas sociedades (TAYLOR, 1993, p. 90). Prima o autor pelo outro modelo de sociedade liberal que adota uma linha diversa da mencionada. A forma parte da defesa invariável de certos direitos. Esta modalidade de liberalismo está disposta a fazer, apesar da importância de certas formas de trato uniforme, contra a importância da sobrevivência cultural, e optam, às vezes, em favor da última. Assim, Charles Taylor conclui que “... *no constituyen modelos procesales de liberalismo, pero se fundamentan en buena medida en los juicios acerca de lo que es una vida buena: juicios en que ocupa un lugar importante la integridad de las culturas. (...) Vemos así que la política del respeto igualitario, al menos en esta variante más tolerante, puede quedar libre de la acusación de homogeneizar la diferencia. (...) Todo esto equivale decir que el liberalismo no puede ni debe atribuirse una completa neutralidad cultural. El liberalismo es también un credo combatiente. La variante tolerante que apruebo, así como sus formas más rígidas, tienen que establecer un límite.*” (TAYLOR, 1993, p. 90-91).

Desta distinção de modelos de sociedade liberal proposta por Charles Taylor, e que Michael Walzer, assimilada integralmente ao comentar o ensaio, surgem os dois modelos de liberalismo, que o último designou como Liberalismo 1 - aquele que primeiro foi explicitado - e Liberalismo 2 - subsequentemente descrito -. Michael Walzer considera que as duas perspectivas universalistas definem os dois conceitos do liberalismo. A segunda linha, Liberalismo 2, é democrática e pode até escolher o Liberalismo 1, a neutralidade estatal, por meio de um consenso democrático (TAYLOR, 1993, p. 25).

Fez-se um pequeno resumo da rede de pensamentos que estrutura uma das correntes que tem por objetivo explicar a questão da identidade e da luta pelo reconhecimento. Agora, cumpre acompanhar, resumidamente, o pensamento da segunda vertente, encabeçada por Jürgen Habermas que critica no seu artigo a política de reconhecimento de Charles Taylor. Ressalta que a dita política parte do pressuposto de que a proteção das identidades coletivas se

encontra em contraposição ao direito de liberdades subjetivas iguais, de maneira que, em caso de conflito, deverá tomar-se a decisão com respeito a sua primazia.

Também enfatiza que Charles Taylor, torna ainda mais acessível sua tese de incompatibilidade ao apresentar a teoria dos direitos segundo a variante do Liberalismo 1. Para esta variante, é garantida a igualdade de liberdades de ação subjetiva em forma de direitos fundamentais a todos os companheiros de direitos. Em casos de litígio, decidem os tribunais que direitos correspondem a cada um, o princípio de igualdade de respeito para cada ser humano, adquire validade tão somente em forma de uma autonomia protegida pelo direito privado, exercível por todos para realizar sua vida pessoal. O que faz da interpretação do sistema de direito algo paternalista; pois não consideram que os destinatários do direito podem adquirir autonomia até o ponto em que eles se avaliem executores daquelas leis, a que eles mesmos se encontram subjugados como pessoas com faculdades jurídicas dentro da ótica privada. Assim, conclui que o Liberalismo 1 interpreta mal a igualdade de origem da autonomia privada e pública. Charles Taylor e Michael Walzer se opõem a neutralidade ética do direito e é por isso que podem esperar do Estado de Direito tão só o fomento ativo de certas concepções da vida baseadas no bom. Para Jürgen Habermas, Charles Taylor, propõe um modelo que *“permite, bajo ciertas condiciones, garantías de status que limitan los derechos fundamentales para la sobrevivencia de forma de vida culturales amenazadas.”* (HABERMAS, 1994, p. 07).

Jürgen Habermas reforça que uma detida avaliação do Estado de Direito e da democracia evidenciará que o sistema dos direitos certamente toma em conta a desigualdade das condições sociais de vida, assim como as diferenças culturais e que uma teoria de direitos corretamente compreendida exige uma política de reconhecimento que proteja a integridade do indivíduo ainda no contorno de vida social que conforma sua identidade. Logo, neste aspecto *“no se necesita de un contramodelo que corrija el aspecto individualista del sistema de derechos por otros puntos de vista normativos; se precisa tan sólo su consecuente realización. La cual, tendría pocas perspectivas de supervivencia si no se dieran los movimientos sociales y los debates políticos/luchas políticas.”* (HABERMAS, 1994, p. 08). Até porque, *“La igualdad de las competencias jurídicas dan margen para la libertad de acción utilizable en forma diferencial y es por ello que no promueve la igualdad real de las condiciones de vida o de poder. Ahora bien, lo que se busca es satisfacer las condiciones reales para un aprovechamiento con igualdad de posibilidades de competencias jurídicas distribuidas equitativamente, a fin de evitar que el sentido normativo de la igualdad de derechos no se convierta en lo contrario.”* (HABERMAS, 1994, p. 08).

Na opinião de Habermas, os direitos subjetivos que devem garantir as “minorias” a conformação de suas vidas em forma privada e autônoma, não podem ser formulados adequadamente, sem a articulação dos afetados e a argumentação em discussões públicas, nas quais sejam expostos os pontos de vista com respeito ao trato igual e desigual de casos típicos. Em consequência, se uma variante “liberal” do sistema de direitos ignora esta correlação, acaba por interpretar inadequadamente o universalismo dos direitos fundamentais como abstração das diferenças, tanto culturais como sociais, que deveria considerar se deseja que o sistema de direito chegue a realizar-se pela via democrática.

Em conclusão a estas concisas considerações do pensamento de Jürgen Habermas, pontua-se que, para ele, uma ordem judicial somente assume seu papel quando assegura a autonomia igualitária de todos os cidadãos. E estes, são autônomos, se eles mesmos - como destinatários - se consideram os autores/executores do direito; e os executores apenas são livres sendo participantes nos processos legislados, regulamentados e desenvolvidos em forma de comunicação. De maneira tal que todos se baseiem no suposto que as regulações decididas merecem uma aprovação geral e racionalmente motivada. Visto sob este prisma normativo, não é possível criar nenhum Estado de Direito sem democracia.

Coloca-se em relevo a visão de Jürgen Habermas, sobre este ponto: *“La universalización de los derechos ciudadanos sigue siendo el motor de una diferenciación progresiva del sistema de derecho, el cual tan solo puede garantizar la integridad de las personas jurídicas - en el pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos - si existe la igualdad y la garantía de los contornos de vida que aseguran su identidad. Si se corrige la variante selectiva de la teoría de los derechos a favor de un concepto democrático de la realización de los derechos fundamentales, no es necesario contraponerle al Liberalismo 1 de concepción más breve, un modelo que introduzca derechos colectivos ajenos al sistema.”* (HABERMAS, 1994, p. 10).

A questão da identidade e diferença também pode ser acompanhada de uma maneira mais apropriada para condução do debate compondo-se de quatro tipos de relação na concepção de Sérgio Paulo Rouanet: a) igualitarismo ou universalismo abstrato (transculturalista); b) diferencialismo ou particularismo repressivo (uniculturalista); c) igualitarismo ou universalismo concreto (interculturalista); e d) diferencialismo ou particularismo crítico (multiculturalista). Os dois primeiros modelos articulam-se de forma repressiva, dominadora, ao desconsiderar o diálogo, seja porque no universalismo abstrato procura-se restabelecer a unidade em detrimento do particular, seja porque no particularismo repressivo se pretende restabelecer o único, o singular, em sacrifício do universal. Os dois

segundos tipos, ao contrário, funcionam com vistas à emancipação. O diálogo entre culturas distintas se tornaria acertado e frutífero (ROUANET, 1994, p. 80-84).

Segundo Fernando Daniel Quintana o universalismo concreto e o particularismo crítico melhor atendem as questões da atualidade, porque favorecem o diálogo e a tolerância capaz de promover uma coexistência pacificada de grupos de pessoas com histórias, culturas e identidades diferentes (QUINTANA, 2002, p. 117-118).

Em síntese, são praticamente duas as principais correntes doutrinárias que abordam a problemática do reconhecimento de identidade. Uma delas, motivada pelo prisma do reconhecimento da identidade única de um dado grupo, entende que isto implicaria na concessão de direitos específicos. Direitos estes capazes de garantir o respeito as suas peculiaridades, numa forma de atualização do sistema de direitos do liberalismo, uma releitura que daria forma a um novo tipo de liberalismo menos intolerante, porque não igualaria a diferença (multiculturalismo). A outra vertente, entende que os direitos pleiteados pelos grupos específicos são lutas pela efetivação do sistema de direitos do liberalismo, uma opção pela democracia na tentativa de conciliação entre os grupos na defesa de seus interesses, através de ações comunicativas entre si (universalismo).

Estes dois movimentos podem passar por algum nível de relativização das suas posições e produzir desdobramentos capazes de abrandar ou congregar os dois pontos de vista com respeito ao reconhecimento das identidades de grupos. As linhas híbridas decorrentes dessas duas vertentes tendem a ser mais flexíveis na forma como procuram enfrentar o problema, numa tentativa de fugir aos extremos e permitir a integração das duas visões.

No campo das migrações internacionais, geralmente a dimensão multiculturalista dá ensejo a políticas migratórias assentadas no relativismo cultural dos direitos humanos e à proteção e garantia dos direitos das minorias representadas pelos segmentos migratórios. O discurso sobre o pluralismo e a tolerância, com frequência, são invocados na formulação e condução das políticas migratórias. A trajetória dos direitos humanos faz-se acompanhar de reconhecimento de direitos específicos ou ações afirmativas com o intuito de integrar as diferenças, mas sem necessariamente tentar suprimi-las.

No que concernem as migrações internacionais tratadas à luz do universalismo de direitos humanos, ocorre à prevalência de políticas migratórias voltadas para a assimilação das diferenças representadas pelos segmentos migratórios. O discurso sobre a igualdade se sobrepõe a diversidade ou peculiaridade que caracteriza o pertencimento a determinado grupo específico. Os objetivos das políticas migratórias sintetizam-se numa integração das

diferenças com o intuito de minimizá-las ou mesmo fazê-las desaparecer com o tempo, facilitando os processos de assimilação cultural.

O problema que parece manter-se em conta é que o conflito entre uma identidade emergente e cuja afirmação passa pela exclusão do diferente, daquele que não pertence; interpõe-se perante a construção histórica dos direitos humanos, toda vez em que a própria afirmação manifesta-se pela exclusão da dignidade humana, seja em carácter universalista ou multicultural em relação aos migrantes. Assim, independentemente da abordagem universalista ou multiculturalista, a exclusão e o desrespeito aos direitos humanos dos imigrantes é justamente o oposto de qualquer política migratória efetivamente empenhada e configurada sob a ótica dos direitos humanos.

## **2. Identidade, migrações internacionais e direitos humanos: a difícil unidade. O caso da União Européia e a diretiva do retorno.**

A segurança tornou-se um meta-discuso no contexto da globalização e da sociedade de risco. O discurso da segurança foi deslocado do Estado para a sociedade. Assim, a segurança humana assume o discurso como um conceito múltiplo e multidimensional (SARMENTO, 2003, p. 162-163). A segurança humana está para além da defesa armada dos territórios e a ameaça. Ela é entendida como qualquer acontecimento ou processo que leva à perda de vida ou a reduções de expectativas de vidas humanas em larga escala. Na sociedade de risco a segurança humana assume papel central. Fala-se em segurança alimentar, segurança pública, segurança energética, biosegurança etc.

Na política, o discurso da segurança, surge em aliança com o regime político democrático e as práticas de direitos humanos. Em nome da segurança, da democracia e dos direitos humanos são, inclusive, promovidas ações militares e guerras.

Neste contexto propenso a expansão democrática, dos direitos humanos e da segurança humana, torna-se representativo o debate em torno do modelo de política migratória, enquanto um problema que envolve a segurança humana, a democracia e os direitos humanos.

A política migratória na União Européia (UE) tem demonstrado um interesse particular na afirmação da identidade européia pela exclusão dos estrangeiros provenientes de terceiros países não integrantes da Comunidade. Neste ponto, observa-se o afastamento deliberado das fontes teóricas de estudo precedentes, ou seja, a política adotada não se sustenta em relação aos tópicos analisados configurados numa ótica de identidade universalista ou multiculturalista respeitante aos direitos humanos dos imigrantes. O foco

circunscreve-se ao recrudescimento da entrada de imigrantes, utilizando-se de normatizações como ponto de partida para exclusão do estrangeiro e promoção da auto-afirmação identitária europeia.

Vejam os casos da “Diretiva do retorno”. Esta diretiva constitui uma primeira etapa no sentido de uma política de imigração europeia, visa promover o regresso voluntário de imigrantes ilegais e estabelecer normas mínimas no que diz respeito ao período de detenção e à interdição de entrada na UE, bem como garantias processuais.

1) **Antecedentes** - Entre 2000-2007 na UE foram adotadas várias Comunicações no campo da imigração e asilo, sobretudo, na Comunicação sobre a Política de Retorno de “Residentes Ilegais” de 14 de Outubro 2002, a Comissão Europeia identificou a política de retorno como necessária e como parte integral de uma Política da Comunidade Europeia em matéria de Imigração e Asilo. O "Programa de Haia", admitido no Conselho Europeu de Bruxelas em novembro de 2004, explicitou esta necessidade e solicitou expressamente o estabelecimento de lineamentos comuns para o retorno de pessoas tomando em conta os princípios de direitos humanos e o respeito a dignidade humana. Solicitou a Comissão Europeia a apresentação de uma proposta de Diretiva Europeia sobre este tema em 2005.

2) **Objetivo** - O objetivo da proposta de Diretiva da Comissão foi para responder a necessidade de estabelecer regras comuns, claras e transparentes no interior da UE no que se refere ao retorno, a expulsão, o uso coercitivo da força, a detenção e o re-ingresso. Segundo a UE, estas medidas devem tomar sempre em conta o respeito aos Direitos Humanos e as liberdades fundamentais das pessoas, embora isto não se evidencie no conteúdo da Diretiva.

Até então, a legislação comunitária no domínio do regresso limitava-se a determinados aspectos escolhidos pelos Estados-Membros no âmbito do seu direito de co-iniciativa, como a organização de vôos comuns para o afastamento (Decisão 2004/573/CE), o apoio em caso de trânsito para efeitos de afastamento por via aérea (Diretiva 2003/110/CE) e o reconhecimento mútuo de decisões de afastamento (Diretiva 2001/40/CE).

A diretiva sobre o regresso é o primeiro diploma de natureza horizontal do acervo comunitário que harmoniza de forma sistemática as normas dos Estados-Membros em matéria de regresso, afastamento, prisão preventiva, etc. Após a sua adoção passarão a ser aplicáveis os mecanismos comunitários de controle para garantir a compatibilidade com o acervo (procedimentos de infração, competência do Tribunal de Justiça, relatórios da Comissão,

controle do PE, etc.). No futuro, a Comissão terá capacidade para controlar e acompanhar mais de perto o que os Estados-Membros fazem no domínio do regresso.

A diretiva pretende fixar uma interpretação comum dos termos mais importantes, como os conceitos de regresso, afastamento, risco de fuga, prisão preventiva, interdição de entrada, pessoa vulnerável, etc., limitando deste modo o poder discricionário dos Estados-Membros para optarem por abordagens nacionais diferentes relativamente a cada um destes assuntos. Em longo prazo, estas normas podem constituir a base de uma harmonização completa e permitir um tratamento adequado e semelhante dos nacionais de países terceiros em situação irregular, qualquer que seja o Estado-Membro responsável pelo procedimento de regresso.

3) **Aprovação** – A diretiva foi aprovada em 18/06/2008 pelo Parlamento Europeu. Os Estados-Membros da UE poderão continuar a aplicar normas mais favoráveis. O compromisso estabelece normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, foi aceita por 369 votos a favor, 197 contra e 106 abstenções. A diretiva deverá ser transposta por todos os países europeus até 2010. O tratamento de nacionais de países terceiros em situação irregular deverá respeitar normas mínimas comuns. O texto impede que os Estados-Membros apliquem normas menos favoráveis do que as previstas na diretiva, dando-lhes simultaneamente a liberdade de aplicar normas mais favoráveis.

4) **Conteúdo da proposta aprovada** - Esclarecemos que a diretiva não afeta as garantias formais e materiais dos requerentes de asilo. O ponto de partida para a aplicabilidade da diretiva é a “situação irregular”. A garantia prevista constitui uma “última verificação” antes de proceder ao afastamento efetivo. Deste modo, não põe em causa as garantias previstas em benefício dos requerentes de asilo, constituindo antes um elemento suplementar de proteção que só é acionado depois de cessar o direito de permanência de um requerente de asilo no território em causa. A diretiva não engloba os fundamentos ou os procedimentos para pôr termo à residência ou estada legal, incluindo a estada na qualidade de requerente de asilo.

Os imigrantes em situação irregular sobre os países da UE são crianças, mulheres e homens, que como todo ser humano, possuem direitos humanos. Em nenhum caso são “seres humanos ilegais”. O termo “ilegal”, não apenas estigmatiza, mas sugere uma subcategoria de ser humano que pelo simples fato de ter deixado o seu país de origem, em grande parte por

necessidade, são considerados *a priori* como sinônimo de seres delinquentes ou criminosos. A União Européia parece dirigir a sua “política imigratória” de forma instrumental e defensiva, na intensificação de polícia de fronteiras e adequação conjuntural das necessidades do mercado de trabalho. A política que é realizada na UE parece estar fundamentada paradoxicamente na negação de seu objeto, pois consiste em negar ao imigrante a sua própria condição - como alguém que deseja se estabelecer temporariamente em um país receptor, sem ficar o resto da vida em seu território – negando-lhe seu projeto migratório, que é baseado simplesmente na liberdade de circulação. Ao contrário, se acentua a condição de estrangeiro do imigrante, estigmatizando-o em sua diferença, aproveitando-o apenas como trabalhador útil no mercado formal de trabalho por um período determinado. Acabado o objetivo de seu trabalho, de sua utilidade, volta-se ao estado de segregação, passível de expulsão para o seu país de origem.

a) **Promover o regresso voluntário** - A diretiva visa promover o "regresso voluntário" de imigrantes ilegais, harmonizando as condições de regresso e estabelecendo certas garantias. O documento estabelece um período máximo de detenção que não poderá ser ultrapassado em nenhum Estado-Membro e introduz uma interdição de entrada na UE para as pessoas que forem expulsas. O documento estabelece um procedimento harmonizado em duas fases: uma decisão de regresso numa primeira fase e, se o imigrante ilegal em causa não regressar de forma voluntária, uma medida de afastamento numa segunda fase.

No caso dos imigrantes irregulares que tiverem requerido a renovação de seus títulos de residência ou outro visto que lhe conceda um direito de permanência no território de um País-Membro, o Estado “ponderará” a hipótese de se abster de emitir uma decisão de regresso até que o processo esteja concluído (Artigo 6.º n. 7, da Diretiva de Retorno). Este termo é bastante temeroso, pois deixa à livre discricionariedade do Estado expulsar aqueles imigrantes que deram entrada em um processo de renovação de vistos e aguardam o resultado.

O artigo 6.º da diretiva reforça o princípio segundo o qual deve ser dada prioridade ao cumprimento voluntário nos casos de obrigação de regressar. Salvo “indicação em contrário” (risco de fuga), os Estados-Membros devem conceder sempre um período de partida voluntária, entre 7 e 30 dias, à pessoa em questão.

O quadro abaixo procura descrever as práticas nacionais atuais a respeito dessa matéria.

b) **Período de detenção de seis meses, extensível por mais doze meses** - O período para a **partida voluntária** deverá situar-se entre sete e trinta dias. Em Portugal é entre dez e vinte dias, segundo o artigo 138º da Lei nº 23/2007, de 4 de Julho, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional (também conhecida por "lei da imigração").

O **período de detenção** não poderá exceder os seis meses. Em casos específicos, este período poderá ser prorrogado por mais 12 meses. Em Portugal, a detenção de um cidadão estrangeiro em situação ilegal não pode exceder 60 dias, de acordo com o artigo 146º, nº3 da lei da imigração, que deverá ser mantido na legislação nacional. A detenção será, de acordo com a diretiva, ordenada pelas "autoridades administrativas ou judiciais". Quando a detenção tiver sido ordenada por autoridades administrativas, os Estados-Membros "preverão um controlo jurisdicional célere da legalidade da detenção, a decidir o mais rapidamente possível a contar do início da detenção".

Ao apreciar as disposições da Diretiva num olhar humanista observa-se que a possibilidade de detenção de imigrantes ilegais no contexto da Diretiva não pretende ser excepcional, mas sim permitir um isolamento e um controle contra os residentes estrangeiros considerados indesejáveis. Tendo em vista que a detenção é permitida nos casos em que houver risco de fuga ou o imigrante ilegal estiver obstruindo ou dificultando o processo de afastamento da UE, estes conceitos demonstram-se vagos e deixam uma margem de discricionariedade aos Estados-Membros para que se utilizem desta abertura na Diretiva para prenderem indiscriminadamente imigrantes ilegais.

Em análise subsequente, sublinha-se que o prazo de detenção máximo de seis meses pode ser prorrogado por mais doze meses, perfazendo um total de dezoito meses de detenção de um estrangeiro ilegal, por falta de cooperação do nacional do país terceiro em causa, ou por atrasos na obtenção da documentação necessária junto de países terceiros. Em outras palavras, por questões alheias ao imigrante irregular, ele poderá ficar detido por um prazo de dezoito meses unicamente por não possuir um documento de identificação, e, frise-se, também por conta da burocracia do seu país de origem em fornecê-lo. Esta medida é contrária a qualquer princípio da proporcionalidade, exceto se o pressuposto subjacente a questão for a consideração dos imigrantes em situação irregular como delinquentes, assim como seus filhos menores que lhes acompanham. É fora de qualquer pensamento racional realizar uma política de detenção de pessoas em situação irregular que se confunde mais com uma penalização de pessoas cujo único crime é querer viver na Europa.

c) **Interdição de entrada na UE** - A duração da interdição não deverá ser superior a cinco anos. Essa duração poderá ser superior "se o nacional de país terceiro constituir uma ameaça grave à ordem pública, à segurança pública ou à segurança nacional". Os Estados-Membros poderão retirar ou suspender uma interdição de entrada em determinados casos concretos.

No caso português, a interdição de entrada é aplicável em caso de afastamento coercivo (ao cidadão estrangeiro expulso é vedada a entrada em território nacional por "período não inferior a cinco anos", de acordo com o artigo 144º da lei da imigração).

O imigrante em situação ilegal que se decida pelo regresso voluntário passa a estar numa situação mais favorável do que a do expulsando, na medida em que pode voltar a imigrar legalmente, embora quando o faça no período de três anos tenha a obrigação de reembolsar o Estado pelas quantias gastas com o seu regresso.

A interdição de entrada, segundo a diretiva, deverá ter efeitos preventivos e fomentar a credibilidade de uma política de regresso verdadeiramente europeia, enviando uma mensagem clara no sentido de impedir a readmissão em qualquer país da UE durante um determinado período àqueles que desrespeitem as regras de imigração dos Estados-Membros da UE.

A proposta obriga os Estados-Membros a emitir uma "interdição de entrada", impedindo a readmissão no território de todos os Estados-Membros em certos casos específicos. A duração da interdição de readmissão terá de ser determinada tendo na devida conta todas as circunstâncias relevantes do caso concreto. O n.º 5 do artigo 9.º dispõe expressamente que as regras de interdição de readmissão são aplicáveis "sem prejuízo do direito de solicitar asilo num dos Estados-Membros".

d) **Menores e famílias: detenção apenas em "último recurso"** - A diretiva estipula que os menores não acompanhados e as famílias com menores "só serão detidos como medida de último recurso e durante o período adequado mais curto possível". Os menores detidos "deverão ter a possibilidade de participar em atividades de lazer, nomeadamente em jogos e atividades recreativas próprias da sua idade, e, em função da duração da permanência, deverão ter acesso ao ensino". Os menores não acompanhados beneficiarão, tanto quanto possível, de alojamento em instituições dotadas de pessoal e instalações que tenham em conta as necessidades de pessoas da sua idade. Antes de afastar um menor não acompanhado para fora do seu território, "as autoridades do Estado-Membro certificar-se-ão de que o menor será

entregue no Estado de regresso a um membro da sua família, a um tutor designado ou a uma estrutura de acolhimento adequada".

e) **Assistência jurídica** - O nacional de país terceiro "terá a possibilidade de obter a assistência e a representação de um advogado e, se necessário, os serviços de um intérprete". Os Estados-Membros "asseguram a concessão de assistência jurídica e/ou representação gratuitas", a pedido, nos termos da legislação nacional pertinente ou da regulamentação relativa à assistência jurídica, e "podem prever que a concessão dessa assistência ou representação gratuitas está sujeita às condições previstas na diretiva relativa a normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados -Membros" Diretiva 2005/85/CE). O texto realça a possibilidade de co-financiar as ações nacionais tendentes à assistência jurídica gratuita nos Estados-Membros a título do Fundo Europeu de Regresso 2008-2013 (Decisão N.º 575/2007/CE).

f) **Transposição para a legislação nacional** - O Conselho de Ministros da UE deverá oficializar o acordo sobre a diretiva do retorno em julho. Depois, os Estados-Membros terão 24 meses após a data de publicação da diretiva no Jornal Oficial da UE para transpô-la para o direito nacional. No caso das regras relativas à assistência jurídica, o prazo de transposição é de 36 meses.

## **Conclusão**

A política migratória na União Europeia, fortalecida com a aprovação da “diretiva do retorno”, tem demonstrado um interesse particular na afirmação da identidade europeia pela exclusão dos estrangeiros provenientes de terceiros países não integrantes da Comunidade. Observa-se o afastamento resolutivo em relação ao tópico sobre os paradigmas universalistas e multiculturalistas mencionados anteriormente, isto é, ela nem foi configurada numa ótica de identidade universalista ou multiculturalista respeitante aos direitos humanos. O foco circunscreve-se ao recrudescimento da entrada de imigrantes, utilizando-se de normatizações como ponto de partida para exclusão do estrangeiro e promoção da auto-afirmação identitária europeia.

Os impactos negativos destas medidas já se começam a sentir com o expressivo e crescente número de manifestações no âmbito da comunidade internacional, de Estados e de organizações internacionais de Estados e da sociedade civil a posicionarem-se contrariamente

as disposições aprovadas. O que se deve ao inegável conteúdo discriminatório e incriminador do imigrante que ingressa irregularmente na União Européia.

A “Diretiva do retorno” constitui uma primeira etapa no sentido de uma política de imigração européia, visa promover o regresso voluntário de imigrantes ilegais e estabelecer normas mínimas no que diz respeito ao período de detenção e à interdição de entrada na UE, bem como garantias processuais.

Todavia, esta Diretiva é um atentado aos direitos humanos porque criminaliza aos imigrantes e pretende aplicar uma retenção de 6 até 18 meses (alegando "circunstâncias especiais"), incluindo mulheres e crianças, e também prevê em seus artigos medidas de reclusão com a finalidade de realizar expulsões em massa.

A diretiva segue na contra-marcha dos direitos humanos, seja numa perspectiva universalista ou numa perspectiva multiculturalista, e tudo o que tem pela frente é a reprodução de velhos padrões de dominação e discriminação, que podem, inclusive, comprometer o próprio discurso de segurança e auto-afirmação identitária que subjaz a sua criação.

### **Referências bibliográficas**

ADAMS, R.H. JR. *International migration, remittances and the brain drain; a study of 24 labor exporting countries*. Washington, DC: The World Bank, 2003. (Policy Research Working Paper Series, 3069. Disponível em: <http://ideas.repec.org/p/wbk/wbrwps/3069.html> acessado em 20/06/2012.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRETTEL, C. Brettel; HOLLIFIELD, J. (ed.), *Migration Theory – Talking across Disciplines*; London: Routledge, 2000.

CASTILLO, M.A. *Migraciones en el hemisferio. Consecuencias y relación con las políticas sociales*. Santiago de Chile: Cepal, Naciones Unidas, Mayo 2003. (Serie Población y Desarrollo, 37). Disponível em: [http://www.eclac.cl/celade/noticias/paginas/2/11302/MACastillo\\_definitivo.pdf](http://www.eclac.cl/celade/noticias/paginas/2/11302/MACastillo_definitivo.pdf) acessado em 20/06/2012.

CASTLES, S. International Migration at the Beginning of the Twenty-First Century: Global Trends and Issues, *International Social Sciences Journal*, UNESCO, no. 165, pp. 269-281.

CEPAL. *Globalización y Desarrollo*. Santiago de Chile: Cepal, Naciones Unidas, 2002. 396p. Disponível em <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/6/10026/Globa-c2.pdf>, acessado em 18/06/2012.

DE LUCAS, Javier. Inmigración y globalización acerca de los presupuestos de una política de inmigración. In: Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, n. 1, 2003. Disponível em <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/delucas.pdf> acessado em 28/06/2012.

FIGUEIREDO, Joana Miranda. *Fluxos migratórios e cooperação para o desenvolvimento: realidades compatíveis no contexto europeu?* Lisboa: ACIME, 2005.

GIDDENS, Anthony. Para além da esquerda e da direita. São Paulo: UNESP, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Luchas por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho. *Estudios internacionales*. Revista del Instituto de Relaciones Internacionales y de Investigaciones para la Paz, (9): 5, ene-jun, 1994.

IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

\_\_\_\_\_. *A era do globalismo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

LEITE, Rodrigo de Almeida. Os paradoxos do tratamento da migração ilegal na União Européia frente à Diretiva de Retorno. In: *Revista Espaço Académico*. n 108, mai 2010. Disponível em <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/viewFile/9664/5594>.

Acessado em 20/06/2012.

LOMBORG, B. (Ed.). *Global Crises, Global Solutions*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça, identidade e liberdade - uma perspectiva jurídico-democrática. In: REIS, Elisa *et alli* (orgs.). *Pluralismo, espaço social e pesquisa*. São Paulo: ANPOCS, HUCITEC, 1995.

MÁRMORA, L. Perspectivas migratorias en el proceso de globalización. In: *Migrações Contemporâneas: Desafios à vida, à cultura e à fé*. Brasília: Centro Scalabrino de Estudos Migratórios, 2000.

MARTES, A.C.B. *Brasileiros nos Estados Unidos: um estudo sobre imigrantes em Massachusetts*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

MARTINE, George. "A globalização inacabada migrações internacionais e pobreza no século 21". *Perspectivas*. v. 19, n. 3, São Paulo, jul./set. 2005.

ONU (Organização das Nações Unidas - Concise Report on World Population Monitoring, 1997: International Migration and Development – Report of the Secretary-General, United Nations Population Information Network, <http://www.undp.org/popin>, New York, 1997).

PELLEGRINO, A. *La migración internacional en América Latina y el Caribe: tendencias y perfiles de los migrantes*. Santiago de Chile: Cepal, Naciones Unidas, Marzo 2003. (Serie Población y Desarrollo, 35). Disponível em: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/12270/lcl1871-P.pdf> Acessado em 28/06/2012.

QUINTANA, Fernando Daniel. *O desafio do novo milênio: universalismo e/ou particularismo ético?*. Guerra, Sidney (coord.). *Direitos Humanos: uma abordagem interdisciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 117-118.

REIS, Elisa P. “Percepções da elite sobre pobreza e desigualdade”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 15, nº 42, fev. 2000, p. 143-152.

RIOS NETO, Eduardo L. G. *Pobreza, migrações e pandemias*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2007, p. 12. Texto Para discussão n. 301.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Identidade e diferença: uma tipologia*. In: *Revista Sociedade e Estado*, vol. IX, nº 12, jan-dez 1994, p. 80-84.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *A globalização e as Ciências Sociais*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARMENTO, Cristina Montalvão. *Poder e identidade: desafios de segurança*. Separata da obra: II Colóquio de Segurança Interna. Coimbra: Almedina, 2006, p. 162-163.

SKELDON, R. Migration and poverty: ambivalent relationships. *Asia-Pacific Population Journal*, Bangkok, v. 17, n. 3, 2002, p. 67-82.

TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

## SITES CONSULTADOS

[http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress\\_page/018-31787-168-06-25-902-20080616IPR31785-16-06-2008-2008-true/default\\_pt.htm](http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/018-31787-168-06-25-902-20080616IPR31785-16-06-2008-2008-true/default_pt.htm) acessado em 29/06/2012. Texto integral da diretiva disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0391:FIN:ES:PDF> acessado em 29/06/2012.

<http://opiniaio.mai.gov.info/2008/06/19/directiva-retorno-argumentos-a-favor-do-compromisso> acessado em 28/06/2012.