

Organizador

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Autores

Ana Maria Borralho Gobbato

Carla Piffer

Kamilla Pavan

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Nara Rejane Moraes da Rocha

Patricia Grazziotin Noschang

**CÁTEDRA JEAN MONNET:
DIREITO EUROPEU NA ATUALIDADE**



2012

Reitor

Prof. Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora

Profª. Drª. Amândia Maria de Borba

Procurador Geral

Vilson Sandrini Filho, MSc.

Secretário Executivo

Prof. Mércio Jacobsen, MSc.

Pró-Reitora de Ensino

Profª. Drª. Cássia Ferri

**Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação,
Extensão e Cultura**

Prof. Dr. Valdir Cechinel Filho

Organizador

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Autores

Ana Maria Borralho Gobbato
Carla Piffer
Kamilla Pavan
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Nara Rejane Moraes da Rocha
Patrícia Grazziotin Noschang

Revisão

Aline Gostinski

Projeto Gráfico

Leonardo Silva Lima

Diagramação

Aline Gostinski

Comitê Editorial E-books/PPCJ**Presidente**

Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membro

José Everton da Silva

Membro

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Membro

Clóvis Demarchi

Membro

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Coleção Osvaldo Ferreira de Melo**Conselho Editorial:**

Alexandre Moraes da Rosa
André Lipp Binto Basto Lupi
Antonio Gomes Moreira Maués
Cláudia Rosane Roesler
Denise Schmitt Siqueira Garcia
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Josemar Sidinei Soares
Josep Aguiló Regla
Lenio Luiz Streck
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza
Mario Ferreira Monte
Martônio Mont'Alverne Barreto Lima
Paulo Márcio Cruz
Vicente de Paulo Barreto

Créditos

Este e-book foi possível por conta do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali/PPCJ, à Cátedra Jean Monnet de Integração Europeia à Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz, Alexandre Moraes da Rosa, Liton Lanes Pilau Sobrinho e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-202, Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 427, Telefone: (47) 3341-7880

C282 Cátedra Jean Monnet [recurso eletrônico] : direito europeu na atualidade / organizador Liton Lanes Pilau Sobrinho ; Ana Maria Borralho Gobbato... [et al.]. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI ; [S.l.] : Cátedra Jean Monnet de Integração Européia, 2012. – (Coleção Osvaldo Ferreira de Melo ; v.5).

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Incluem referências.

ISBN 978-85-7696-096-6 (e-book)

1. Direito (Europa). 2. Direitos Cíveis (Europa). 3. União Europeia. I. Pilau Sobrinho, Liton Lanes. II. Gobbato, Ana Maria Borralho. III. Título.

CDU: 341(4)

**ANA MARIA BORRALHO GOBBATO
CARLA PIFFER
KAMILLA PAVAN
LITON LANES PILAU SOBRINHO
NARA REJANE MORAES DA ROCHA
PATRICIA GRAZZIOTIN NOSCHANG**

CÁTEDRA JEAN MONNET: DIREITO EUROPEU NA ATUALIDADE

Os trabalhos desenvolvidos pelo grupo de pesquisas da Cátedra Jean Monnet de Integração Europeia e pelas disciplinas “Cátedra Jean Monnet: Direito da União Europeia e Transnacionalidade” e “Cátedra Jean Monnet: Fundamentos do Direito Comunitário Material” do mestrado e doutorado em Ciências Jurídicas da UNIVALI, demonstram, nesta obra, a atualidade do tema proposto diante das modificações ocorridas no processo de transformação e consolidação da União Europeia.

Sumário

Apresentação.....	5
Transnacionalidade e Atores Sociais Transnacionais: Uma Análise a Partir da Exclusão Social Promovida pelos Ideais Neoliberais.....	7
União Europeia e Estados-Membros: A Necessidade de Cooperação para Incorporação e Cumprimento das Normas sobre a Proteção ao Meio Ambiente.....	25
A Diretiva de Retorno no Contexto da Política de Imigração da União Europeia.....	41
Cátedra Jean Monnet: Transnacionalidade e Direitos Humanos.....	64
União Europeia e Direito Regulatório.....	93

Apresentação

A Universidade do Vale do Itajaí (Univali), através do seu **Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (PMCJ)**, é a primeira e única Instituição de Ensino Superior do Brasil eleita para contar com o apoio institucional e financeiro da União Europeia (UE) para desenvolvimento, a partir do ano de 2007, de atividades de ensino e pesquisa através da CÁTEDRA JEAN MONNET. Poucas instituições, nos cinco continentes, possuem tal privilégio.

A Cátedra Jean Monnet está inserida no “Programa Jean Monnet” da União Europeia que é oficialmente estabelecido pela Comissão Europeia. As ações do referido Programa visam a estimular a excelência em ensino e pesquisa, além de promover aprofundado nível de reflexão e debate nos estudos de Integração Europeia em instituições de ensino superior dentro e fora da União Europeia.

Os estudos de integração europeia envolvem temas relacionados à origem e evolução das Comunidades Europeias e da União Europeia, em todos os seus aspectos. Ademais, abordam a análise das dimensões interna e externa da integração, incluindo o papel da UE no diálogo entre povos e culturas e nos esforços para concretizar a paz mundial.

As principais ações viabilizadas pelo referido Programa são: a implantação de Cátedras Jean Monnet nos programas de graduação e pós-graduação, a formação de centros de excelência e o oferecimento de módulos de ensino focalizados no suporte de professores e pesquisadores para o desenvolvimento de atividades de investigação e informação relacionadas à Integração Europeia.

O trabalho desenvolvido pela Cátedra Jean Monnet de Integração Europeia, tem colhido frutos através de suas pesquisas no âmbito da pós-graduação, mestrado e doutorado em Ciências Jurídicas, da

Universidade do Vale do Itajaí, e é com imenso prazer que apresentaremos esses resultados através dos textos que seguem.

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Transnacionalidade e Atores Sociais: Uma Análise a Partir da Exclusão Social Promovida pelos Ideais Neoliberais¹

Liton Lanes Pilau Sobrinho²
Carla Piffer³

Introdução

O atual quadro capitalista neoliberal, propulsor de um mercado liberto de qualquer obstáculo estatal, que visa a máxima circulação dos capitais, é marcado por constantes e complexas transformações econômicas e sociais. Neste ínterim encontra-se o Estado. Marcado por consideráveis mudanças na sua atuação, é possível afirmar que a atuação deste não é mais suficiente para dar conta das demandas colocadas sob sua apreciação diariamente. Deste modo, o Estado, afetado diretamente pela globalização econômica neoliberal, passa a presenciar outras relações antes nunca vistas. Sua soberania, hoje ultrapassada, deve se adequar para acompanhar fatos que perpassam não mais as fronteiras estatais e sim se entrelaçam e permeiam as mais variadas culturas e os mais longínquos pontos do planeta. Estaríamos diante da transnacionalidade.

Diante disso, o presente artigo pretende analisar a aplicação das premissas neoliberais e suas consequências para, juntamente com o fenômeno da transnacionalidade, envidar esforços a fim de unir os atores sociais transnacionais em prol de interesses comuns. Interesses estes que dizem respeito à grande maioria da população, pois põe em cheque as tristes

¹ Trabalho publicado nos Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI realizado em Vitória - ES nos dias 16, 17, 18 e 19 de Novembro de 2011.

² Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor da Universidade de Passo Fundo. Professor Titular da Cátedra Jean Monnet.

³ Doutoranda do curso de Doutorado em Ciências Jurídicas da UNIVALI - Linha de Pesquisa Estado e Transnacionalidade. Bolsista CAPES para Doutorado Sanduíche com a Università degli Studi di Perugia - Facoltà di Giurisprudenza, Perugia-Italia. Mestre em Ciência Jurídica - Direito Internacional - pela Universidade do Vale do Itajaí (2008). Especialização em: MBA em Direito da Economia e da Empresa pela FGV e graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brusque (2003). Advogada e Professora Universitária de graduação e pós-graduação.

consequências sociais verificadas na atualidade e instigam os seres humanos a buscar o reconhecimento e proteção que há tempos não é vivenciada.

Anotações Iniciais Acerca do Neoliberalismo

O prefixo “neo”, acrescido ao termo liberalismo como nova roupagem atribuída ao liberalismo clássico – reformulado – se deu devido à necessidade de se adequar o liberalismo a um contexto marcado por inúmeros acontecimentos históricos oriundos de grandes transformações sociais, políticas e econômicas pelas quais passou o mundo ocidental depois do período da Grande Depressão.

Em meio a um contexto histórico de profundas transformações e anseios sociais, o neoliberalismo despontou exatamente no final da Segunda Guerra Mundial formando, assim, a base teórica do pensamento neoliberal.

(...) o pensamento dos teóricos do neoliberalismo – Ludwig Von Mises, Friedrich August Vom Hayek, Milton Friedman – então concentrados na cidade de Mont Pèlerin e revelando-se contrários à intervenção do Estado na economia, elaboraram as vertentes da doutrina do neoliberalismo com base nessa proposta fundamental de Estado mínimo e máximo mercado. (Oliveira, 2005, p. 197).

Referidas ideias, enunciadas por Fredrich August Von Hayek, demonstraram uma profunda reação ao Estado assistencialista e interventor na economia, asseverando que a atividade estatal deveria ser restrita somente a determinadas atuações. Além disso, a doutrina neoliberal teve seu percurso de estruturação através das ideias do teórico Milton Friedman, pertencente à Escola de Economia de Chicago, o qual transformou o meio acadêmico em um verdadeiro meio de difusão dos seus preceitos principalmente na década de 1950.

Portanto, foi no período do pós-guerra que a reação teórica e política ao modelo intervencionista do Estado começou a tomar fôlego.

Considerando a intervenção estatal como o principal fator da crise do sistema capitalista de produção, os neoliberais ocuparam-se por impugnar toda limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, entendendo este fator como uma ameaça letal à liberdade econômica e política da sociedade.

A partir dos anos 70, com a crise do modelo econômico instituído após os conflitos mundiais, o mundo capitalista entra em profunda recessão e o neoliberalismo – conhecido por muitos como a “nova direita” – passa a ocupar um considerável papel de destaque. O modelo neoliberal ganha força política, econômica e jurídica, extrapolando o debate do círculo restrito inicial, atingindo o grande público através da propagação dos seus principais argumentos, os quais passam a ser elencados a partir deste momento. Em suma, foi durante a década de 1980, principalmente com a queda do Muro de Berlim em 1989 e o fracasso das experiências socialistas, que o chamado *capitalismo total* – sob a bandeira do famoso Consenso de Washington – atinge seu ápice.

O *Consenso* (neoliberal) de *Washington* é um conjunto de princípios orientados para o mercado, traçados pelo governo dos Estados Unidos e pelas instituições financeiras internacionais que ele controla e por eles mesmos implementados de formas diversas – geralmente, nas sociedades mais vulneráveis, como rígidos programas de ajuste estrutural. Resumidamente, as suas regras básicas são: liberalização do mercado e do sistema financeiro, fixação dos preços pelo mercado (“ajuste de preços”), fim da inflação (“estabilidade macroeconômica”) e privatização. Os governos devem ficar “fora do caminho”- portanto, também a população, se o governo for democrático -, embora essa conclusão pareça implícita. (...) Os “grandes arquitetos” do *Consenso* (neoliberal) de *Washington* são os senhores da economia privada, em geral empresas gigantescas que controlam a maior parte da economia internacional e tem meios de ditar a formulação de políticas e a estruturação do pensamento e da opinião. (Chomsky, 2006, p. 21-22)

Os Argumentos Neoliberais

A ideologia de apologia ao mercado, baseada nos conceitos liberais clássicos do século XVIII e recuperada pelos teóricos neoliberais, firma-

se na razão econômica da superioridade dos mercados sobre o Estado, impedindo o que se denomina de servidão moderna. Neste momento ocorreu o que Karl Marx chamava de “fetichismo da mercadoria”, que sugere que a mercadorização do ser humano chegou a níveis inimagináveis. Além disso, este novo modelo recuperou o pensamento de alguns liberais clássicos do século XVII como Adam Smith, David Ricardo e John Stuart Mill, em relação a conceitos como “*mão invisível*”, “*mercados livres*”, “*sociedade aberta*” e “*utilitarismo*”.

Em síntese, o modelo neoliberal pode ser apresentado a partir de quatro premissas básicas: a) os agentes individuais, ao tomarem suas decisões, as fazem motivadas unicamente na defesa dos seus próprios interesses; b) as interações baseadas no interesse próprio não levarão ao caos social, pois fazem parte da própria ordem natural humana, resultando em uma harmonia social; c) o mercado seria o grande responsável pela interação entre os direitos individuais e a manutenção da ordem natural; d) por fim, qualquer intervenção no mercado é inaceitável e indesejável, por inviabilizar a conservação dessa pretensa ordem social (Malaguti et al. 2002).

O mercado, seguindo a teoria neoliberal, desempenharia um duplo papel na promoção de uma sociedade livre: de um lado, porque garante a liberdade econômica e do outro, a liberdade política. Assim, ele seria a realidade empírica central que se contrapõe aos seguintes conceitos: um positivo, com a concepção de mercado perfeito ou de concorrência perfeita; e um negativo, que seria o caos para exprimir a possibilidade de destruição do mercado.

Portanto, para que o mercado pudesse cumprir com sua função de alocação eficiente dos recursos econômicos – terra, capital e trabalho -, os neoliberais profetizam a ideia de que a interferência do Estado deve ser sempre a mínima possível, cabendo-lhe somente a proteção das liberdades dos indivíduos e a preservação da lei e da ordem.

No entanto, a desregulamentação das atividades econômicas pelo Estado e sua atuação reduzida pode ser entendida da seguinte forma: o poder estatal é liberado de todo e qualquer empreendimento econômico ou social que possa interessar ao capital privado nacional e transnacional. Trata-

se de criar o Estado mínimo, que apenas estabelece e fiscaliza as regras do jogo econômico. Por sua vez, a necessidade neoliberal de manter este Estado mínimo vem ao encontro do entendimento de que o grande inimigo do progresso e do desenvolvimento era, e sempre foi, o Estado.

Desta forma, o Estado sempre foi visto como um mau gestor, o qual não deveria interferir nas atividades econômicas, principalmente na atuação de empresas privadas. Tudo isso somente demonstra a real intenção neoliberal quanto ao “enxugamento” das atividades estatais que pudessem representar qualquer tipo de empecilho aos ideais ora propagados.

Em síntese, o resultado primordial da implantação dos objetivos do Consenso de Washington foi a destinação de maiores verbas às camadas mais ricas da população, acentuando-se, portanto, a diferença entre os mais privilegiados e as classes menos favorecidas.

As Falácias Neoliberais

As iniciais críticas tecidas ao neoliberalismo se fundam na afirmação de que seus ideais seriam uma cópia fiel da teoria liberal defendida há anos, a qual se demonstrou incapaz de realizar o bem comum e atender aos anseios sociais da época. Muitas alegações em desfavor da teoria neoliberal comprometem, inclusive, toda sua argumentação. O principal fator reside no posicionamento de que o mercado livre seria o único mecanismo promotor do crescimento e do desenvolvimento. Tal assertiva é refutada por Araújo de Oliveira (1995, p.59):

O mercado supre a falta de conhecimento, mas jamais fornece propriamente informações, pois ele é simplesmente um mecanismo que transmite reações: pelo mercado sabemos que atividade cortar, mas não sabemos que atividade desenvolver. O mercado é, assim, um simples sistema *ex-post*, e por esta razão mesma não pode haver no mercado uma tendência ao equilíbrio, uma vez que tal tendência pressupõe a possibilidade de derivar indicações confiáveis de ação *ex-ante*.

Seguindo a mesma linha, Sodré (1998, p. 27) entende que o neoliberalismo não passa de uma farsa. Trata-se de um disfarce com que se apresenta a forma política que pretende o “fim da História, isto é, os ricos ficarão mais ricos e os pobres ficarão mais pobres, e tudo será como no país das maravilhas. A realidade não importa, as características nacionais não importam, os interesses do povo não importam”.

Oliveira (2005, p. 188) afirma ser o neoliberalismo “(...) um conjunto de princípios e processos que busca beneficiar pequeno número de particulares, para isso controlando a maior parte possível da sociedade civil, com o objetivo de maximizar os interesses individuais”. Segundo a autora, a economia neoliberal não passa de um mito que visa a conservação do *status quo* determinado pelas gigantescas corporações mundiais oriundas deste sistema. É a manutenção do *status quo* que constitui um forte mecanismo da ordem neoliberal, impondo a conservação dos métodos políticos adotados, obstaculizando a formação de qualquer movimento social de resistência ou questionamento. Assim, impedindo a mobilização social, afastar-se-ia o cumprimento dos direitos humanos inseridos na produção capitalista global.

Contraopondo as transformações neoliberais com as características evidenciadas atualmente, Sousa Santos (2001, p. 35) conclui que o resultado da implementação neoliberal pode ser resumida na seguinte ordem: as economias nacionais devem se abrir ao mercado mundial e os preços locais devem se adequar aos preços internacionais; as políticas monetárias devem ser orientadas para a redução da inflação e da dívida pública; os direitos de propriedade privada devem ser claros e invioláveis; o setor empresarial do Estado deve ser privatizado; a regulação estatal da economia deve ser mínima; as políticas sociais devem ser reduzidas.

Igualmente, há que se ressaltar que a classe capitalista transnacional enaltecida pelos neoliberais ultrapassa, por exemplo, as organizações nacionais de trabalhadores. Em todos os países em que se tem aplicado as políticas neoliberais durante as três últimas décadas, se detecta a emergência da aliança entre as multinacionais e uma classe política composta por membros ricos. Suas principais características consistem em uma grande transferência de riqueza pública até as propriedades privadas, com o

incremento das distâncias entre os imensamente ricos e os pobres descartáveis (Klein, 2007, p. 38-39).

Nesta linha de raciocínio, Klein entende que os ideais neoliberais não passam de uma ideologia perigosa, os quais somente serão alcançados mediante alguma espécie de colapso social. Contudo, a autora evidencia a possibilidade de coexistência pacífica entre a economia de mercado e um aparato social digno aos seres humanos.

É perfeitamente possível possuir uma economia de mercado que não exija tamanha brutalidade nem necessite de um nível tão primitivo de ideologia pura. Um mercado livre, com uma oferta de produtos determinada, pode coexistir com um sistema de saúde pública, escolas para todos e uma grande porção da economia (...). Também é possível pedir às empresas que paguem salários decentes, que respeitem o direito dos trabalhadores a formar sindicatos, e solicitar aos governos que atuem como agentes de redistribuição da riqueza mediante os impostos e as subvenções, com a finalidade de reduzir ao máximo as brutais desigualdades que caracterizam o Estado corporativista (Klein, 2007, p. 45).

Para o consenso neoliberal, o crescimento e a estabilidade econômica se assentam na redução dos custos salariais e dos direitos laborais, proibindo a indexação dos salários aos ganhos de produtividade, bem como os ajustamentos em relação ao custo de vida. “A economia é, assim, dessocializada” (Sousa Santos, 2001, p. 40). Enquanto isso, os trabalhadores continuam prisioneiros das fronteiras nacionais em um mundo que não reconhece fronteiras. E mais: é nesse contexto de não interferência estatal que são reduzidas as ações do Estado no que se refere à proteção e garantia social, resultando no aumento da pobreza, do desemprego e da exclusão social.

O Resultado: Desemprego, Pobreza e Exclusão Social

Diante das premissas propagadas pelos neoliberais, verifica-se a defesa de um mercado livre como propulsor da riqueza mundial. Evidencia-se que, longe de gerar a abundância para todos e erradicar a pobreza, esta é corriqueiramente aprofundada. Os participantes do sistema produtivo são quedados à redução das suas principais garantias e inseridos em padrões de pobreza facilmente evidenciados atualmente.

A verdadeira explicação para o repúdio dos neoliberais à efetivação dos direitos econômicos e sociais é simples: deve existir um investimento em massa visando arcar com os gastos sociais necessários, além de um aparato público que possa regular o mercado, visando minimizar as desigualdades sociais, garantindo, portanto, a igualdade entre os cidadãos. E isso é tudo o que os neoliberais não querem.

Nos países periféricos, o quadro tem sido desolador. Desigualdades de vários níveis são aprofundadas e redefinidas à ação de um capitalismo sem diques. Em um cenário de extrema vulnerabilidade, em que a moeda está sob o controle dos “de fora”, os governos têm limitadas suas autonomias para a concretização de suas próprias políticas (...). No mundo do trabalho, as taxas de desemprego são elevadíssimas e a organização coletiva dos trabalhadores perde força, com reflexos negativos à formação da consciência que têm de si os trabalhadores como classe social (Biavaschi, 2006, p. 37-38).

O debate sobre a pobreza, que ganha centralidade na agenda reformadora liberal, “(...) se afasta abertamente de uma perspectiva geral de enfrentamento, não simplesmente da pobreza, mas de um leque mais amplo de problemas, que a grosso modo, configura a questão social” (Gimenez, 2006, p. 69). Além disso, os avanços tecnológicos, juntamente com o poderio das relações estipuladas pelas empresas transnacionais, ambos motivados pela política neoliberal do maior lucro pelo menor custo, fazem com que o desemprego cresça a cada ano.

Nesse padrão sistêmico, os Estados centrais passam não apenas à condição de cúmplices, mas de atores importantes de um processo que envolve grandes bancos, grandes empresas industriais, fortunas, investimentos institucionais (fundos) e os próprios Estados nacionais por meio de seu Tesouro Nacional e dos Bancos Centrais. Daí as privatizações, a liberação financeira e a dos mercados, cuja tônica é a liberdade de circulação dos capitais. A tela de proteção à classe dos assalariados desorganiza-se, tornando-se estratégica a flexibilização do mercado de trabalho para possibilitar a contratação da força de trabalho com menos barreiras (Biavaschi, 2006, p. 37).

Na verdade, é possível perceber que, diante do aumento abrupto das relações e trocas entre pessoas, empresas ou Estados localizados nos quatro cantos do planeta, no qual, “Em termos econômicos, o globo já não é mais tão grande e vasto, e não conhece países distantes” (Beck, 1999, p. 48), confirma-se que “A suposta inevitabilidade dos imperativos neoliberais afetou de forma irreversível o âmbito e a forma de poder de regulação do Estado Constitucional Moderno” (Cruz, 2011, p. 52), tendo em vista as inúmeras demandas e relações transnacionais evidenciadas na atualidade.

Estado e Transnacionalidade

Dentre os fatores que denotam os primeiros indícios da transnacionalidade, cita-se o término da Guerra Fria e a integração do bloco comunista ao mercado mundial. Para Beck (1999, p. 171), a partir deste momento tem-se o aprofundamento de alguns aspectos vitais da dinâmica capitalista - entendida neste estudo como a verificação do aprofundamento dos ideais neoliberais -, coincidindo, portanto, com o surgimento do neoliberalismo.

O neoliberalismo é chamado por Beck (1999) de *Globalismo*. O autor utiliza este termo para demonstrar que o mercado substituiu a ação política. Então o termo globalismo serve para indicar a ideologia do império do

mercado mundial, ou seja, refere-se à ideologia do neoliberalismo. Para o autor,

O procedimento é monocausal, restrito ao aspecto econômico, e reduz a pluridimensionalidade da globalização a uma única dimensão – a econômica -, que por sua vez, ainda é pensada de forma linear e deixa todas as outras dimensões – relativas à ecologia, à cultura, à política e à sociedade civil – sob o domínio subordinador do mercado mundial. (Beck, 1999, p. 27-28).

E é neste contexto de intensificação das relações sociais, unificação do mercado e aparente desaparecimento das fronteiras geográficas dos Estados, ambos circundados pelos efeitos da globalização, que se verifica um conjunto de processos que interferem na soberania, identidade e poder dos Estados, sendo, para muitos, uma situação irreversível.

Segundo Beck (1999, p. 29-30), as rupturas dos limites territoriais dos Estados demonstram a possibilidade de uma participação efetiva da sociedade civil, e a globalidade se concretiza como uma premissa para a trilhagem de novos caminhos políticos. É isso que o autor chama de “glocalização”, ou seja, a interdependência entre o global e o local, de que a humanidade está tomando consciência através das relações transnacionais existentes.

No entanto, apesar de Beck afirmar que a globalidade evidencia o desmanche da unidade do Estado e da sociedade nacional, entende-se ser incontestável que o globo está diante do enfraquecimento da figura do Estado diante dos efeitos da globalização, enrobustecidos pela aplicação dos ideais neoliberais.

Nesta situação, o próprio Estado – o Estado moderno do tipo europeu – dir-se-ia estar ameaçado ou em crise: pela dificuldade ou pela impossibilidade de satisfazer maiores e mais diversificadas necessidades coletivas, por tendências centrífugas de diversa natureza, por diversos processos de integração regional ou continental e pela

globalização. No entanto, não parece que tão cedo ele vá desaparecer e que vá emergir um modelo político alternativo. (Miranda, 2011, p. 42-43).

Na verdade, seguindo o pensamento de Jorge Miranda, não se chegou ao fim da história; apenas se chegou ao fim de certa era, significando, portanto, segundo a concepção de Cruz (2011, p. 55), que o Estado não está fadado a desaparecer, nem mesmo se propõe a criação de um “Super-Estado”.

Além disso, um dos principais sintomas do enfraquecimento do Estado estaria na fragilização da sua soberania, não sendo mais possível, portanto, tratar da sua concepção clássica. Isso corrobora com o fato de que o Estado, diante das múltiplas relações em que está inserido, bem como da importância da atuação conjunta destes em prol de uma pauta axiológica comum, precisa alcançar uma redefinição qualitativa e funcional para a categoria soberania (Cruz, 2011, p. 63). Seria exatamente o que os ensinamentos de Hermann Heller (1968, p. 52), ao propor uma Teoria do Estado a partir da realidade social, denotam que a soberania é dinâmica e está em constante reconstrução.

Ocorre que, diante da realidade atual, o Estado deve adequar-se às novas relações existentes, pois sua soberania perdeu e perde, gradativamente, sua essência. Isto porque a globalização econômica, sob as premissas neoliberais, gerou relações de interdependência entre os Estados, redimensionando, portanto, os papéis dos Estados nacionais.

Por sua vez, o fenômeno *internacional*, até então utilizado como fomentador das relações entre os Estados nos séculos XIX e XX, não é mais suficiente para denominar as ocorrências hoje verificadas. “A intensificação das relações sociais de emergentes sujeitos no palco externo desencadearam uma rede de interação caracterizada pelo transpasse estatal (transnacional) e não mais pela relação ponto a ponto entre (*inter*) os estados (inter-nacional)” (Stelzer, 2009, p. 15).

Referidos Estados, dotados de uma soberania - enfraquecida -, diminuição da capacidade de regular internamente seus ordenamentos jurídicos e políticos - bem como os indivíduos que a eles “pertencem” -, se

deparam com a ocorrência de inúmeras relações que transpassam a figura Estatal. Conseqüentemente, novas relações de poder e concorrência são verificadas, e novos fatores de incompatibilidade entre os atores sociais e as unidades estatais são colocadas à prova a cada dia. Verifica-se, portanto, a Transnacionalidade.

Desse modo, cabe convencionar que:

(...) a expressão latina *trans* significaria algo que vai “além de” ou “para além de”, a fim de evidenciar a superação de um *lócus* determinado, que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados. Diversamente da expressão *inter*, a qual sugere a ideia de uma relação de diferença ou apropriação de significados relacionados, o prefixo *trans* denota a emergência de um novo significado construído reflexivamente a partir da transferência e transformação dos espaços nacionais, inclusive de modo que não seja pensado internacionalmente, e sim no surgimento de algo novo, de um espaço transpassante, que já não se encaixa nas velhas categorias modernas (Cruz e Bodnar, 2009, p. 58).

Dentre estes novos significados surgidos a partir destas relações transpassantes, que não reconhecem fronteiras, cita-se, seguindo Cruz e Bodnar (2009), a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais que buscam, incessantemente, por respostas satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos.

Sem sombra de dúvidas, a compatibilização dos fenômenos globais com a justa distribuição de riquezas no globo, uma nova concepção de civilização e o atendimento aos direitos do homem demonstra ser um grande e premente desafio em épocas transnacionais. Isto é o que Cruz (2011, p. 93) define como a “republicanização da globalização”.

Garcia (2009, p. 174) aponta que o fenômeno da transnacionalidade dá-se a partir de demandas transnacionais, as quais, por

sua vez, estão relacionadas com a efetividade dos direitos difusos e transfronteiriços sendo, portanto, questões fundamentais para os seres humanos, intituladas pelo autor como “novos” direitos.

Verifica-se, portanto, que as demandas transnacionais não são somente aquelas ligadas diretamente às questões econômicas. Elas correspondem às consequências da aplicação dos ideais neoliberais. Diz-se isso, pois, em um mundo em que se fala somente em valores e mercado, passa a ocupar lugar no esquecimento – intencional – outros fatores e relações que compõem a transnacionalidade, quais sejam: as relações sociais que têm ligação com a sobrevivência do ser humano e que, atualmente, não possuem efetividade e reconhecimento se continuarem sendo tratadas somente no âmbito do Estado nacional. Têm-se, portanto, as relações sociais transnacionais.

Os Atores Sociais Transnacionais

Quem é a sociedade civil transnacional? Quais são os espaços sociais transnacionais? Estas são perguntas que surgem quando se pensa no fenômeno da transnacionalidade e o espaço ocupado pelo ser humano dentro desse processo.

Beck (1999, p. 60) afirma que “a condição das comunidades transnacionais é paradoxal”. Mas quais são estas comunidades transnacionais?

Como tentativa de respostas aos questionamentos, basta que olhemos ao nosso redor e perceberemos que tudo o que ocorre, em qualquer local do mundo, denota uma relação social transnacional, pois está inserido na sociedade civil – que hoje é transnacional e, conseqüentemente, compõem uma comunidade transnacional.

O Ser humano transnacional é, nada mais nada menos aquele que migra em busca de melhores condições; que compra uma mercadoria produzida em um país longínquo; que é afetado por catástrofes ambientais

transnacionais; que acessa à internet e acompanha os últimos acontecimentos políticos no continente vizinho, ou que hoje está no verão do Hemisfério Sul e amanhã convive com a neve Europeia.

Seguindo Hermann Heller (1968, p. 135), nunca se pode considerar o Estado unicamente como função da economia e Este deve ser concebido “(...) partindo da totalidade da realidade social, dentro da qual a atividade econômico-técnica não é mais que um momento (...)”. Portanto, é através das relações sociais que se poderá criar centros de poder transnacionais, superando a ideologia do Direito Internacional e buscando a efetivação ou proteção daqueles que não possuem nem voz nem poder diante da globalização.

Sousa Santos (2007, p. 14) propõe, sob a denominação de “legalidade cosmopolita subalterna” através de uma “*globalização desde abajo*” uma globalização contra-hegemônica, dotada de um aporte jurídico denominado como “*la legalidad cosmopolita subalterna*”.

(...) no contexto da globalização neoliberal, os mais desesperados e marginalizados, aqueles que vivem na pobreza e estão excluídos dos benefícios da cidadania social por questões de classe, gênero, raça ou opressão étnica, representam a imensa maioria da população do mundo. O fato para a criatividade institucional, portanto, não pode ser abordado senão privilegiando àqueles que foram excluídos como atores e beneficiários das novas formas de legalidade e políticas globais (Sousa Santos, 2007, p. 18).

Referido autor, ao fazer menção ao cosmopolitismo, tem defendido que nem a nacionalidade, nem as fronteiras estatais possuem relevância moral em relação às questões de justiça. Para tanto, “(...) o cosmopolitismo, seja sob a forma das doutrinas de direitos humanos (...) ou dos movimentos sociais transnacionais contemporâneos, implica projetos contra-hegemônicos que pretendem superar as hierarquias e as fronteiras interestatais” (Sousa Santos, 2007, p. 18).

Diante disso, os atores sociais transnacionais comporiam, portanto, um vasto conjunto de redes, iniciativas, organizações e movimentos que lutam contra os resultados econômicos, sociais e políticos da globalização econômica; ou seja, compõem um movimento contrário à exclusão social, no sentido mais amplo da expressão.

A estes atores que, agindo localmente - por possuir conhecimento certo acerca das peculiaridades e necessidades locais - se unem com outros grupos de atores transnacionais com objetivos comuns, seria oportunizada a inclusão através da formação de redes sociais transnacionais que prezam pela inclusão social e maior participação política dos seus pares, pois “A realização dos direitos exige a emancipação humana que se produz quando o homem e o cidadão se fundem, o que implica o reconhecimento a e organização das próprias forças como forças sociais” (Cademartori, 2009, p. 154).

Conforme menciona Garcia (2009, p. 195):

A transnacionalização não poderia, em nenhuma hipótese, isolar ainda mais o cidadão dos centros de poder, pelo contrário, caberá reforçar sua participação e a garantia de seus interesses e direitos fundamentais, isso se daria através da chamada democracia participativa. (...) não seria a total superação do Estado nacional, mas sim sua abertura para a resolução de problemas comuns inerentes a toda família humana. Uma vez que não podemos mais pretender a superação de problemas globais e difusos de forma individual.

Então, através da já citada “republicanização da globalização”, os atores sociais transnacionais, unidos por demandas transnacionais comuns – ou pautas axiológicas comuns - teriam a possibilidade de ampliação do espaço político de debate, de reflexão e deliberação acerca da efetivação destes novos direitos através de uma conscientização de união de esforços a favor do exercício da democracia representativa através da articulação dos espaços políticos, jurídicos e sociais (Cademartori, 2009, p. 157).

No entanto, é sabido da necessidade de se repensar a democracia que, para Cruz (2011), deve ocorrer sob duas vertentes: através da pluralidade de atores em disputa da governabilidade mundial e diante da pluralidade de culturas que enunciam que a liberdade deve estar a serviço da inclusão social e da igualdade. Isso porque foi o aumento dos aspectos heterogêneos da sociedade globalizada que acabou por demonstrar que os moldes atuais da democracia representativa, por si só, é insuficiente para resolver os problemas sociais existentes.

Para tanto, urge a criação de novas instituições transnacionais com características democráticas, promovidas e compostas pelos atores sociais transnacionais que clamam, há tempos, por reconhecimento, os quais, indubitavelmente, promoveriam uma constante e livre discussão dos “novos” direitos sob bases de solidariedade e cooperação mundial.

Considerações finais

O presente estudo teve por objetivo principal analisar as consequências sociais produzidas pela globalização econômica neoliberal sob o fenômeno da transnacionalidade.

Da análise dos resultados obtidos com a implementação neoliberal é possível afirmar que os ideais pugnados pelos defensores do Consenso de Washington são demonstrados amargamente através das dificuldades enfrentadas pelos seus seguidores em retomar uma trajetória estável de crescimento econômico e social. O ataque aos direitos básicos dos seres humanos, aos padrões sociais, ao cuidado com o planeta e à democracia efetiva em todo o mundo é o produto dessas “vitórias”.

Os insatisfatórios resultados econômicos e sociais oriundos do sistema neoliberal relatam, simplesmente, o descontentamento de um povo com relação ao potencial altamente conflitivo e fragmentador destas políticas, pois, quanto mais veloz é a sua expansão, mais intensa é a exclusão social que conduz ao desemprego, problemas sociais, catástrofes ambientais, exclusão e marginalização.

Verificou-se que diante da liberação dos fluxos de mercadorias e capitais, empresas transnacionais possuem poder de decisão que se sobrepõem aos Estados nacionais. Estes, por sua vez, diante do crescimento avassalador da economia global e dos mercados mundiais, não conseguem solucionar as demandas que lhes são propostas diariamente. As demandas são transnacionais.

Diante deste contexto, verificou-se que as fronteiras geográficas não condizem mais à ideia de separação de diferentes culturas; as soberanias nacionais não mais se referem ao poder superior e inquestionável. Tudo pode estar em qualquer lugar, em qualquer tempo. As mercadorias, o capital e o ser humano são transnacionais. O Estado está enfraquecido.

É neste momento que se verifica que os atores sociais transnacionais, unidos por demandas transnacionais comuns, podem ampliar o espaço político de debate, de reflexão e deliberação acerca da efetivação dos novos direitos através da união de esforços a favor do exercício de uma – repensada – democracia. Espaços políticos, jurídicos e sociais devem ser articulados por estes atores em prol da inclusão social e da igualdade.

Atores sociais transnacionais defendendo premissas transnacionais necessitam fomentar a futura criação de instituições transnacionais dotadas de características democráticas a fim de ouvir os clamores dos que viram seu reconhecimento e proteção se esvaír em uma época que a economia se transformou na base democrática existente.

Referências

BECK, U. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo, respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. 598p.

BIAVASCHI, M. B.. Fundamentos do direito do trabalho: nosso tempo? *In: KREIN, J. D. et al. (Orgs.) As transformações no mundo do trabalho e os direitos dos trabalhadores.* São Paulo: LTr, 2006. p. 33-59.

CADERMARTORI, D.M.L. Limites e possibilidades de uma cidadania transnacional: uma apreensão histórico-conceitual. *In: CRUZ, P.M.; STELZER, J. (Orgs.) Direito e Transnacionalidade.* Curitiba: Juruá, 2009. p. 139-171.

CHOMSKY, N. *O lucro ou as pessoas: o neoliberalismo e ordem global*. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. 5.ed. Rio de Janeiro: Beltrand Brasil, 2006. 117p.

CRUZ, P.; BODNAR, Z. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. *In: CRUZ, P.M.; STELZER, J. (Orgs.). Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 55-71.

CRUZ, P.M.. *Da soberania à transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no século XXI*. Itajaí: Ed. UNIVALI, 2011. 160p.

GARCIA, M. L. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. *In: CRUZ, P.M.; STELZER, J. (Orgs.). Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 173-200.

HELLER, H.. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968. 612p.

KLEIN, N. *La doctrina del shock: el auge del capitalismo del desastre*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2007. 708p.

MALAGUTI, M.L.; CARCANHOLO, R.A.; CARCANHOLO, M.D. (Orgs). *Neoliberalismo: a tragédia do nosso tempo*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2002. 398p.

MIRANDA, J. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 512p.

OLIVEIRA, M.A. *Ética e economia*. São Paulo: Atlas, 1995. 222p.

OLIVEIRA, O.M. *Teorias globais e suas revoluções: fragmentações do mundo*. Ijuí: Unijuí, 2005. 322p.

SOUSA SANTOS, B. Os processos da globalização. *In: SOUSA SANTOS, B. (Org.). Globalização: fatalidade ou utopia?* Porto: Edições Afrontamento, 2001. p. 13-48.

_____. *El derecho y la globalización desde abajo: hasta una legalidad cosmopolita*. México: UAM, 2007. 476p.

SODRÉ, N.W. *A farsa do neoliberalismo*. 5.ed. Rio de Janeiro: Graphia, 1998. 412p.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In: CRUZ, P.M.; STELZER, J. (Orgs.). Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 15-53

União Europeia e Estados-Membros: A Necessidade de Cooperação para Incorporação e Cumprimento das Normas sobre a Proteção ao Meio Ambiente

Patrícia Grazziotin Noschang⁴

Introdução

O Direito da União Europeia possui suas fontes nos tratados fundadores da integração regional e nos atos que emanam de suas instituições. Os primeiros (tratados de Paris, Roma, Ato Único Europeu, Maastricht, Nice e Lisboa) são considerados fontes originárias e, os demais atos fontes derivadas. Para que esse sistema funcione é indispensável à cooperação e responsabilidade dos Estados-membros em cumprir as normas advindas das instituições que formam a União Europeia, como o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão. No entanto, num universo de 27 Estados-membros é possível ocorrer a não incorporação ou não cumprimento de um regulamento ou diretiva, nesse caso, a Comissão exerce seu papel de guardião dos atos da União. Se necessário essa poderá ingressar no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) para garantir a segurança jurídica da aplicação e cumprimento do direito europeu. O objetivo desse trabalho é observar a atuação dos Estados-membros e demonstrar a importância das instituições no processo de incorporação e cumprimento das normas Europeias principalmente quanto ao meio ambiente.

A Função das Instituições na Implementação das Diretivas em Matéria Ambiental

⁴ Patrícia Grazziotin Noschang, Doutoranda em Direito PPGD/UFSC. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela UFSC. Especialista pela Fundação Getúlio Vargas em MBA Comércio Exterior e Negócios Internacionais e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em Direito Internacional Público, Privado e da Inegração Regional. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Pelotas. Professora Assistente III da Universidade de Passo Fundo/RS

As instituições que formam a União Europeia (UE) possuem papel fundamental na construção do direito ambiental da União. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE - Tratado de Lisboa/2009) alterou algumas funções das instituições, principalmente quanto ao processo legislativo de co-decisão. Desta forma, cabe a Comissão a proposta do ato legislativo que deverá ser encaminhado para votação no Conselho e no Parlamento Europeu, após receberem o parecer do Comitê das Regiões e do Comitê Econômico e Social⁵. O tratado também reforçou o papel da Comissão de guardião do direito da União, atuando como fiscalizadora dos Estados-membros, verificando a aplicação das normas.⁶ De acordo com a Resolução do Parlamento Europeu, de 7 de Maio de 2009, sobre o impacto do Tratado de Lisboa no desenvolvimento do equilíbrio institucional da União Europeia, o tratado reforçou as principais funções das instituições políticas fortalecendo, assim, o equilíbrio da União (instituição). A resolução afirma que,

Considerando que o Tratado de Lisboa transforma o antigo «método comunitário», adaptando-o e reforçando-o, num «método da União» no qual, essencialmente:

— o Conselho Europeu define as orientações e prioridades políticas gerais,

⁵ “Artigo 192.1. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, adoptarão as acções a empreender pela União para realizar os objectivos previstos no artigo 191, 2. Em derrogação do processo de decisão previsto no n.1 e sem prejuízo do disposto no artigo 114, o Conselho, deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial e após consulta ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, adoptará: [...] b) As medidas que afectem: - o ordenamento do território, - a gestão quantitativa dos recursos hídricos ou que digam respeito, directa ou indirectamente, à disponibilidade desses recursos, - a afectação dos solos, com excepção da gestão dos lixos; c) As medidas que afectem consideravelmente a escolha de um Estado-Membro entre diferentes fontes de energia e a estrutura geral do seu aprovisionamento energético. O Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, pode tornar o processo legislativo ordinário aplicável aos domínios a que se refere o primeiro parágrafo.[...] 4. Sem prejuízo de certas medidas adoptadas pela União, os Estados-Membros assegurarão o financiamento e a execução da política em matéria de ambiente. 5. Sem prejuízo do princípio do poluidor-pagador, nos casos em que uma medida adoptada nos termos do n. o 1 implique custos considerados desproporcionados para as autoridades públicas de um Estado-Membro, essa medida deve prever, sob a forma adequada: — derrogações de carácter temporário e/ou — um apoio financeiro proveniente do Fundo de Coesão criado nos termos do artigo 177.” In: UNIÃO EUROPEIA. *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. JO, 2010. C 83/133-134.

⁶ Sobre a elaboração dos atos legislativos comunitários ver os artigos 288 a 299 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. In: UNIÃO EUROPEIA. *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. JO, 2010. C 83/208.

- a Comissão promove o interesse geral da União e toma iniciativas adequadas para esse fim,
- o Parlamento Europeu e o Conselho exercem, conjuntamente, a função legislativa e a função orçamental, com base nas propostas da Comissão, [...]⁷

Desta forma, cabe principalmente à Comissão a tarefa de observar se as normas europeias sobre meio ambiente foram incorporadas em seus ordenamentos jurídicos, bem como o cumprimento das mesmas de acordo com os preceitos da norma. As propostas de elaboração de diretivas são, normalmente, originárias da Comissão.

Em caso de infração qualquer pessoa pode apresentar uma denúncia junto à Comissão contra o Estado por ocasião de descumprimento de uma medida ou de prática contrária a uma disposição ou princípio do direito da União. A Comissão irá investigar para averiguar se a denúncia procede. Em caso positivo dá-se início ao *procedimento de infração* em que a Comissão e o Estado-membro entram em contato para resolver a questão. Caso não haja uma solução, a Comissão ainda pode demandar contra o Estado infrator no

⁷ E, ainda a Resolução chama atenção para: “Reforço do «método da União» específico para a tomada de decisões como base do equilíbrio interinstitucional. [...] 3. Congratula-se com o facto de os elementos essenciais do «método comunitário» – o direito de iniciativa da Comissão e o sistema de co-decisão pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho- terem sido conservados e reforçados pelo Tratado de Lisboa, na medida em que:- o Conselho Europeu se transforma numa instituição cujo papel específico de estímulo e orientação da União é reforçado, definindo, assim, os seus objectivos e prioridades estratégicos sem interferir no normal exercício dos poderes legislativos e orçamentais da União; - o papel da Comissão como «motor» que impulsiona a actividade europeia é confirmado, assegurando, deste modo, que o seu monopólio da iniciativa legislativa permanecerá intacto (sendo até reforçado), nomeadamente no processo orçamental; - as competências do Parlamento Europeu como ramo do poder legislativo são aumentadas, uma vez que o processo legislativo ordinário (como passará a ser denominado o actual processo de co-decisão) passa a ser a regra geral (salvo nos casos em que os Tratados especificarem que se deverá aplicar um processo legislativo especial) e é alargado a quase todos os domínios da legislação europeia, incluindo a Justiça e os Assuntos Internos;- o papel do Conselho como o outro ramo da autoridade legislativa é confirmado e preservado – ainda que com uma certa preponderância em algumas áreas importantes – devido, em especial, à clarificação que é feita no Tratado de Lisboa de que o Conselho Europeu não deverá exercer funções legislativas; [...] - a distinção entre actos legislativos e actos delegados e o reconhecimento do papel executivo específico da Comissão, sob o controlo paritário dos dois ramos da autoridade legislativa, melhorarão a qualidade da legislação europeia; o Parlamento Europeu desempenha um novo papel em matéria de atribuição de poderes delegados à Comissão e de supervisão de actos delegados; - quanto ao poder da União para celebrar tratados, o papel da Comissão (em estreita associação com o seu Vice-Presidente (Alto Representante)) é reconhecido no que respeita à capacidade de conduzir negociações, sendo a aprovação do Parlamento Europeu necessária para a celebração, por parte do Conselho, de quase todos os acordos internacionais; [...]”. In: UNIÃO EUROPEIA. *Parlamento Europeu*. Resolução do Parlamento Europeu, de 7 de Maio de 2009, sobre o impacto do Tratado de Lisboa no desenvolvimento do equilíbrio institucional da União Europeia. JO, 2009. C 212 E/82.

Tribunal de Justiça, através da ação de incumprimento⁸. Se, o autor da denúncia considerar que a Comissão não agiu de acordo com a boa administração poderá, ainda, exercer o seu direito de recurso ao Provedor de Justiça Europeu⁹, que está vinculado ao Parlamento Europeu, conforme o TFUE.¹⁰ A função do Parlamento Europeu na aplicação do direito ambiental da União, além de fazer parte do processo de co-decisão, é garantir o direito de acesso a informação¹¹ em matéria de meio ambiente. De certa forma, o Parlamento, através do Provedor de Justiça, se aproxima mais do cidadão europeu proporcionando o direito de petição. Pode-se afirmar que o Parlamento exerce um papel de controle político, pois tanto o Conselho como a

⁸ Sobre as características detalhadas da ação de incumprimento ver: SILVA, Karine de Souza. *Direito da Comunidade Europeia: Fontes, Princípios e Procedimentos*. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 280-411.

⁹ “O Provedor de Justiça Europeu investiga as queixas contra as instituições e organismos da União Europeia (UE). Pode-se apresentar uma queixa ao Provedor de Justiça Europeu relativa a casos de má administração na acção dessas instituições ou desses organismos. O Provedor de Justiça Europeu não pode investigar queixas contra as administrações nacionais, regionais ou locais dos Estados-Membros, mesmo que essas queixas digam respeito a assuntos da União Europeia. Muitas dessas queixas podem ser apresentadas aos Provedores nacionais ou regionais, ou às comissões de petições dos Parlamentos nacionais ou regionais. O contacto de todas as Provedorias nacionais e regionais, bem como das comissões das petições existentes na UE, estão disponíveis na página da Internet do Provedor de Justiça Europeu: <http://www.ombudsman.europa.eu>.” In: UNIÃO EUROPEIA. *Provedor de Justiça Europeu*. Disponível em: <<http://www.ombudsman.europa.eu>>. Acesso em: 24 set 2010.

¹⁰ “Artigo 24. [...] Qualquer cidadão da União goza do direito de petição ao Parlamento Europeu, nos termos do disposto no artigo 227. Qualquer cidadão da União pode dirigir-se ao Provedor de Justiça instituído nos termos do disposto no artigo 228. Qualquer cidadão da União pode dirigir-se por escrito a qualquer das instituições, órgãos ou organismos a que se refere o presente artigo ou o artigo 13 do Tratado da União Europeia numa das línguas previstas no n.1 do artigo 55 do referido Tratado e obter uma resposta redigida na mesma língua. Artigo 228. 1. O Provedor de Justiça Europeu, que é eleito pelo Parlamento Europeu, é competente para receber queixas apresentadas por qualquer cidadão da União ou qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede estatutária num Estado-Membro e respeitantes a casos de má administração na actuação das instituições, órgãos ou organismos da União, com excepção do Tribunal de Justiça da União Europeia no exercício das suas funções jurisdicionais. O Provedor de Justiça instrui essas queixas e apresenta relatório sobre as mesmas. De acordo com a sua missão, o Provedor de Justiça procederá aos inquéritos que considere justificados, quer por sua própria iniciativa quer com base nas queixas que lhe tenham sido apresentadas, directamente ou por intermédio de um membro do Parlamento Europeu, salvo se os factos invocados forem ou tiverem sido objecto de processo jurisdicional. Sempre que o Provedor de Justiça constata uma situação de má administração, apresentará o assunto à instituição, [...]. O Provedor de Justiça exercerá as suas funções com total independência. No cumprimento dos seus deveres, não solicitará nem aceitará instruções de qualquer Governo, instituição, órgão ou organismo. Enquanto durarem as suas funções, o Provedor de Justiça não pode exercer qualquer outra actividade profissional, remunerada ou não.[...]”. In: UNIÃO EUROPEIA. *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. JO, 2010. C 83.

¹¹ Ver: KRÄMER, Ludwig . Access to Environmental Information in an Open European Society - Directive 2003/4, *Research Papers in Law* 2003. Brussels: College of Europe, 2003. p.8-23.

Comissão devem apresentar a essa instituição seus balanços (relatórios anuais).

As instituições europeias devem obedecer à regra da transparência, que determina o acesso ao público de todos os documentos, existem exceções que estão contidas no Regulamento 1049/2001, todavia, essas devem ser invocadas pela instituição em caso de negação do pedido. Embora a transparência e o acesso à informação de todos (pessoas físicas ou jurídicas) esteja previsto, existem casos em que tal garantia não é respeitada. Em 04 de maio de 2010, o Provedor de Justiça Europeu, Sr. Nikiforos Diamandouros, apresentou à Comissão de Petições do Parlamento Europeu o relatório anual de 2009. Nessa ocasião o Provedor, criticou pela primeira vez uma instituição Europeia pela morosidade em atender a solicitação de uma Organização Não Governamental (ONG), ou seja, falta de cooperação. Em março de 2007, a ONG *Friends of the Earth Europe*, solicitou acesso a documentos relativos a publicação das emissões de dióxido de carbono, correspondências que foram trocadas entre a Comissão e diversos fabricantes de automóveis. A Comissão entregou as correspondências, porém não todas. Faltaram três cartas da empresa *Porsche AG* que foram dirigidas ao Vice-Presidente da Comissão. O Provedor requereu as cartas faltantes, mas a Comissão requereu prorrogação do prazo seis vezes, sob o argumento que precisaria contatar a *Porsche*, resultado que até o final do relatório (dezembro, 2009) as cartas não foram apresentadas.¹²

O caso repercutiu negativamente para a Comissão que foi acusada de proteger a *Porsche*, mesmo a empresa sendo uma das maiores poluidoras do mundo e, por outro lado uma das mais rentáveis. Nota-se a desproporcionalidade entre a defesa do meio ambiente e da economia, principalmente quando se trata de uma fabricante de automóveis, gigante no mercado. Interessante que a Comissão, além do papel de ser guardião do direito da União, nesse caso, tanto o do meio ambiente quanto do mercado comum, deveria também permitir o livre acesso aos documentos requeridos. Sendo

¹² UNIÃO EUROPEIA. *Parlamento Europeu*. Provedor de Justiça: primeira crítica a instituição por falta de cooperação. Disponível em : <http://www.europarl.europa.eu/news/public/story_page/021-73863-120-04-18-902-20100430STO73840-2010-30-04-2010/default_pt.htm>. Acesso em: 24 set 2010.

assim, conforme os fatos relatados, a Comissão não atuou nem como guardiã, nem como garantidora da transparência.

Em contradição dos fatos ocorridos, a Comissão, em novembro de 2008, apresentou comunicação “relativa à aplicação do direito comunitário do ambiente” com o objetivo de “[...] demonstrar a forma como serão aplicadas no domínio do ambiente as novas abordagens enunciadas na Comunicação «Uma Europa de resultados – Aplicação do direito comunitário».”¹³ Para a Comissão, a melhor maneira de aplicar o direito do meio ambiente seria através de uma combinação de medidas como, por exemplo:

- trabalho legislativo e pós-legislativo destinado à **prevenção das infracções, -resposta** às preocupações específicas dos **cidadãos europeus,**
- tratamento mais imediato e mais intensivo das **infracções mais importantes,**
- reforço do **diálogo com o Parlamento Europeu,**
- reforço da transparência, da comunicação e do **diálogo com os cidadãos** e as partes interessadas.¹⁴ (grifo do autor)

No decorrer do documento a Comissão reconheceu que o direito do meio ambiente é complexo, amplo, além de possuir uma dimensão transfronteiriça. Ademais, o grau de interesse público é alto representado pelo

¹³ “A transparência e a comunicação assumem especial importância num domínio em que um volume significativo de disposições legislativas reconhece a necessidade de contar com um público bem informado e activo em matéria de ambiente. Serão disponibilizadas, através dos relatórios anuais da Comissão, informações e estatísticas fundamentais, demonstrando, nomeadamente, a forma como avançam os trabalhos sobre processos importantes. Serão utilizados painéis de avaliação, actualizados de forma periódica, para objectivos com uma forte visibilidade, como as designações de sítios para a protecção da natureza. Encontram-se igualmente previstas actividades de sensibilização, operações mediáticas e publicações destinadas ao grande público e aos especialistas. As estratégias de comunicação serão objecto de uma análise prévia e adaptadas a requisitos operacionais, recorrendo, se for caso disso, à Internet. As organizações não-governamentais de defesa do ambiente desempenham um papel fundamental na promoção da aplicação adequada e da sensibilização do público. Propõe-se o estabelecimento de um diálogo periódico com estas organizações, em Bruxelas e nas capitais nacionais, através dos gabinetes de representação. A Comissão procurará, graças ao diálogo, obter informações sobre problemas e preocupações fundamentais em matéria de aplicação, incentivar a análise estratégica e garantir uma utilização otimizada dos diversos instrumentos de resolução de problemas, incluindo a nível nacional. Será prosseguido o diálogo com outras partes interessadas, a fim de permitir à Comissão ter em conta um leque de pontos de vista o mais vasto possível quando formula pareceres gerais sobre a aplicação do acervo no domínio do ambiente.”. In: UNIÃO EUROPEIA. *Comissão*. COM (2008) 773 final. COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO, AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU E AO COMITÉ DAS REGIÕES relativa à aplicação do direito comunitário do ambiente. p.11.

¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. *Comissão*. COM (2008) 773 final. p.2.

número de petições e queixas apresentadas. Admitiu que a administração foi morosa, não cumprindo os prazos determinados, que existem diversas deficiências dividindo a responsabilidade da má administração com atraso dos Estados-membros em transpor a normativa e aplicar a política ambiental em âmbito regional e nacional. Após fazer a *mea culpa*, a Comissão se propôs a adotar diversas medidas para melhorar a aplicação do direito do meio ambiente.

Um dado importante desse documento foi o reconhecimento da importância da jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE na implementação e progressão da política e direito do meio ambiente¹⁵. Nesse sentido a função do Tribunal¹⁶ é garantir a correta aplicação do direito da União, bem como a recepção adequada, do mesmo, pelos Estados-membros. Ressalta-se que uma demanda no Tribunal dura em média dois anos, se o caso a ser julgado for sobre um dano ambiental que esteja ocorrendo, com certeza a contaminação/poluição do meio ambiente será catastrófica se depender de uma decisão desse órgão julgador.

Embora a crítica tenha sido feita às instituições pela falta de atenção a aplicação eficaz do direito do meio ambiente, é preciso lembrar que o direito da União é de extrema complexidade. Ainda que suas instituições sejam responsáveis pela aplicação desse direito, essas ficam também a mercê dos Estados-membros, nada mais nada menos do que 27, os quais agem politicamente e pouco juridicamente. Porém, se o funcionamento ou a garantia da aplicação do direito ambiental da União depender da cooperação (ou boa vontade) dos Estados-membros, talvez sejam necessários mecanismos mais efetivos de penalização para o descumprimento, principalmente no que tange ao direito ambiental que normalmente requer urgência. O caso da Comissão *versus* República Helênic, vem corroborar com as afirmações anteriores. A ação iniciou em 1991¹⁷, por incumprimento das Diretiva 75/442/CEE do

¹⁵ UNIÃO EUROPEIA. *Comissão*. COM (2008) 773 final. p.8.

¹⁶ Sobre a jurisprudência do Tribunal em questões de meio ambiente e análise detalhada, ver: KRÄMER, L. *Environmental Judgments by the Court of Justice. Research Papers in Law*. N.04/2008. Bruxelas: College of Europe, 2008.

¹⁷“COMISSAO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS CONTRA REPUBLICA HELENICA. - INCUMPRIMENTO PELO ESTADO - DIRECTIVAS - RESIDUOS - RESIDUOS TOXICOS E PERIGOSOS. - PROCESSO C-45/91. [...] *Pelos fundamentos expostos, O TRIBUNAL DE JUSTIÇA decide*: Por não ter tomado as medidas necessárias para garantir que na região de

Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos e, da Diretiva 78/319/CEE do Conselho, de 20 de Março de 1978, relativa aos resíduos tóxicos e perigosos. A sanção pecuniária¹⁸ pela continuidade do não cumprimento das diretiva foi determinada apenas em 2000.¹⁹ Praticamente dez anos de poluição até a sanção pecuniária²⁰, que ainda foi paga com atraso pela República Helénica.

Os Deveres do Estado na Aplicação do Direito Ambiental da União Europeia

Os Estados-membros têm o dever de transposição dos atos emanados das instituições da União. O prazo para incorporação dos

Chania os resíduos e os resíduos tóxicos e perigosos sejam eliminados sem pôr em perigo a saúde das pessoas e sem prejudicar o ambiente, e por não estabelecer para essa região planos ou programas para eliminação dos resíduos e dos resíduos tóxicos e perigosos, a República Helénica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 4.º e 6.º da Directiva 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos, e dos artigos 5.º e 12.º da Directiva 78/319/CEE do Conselho, de 20 de Março de 1978, relativa aos resíduos tóxicos e perigosos.[...]. In: UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça da União Europeia*. C-45/91. *Colectânea da Jurisprudência*, 1992. p.I-02509.

¹⁸ Sobre as sanções e o caso da Grécia ver: Hedemann-Robinson, Martin. Article 228, 2, EC and the Enforcement of EC Environmental Law - A Case of Environmental Justice Delayed and Denied - Analysis of Recent Legal Developments. *Enforcement of EC Environmental Law. European Environmental Law Review*. November, 2006. The Netherlands: Klumber Law International, 2006.p.312- 342.; DAVIES, Peter G.G. *European Union Environmental Law: an introduction to key selected issues*. Hants: Ashgate, 2004. p.84-85.

¹⁹ «Incumprimento de Estado - Acórdão que declara um incumprimento - Não cumprimento - Artigo 171.º do Tratado CE (actual artigo 228.º CE) - Sanções pecuniárias - Sanção pecuniária compulsória - Resíduos - Directivas 75/442/CEE e 78/319/CEE». [...] O TRIBUNAL DE JUSTIÇA, decide: 1) Não tendo tomado as medidas necessárias para garantir que os resíduos sejam eliminados na região de Chania sem pôr em risco a saúde humana e sem causar dano ao ambiente, conforme disposto no artigo 4.º da Directiva 75/442/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1975, relativa aos resíduos, e ao não ter elaborado para esta região planos para a eliminação dos resíduos, nos termos do artigo 6.º da Directiva 75/442, e programas para a eliminação dos resíduos tóxicos e perigosos, conforme disposto no artigo 12.º da Directiva 78/319/CEE do Conselho, de 20 de Março de 1978, relativa aos resíduos tóxicos e perigosos, a República Helénica não tomou todas as medidas necessárias à execução do acórdão de 7 de Abril de 1992, Comissão/Grécia (C-45/91), e não cumpriu as obrigações que resultam do artigo 171.º do Tratado CE. 2) A República Helénica é condenada a pagar à Comissão das Comunidades Europeias, na conta «recursos próprios da CE», uma sanção pecuniária compulsória de 20 000 euros por dia de atraso na aplicação das medidas necessárias para cumprimento do acórdão Comissão/Grécia, já referido, a contar da data do presente acórdão e até à execução do referido acórdão Comissão/Grécia.[...]. In: UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça da União Europeia*. C-387/97. *Colectânea da Jurisprudência*, 2000. p.I-05047.

²⁰ Segundo Richard Macrory esse foi o primeiro caso em que o Tribunal condenou um Estado-membro a uma sanção. Ver: MACRORY, Richard. *Regulation, enforcement and governance in environmental Law*. London: Cameron May, 2008. p.450-453.

mesmos dependerá da sua natureza (diretiva ou resolução), bem como do ordenamento jurídico interno levando em consideração a necessidade de adaptação da norma interna à norma europeia²¹. Esse processo chamado de harmonização legislativa é indispensável para que ambas as normas convivam, lembrando sempre que o Direito da União tem primazia sob a norma jurídica interna caso haja um conflito entre as mesmas²². No entanto, quando o assunto é meio ambiente, existe a possibilidade dos mesmos adotarem cláusulas de salvaguarda²³ para atingir a harmonização legislativa na União Europeia. Todavia, ao adotar a medida de salvaguarda, essa em hipótese alguma poderá estar vinculada ao setor econômico, tais medidas serão provisórias além de estarem sob o controle da União.²⁴ Em compensação os

²¹ “Artigo 291º. 1. Os Estados-Membros tomam todas as medidas de direito interno necessárias à execução dos actos juridicamente vinculativos da União. 2. Quando sejam necessárias condições uniformes de execução dos actos juridicamente vinculativos da União, estes conferirão competências de execução à Comissão ou, em casos específicos devidamente justificados e nos casos previstos nos artigos 24º e 26º do Tratado da União Europeia, ao Conselho. 3. Para efeitos do n. 2, o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adoptados de acordo com o processo legislativo ordinário, definem previamente as regras e princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo que os Estados-Membros podem aplicar ao exercício das competências de execução pela Comissão.[...]”. In: UNIÃO EUROPEIA. *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. JO, 2010. C 83/173.

²² Nesse sentido Klaus-Dieter Borchardt: “*One particular form of interpretation of national law in accordance with Union law is that of interpretation in accordance with the directives, under which Member States are obliged to implement directives. Legal practitioners and courts must help their Member States to meet this obligation in full by applying the principle of interpretation in accordance with the directives. Interpretation of national law in accordance with the directives ensures that there is conformity with the directives at the level at which law is applied, and thus ensures that national implementing law is interpreted and applied uniformly in all Member States. This prevents matters from being differentiated at national level which have just been harmonised at Union level by means of the directive*”. In: BORCHARDT, Klaus-Dieter. *The ABC of European Union law*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. p.123.

²³ “Art.114. [...]10. As medidas de harmonização acima referidas compreendem, nos casos adequados, uma cláusula de salvaguarda que autorize os Estados-Membros a tomarem, por uma ou mais das razões não económicas previstas no artigo 30.o, medidas provisórias sujeitas a um processo de controlo da União.” In: UNIÃO EUROPEIA. *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. JO, 2010. C 83/95.

²⁴ “TÍTULO XIX. AMBIENTE. Artigo 191º 1. A política da Comunidade no domínio do ambiente contribui para a prossecução dos seguintes objectivos: - a preservação, a protecção e a melhoria da qualidade do ambiente, - a protecção da saúde das pessoas, - a utilização prudente e racional dos recursos naturais, - a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente. 2. A política da Comunidade no domínio do ambiente tem por objectivo atingir um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Baseia-se nos princípios da precaução e da acção preventiva, no princípio da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e no princípio do poluidor-pagador. Neste contexto, as medidas de harmonização destinadas a satisfazer exigências em matéria de protecção do ambiente incluem, nos casos adequados, uma cláusula de salvaguarda autorizando os Estados-Membros a tomar, por razões ambientais não económicas, medidas

Estados podem adotar medidas como o nível de proteção mais elevado do que o previsto na normativa europeia, ou seja, mantendo o nível elevado de proteção ambiental determinado pelo tratado²⁵.

O financiamento das medidas adotadas pela União é obrigação dos Estados-membros. Nesse sentido, a adoção de planos de prevenção de determinada espécie ou de preservação de rios e lagos devem ser custeados por cada Estado-membro.²⁶ Interessa a quem caberá a obrigação de preservar “bens” ambientais transfronteiriços entre Estados-membros e entre um membro e outro Estado que não faça parte da União, porém compartilha do mesmo bem. Isso é comum ocorrer com recursos hídricos e com a poluição atmosférica.

As diretivas ou regulamentos não são destinados a determinarem direitos ou obrigações diretamente aos cidadãos europeus. Primeiramente, é dever para os Estados-membros e somente após a implementação²⁷ das normas é que será ou não possível sua aplicação aos indivíduos. O Tribunal, contudo, já decidiu em favor do cidadão quando esse foi prejudicado pelo Estado que não recepcionou uma determinada norma ou não tomou as medidas necessárias para executá-las, não atingindo o objetivo determinado por uma diretiva. Deste modo, o Tribunal de Justiça recusou-se a tolerar tais desvantagens e a jurisprudência determinou que nessas circunstâncias os cidadãos da União poderão alegar que a diretiva ou o

provisórias sujeitas a um processo de controlo da União.” In: UNIÃO EUROPEIA. *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. JO, 2010. C 83/132.

²⁵ “Artigo 193º As medidas de protecção adoptadas por força do artigo 192º não obstam a que cada Estado- -Membro mantenha ou introduza medidas de protecção reforçadas. Essas medidas devem ser compatíveis com os Tratados e serão notificadas à Comissão.”. In: UNIÃO EUROPEIA. *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. JO, 2010. C 83/133.

²⁶ “Artigo 192. [...] 4. Sem prejuízo de certas medidas adoptadas pela União, os Estados-Membros asseguram o financiamento e a execução da política em matéria de ambiente.[...]” In: UNIÃO EUROPEIA. *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. JO, 2010. C 83/133.

²⁷ Sobre a dificuldade encontrada pelos Estados-membros na implementação das diretivas sobre meio ambiente, ver: MACRORY, Richard. *Regulation, enforcement and governance in environmental Law*. London: Cameron May, 2008. p.742-750.

regulamento tem um efeito direto em demandas nas cortes nacionais com o escopo de garantir os direitos aos cidadãos.²⁸

A responsabilidade do Estado por descumprimento/violação do direito da União é pacífica na doutrina²⁹ e na jurisprudência. Assim sendo, no caso de um particular sofrer um dano devido ao não cumprimento ou não implementação da norma comunitária, esse é responsável pela reparação. O primeiro caso que serviu de base e referência nas demais decisões da mesma matéria foi o caso *Francovich*³⁰, julgado pelo Tribunal em 1991. Posteriormente

²⁸ Na opinião de BORCHARDT, Klaus-Dieter: “*Directives do not as a rule directly confer rights or impose obligations on the Union citizen. They are expressly addressed to the Member States alone. Rights and obligations for the citizen flow only from the measures enacted by the authorities of the Member States to implement the directive. This point is of no importance to citizens as long as the Member States actually comply with their Union obligation. But there are disadvantages for Union citizens where a Member State does not take the requisite implementing measures to achieve an objective set in a directive that would benefit them, or where the measures taken are inadequate. The Court of Justice has refused to tolerate such disadvantages, and a long line of cases has determined that in such circumstances Union citizens can plead that the directive or recommendation has direct effect in actions in the national courts to secure the rights conferred on them by it. Direct effect is defined by the Court as follows. The provisions of the directive must lay down the rights of the EU citizen/undertaking with sufficient clarity and precision. - The exercise of the rights is not conditional. - The national legislative authorities may not be given any room for manoeuvre regarding the content of the rules to be enacted. - The time allowed for implementation of the directive has expired. The decisions of the Court of Justice concerning direct effect are based on the general view that the Member State is acting equivocally and unlawfully if it applies its old law without adapting it to the requirements of the directive. This is an abuse of rights by the Member State and the recognition of direct effect of the directive seeks to combat it by ensuring that the Member State derives no benefit from its violation of Union law. Direct effect thus has the effect of penalising the offending Member State. In that context it is significant that the Court of Justice has applied the principle solely in cases between citizen and Member State, and then only when the directive was for the citizen’s benefit and not to their detriment — in other words when the citizen’s position under the law as amended under the directive was more favourable than under the old law (known as ‘vertical direct effect’). However, application of the vertical direct effect of directives does not prevent the fact that the direct effect of a directive to the benefit of an individual may be to the detriment of another individual (the dual-effect directive, which is often found in procurement and environment law).*” BORCHARDT, Klaus-Dieter. *The ABC of European Union law*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. p.90-91.

²⁹ Sobre o assunto ver: GOMES, Carla Amado. O Livro das Ilusões. A responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro. Conferência proferida no evento: *A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*. Porto: Universidade Portucalense, 28 de Novembro de 2008. ABOUD, Wisam. EC Environmental Law and Member States Liability – Towards a Fourth Generation of Community Remedies. *Review of European Community & International Environmental Law*. v.7 n.1. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 1998.p.85-92.

³⁰ Casos C-6/90 and C-9/90 *Francovich and others* “Embora a responsabilidade do Estado-membro de reparar os prejuízos causados aos particulares pelas violações do direito comunitário que lhe são imputáveis seja imposta por este direito, as condições em que um direito a reparação se adquire dependem da natureza da violação do direito comunitário que está na origem do prejuízo causado. No caso de um Estado-membro que ignora a obrigação que lhe incumbe, nos termos do artigo 89º, terceiro parágrafo, do Tratado, de tomar todas as medidas necessárias para atingir o resultado estabelecido por uma directiva, a plena eficácia

o caso *Brasserie Du Pêcheur*³¹, foi julgado em 1996. Em ambos os casos o Tribunal confirmou a responsabilidade do Estado na violação da norma Europeia que feriu direito dos particulares, cabendo a este indenizar os prejuízos causados.

dessa norma de direito comunitário impõe o direito a reparação quando se reúnem três condições, a saber: em primeiro lugar, que o resultado estabelecido pela directiva inclua a atribuição de direitos aos particulares; em segundo lugar, que o conteúdo desses direitos possa ser identificado com base nas disposições da directiva; e, em terceiro lugar, que exista um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas. Na falta de regulamentação comunitária, é no âmbito do regime jurídico nacional da responsabilidade que incumbe ao Estado reparar as consequências do prejuízo causado. Todavia, as condições de fundo e de forma fixadas pelas diferentes legislações nacionais na matéria não podem ser menos favoráveis do que as que dizem respeito às reclamações semelhantes de natureza interna e não podem ser organizadas de forma a tornar excessivamente difícil ou praticamente impossível a obtenção da reparação.”. In: UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça da União Europeia*. C-46/93 e 48/93. Colectânea da Jurisprudência, 1996. p.I-01029.

³¹ “C-46/93 e 48/93. “[...]O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,[...] declara: 1) O princípio segundo o qual os Estados-Membros são obrigados a reparar os prejuízos causados aos particulares em virtude das violações do direito comunitário que lhes são imputáveis é aplicável sempre que o incumprimento em causa seja atribuído ao legislador nacional. 2) Quando uma violação do direito comunitário por um Estado-Membro é imputável ao legislador nacional que actua num domínio onde dispõe de um amplo poder de apreciação para efectuar escolhas normativas, os particulares lesados têm direito à reparação desde que a regra de direito comunitário violada tenha por objecto conferir-lhes direitos, que a violação seja suficientemente caracterizada e que exista um nexo de causalidade directo entre essa violação e o prejuízo sofrido pelos particulares. Com esta reserva, é no quadro do direito nacional da responsabilidade que incumbe ao Estado reparar as consequências do prejuízo causado pela violação do direito comunitário que lhe é imputável, subentendendo-se que as condições fixadas pela legislação nacional aplicável não podem ser menos favoráveis do que as que dizem respeito a reclamações semelhantes de natureza interna, nem estabelecidas de forma a tornar, na prática, impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação. 3) O órgão jurisdicional nacional não pode, no quadro da legislação nacional que aplica, subordinar a reparação do prejuízo à existência de dolo ou negligência por parte do órgão estadual a quem o incumprimento é imputável, que vá além da violação suficientemente caracterizada do direito comunitário. 4) A reparação, pelos Estados-Membros, dos prejuízos que causaram aos particulares em virtude de violações do direito comunitário deve ser adequada ao prejuízo sofrido. Não existindo disposições comunitárias nesse domínio, incumbe ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro fixar os critérios que permitem determinar a extensão da indemnização, subentendendo-se que não podem ser menos favoráveis do que os relativos às reclamações ou acções semelhantes baseadas no direito interno e que, de modo algum, podem ser fixados de forma a tornar, na prática, impossível ou excessivamente difícil a reparação. Uma regulamentação nacional que limita, de um modo geral, o prejuízo reparável apenas aos prejuízos causados a determinados bens individuais especialmente protegidos, com exclusão do lucro cessante dos particulares, viola o direito comunitário. No quadro de reclamações ou acções baseadas no direito comunitário, devem, por outro lado, poder ser concedidas indemnizações específicas, como a indemnização “exemplar” do direito inglês, se também o puderem ser no quadro de reclamações ou acções semelhantes baseadas no direito nacional. 5) A obrigação dos Estados-Membros de repararem os prejuízos causados aos particulares pelas violações do direito comunitário que lhes são imputáveis não pode ficar limitada apenas aos prejuízos sofridos após a pronúncia de um acórdão do Tribunal de Justiça em que se declara o incumprimento imputado.” In: UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça da União Europeia*. C-6/90 e 9/90. Colectânea da Jurisprudência, 1991. p.I-05357.

Na análise de Carla Amado Gomes³² duas situações podem ocorrer para que o Estado seja considerado responsável por violação da norma comunitária, desta forma segundo a autora:

a) por um lado, haverá situações em que o tribunal de comarca, embora alertado pela parte para a necessidade de interpretação conforme ao Direito Comunitário ou mesmo para a invalidade da norma eurocomunitária, não procede ao reenvio para o TJCE [...]. O tribunal superior, no entanto, corrige a solução, ou procedendo ao reenvio ou dispensando-o, quer recorrendo a jurisprudência constante do TJ, quer valendo-se dos seus próprios recursos hermenêuticos. [...]. b) por outro lado, surgirão casos de reiterada incorreta interpretação de normas de Direito Comunitário, ou de aplicação de Direito interno em desconformidade com este que, ou por as decisões não serem passíveis de recurso, ou por os tribunais superiores não procederem ao reenvio nem corrigirem, por si sós, a solução, ficariam impunes à luz da exigência de prévia revogação. Caberá aos tribunais administrativos onde for proposta a ação avaliar a falta, tendencialmente com a intervenção do TJCE [...].

Na hipótese de o dano causado ao particular tiver sido motivo de uma ação de incumprimento já confirmada à violação da norma europeia pelo TJUE, a decisão interna deverá perder efeito. Carla Amado Gomes, afirma: “[...] o acórdão que atesta o incumprimento deverá *equiparar-se* à revogação da decisão danosa para efeitos de propositura de ação de responsabilidade [...]”³³. Caso o Tribunal não tenha, ainda, proferido sua

³² GOMES, Carla Amado. O Livro das Ilusões. A responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, *apesar* da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro. Conferência proferida no evento: *A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*. Porto: Universidade Portucalense, 28 de Novembro de 2008.

³³ “Uma hipótese em que a intervenção do TJCE no seio da ação indenizatória é inquestionavelmente dispensável verifica-se quando pré-existe uma condenação do Estado pelo TJCE em sede de ação por incumprimento desencadeada a propósito do caso *sub judice*, ou de vários processos envolvendo a mesma norma comunitária. O acórdão que atesta o incumprimento deverá *equiparar-se* à revogação da decisão danosa para efeitos de propositura de ação de responsabilidade — embora, em bom rigor, a decisão jurisdicional interna se

decisão sobre o mesmo tipo de ação, em se tratando de condenação do Estado por incumprimento caberá à vítima ação de regresso contra o Estado.

Ademais, segundo Wisam Abboud³⁴, o Tribunal, ao determinar a responsabilidade do Estado por violação da legislação europeia, tomou como base o princípio do *estoppel*. De acordo com tal princípio, o Estado não pode invocar contra o indivíduo a sua própria incapacidade de cumprir com a norma da UE. O autor chama atenção para diversos casos julgados pelo Tribunal de Justiça, que culminaram na condenação dos Estados-membros como responsáveis, seja pela não transposição das diretivas, seja pelo não cumprimento na sua totalidade. Ressalta a possibilidade de o indivíduo requerer ao Tribunal de Justiça a responsabilidade dos Estados perante a violação da legislação europeia, porém, admite a dificuldade em provar o nexo de causalidade quando a violação da legislação europeia ambiental provoca danos pessoais aos indivíduos. Isso porque, tais normas são baseadas no princípio da precaução “[...] pelo qual ação é tomada no pressuposto que uma substância ou atividade que pode ser prejudicial enquanto aguarda evidências de provas conclusivas de que ela realmente é.”. O autor evidencia, ainda, outro problema: “[...] prever que o dano não é pessoal, mas dano a uma área protegida, e nesses casos as diretivas sobre meio ambiente não são claras quanto ao dano causado diretamente à população”.

mantenha intocada, quer em homenagem ao princípio da intangibilidade do caso julgado, quer em virtude da especificidade do objecto da acção por incumprimento. Neste domínio, as considerações que expendemos a propósito da reconstituição da situação actual hipotética como objectivo primordial das acções de efectivação da responsabilidade cedem perante o princípio da intangibilidade do caso julgado. No que tange as acções de responsabilidade por facto da função jurisdicional e perante a subsistência da decisão lesiva (em casos de inadmissibilidade, pelo ordenamento, da sua revisão), apenas é possível exigir reparação pecuniária do prejuízo sofrido.” In: GOMES, Carla Amado. O Livro das Ilusões. A responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, *apesar* da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro. Conferência proferida no evento: *A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*. Porto: Universidade Portucalense, 28 de Novembro de 2008.

³⁴ “This illustrates that establishing causation promises to be particularly difficult in situations where a breach of EC environmental law causes personal damage to individuals. This is all the more so given that environmental legislation is meant to be based on the precautionary principle³⁰ by which action is taken on the assumption that a substance/activity may be harmful rather than waiting for conclusive evidence that it is. The same problem can therefore be envisaged where the damage is not personal injury but damage to a protected area.”. In: ABOUD, Wisam . EC Environmental Law and Member States Liability – Towards a Fourth Generation of Community Remedies. *Review of European Community & International Environmental Law*. v.7 n.1. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 1998. p.89.

Conclusão

O Tratado de Lisboa reforçou o papel da Comissão de guardiã dos atos da União. Desta forma, espera-se que a Comissão aja com maior efetividade para assegurar a execução das diretivas que protegem o meio ambiente, garantindo a segurança jurídica na aplicação e cumprimento do direito europeu. Logicamente que o resultado do esforço da Comissão conta com a cooperação dos Estados-membros na incorporação e cumprimento das normas europeias principalmente quanto ao meio ambiente. Contudo, esse estudo demonstrou que, se a aplicação do direito ambiental da União depender da boa vontade dos Estados-membros urge mecanismos mais efetivos de penalização para o descumprimento do direito ambiental. Por outro lado os Estados-membros têm o dever de incorporar os atos emanados das instituições da União que busca a harmonização legislativa no que concernem as normas de direito ambiental, tornando possível a existência dessa organização atípica.

Referências

ABBOUD, Wisam . EC Environmental Law and Member States Liability – Towards a Fourth Generation of Community Remedies. *Review of European Community & International Environmental Law*. v.7 n.1. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 1998.p.85-92.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *The ABC of European Union law*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. p.90-91.

DAVIES, Peter G.G. *European Union Environmental Law: an introduction to key selected issues*. Hants: Ashgate, 2004.

GOMES, Carla Amado. O Livro das Ilusões. A responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro. Conferência proferida no evento: *A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*. Porto: Universidade Portucalense, 28 de Novembro de 2008.

HEDEMANN-ROBINSON, Martin. Article 228, 2, EC and the Enforcement of EC Environmental Law - A Case of Environmental Justice Delayed and Denied - Analysis of Recent Legal Developments. Enforcement of EC Environmental Law. *European Environmental Law Review*. November, 2006. The Netherlands: Klumber Law International, 2006.p.312- 342.

KRÄMER, Ludwig . Access to Environmental Information in an Open European Society - Directive 2003/4, *Research Papers in Law* 2003. Brussels: College of Europe, 2003.

KRÄMER, L. Environmental Judgments by the Court of Justice. *Research Papers in Law*. N.04/2008. Bruxelas: College of Europe, 2008.

MACRORY, Richard. *Regulation, enforcement and governance in environmental Law*. London: Cameron May, 2008.

SILVA, Karine de Souza. *Direito da Comunidade Europeia: Fontes, Princípios e Procedimentos*. Ijuí: Unijuí, 2005.

UNIÃO EUROPEIA. *Comissão*. COM (2008) 773 final. COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO, AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU E AO COMITÉ DAS REGIÕES relativa à aplicação do direito comunitário do ambiente.

UNIÃO EUROPEIA. *Parlamento Europeu*. Provedor de Justiça: primeira crítica a instituição por falta de cooperação. Disponível em : <http://www.europarl.europa.eu/news/public/story_page/021-73863-120-04-18-902-20100430STO73840-2010-30-04-2010/default_pt.htm>. Acesso em: 24 set 2010.

UNIÃO EUROPEIA. *Parlamento Europeu*. Resolução do Parlamento Europeu, de 7 de Maio de 2009, sobre o impacto do Tratado de Lisboa no desenvolvimento do equilíbrio institucional da União Europeia. JO, 2009. C 212 E/82.

UNIÃO EUROPEIA. *Provedor de Justiça Europeu*. Disponível em: <<http://www.ombudsman.europa.eu>>. Acesso em: 24 set 2010.

UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça da União Europeia*. C-6/90 e 9/90. Colectânea da Jurisprudência, 1991. p.I-05357.

UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça da União Europeia*. C-45/91. *Colectânea da Jurisprudência*, 1992. p.I-02509.

UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça da União Europeia*. C-46/93 e 48/93. Colectânea da Jurisprudência, 1996. p.I-01029.

UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça da União Europeia*. C-387/97. Colectânea da Jurisprudência, 2000. p.I-05047.

UNIÃO EUROPEIA. *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. JO, 2010. C 83/133.

A Diretiva de Retorno no Contexto da Política de Imigração da União Europeia

Carla Piffer¹

Introdução

O fenômeno migratório tem sido alvo de inúmeros estudos e discussões por parte de muitos países considerados como desenvolvidos e também por parte daqueles que se encontram em vias de desenvolvimento. Os primeiros preocupam-se por não conseguir estruturar uma política eficaz de controle migratório, no sentido de fortalecer suas fronteiras externas e, conseqüentemente, evitar os supostos problemas trazidos pelos imigrantes.

Os segundos, diante dos problemas que afetam o seu desenvolvimento e sua realidade social e econômica, se veem tolhidos das gerações mais dinâmicas da sua população.

É esta camada da população, composta por imigrantes sonhadores e necessitados, que se dispõe a abandonar suas raízes, cultura e famílias na busca por melhores empregos que possam lhes proporcionar melhores condições de vida. Como se não bastasse, aqueles que possuem como destino os países pertencentes à União Europeia, devem preocupar-se também com a mais nova normativa a respeito da imigração: a Diretiva de Retorno, que entrou em vigor, quase que na sua totalidade, em 24 de dezembro do ano passado.

O Fenômeno da Imigração no Mundo

¹ Carla Piffer, Doutoranda do curso de Doutorado em Ciências Jurídicas da UNIVALI - Linha de Pesquisa Estado e Transnacionalidade. Bolsista CAPES para Doutorado Sanduíche com a Università degli Studi di Perugia - Facoltà di Giurisprudenza, Perugia-Italia. Mestre em Ciência Jurídica - Direito Internacional - pela Universidade do Vale do Itajaí (2008). Especialização em: MBA em Direito da Economia e da Empresa pela FGV e graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brusque (2003). Advogada e Professora Universitária de graduação e pós-graduação.

A imigração² é um fenômeno verificado desde os primórdios da civilização. Tal ocorrência possui os mais variados motivos e impulsões, as quais variam, sob uma visão ampla e alargada, de acordo com o momento histórico em que está inserida e, sob uma visão mais estrita, de acordo com a realidade política, social e econômica – incluem-se aqui as condições oferecidas pelo mercado de trabalho – da região de origem daqueles que farão parte do contingente imigrante no mundo.

Vive-se num mundo em que uma parte significativa de seus habitantes identifica os fluxos migratórios internacionais como um problema. No hemisfério Norte, especialmente nos países receptores de mão de obra, existe uma evidente percepção negativa tanto das imigrações quanto dos imigrantes³.

O século XX foi considerado um século das migrações evidenciadas aos quatro cantos do planeta. “São desempregados, desabrigados, refugiados, perseguidos, desamparados [...] que movem-se em todas as direções através de territórios e fronteiras, nações e continentes [...]”⁴.

Nas últimas décadas a imigração tem se tornado mais evidente, notadamente aquelas cujo itinerário são os países considerados mais desenvolvidos⁵, os quais, num primeiro momento, ofereceriam melhores condições de trabalho e, conseqüentemente, bem-estar aos imigrantes.

No entanto, deve-se ressaltar que

² “Imigração é a ação de vir a estabelecer-se num país estrangeiro. [...] Migração é o movimento ou a circulação de pessoas, que pode ocorrer dentro do território, o que caracteriza o movimento migratório interior, ou para fora dele, caracterizando o movimento migratório exterior ou internacional.” CARVAZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana**: a circulação internacional de pessoas. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 10.

³ “A nosso juízo, esta imagem está estreitamente associada a dois fatores. Por um lado, o fato de que nesta parte do mundo se tende a centrar a atenção nos imigrantes ilegais, nas atividades das máfias que traficam seres humanos [...], nos problemas que suscita sua integração com a população local. Por outro lado, a referida imagem resulta também da crença comum de que os movimentos migratórios internacionais correspondem quase exclusivamente à direção Sul-Norte e, portanto, de que é fundamentalmente esse último que sofre as conseqüências”. MANZANO, Irene Rodriguez. Motores, dinâmicas y consecuencias de los flujos migratórios internacionales: mitos e hechos. In, DELAYGUA, J. J. Forner. **Fronteras exteriores de La U.E. e inmigración a España: relaciones internacionales y derecho**. Valencia: Escuela diplomática, 2007. p. 13.

⁴ IANNI, Octavio. **Capitalismo, violência e terrorismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. .p. 93

⁵ “[...] Como indica a evidência mais recente [...], dos quase 191 milhões de pessoas que atualmente residem em um país diferente ao que nasceu, 39,5% - algo mais que 75 milhões de seres humanos – habita em países em desenvolvimento”. MANZANO, Irene Rodriguez. Op. cit. p. 13.

o imigrante não quer deixar o local ao qual pertencia, pois o movimento de pessoas desde seus territórios de origem até os países do Norte, por exemplo, não corresponde somente a uma distribuição de seres humanos em áreas geográficas com distinto potencial de renda e expectativas, mas também representa a inviabilidade crônica que experimentam amplas regiões do planeta para oferecer condições de vida digna à maioria do seu povo. E isto tudo é devido, em grande parte, às premissas da política neoliberal⁶.

Para o autor, a estreita relação entre os ideais neoliberais adotados atualmente e o fluxo migratório mundial deve-se, principalmente, às mudanças ocorridas no mundo do trabalho, conforme demonstra também Octavio Ianni:

Um dos aspectos mais notáveis das migrações em curso no século XX, continuando pelo século XXI, expressa o modo pelo qual se desenvolve a nova divisão transnacional do trabalho e da produção. Em sua grande maioria, os migrantes são ou se tornaram trabalhadores em busca de emprego. [...] Cabe reconhecer, no entanto, que a multidão de migrantes que se espalha pelo mundo envolve um vasto processo de transculturação⁷.

Esse fluxo migratório possui destinos certos, e um dos principais são os países pertencentes à União Europeia⁸. E foi devido ao aumento deste fluxo que a União Europeia passou a adotar novas políticas de imigração, visando, a partir de um controle rigoroso das suas fronteiras. No entanto, antes de analisar a política de imigração da Comunidade Europeia, se faz necessário traçar algumas considerações acerca dos principais envolvidos

⁶ MEJIAS, Felipe Morente. El reto de la inmigración para las sociedades del bienestar. **Revista de Estudios Jurídicos** n. 8/2008. Universidade de Jaen, Espanha. Disponível em <<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej>>. Acesso em: 15 jan. 2011. p. 12.

⁷ IANNI, Octavio. Op. cit., p. 95-96.

⁸ "No ano de 2000, a Europa possuía 56,1% do total de imigrantes do mundo, correspondendo a 7,7% da sua população. Este índice aumentou para 8,8% no ano de 2005". Disponível em: <<http://www.gcim.org/mm/File/Port.pdf>>. Acesso em: 20 dez 2010.

neste processo: os estrangeiros e os imigrantes. Tal análise será feita no item seguinte.

Estrangeiros e Imigrantes

Muitos são os tratamentos conceituais despendidos aos estrangeiros e imigrantes, o que, devido a sua não utilização correta, causa muita confusão, prejuízo e constrangimento à pessoa ou ao grupo ao qual se dirige.

A condição de estrangeiro refere-se à circulação das pessoas consideradas estrangeiras em um determinado país, ou seja, aquelas que não pertencem a determinado grupo de referência em que estão inseridas. “A palavra estrangeiro está carregada de significados que excedem o âmbito estritamente jurídico, porque a qualidade de estrangeiro pode ser atribuída em função de fronteiras distintas às do espaço nacional”⁹.

Ao definir que aquele que não pertence a uma determinada coletividade pode ser chamado de estrangeiro, evidencia-se o rótulo de denominar e classificar pessoas. Tal classificação, além de poder ser utilizada para rebaixar o estrangeiro, serve para consolidar a unicidade do grupo classificador. “A palavra imigrante indica a pessoa que imigra, que entra em um país estrangeiro para aí viver. Enquanto o estrangeiro é apenas ‘o outro’, o imigrante é aquele que veio para se estabelecer”¹⁰.

Conforme a distinção entre imigrantes e estrangeiros apresentada por Sayad:

Um estrangeiro, segundo a definição do termo, é estrangeiro, claro, até as fronteiras, mas também depois que passou as fronteiras; continua sendo estrangeiro enquanto puder permanecer no país. Um imigrante é estrangeiro, claro, até as fronteiras, mas apenas até as fronteiras. Depois que passou a fronteira deixa de ser um

⁹ LOPES, Cristiane Maria Sbalquero. **Direito de imigração:** o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de Direitos Humanos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p. 31.

¹⁰ LOPES, Cristiane Maria Sbalquero. Op. cit. p. 32.

estrangeiro comum para tornar-se um imigrante. Se ‘estrangeiro’ é a definição jurídica de um estatuto, ‘imigrante’ é antes de tudo uma condição social¹¹.

Cabe salientar que o estrangeiro, ao “tornar-se” um imigrante, passa a ser alvo ou detentor de inúmeras características negativas¹². Ademais, além do critério social que transforma um estrangeiro em imigrante¹³, existem apenas - até as fronteiras e para a linguagem oficial, que é a linguagem do direito -, estrangeiros, pois, todo imigrante é, de direito, um estrangeiro¹⁴.

Portanto, não é à toa que toda legislação relativa à entrada em território nacional é na verdade, necessariamente, uma legislação que, sem dizê-lo explicitamente, é também relativa – quando não exclusivamente – à imigração; e inversamente, toda legislação relativa à imigração deve em primeiro tratar da admissão de estrangeiros em território nacional¹⁵.

Conforme mencionado, diante do constante aumento migratório no mundo, justificado pelas mais variadas condições e motivações, um dos destinos mais preferidos tem sido os países que compõem a Comunidade Europeia. Esta, por uma questão de segurança e necessidade, possui uma política de imigração que, no decorrer dos anos, tem sofrido várias mudanças e

¹¹ SAYAD, Abdelmalek. **A imigração ou os paradoxos da alteridade**. São Paulo: Ed. Univ. São Paulo, 1998. p. 243.

¹² Evidenciando os significados negativos atribuídos aos imigrantes em contraposição aos estrangeiros, aqueles assumem um papel de intruso e usurpador, pois, “[...] enquanto o estrangeiro é uma incógnita, o imigrante é uma certeza: veio para ficar, para competir por empregos e para utilizar as estruturas sociais do país de acolhida”. (LOPES, Cristiane Maria Sbalquiere Lopes. Op. cit., p. 33). No entanto, “Nem sempre, dentre suas características intrínsecas, o estrangeiro provoca medo ou pavor, mas sim suscitaram temor de determinado momento histórico e em determinadas situações. O medo, mais que uma necessidade de encontro com o Outro, constitui uma possibilidade. Se é colocada em primeiro lugar, isto revela muito mais sobre as características históricas e sociais dos de fora, que representam suas características e culturas inatas, que fazem parte de cada região do planeta”. COLOMBO E. **processi di identificazione ed esclusione**. Trento: Mondì, 2008, n. 1, p. 26.

¹² Par Sayad, todo itinerário de um imigrante tem início na condição de estrangeiro. SAYAD, Abdelmalek. Op. cit, p. 244

¹² Ibdem. p. 244. **Introduzione: una riflessione sulla costruzione dei confini sociali e sulla genesi dei processi di identificazione ed esclusione**. Trento: Mondì, 2008, n. 1, p. 26.

¹³ Par Sayad, todo itinerário de um imigrante tem início na condição de estrangeiro. SAYAD, Abdelmalek. Op. cit, p. 244

¹⁴ Ibdem. p. 244.

¹⁵ Ibdem, p. 245.

adaptações tanto conceituais quanto em relação aos novos tempos em que se encontra inserida. Este tema será abordado no item seguinte.

A Política de Imigração na União Europeia

O princípio da soberania territorial¹⁶ possui estreita ligação com assuntos e fatos relativos à imigração¹⁷. Inicialmente, os limites impostos pelo Direito Internacional Público baseavam-se exclusivamente aos princípios de admissão no Estado do que é nacional, o direito de desfrutar de uma vida familiar, o princípio de não ser enviado a um Estado em que exista o perigo de perseguição (art. 33 da Convenção de Genebra) ou de ser submetido a tratamento desumano ou degradante¹⁸.

Em ordem cronológica, cita-se o Regulamento n. 1612/68¹⁹, o qual adveio com a pretensão de assegurar a livre circulação de trabalhadores, baseado nas premissas norteadoras do exercício de emprego e igualdade de tratamento entre aos nacionais dos Estados-membros da Comunidade²⁰.

¹⁶ O Instituto de Direito Internacional adotou na sessão realizada em Genebra em 09 de setembro de 1892 as denominadas Regras Internacionais sobre admissão e expulsão de estrangeiros, “[...] as quais, em seu preâmbulo, iniciavam afirmando que o princípio da soberania territorial é aquele que domina todas as matérias tratadas no referido documento e, logicamente, inspirava todos os demais artigos”. DE NANCLARES, José Martín y Perez. **La inmigración y el asilo: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia**. Madrid: Colex, 2002. p. 139.

¹⁷ “Com temas de fronteiras, nos deparamos com um aspecto em evidência da Sociedade Internacional, e com uma instituição multiseccular que cumpre funções essenciais a dos Estados: basicamente estabelecer o limite das suas principais competências, garantir sua independência e soberania e controlar a entrada e saída de mercadorias e pessoas do seu território. É imprescindível compreender esse tema a partir de uma diferenciação básica: a que existe entre a fronteira, como linha política de separação de soberanias, de um lado; do outro, as funções que os Estados têm desempenhado tradicionalmente nas fronteiras, principalmente a função de controle de fronteiras”. GALVEZ, Alejandro Del Valle. *Inmigración, extranjería y fronteras en La Union Europea: cinco problemas conceptuales*. In, DELAYGUA, J. J. Forner. **Fronteras exteriores de La U.E. e inmigración a España: relaciones internacionales y derecho**. Valencia: Escuela diplomática, 2007. p. 49.

¹⁸ GALVEZ, Alejandro Del Valle. Op. cit. p. 50.

¹⁹ Regulamento CEE n. 1612/68 do Conselho, de 15 de outubro de 1968, relativo à livre circulação de trabalhadores na Comunidade. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31968R1612:PT:NOT>>. Acesso em: 05 fev. 2011. Vale ressaltar que ao referido Regulamento foram inseridas modificações através dos seguintes atos: Regulamentos do Conselho da CEE n. 312/76 e 2434/92 e Diretiva n. 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

²⁰ “O regulamento confere, antes de mais, a todos os nacionais de um Estado-Membro o direito de aceder a uma atividade assalariada e de exercer no território de outro Estado-Membro, em conformidade com a regulamentação nacional pertinente aplicável aos trabalhadores nacionais. Este direito é reconhecido indiferentemente aos trabalhadores «permanentes», sazonais,

No entanto, este regulamento não se aplica aos trabalhadores provenientes de países ou territórios não europeus que exerçam uma atividade assalariada no território de um Estado-Membro. Ou seja, os trabalhadores cuja origem é “estranha” ao território abrangido pela Comunidade não podem invocar o benefício da livre circulação de trabalhadores no interior da mesma.

A atual política de imigração da UE está consubstanciada no título IV do Tratado da Comunidade Europeia – TCE, alterado pelo Tratado de Amsterdã²¹, o qual trata sobre vistos, asilo, imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas²².

O Tratado de Amsterdã trouxe consigo regras comuns relativas à política de imigração a ser adotada pelos países pertencentes à Comunidade²³ ao tratar, “[...] em esfera comunitária os assuntos relacionados ao asilo e à imigração mediante a incorporação ao TCE do Título IV, relativo ao ‘visto, asilo, imigração e outras políticas relacionadas à livre circulação de pessoas’, com a finalidade de dar corpo – de forma progressiva – a um espaço de liberdade, de segurança e de justiça”²⁴.

fronteiriços ou àqueles que exerçam a sua actividade aquando de uma prestação de serviços. No território de outro Estado-Membro, o trabalhador beneficia da mesma prioridade que os nacionais desse Estado no acesso aos postos de trabalho disponíveis e recebe o mesmo apoio que o que os serviços de emprego desse Estado concedem aos seus nacionais que procuram trabalho. O seu recrutamento não pode estar dependente de critérios médicos, profissionais ou outros que sejam discriminatórios em razão da nacionalidade” EUROPA. Site Oficial. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/living_and_working_in_the_internal_market/free_movement_of_workers/l23013a_pt.htm>. Acesso em: 14 jan. 2011.

²¹ TRATADO DE AMSTERDÃ. Liberdade, segurança e justiça: estabelecimento progressivo de um espaço de liberdade. Datado de 02 de outubro de 1997. Referido Tratado entrou em vigor em 1º de maio de 1999. Disponível em: <<http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/a11000.htm>>. Acesso em: 01 jan. 2011.

²² Artigos 61 a 69 do Tratado que institui a Comunidade Europeia - TCE, alterado pelo Tratado de Amsterdã. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:321E:0001:0331:PT:pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2011.

²³ Art. 63.3 do TCE: “O Conselho, deliberando nos termos do artigo 67.o, adota, no prazo de cinco anos a contar da data de entrada em vigor do Tratado de Amsterdã: [...] Medidas relativas à política de imigração, nos seguintes domínios: a) Condições de entrada e de residência, bem como normas relativas aos processos de emissão de vistos de longa duração e autorizações de residência permanente, pelos Estados-Membros, nomeadamente para efeitos de reagrupamento familiar; b) Imigração clandestina e residência ilegal, incluindo o repatriamento de residentes em situação ilegal. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_pt.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

²⁴ DE LA ROSA, Gloria Esteban. **La nueva directiva de retorno en el contexto de la actual política comunitaria de inmigración**. Revista de Estudios Jurídicos n. 8/2008. Universidade de Jaen, Espanha. Disponível em: <<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej>>. Acesso em: 08 jan. 2011, p.1.

Conforme mencionado, referida política começou a ser construída a partir de 1º de maio de 1999, data da entrada em vigor do Tratado de Amsterdã, denominado hoje “Espaço Schengen²⁵”.

Dentre as principais regras adotadas no âmbito de Schengen²⁶, destacam-se nomeadamente:

- a supressão dos controles das pessoas nas fronteiras internas;
- um conjunto de regras comuns aplicáveis às pessoas que atravessam as fronteiras externas dos Estados-Membros da UE;
- a harmonização das condições de entrada e das regras em matéria de vistos para as estadas de curta duração;

²⁵ “O espaço e a cooperação Schengen assentam no Acordo Schengen de 1985. O espaço Schengen representa um território no qual a livre circulação das pessoas é garantida. Os Estados signatários do acordo aboliram as fronteiras internas a favor de uma fronteira externa única. Foram adotados procedimentos e regras comuns no espaço Schengen em matéria de vistos para estadas de curta duração, pedidos de asilos e controlos nas fronteiras externas. Em simultâneo, e por forma a garantir a segurança no espaço Schengen, foi estabelecida a cooperação e a coordenação entre os serviços policiais e as autoridades judiciais. A cooperação Schengen foi integrada no direito da União Europeia pelo Tratado de Amsterdã em 1997. No entanto, nem todos os países que cooperam no âmbito do acordo Schengen são membros do espaço Schengen, quer porque não desejam a supressão dos controles nas fronteiras quer porque ainda não preenchem as condições necessárias para a aplicação do acervo de Schengen”. ACORDO SCHENGEN. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l33020_pt.htm>. Acesso em: 15 jul. 2010.

²⁶ “O Convenio de Aplicação do Acordo de Schengen de 1985 – CAAS, adotado em 1990 determinou as bases para dar um salto qualitativo em relação à cooperação policial e judicial penal entre os Estados membros. Como instrumento de coordenação da atividade dos Estados e em particular dos seus policiais, o Convênio instituiu um sistema informático – sob as siglas SIS- que daria acesso a uma grande base de dados organizada por categorias de dados, como coches roubados, explosivos, drogas, etc., entre os quais o SIS deveria organizar e manter dados sobre estrangeiros considerados não admissíveis pelos Estados signatários do Convênio, a fim de que pudessem ser detectados nos postos de controle imigratório nas fronteiras exteriores de Schengen ou em outros controlos de identidade no território dos Estados (art. 92 CAAS). Ao incorporar esta função, os Estados impulsores do Convênio tiveram que definir regras mínimas, partindo da diversidade de medidas nacionais, a respeito de quais pessoas deveriam ser consideradas como estrangeiras não admissíveis para oferecer assim algum guia aos Estados encarregados de manter tais registros na nova base de dados”. MOYA, David. **La nueva directiva de retorno y La armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros**. ReDCE, nº 10, Julio-Diciembre de 2008. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/03DavidMoya.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2011>.

- o reforço da cooperação entre os agentes de polícia (nomeadamente no que respeita ao direito de observação e de perseguição transfronteiras);
- o reforço da cooperação judicial através de um sistema de extradição mais rápido e de uma melhor transmissão da execução das sentenças penais;
- a criação e desenvolvimento do Sistema de Informação Schengen (SIS)²⁷.

Outrossim, mencionar a existência de uma política europeia de imigração é visto, para muitos, como uma atitude um tanto quanto temerária. De acordo com o título V do Tratado de Amsterdã de 1999, até 1º de maio de 2004 não deveria entrar em vigor os elementos de uma política europeia no sentido ao que se refere à imigração. “O certo é que somente no âmbito de asilo, livre circulação de pessoas e luta contra a imigração ilegal se poderá falar de políticas europeias a partir desta data”²⁸.

O desaparecimento das fronteiras interiores envolvendo os países abarcados pelo espaço Schengen se traduz, indubitavelmente, na transposição dos controles sobre as pessoas – nacionais e estrangeiros – às fronteiras exteriores, fazendo com que as questões de imigração tenham uma particular importância com o espaço de liberdade, segurança e justiça criado ao largo dos anos.

Por esta razão, tornou-se imprescindível a adoção de normas “comuns” sobre a entrada e residência no território comunitário. Diz-se comuns, pois o objetivo deste tratado foi acabar com a dispersão reguladora das matérias de cooperação policial, imigração, fronteiras e vistos, permitindo à União Europeia converter-se em um centro institucional competente para tratar do assunto²⁹.

²⁷ ACORDO SCHENGEN. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/justice_free_dom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l33020_pt.htm>. Acesso em: 13 jan. 2011.

²⁸ DE LUCAS, Javier. **Inmigración y globalización acerca de los presupuestos de una política de inmigración**. REDUR n. 1/2003, p. 53. Disponível em: <www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/delucas.pdf>. Acesso em: 11 jan.2011.

²⁹ MANZANO, Irene Rodriguez. Op. cit. p. 45.

Deste modo, o espaço Schengen representa o ponto de partida da intervenção comunitária, já que tem sido ele o instrumento jurídico básico³⁰ para fazer desaparecer os controles nas fronteiras exteriores. A Comunidade estabeleceu um prazo de cinco anos, a contar da entrada em vigor do Tratado de Amsterdã, para que as medidas entrem em vigor e produzam os efeitos necessários, visando garantir a livre circulação de pessoas e o estabelecimento das medidas de acompanhamento necessárias³¹.

Após referido período de adequação, entrou em vigor o Tratado de Nice³² que permitiu a modificação institucional visando o alargamento da Comunidade e instituiu que os países que aderissem à Comunidade a partir do ano de 2004 integrariam automaticamente ao Acordo Schengen e seus conteúdos, desde que abolissem qualquer espécie de controle de fronteiras internas.

As três recentes diretivas³³ comunitárias compõem o quadro mínimo de garantias correspondentes a cidadãos extracomunitários são:

³⁰ O espaço de liberdade, segurança e justiça não possui objeto jurídico em si político. “Na verdade, se trata de um objetivo político, estruturado com certos elementos jurídicos [...] Por isso o ELSJ possui uma natureza evolutiva de enorme relevância em suas dimensões políticas e jurídicas, e sua essência radica na conexão de elementos básicos de integração econômica e envolvimento político”. GALVEZ, Alejandro Del Valle. Op. cit. p. 46.

³¹ “Estas medidas se concentram em três grupos diferenciados: as encaminhadas a assegurar o desaparecimento dos controles sobre as pessoas no cruzamento de fronteiras interiores; as que tem como função regular o cruzamento das fronteiras exteriores; e as que determinem as condições nas quais os nacionais de terceiros países possam viajar livremente no território dos Estados-membros”. DE NANCLARES, José Martín y Pérez. Op. cit. p. 140.

³² O Tratado de Nice foi assinado em 26 de Fevereiro de 2001 e entrou em vigor em 1 de Fevereiro de 2003. Incidiu principalmente na reforma das Instituições a fim de assegurar o funcionamento eficaz da União Europeia na sequência do seu alargamento em 2004 para 25 Estados-Membros e em 2007 para 27 Estados-Membros. O Tratado de Nice, o anterior Tratado da União Europeia e o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia foram reunidos numa versão única consolidada. Disponível em: <http://europa.eu/abc/treaties/index_pt.htm>. Acesso em 17 jan. 2011.

³³ “A Diretiva representa um método de ação indireta, ou seja, trata-se de uma legislação em duas etapas distintas, assemelhando-se, à primeira vista, com a lei-marco ou a que se completa com os decretos de aplicação. As diferenças cruciais, entretanto, residem no fato de que a diretiva, além de impor aos seus destinatários apenas uma obrigação de resultado, seu efeito direto para os particulares ainda é algo extremamente limitado no âmbito do ordenamento comunitário”. SILVA, Karine de Souza. **Direito da Comunidade Européia: fontes, princípios e procedimentos**. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 136. “A diretiva é um dos tipos de legislação que se destina a harmonizar as várias legislações dos Estados-membros, promovendo uma aproximação legislativa. Sua força é vinculante. Nestes casos, os Governos nacionais podem escolher o método de aplicação, forma e meios de implementação do seu conteúdo no ordenamento jurídico. Esse processo de arbítrio é conhecido como transposição.” JAEGER JÚNIOR, Augusto. **Temas de Direito da integração e comunitário**. São Paulo: LTr, 2002. p. 220-221.

2003/86 que dispõe sobre o direito de reagrupamento familiar³⁴; 2003/109 que trata do estatuto dos nacionais de terceiros países residentes de longa duração³⁵; e 2004/114 que dispõe sobre os requisitos de admissão dos nacionais de terceiros países para efeitos de estudos, práticas não remuneradas, intercâmbios e trabalhos voluntários³⁶.

Em 15 de março de 2006 o Conselho e o Parlamento Europeu aprovaram o Regulamento n. 562/2006, o qual estabelece um Código comunitário de normas relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras, conhecido como Código das Fronteiras Schengen³⁷.

O referido regulamento, seguindo o conteúdo do Tratado de Amsterdã, prevê a ausência de controle de pessoas na passagem das fronteiras internas³⁸, bem como estabelece as normas aplicáveis ao controle de pessoas na passagem das fronteiras externas dos Estados-Membros da União Europeia³⁹. Desde a entrada em vigor do Convênio de Aplicação do Acordo de Schengen, o controle da entrada no território dos Estados-membros ocorre no

³⁴ Directiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de Setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar. JO L 251 de 3.10.2003, p. 12—18. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V3&T2=2003&T3=86&RechType=RECH_naturel&Submit=Pesquisar>. Acesso em: 09 jan. 2011.

³⁵ Directiva 2003/109/CE do Conselho, de 25 de Novembro de 2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração. JO L 16 de 23.1.2004, p. 44—53. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V3&T2=2003&T3=109&RechType=RECH_naturel&Submit=Pesquisar>. Acesso em: 09 jan. 2011.

³⁶ Directiva 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. JO L 375 de 23.12.2004, p. 12—18. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V3&T2=2004&T3=114&RechType=RECH_naturel&Submit=Pesquisar>. Acesso em: 09 jan. 2011.

³⁷ Regulamento n. 562./2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006. Estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras. Jornal Oficial nº L 105 de 13/04/2006 p. 0001 – 0032. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0001:01:PT:HTML>>. Acesso em 09 jan. 2011.

³⁸ Regulamento n. 562./2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006. “Art. 2. Para os efeitos do presente regulamento, entende-se por: 1. Fronteiras internas: a) As fronteiras comuns terrestres, incluindo as fronteiras fluviais e lacustres, dos Estados-Membros; b) Os aeroportos dos Estados-Membros, no que respeita aos voos internos; c) Os portos marítimos, fluviais e lacustres dos Estados-Membros no que diz respeito às ligações regulares por ferry”. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0001:01:PT:HTML>>. Acesso em: 09 jan. 2011

³⁹ Regulamento n. 562./2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006. “Art. 2. Para os efeitos do presente regulamento, entende-se por: [...] 2. “Fronteiras externas”, as fronteiras terrestres, inclusive as fronteiras fluviais e as lacustres, as fronteiras marítimas, bem como os aeroportos, portos fluviais, portos marítimos e portos lacustres dos Estados-Membros, desde que não sejam fronteiras internas. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0001:01:PT:HTML>>. Acesso em: 09 jan. 2011.

momento do cruzamento das fronteiras exteriores, dado que o controle entre as fronteiras interiores desaparecem, ressalvada a possibilidade de controle das fronteiras internas por motivos de ordem pública ou segurança nacional, por exemplo⁴⁰.

Com relação ao âmbito de aplicação pessoal, o regulamento trata também de delimitar os beneficiários ao direito comunitário de livre circulação⁴¹: o nacional de um terceiro país e membros da sua família⁴², estrangeiros e pessoa indicada para efeitos de não admissão⁴³, bem como traça regras relacionadas à uniformização de procedimentos relacionados ao tema⁴⁴.

Em 18 de junho do ano de 2008 o Parlamento Europeu aprovou um conjunto de normas aplicáveis ao regresso de estrangeiros em

⁴⁰ RAYO, Andreu Olesti. El código de fronteras schengen y las condiciones de entrada por las fronteras exteriores para los nacionales de terceros países. *In*: DELAYGUA, J. J. Forner. **Fronteras exteriores de La U.E. e inmigración a España: relaciones internacionales y derecho**. Valencia: Escuela diplomática, 2007. p. 82.

⁴¹ Regulamento n. 562./2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006. Art. 1. [...] 5. "Beneficiários do direito comunitário à livre circulação": a) Os cidadãos da União, na acepção do n.º 1 do artigo 17.º do Tratado, bem como os nacionais de países terceiros membros da família de um cidadão da União que exerça o seu direito à livre circulação no território da União Europeia, tal como referidos na 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. b) Os nacionais de países terceiros e membros das suas famílias, independentemente da sua nacionalidade que, por força de acordos celebrados entre a Comunidade e os seus Estados-Membros, por um lado, e esses países terceiros, por outro, beneficiem de direitos em matéria de livre circulação equivalentes aos dos cidadãos da União".

⁴² Regulamento n. 562./2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006. Art. 1. [...] 6. "Nacional de país terceiro", qualquer pessoa que não seja cidadão da União na acepção do n.º 1 do artigo 17.º do Tratado nem seja abrangida pelo ponto 5 do presente artigo.

⁴³ Regulamento n. 562./2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006. Art. 1. [...] 7. Pessoa indicada para efeitos de não admissão", qualquer nacional de país terceiro indicado no Sistema de Informação Schengen ("SIS") nos termos e para efeitos do disposto no artigo 96.º da Convenção de Schengen.

⁴⁴ "As principais características desse espaço são: a abolição dos controles nas fronteiras comuns e a transferência desses controles para as fronteiras externas; a definição comum das condições de passagem das fronteiras externas; a separação nos aeroportos e nos portos entre os viajantes no interior do espaço Schengen e os provenientes de territórios fora desse espaço; a harmonização das condições de entrada e de vistos para as estadas de curta duração; a instituição de uma coordenação entre administrações para fiscalizar as fronteiras [...]; a definição do papel dos transportadores para evitar a imigração clandestina; a obrigação de declaração por parte dos cidadãos de países terceiros que circulam de um país para outro; a definição de regras relativas à responsabilidade pela análise dos pedidos de asilo (Convenção de Dublin); a instauração de um direito de vigilância e de perseguição de um país para outro; o reforço da cooperação judicial através de um sistema de extradição mais rápido e uma melhor transmissão da execução das sentenças penais; a criação do Sistema de Informação Schengen". LOPES, Cristiane Maria Sbalquero. *Op. cit.* p. 347.

situação irregular. Tais regras ficaram conhecidas como Diretiva de Retorno, constituindo a primeira fase da política de imigração adotada pela Europa no intuito de 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.

Tal Diretiva é o objeto central deste estudo e, por tratar-se da mais recente norma aprovada pelo Parlamento a respeito da imigração, se faz necessário tratar da mesma de maneira mais específica, razão pela qual a mesma será abordada no tópico a seguir.

A Diretiva de Retorno: Principais Características e Implicações

Em junho de 2008 foi votada, no Parlamento Europeu, a Diretiva 2008/115⁴⁵, conhecida como Diretiva de Retorno⁴⁶, com o intuito de estabelecer normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular⁴⁷. O debate jurídico sobre o texto aprovado, além dos aspectos técnicos, tem se resumido a

⁴⁵ A Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, publicada no Jornal Oficial da União Europeia em 24 dez. 2008. Directiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, refere-se a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. JO L 348 de 24.12.2008, p. 98—107. O texto encontra-se disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V3&T2=2008&T3=115&RechType=RECH_naturel&Submit=Pesquisar>. Acesso em: 09 jan. 2011.

⁴⁶ “O retorno deve ser entendido como um processo de volta do imigrante em situação irregular. Esse regresso pode se dar de forma voluntária ou obrigatória, ao país de origem, a um país de trânsito com o qual exista acordo de readmissão comunitário ou bilateral, ou a terceiro país eleito voluntariamente”. SOLA, Nicolás Perez. **La directiva de retorno y la involución en la Europa de los derechos. Revista de Estudios Jurídicos n. 8/2008.** Universidade de Jaen, Espanha. Disponível <em <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej>>. Acesso em: 15 jan. 2011. p. 1.

⁴⁷ “Se trata de uma norma em procedimento de co-decisão entre o Parlamento Europeu e o Conselho da UE cuja proposta inicial por parte da Comissão Europeia data de 2005 foi adotada após largas e árduas negociações entre os Vinte e Sete e as três mencionadas Instituições da UE”. BLANCO, Alicia Sorroza. Op. cit. p. 1. De acordo com o contido na citada Diretiva, “(1) O Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de Outubro de 1999, estabeleceu uma abordagem coerente no âmbito da imigração e do asilo, que tem por objeto, ao mesmo tempo, a criação de um sistema comum de asilo, a política de imigração legal e a luta contra a imigração clandestina. (2) O Conselho Europeu de Bruxelas, de 4 e 5 de Novembro de 2004, apelou à definição de uma política eficaz de afastamento e repatriamento, baseada em normas comuns, para proceder aos repatriamentos em condições humanamente dignas e com pleno respeito pelos direitos fundamentais e a dignidade das pessoas. (3) Em 4 de Maio de 2005, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa aprovou as «Vinte orientações sobre o regresso forçado». DIRETIVA 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

algumas questões chaves. As principais críticas tecidas a respeito do seu conteúdo têm se centrado em seis elementos principais: 1) o âmbito de aplicação da mesma; 2) a intensidade da preferência normativa pela execução voluntária da ordem de saída; 3) as condições para o retorno dos menores não acompanhados; 4) a duração da proibição de reingresso; 5) as garantias procedimentais do retorno; 6) a duração das condições da detenção.

O primeiro ponto refere-se ao âmbito de aplicação da norma, as razões se justificam no argumento da necessidade de harmonização legislativa das medidas de imigração⁴⁸. Em termos gerais, as razões para abordar uma harmonização de medidas como essas na Comunidade Europeia referem-se, mediante um elevado grau de controle da entrada de estrangeiros, à possibilidade de uniformizar os procedimentos a serem utilizados, ou seja, resumir-se-ia em ações eminentemente práticas, visando o aumento da eficácia e do controle destas medidas.

A execução voluntária da ordem de saída, chamada por muitos de partida, saída ou regresso voluntário, seria o segundo elemento a ser analisado. Diante de um caso concreto, um Estado-membro deverá preferir o regresso voluntário em relação ao regresso forçado, concedendo um prazo para tal.

Os imigrantes em situação irregular que receberem uma ordem de retorno terão até quatro semanas para abandonar o país de forma voluntária, prazo este que poderá ser aumentado, levando em conta as circunstâncias individuais de cada caso. Transcorrido esse prazo e com razões para crer que haja risco de fuga ou que se dificulte o processo de expulsão, se poderá decidir por seu traslado a centros de detenção, onde permanecerá por um período máximo de seis meses, ampliável por mais 12 se a pessoa ou o terceiro país não cooperarem⁴⁹.

⁴⁸ A harmonização das normas relativas à imigração é evidenciada nos itens 4 e 5 da citada diretiva: "(4) Importa estabelecer normas claras, transparentes e justas para uma política de regresso eficaz, enquanto elemento necessário de uma política de migração bem gerida. (5) A presente diretiva deverá estabelecer um conjunto de normas horizontais aplicáveis a todos os nacionais de países terceiros que não preencham ou tenham deixado de preencher as condições de entrada, permanência ou residência num Estado-Membro". DIRETIVA 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

⁴⁹ BLANCO, Alicia Sorroza. Op. cit. p. 5.

O terceiro aspecto refere-se às condições para o retorno dos menores não acompanhados. Com relação aos seus destinatários - os nacionais de países terceiros em situação irregular no território de um Estado-membro -, esta norma não deixa de surpreender quando menciona a possibilidade de retorno e expulsão de menores não acompanhados⁵⁰, mesmo considerando no seu corpo normativo que estes seriam considerados como “pessoas vulneráveis.”⁵¹

Quando se cita a possibilidade de ter como destinatário um menor não acompanhado, devemos ter em mente a insuficiência de garantias que possam existir no país que o menor retornará. Assim, cabe perguntar-se sobre o nível de proteção dos direitos humanos nos países que sejam receptores desses menores em virtude de acordos de cooperação, o nível de desenvolvimento do sistema de serviços sociais ou a obrigatoriedade de escolarização etc⁵².

Não há de se olvidar que, quando referimo-nos a menores, deve-se ter em mente que os mesmos têm sido rodeados pelo ordenamento internacional⁵³ de uma série de garantias, visando sua maior proteção em

⁵⁰ “Ao aplicar-se a Diretiva, se deverá ter em mente o interesse superior do menor, da vida familiar, o estado de saúde da pessoa, aplicando-se aí o princípio da não-devolução. Quer dizer que ninguém será repatriado se sua vida ou liberdade estiver correndo perigo. No entanto, um dos aspectos mais controvertidos é o retorno e a expulsão de menores não acompanhados. Se prevê esta possibilidade se as autoridades tiverem garantias de que essa pessoa será entregue a algum membro da família ou a um tutor ou aos serviços de recepção adequados no seu Estado de retorno. Ademais, se contempla a possibilidade de internar os menores não acompanhados ou as famílias com menores [...]”. (BLANCO, Alicia Sorroza. Op. cit. p. 7). Assim dispõe o art. 10 da Diretiva: “1. Antes de uma decisão de regresso aplicável a um menor não acompanhado, é concedida assistência pelos organismos adequados para além das autoridades que executam o regresso, tendo na devida conta o interesse superior da criança. 2. Antes de afastar um menor não acompanhado para fora do seu território, as autoridades do Estado-Membro garantem que o menor é entregue no Estado de regresso a um membro da sua família, a um tutor designado ou a uma estrutura de acolhimento adequada”. DIRETIVA 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. DIRETIVA 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

⁵¹ De acordo com o item 9 do art. 2º da Diretiva, são consideradas pessoas vulneráveis: “menores, menores não acompanhados, pessoas com deficiência, idosos, grávidas, famílias mono parentais com filhos menores e pessoas que tenham sido vítimas de tortura, violação ou outras formas graves de violência psicológica, física ou sexual. DIRETIVA 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

⁵² SOLA, Nicolás Perez. Op. cit. p. 4.

⁵³ A esse respeito cita-se, além da Convenção Internacional dos Direitos Humanos e também a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças.

razão de uma evidente vulnerabilidade. Porém, mesmo admitindo ser em último recurso, a diretiva cogita a possibilidade de detenção dos menores, ou estes juntamente com suas famílias⁵⁴.

O quarto aspecto a ser analisado refere-se ao art. 11⁵⁵ da Diretiva, o qual diz respeito à proibição do reingresso, bem como o prazo de duração dessa proibição. Para Perez Sola⁵⁶, “[...] a consequência mais gravosa quanto à decisão do retorno é a proibição de entrada se esta se refere a um retorno forçoso, ou se a obrigação de retorno não tenha sido cumprida, pois este imigrante ainda que se tenha dúvidas sobre sua interpretação.

Desse modo, diante de casos de expulsão, se estabeleceu a proibição de reingresso em qualquer país da União Europeia durante o prazo de até cinco anos. Em certos casos, os Estados devem incluir a proibição de reentrada, por exemplo, quando o imigrante não saiu do território quando da concessão do prazo para saída voluntária ou quando tiveram que ser deportados. Se não foi necessária a expulsão, se concedem mais facilidades para o reingresso, incentivando, dessa maneira, o retorno⁵⁷.

Não se pode deixar de mencionar que as decisões de regresso podem ser proferidas tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial,

⁵⁴ “Art. 17. 1. Os menores não acompanhados e as famílias com menores só podem ser detidos em último recurso e por um prazo adequado que deve ser o mais curto possível. 2. As famílias detidas enquanto se aguarda o afastamento ficam alojadas em locais separados que garantam a devida privacidade. 3. Os menores detidos devem 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, devem ter acesso ao ensino. 4. Os menores não acompanhados beneficiam, tanto quanto possível, de alojamento em instituições dotadas de pessoal e instalações que tenham em conta as necessidades de pessoas da sua idade. 5. No contexto da detenção de menores enquanto se aguarda o afastamento, o interesse superior da criança constitui uma consideração primordial. DIRETIVA 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

⁵⁵ “Art. 11. **Proibição de entrada.** 1. As decisões de regresso são acompanhadas de proibições de entrada sempre que: a) Não tenha sido concedido qualquer prazo para a partida voluntária; ou b) A obrigação de regresso não tenha sido cumprida. Nos outros casos, as decisões de regresso podem ser acompanhadas da proibição de entrada. 2. A duração da proibição de entrada é determinada tendo em devida consideração todas as circunstâncias relevantes do caso concreto, não devendo em princípio exceder cinco anos. Essa duração pode, contudo, ser superior a cinco anos se o nacional de país terceiro constituir uma ameaça grave para a ordem pública, a segurança pública ou a segurança nacional. 3. Os Estados-Membros devem ponderar a revogação ou a suspensão da proibição de entrada, se o nacional de país terceiro que seja objeto de proibição de entrada emitida nos termos do segundo parágrafo do n.º 1 provar que deixou o território de um Estado-Membro em plena conformidade com uma decisão de regresso”. DIRETIVA 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

⁵⁶ SOLA, Nicolás Perez. Op. cit. p. 5.

⁵⁷ BLANCO, Alicia Sorroza. Op. cit. p. 7.

conforme dispõe o art. 3º da Diretiva⁵⁸. Referida previsão tem dado azo a inúmeras críticas. Supõe-se que em caso de que o internamento tenha sido decidido por uma instância administrativa, os Estados deverão dispor de um controle judicial o mais rápido possível, sobre a legalidade do mesmo, e existe a possibilidade de instalar um procedimento para submeter ao controle judicial a legalidade da internação, em via de recurso⁵⁹.

Outra previsão refere-se à possibilidade do nacional de país terceiro obter assistência e representação jurídica⁶⁰, pois “O Parlamento Europeu considerou que a inclusão na diretiva da obrigação de proporcionar assistência jurídica gratuita aos imigrantes em situação ilegal sem recursos para tal, era um aspecto que não poderia estar ausente de uma normativa deste tipo. Apesar das resistências, conseguiram sua inclusão⁶¹”.

O último tópico a ser analisado é a questão mais debatida da presente Diretiva e diz respeito à detenção. A previsão contida no caput do art. 15⁶² demonstra que, inicialmente, outras medidas menos coercitivas deveriam ser adotadas e, em última análise, os nacionais de terceiros países seriam mantidos em detenção durante o período de preparação do procedimento de regresso, quando houver risco de fuga ou o envolvido evitar ou entravar a preparação do regresso ou o procedimento de afastamento.

Embora a redação da Diretiva mencione que a detenção deve ter a menor duração possível, estabeleceu-se que o prazo de detenção pode ser de até seis meses⁶³. O critério quanto ao prazo será, então, analisado e aplicado individualmente por cada Estado-membro, vez que a Diretiva menciona somente o prazo máximo de duração da detenção, além de admitir sua prorrogação em determinados casos⁶⁴.

⁵⁸ Considera-se “Decisão de regresso, uma decisão ou ato administrativo ou judicial que estabeleça ou declare a situação irregular de um nacional de país terceiro e imponha ou declare o dever de regresso”. DIRETIVA 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Art. 3º, 4.

⁵⁹ DIRETIVA 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Art. 13, 1 e 2.

⁶⁰ DIRETIVA 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Art. 13, 4 e 5.

⁶¹ BLANCO, Alicia Sorroza. Op. cit. p. 6.

⁶² DIRETIVA 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Art. 15, *caput*.

⁶³ DIRETIVA 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Art. 15, 5.

⁶⁴ “6. Os Estados-Membros não podem prorrogar o prazo a que se refere o n.º 5, exceto por um prazo limitado que não exceda os doze meses seguintes, de acordo com a lei nacional, nos casos em que, independentemente de todos os esforços razoáveis que tenham envidado, se

No entanto, o maior problema residiria no ato de manter nacionais de terceiros países internados em centros de detenção, em desatenção aos vários instrumentos vigentes de proteção dos Direitos Humanos como a Convenção Europeia e a Carta Europeia de Direitos Humanos⁶⁵.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao pronunciar-se sobre a Diretiva de Retorno, no que diz respeito à detenção em estabelecimento prisional, alerta que o Direito Internacional estabelece que os migrantes não devem ficar reclusos em instalações carcerárias. “Manter os solicitantes de asilo e as pessoas privadas de liberdade por causa de infração das disposições sobre imigração, em instalações do tipo penal, não é compatível com as garantias básicas dos direitos humanos.”⁶⁶

Muitas são as dificuldades para saber o número real de imigrantes em situação irregular no território europeu, mas se conhece que este é um fenômeno ao qual se deve buscar soluções que levem em consideração os interesses dos países e, principalmente, a condição humana dos imigrantes. Além disso, estes, na condição de ilegais, são alvo de inúmeras ofensas atentatórias aos seus direitos, vez que, diante da posição que ocupam, não podem reclamá-los. “Poucas dúvidas se tem de que a ilegalidade é uma condição que se deve por fim, já que esta situação implica, na maioria dos casos, uma forma de escravidão moderna, em que se omitem diariamente direitos em países que se supõem avançados na proteção dos mesmos.”⁶⁷

É ainda fundamental ressaltar que as migrações devem ser sempre abordadas pela perspectiva dos Direitos Humanos, vez que ter-se-á

preveja que a operação de afastamento dure mais tempo, por força de: a) Falta de cooperação do nacional de país terceiro em causa; ou b) Atrasos na obtenção da documentação necessária junto de países terceiros”. DIRETIVA 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Art. 15, 6.

⁶⁵ Verifica-se, expressamente, no artigo 4º do Protocolo n. 489 que trouxe modificações à Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), “a proibição das expulsões coletivas de estrangeiros”. No mesmo sentido, a Carta Europeia de Direitos Humanos proíbe as expulsões coletivas e dispõe que “ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra risco de ser sujeito à pena de morte, tortura, ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes (art. 19 , parágrafos 1º e 2º)”. SOLA, Nicolás Perez. Op. cit. p.6.

⁶⁶ Resolução 03/08. Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y Directiva Europea sobre Retorno. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6444.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2011.

⁶⁷ BLANCO, Alicia Sorroza. Op. cit. p. 5.

sempre, obrigatoriamente, vidas envolvidas. Sob nenhuma hipótese, os direitos humanos dos migrantes, qualquer que seja seu *status* migratório, podem ser violados e especial atenção deve ser conferida às mulheres e crianças nos citados processos. Cabe aos países, cujos seus nacionais sejam alvo de possíveis transgressões, adotar medidas ou celebrar acordos visando a proteção e garantia dos direitos dos mesmos.

Considerações Finais

Este estudo buscou analisar a Diretiva de Retorno da Comunidade no contexto da atual política de imigração da União Europeia. Para tanto, apresentou-se considerações fundamentais acerca dos estrangeiros, imigrantes e as condições de imigração principalmente no continente europeu.

Além disso, analisou-se o caminho trilhado pelas normas referentes à imigração junto à União Europeia para, ao final, analisar a Diretiva de Retorno, por tratar-se da mais recente norma relacionada ao assunto editada pela Parlamento Europeu. Verificou-se que todo o contexto histórico visando o controle do fluxo de pessoas “estranhas” ao território europeu demonstra o imperioso interesse de controle das fronteiras da União. No entanto, proteção às fronteiras e esfacelamento dos direitos dos imigrantes são duas variáveis distintas, as quais devem ser analisadas com a maior cautela possível, principalmente quando se menciona a atual Diretiva de Retorno.

Encontrar um ponto de equilíbrio entre o direito e a liberdade pessoal dos residentes em situação irregular e o conseguinte direito dos Estados-membros a controlar a quem devem admitir e pode permanecer em seu território tem sido uma árdua tarefa. A possibilidade de um período de internação de até seis meses gerou todos os tipos de críticas e aberrações, principalmente quando se cogita a possibilidade de detenção de famílias inteiras ou menores não acompanhados. Além disso, conforme visto, todos esses seriam sujeitos de devolução por parte do membro Comunitário, entregando-o ao seu país de origem da mesma maneira que se devolve uma mercadoria rechaçada em uma negociação comercial qualquer.

No entanto, a situação tende a piorar pois, na maioria dos casos, tanto o imigrante em situação irregular quanto seu país de origem tendem não colaborar com o processo de expulsão. Assim os problemas só tendem a aumentar.

Diante desta realidade, esta Diretiva está sendo alvo de inúmeras controvérsias na Comunidade Internacional, principalmente por parte dos Movimentos de Direitos Humanos, sob a afirmação de que a atual política de imigração europeia não atenderia aos ditames contidos nas Cartas Internacionais.

A contradição verificada hoje é flagrante, pois a cada dia incentivam-se as trocas, estreitam-se as relações entre bens e empresas, mas fecham-se os portões para o intercâmbio humano. Os países europeus sabem melhor que qualquer outro que a imigração é necessária. A atual Diretiva, que vem sendo chamada de “Diretiva da Vergonha”, demonstra, além de uma profunda ingratidão histórica por parte destes países hoje intitulados como desenvolvidos, o descaso com os seres humanos envolvidos no processo. Eles querem trabalhadores dispostos e precisam da mão de obra, mas negam seu reconhecimento como seres humanos e, ao final, criam normas que servirão somente como ferramentas para concretizar ameaças.

Referências

ACORDO SCHENGEN. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l33020_pt.htm>. Acesso em: 15 jul. 2010.

CARVAZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana: a circulação internacional de pessoas**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COLOMBO E. **Introduzione: una riflessione sulla costruzione dei confini sociali e sulla genesi dei processi di identificazione ed esclusione**. Trento: Mondì, 2008, n. 1.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS. Disponível em: <<http://www.gcim.org/mm/File/Port.pdf>>. Acesso em: 20 jun 2010.

DELAYGUA, J. J. Forner. **Fronteras exteriores de La U.E. e inmigración a España: relaciones internacionales y derecho.** Valencia: Escuela diplomática, 2007.

DE LA ROSA, Gloria Esteban. **La nueva directiva de retorno en el contexto de la actual política comunitaria de inmigración.** Revista de Estudios Jurídicos n. 8/2008. Universidade de Jaen, Espanha. Disponível em: <<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej>>. Acesso em: 08 jun. 2010.

DE LUCAS, Javier. **Inmigración y globalización acerca de los presupuestos de una política de inmigración.** REDUR n. 1/2003, p. 53.. Disponível em: <www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/delucas.pdf>. Acesso em: 11 jul.2010.

DE NANCLARES, José Martin y Perez. **La inmigración y el asilo: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia.** Madrid: Colex, 2002.

DIRETIVA 2003/86/CE do Conselho, de 22 de Setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar. JO L 251 de 3.10.2003, p. 12-18 . Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V3&T2=2003&T3=86&RechType=RECH_naturel&Submit=Pesquisar>. Acesso em: 09 jul. 2010.

DIRETIVA 2003/109/CE do Conselho, de 25 de Novembro de 2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração. JO L 16 de 23.1.2004, p. 44-53. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V3&T2=2003&T3=109&RechType=RECH_naturel&Submit=Pesquisar>. Acesso em: 12 jul. 2010.

DIRETIVA 2004/114/CE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, relativa as condições de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos, de intercâmbio de estudantes, de formação não remunerada ou de voluntariado. JO L 375 de 23.12.2004, p. 12-18. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V3&T2=2004&T3=114&RechType=RECH_naturel&Submit=Pesquisar>. Acesso em: 13 jul.2010.

DIRETIVA 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, refere-se a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. JO L 348 de 24.12.2008, p. 98-107. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V3&T2=2008&T3=115&RechType=RECH_naturel&Submit=Pesquisar>. Acesso em: 12 jul. 2010.

EUROPA. **Site Oficial.** Disponível em: <http://europa.eu_pt.htm>. Acesso em: 14 jul. 2010.

IANNI, Octavio. **Capitalismo, violência e terrorismo.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

JAEGER JÚNIOR, Augusto. **Temas de Direito da integração e comunitário.** São Paulo: LTr, 2002.

LOPES, Cristiane Maria Sbalquero. **Direito de imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

MEJIAS, Felipe Morente. El reto de la inmigración para las sociedades del bienestar. **Revista de Estudios Jurídicos n. 8/2008**. Universidade de Jaen, Espanha. Disponível em <<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

MOYA, David. **La nueva directiva de retorno y La armonización comunitária de lãs medidas de alejamiento de extranjeros**. ReDCE, nº 10, Julio-Diciembre de 2008. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/03DavidMoya.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2010>.

ONU – **Comissão Econômica e Social**. Disponível em: <http://www.un.org/esa/population/publications/2006Migration_Chart/Migration2006.pdf>. Acesso em 16 jun. 2010.

REGULAMENTO n. 562./2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006. Estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras. JO L 105 de 13/04/2006 p. 0001 – 0032. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0001:01:PT:HTML>>. Acesso em 19 jul. 2010.

REGULAMENTO CEE n. 1612/68 do Conselho, de 15 de outubro de 1968, relativo à livre circulação de trabalhadores na Comunidade. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31968R1612:PT:NOT>>. Acesso em: 05 jul. 2010.

RESOLUÇÃO 03/08. Derechos humanos de los migrantes, estándares internacionales y Directiva Europea sobre Retorno. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6444.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2010.

SAYAD, Abdelmalek. **A imigração ou os paradoxos da alteridade**. São Paulo: Ed. Univ. São Paulo, 1998.

SILVA, Karine de Souza. **Direito da Comunidade Européia: fontes, princípios e procedimentos**. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 136.

SOLA, Nicolás Perez. **La directiva de retorno y la involución en la Europa de los derechos**. **Revista de Estudios Jurídicos n. 8/2008**. Universidade de Jaen, Espanha. Disponível <em <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej>>. Acesso em: 15 jun. 2010. p. 1.

TRATADO DA COMUNIDADE EUROPEIA - TCE. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:321E:0001:0331:PT:pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

TRATADO DE AMSTERDÃ. Liberdade, segurança e justiça: estabelecimento progressivo de um espaço de liberdade. Datado de 02 de outubro de 1997. Disponível em: <<http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/a11000.htm>>. Acesso em: 01 jul. 2010.

Cátedra Jen Monnet: Transnacionalidade e Direitos Humanos

Nara Rejane Moraes da Rocha¹
Kamilla Pavan²

Introdução

Por meio investigatório doutrinário, tem-se por objetivo desenvolver uma pesquisa doutrinária quanto à conjunção da Cátedra de Jean Monnet no contexto dos direitos fundamentais, caracterizando-se estes, como direitos transnacionais. Na preparação dessa pesquisa, tanto na fase investigatória, como na fase elaborativa, o método utilizado foi o dedutivo. Com parâmetro na bibliografia básica quanto aos temas propostos, tem-se a feitura de um elaborado que possibilita o estudo avançado, interativo da Cátedra de Jean Monnet direcionando os fundamentos contextuais na transnacionalidade dos direitos fundamentais.

Os direitos humanos quando contextualizados no Estado Democrático de Direito pressupõe uma direção à fundamentalização desses direitos além das barreiras estatais. Os direitos, quando universais, difusos, humanísticos, devem ultrapassar fronteiras na idealização da dignidade dos povos. Nessa perspectiva jurídica, na qual há interesse de concretizar os clamores sociais esta o Direito, na função interdisciplinar às áreas que formalizam a gestão fundamental da efetivação dos direitos fundamentais.

A Cátedra de Jean Monnet, instituição educacional originária da União Europeia, sendo esta uma união entre povos de diversas origens, raças, religiões, culturas, mas, na busca de ideais comuns, quais sejam, os direitos que qualifiquem seu estado de humano. Um centro educacional que se compõem de diversos integrantes mundiais, na busca de estudos e ideais humanitários, visando a qualificação do ser humano em uma esfera mundial,

¹ Nara Rejane Moraes da Rocha, Possui graduação em Medicina Veterinária pela Faculdade Plínio Leite (1996) e graduação em Direito pelo Centro Universitário Plínio Leite (2005). Atualmente é mestranda da Universidade Vale do Itajaí/ Brasil em Ciência Jurídica. e Universidade de Alicante/Espanha: Máster em Derecho Ambiental y de la Sostentabilidad. É autônoma - Escritório de Advocacia.

² Kamilla Pavan Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Atualmente é mestranda da Universidade Vale do Itajaí/ Brasil em Ciência Jurídica. e Universidade de Alicante/Espanha: Máster em Derecho Ambiental y de la Sostentabilidad.

sem obstar as raças, as origens, somente com a finalidade central de humanização.

As ideias do Iluminismo foram adotadas e transformadas na doutrina dos Direitos do Homem e do Cidadão na Revolução Francesa que é à base da democracia liberal moderna. A Europa uniu-se no pós-guerra economicamente, porém, observa-se que os homens precisaram se unir para reconstruir países destruídos pela guerra.

Um fato, uma sociedade, um país, um continente, um conjunto de pessoas abalados pela guerra. Hoje, uma realidade que não nos afasta das notícias bélicas, pois não há guerras, mas, sim, há destruição ambiental, destruição social, destruição econômica, destruição da espécie humana, por um simples fato, a falta de cidadania entre os povos. Os direitos são espécies de ideologias humanas, ou seja, a massa populacional clama por eles, luta por eles, destrói-se por eles, vive-se em função deles, porém, não havendo a socialização mundial de que, os direitos fundamentais caracterizam-se pelos mesmos fundamentos em qualquer parte do mundo, o homem continuará autodestruindo-se sem perceber que a causa dessa consequência é sua própria irracionalidade.

Na tentativa de não esgotar o tema, relacionar-se-á os estudos idealizados pela Cátedra de Jean Monnet no contexto dos direitos humanos, os quais caracterizam-se por fundamentais para uma sociedade que transcende de uma fase individual para uma era de direitos transnacionais.

Cátedra Jean Monnet

Conforme o estudo em tese, a Cátedra Jean Monnet é um programa criado pela Comissão Europeia³ com a finalidade de promover a valorização do ensino superior com a devida investigação científica, atribuído às Universidades que tenham comprovadamente ligação com os estudos da União Europeia.

³ EUROPA. **European Commission.** Disponível em: http://ec.europa.eu/index_en.htm
Acesso em: 22 fev. 2012

No Brasil, os princípios de liberdade na educação estão positivados no artigo 206, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴, em que assegura a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, assim como, assegura o pluralismo de ideias de concepções pedagógicas, reafirmado na Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996⁵, Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

O pluralismo de ideias é fundamental para a pesquisa científica, para a troca de pensamentos, para a interdisciplinaridade de conhecimentos. O Brasil e a Europa hoje têm promovido um intercâmbio educacional de excelência com as Universidades da Europa.

Salienta-se que muitos estudantes de graduação têm se envolvido em projetos culturais e educacionais importantes, inclusive, cursando matérias afins de seus cursos em outros países, para que esta rica vivência faça parte de uma Educação Transnacional, ou seja, que ultrapassa fronteiras, mas que respeita Soberania e divide problemas comuns em busca de soluções adequadas em respeito à Democracia, pela autonomia didático-científica e debate aberto e responsável quanto às questões que envolvam direitos fundamentais para os diversos povos.

Uma miscigenação de estudos, ideias, que correlacionam os fatos advindos de cada região globalizada, as quais estão em constante dilação jurídica para com seus direitos consagrados pelo Estado.

Jean Monnet e grandes nomes para a concretização do Direito Comunitário

Tem-se que Jean Monnet⁶ foi um consultor econômico e político francês, o qual dedicou a sua vida para a integração europeia, assim

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em: 4 maio. 2012.

⁵ BRASIL. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm Acesso em: 4 maio. 2012.

⁶ Monnet era oriundo da região de Cognac, em França. Quando terminou o liceu, aos 16 anos de idade, viajou por vários países como comerciante de conhaque e, mais tarde, como banqueiro. Durante as duas guerras mundiais, exerceu cargos importantes relacionados com a coordenação da produção industrial em França e no Reino Unido. Como consultor de alto nível do governo francês, foi o principal inspirador da famosa “Declaração Schuman” de 9 de Maio

como, foi o inspirador do “Plano Schuman”, que previa a fusão da indústria pesada da Europa Ocidental.

A influência de Monnet não se restringe ao âmbito econômico, pois é seu o célebre posicionamento “Mais do que coligar Estados importa unir os homens”. Portanto, este é o norte subjacente dos atuais programas de intercâmbio cultural e educativo da União Europeia.

Na mesma linha de concretizadores Robert Schuman⁷ foi um político e advogado de reconhecimento notório, e ainda, foi Ministro dos Negócios Estrangeiros francês entre os anos de 1948 e 1952, é considerado juntamente com Jean Monnet, um dos promotores da unificação europeia.

Schuman para colaborar com Jean Monnet elaborou o famoso *Plano Schuman*, que divulgou em 09 de maio de 1950, a qual é considerada a data de nascimento da União Europeia. Nesse plano, Schuman propunha o controle em conjunto da produção do carvão e do aço, as matérias-primas mais importantes para a produção de armamento. Sendo que, entendiam que um país que não controlasse a produção de carvão e de aço não estaria em condições de declarar guerra a outro.

O Plano Schuman foi divulgado, a saber:

Schuman informou deste plano ao Chanceler alemão Adenauer, que vendo nele imediatamente uma oportunidade para pacificar a Europa, o aprovou. Pouco tempo depois, foi a vez dos Governos de Itália, Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos reagirem favoravelmente.

de 1950, que conduziu à criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, considerada o acto fundador da União Europeia. Entre 1952 e 1955, foi o primeiro Presidente do órgão executivo da referida Comunidade. Disponível em: http://europa.eu/about-eu/eu-history/1945-1959/foundingfathers/monnet/index_pt.htm Acesso em 22 fev. 2012.

⁷ Robert Schuman: nascido no Luxemburgo e influenciado pela sua origem na fronteira entre a França e a Alemanha, Robert Schuman, apesar das experiências vividas na Alemanha nazi (ou talvez devido a elas), compreendeu que só uma reconciliação duradoura entre a França e a Alemanha podia dar origem a uma Europa unida. Deportado para a Alemanha em 1940 conseguiu fugir e juntar-se à resistência francesa dois anos mais tarde. Apesar disso, nunca manifestou qualquer ressentimento para com a Alemanha quando, após a guerra, se tornou Ministro dos Negócios Estrangeiros. Schuman apoiou também a criação de uma política europeia comum de defesa e foi Presidente do Parlamento Europeu entre 1958 e 1960. Disponível em: http://europa.eu/about-eu/eu-history/1945-1959/foundingfathers/schuman/index_pt.htm. Acesso em 22 fev. 2012.

Os seis países assinaram o acordo constitutivo da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço em Paris, em Abril de 1952. A União nasceu, assim, de uma iniciativa de paz.⁸

As raízes históricas da União Europeia estão relacionadas à Segunda Guerra Mundial. Os europeus queriam assegurar-se de que os assassinatos e a crueldade da guerra com tamanha destruição nunca mais se repetiria.

Cumprir anunciar que Konrad Adenauer foi o primeiro Chanceler da República Federal da Alemanha, que se manteve a frente do novo Estado alemão entre 1949 e 1963, importante personalidade na contribuição em alterar a história da Alemanha e da Europa do pós-guerra. Dentre os anos de 1949 e 1955, Adenauer teve grande desenvoltura política externa com intenção de integrar a Alemanha na aliança ocidental, cita-se, por exemplo, a adesão ao Conselho da Europa (1951), a fundação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (1952) e entrada da Alemanha na NATO (1955).

No que tange a política externa de Adenauer, importante foi reconciliação com a França, juntamente, com o Presidente francês Charles de Gaulle, por meio do Tratado de amizade, em 1963, que se tornou um dos marcos do processo de integração europeia.

Posteriormente, à guerra, a Europa foi dividida entre Leste e Oeste e assistiu-se ao início da "guerra fria", que duraram 40 anos. As nações da Europa Ocidental criaram o Conselho da Europa em 1949. Tratou-se de um primeiro passo para uma cooperação que seis desses países desejavam aprofundar.

A União Europeia foi criada com o objetivo de pôr termo às frequentes guerras sangrentas entre países vizinhos, que culminaram na Segunda Guerra Mundial. A partir de 1950, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço começa a unir econômica e politicamente os países europeus, tendo em vista assegurar uma paz duradoura.

⁸ Página Eletrônica de Europa: o portal da União Europeia. Disponível em: http://europa.eu/about-eu/eu-history/1945-1959/foundingfathers/schuman/index_pt.htm Acesso em 22 fev. 2012.

Os seis países fundadores são a Alemanha, a Bélgica, a França, a Itália, Luxemburgo e os Países Baixos. Os anos 50 são dominados pela guerra fria entre o bloco de Leste e o Ocidente. Em 1956, o movimento de protesto contra o regime comunista na Hungria é reprimido pelos tanques soviéticos. No ano seguinte, em 1957, a União Soviética lança o primeiro satélite artificial (o Sputnik 1), liderando a "corrida espacial". Ainda em 1957, o Tratado de Roma institui a Comunidade Econômica Europeia (CEE) ou "Mercado Comum".

O Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e Aço – CECA foi assinado em Paris, no ano de 1951, sendo a França, a Itália, a Alemanha e os países Benelux, com a finalidade de livre circulação de carvão e aço e o acesso às fontes de produção. Importância na iniciativa nas regras da concorrência, porém, uma alta autoridade comum devia assegurar a vigilância do mercado, pois deviam ter transparência nos preços. Este Tratado é importante como base para as atuais instituições.

Historicamente, o Ministro dos Negócios Estrangeiros da República Francesa, Robert Schuman, propôs a Declaração de nove de maio de 1950, com a finalidade como citado acima de colocar a produção franco-alemã de carvão e de aço sob a alçada de uma Alta Autoridade comum, inclusive com abertura à participação de outros países europeus.

As negociações de um Tratado se iniciaram entre a França, a Alemanha, a Itália, a Bélgica, Luxemburgo e os Países Baixos. Todavia, esta abordagem não se realizou conforme a vontade inicial de Jean Monnet, inspirador da ideia, que tinha proposto um mecanismo mais simples e tecnocrático. Resultou que, os seis Estados fundadores não aceitaram um simples esboço, pois somente chegaram a um acordo sobre uma centena de artigos que constituíam um todo muito complexo.

O Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço foi assinado em Paris, em 18 de Abril de 1951, e entrou em vigor em 24 de Julho de 1952, com uma vigência limitada a 50 anos. O início do Tratado se deu em 10 de fevereiro de 1953, para o carvão, minério de ferro e a sucata. A caducidade do Tratado se deu em 23 de Julho de 2002.

Também, Sir Winston Churchill deu a sua contribuição para a União da Europeia, pois apregoava a coligação contra Hitler. Churchill foi um antigo oficial do exército, repórter de guerra e Primeiro-Ministro britânico (1940-1945 e 1951-1955). Este homem foi um dos primeiros a vislumbrar a criação dos “Estados Unidos da Europa”. Depois da experiência da Segunda Guerra Mundial, acreditava que só uma Europa unida poderia garantir a paz, e resultou desta experiência histórica, o conhecido “Discurso à juventude acadêmica”, que proferiu na Universidade de Zurique em 1946.

Alcide de Gasperi,⁹ entre os anos de 1945 e 1953, foi o Primeiro-Ministro e de Ministro dos Negócios Estrangeiros, o qual traçou o caminho das políticas interna e externa da Itália nos anos do pós-guerra. Foi responsável por inúmeras iniciativas para a unificação da Europa Ocidental, colaborando na realização do Plano Marshall e criando estreitos laços econômicos com outros países europeus, em especial com a França.

Gasperi apoiou o Plano Schuman para a fundação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e contribuiu para desenvolver a ideia de uma política europeia comum de defesa.

Walter Hallstein foi o primeiro Presidente da Comissão Europeia dos anos de 1958 a 1969, foi um europeísta convicto e um defensor decisivo da integração europeia, foi Secretário de Estado dos Negócios Estrangeiros alemão, sendo que, conquistou pela primeira vez o reconhecimento internacional na década de 50, com a chamada “doutrina Hallstein”, com importante influência política externa alemã durante largos anos e que tinha como ideia central a integração da jovem democracia na Europa Ocidental.

O pensamento de Hallstein voltou-se a um mercado comum:

Na sua opinião, a condição prévia mais importante para o êxito da integração política europeia consistia na criação

⁹ Alcide de Gasperi nasceu na região de Trentino-Alto Adige (Tirol do Sul), que fazia parte da Áustria até 1918. Como outros grandes estadistas do seu tempo, foi um activo defensor da unidade europeia. A sua experiência do fascismo e da guerra (esteve preso entre 1927 e 1928, antes de obter asilo no Vaticano) levou-o a concluir que só a união da Europa poderia evitar a repetição dos mesmos erros. Disponível em: http://europa.eu/about-eu/eu-history/1945-1959/foundingfathers/degasperi/index_pt.htm Acesso em 21 fev. 2012.

de instituições econômicas comuns. Enquanto Presidente da Comissão Europeia, Hallstein empenhou-se na criação rápida do mercado comum. O seu entusiasmo, a sua energia e o seu poder de persuasão contribuíram para a causa da integração, mesmo depois do seu mandato de presidente. Assim, o processo da unificação durante o chamado “período Hallstein” tornou-se lendário¹⁰.

Hallstein foi também professor de Direito nas Universidades de Rostock e de Frankfurt.

Paul Henri Spaak foi um belga de longa carreira política, ao mentir sobre a sua verdadeira idade, conseguiu ser recrutado pelo exército belga durante a Primeira Guerra Mundial, tendo passado dois anos como prisioneiro de guerra na Alemanha.

Em sua atuação como Ministro dos Negócios Estrangeiros, tentou em vão manter a neutralidade belga durante a segunda guerra mundial. Partiu depois para o exílio juntamente com o Governo, inicialmente em Paris e, mais tarde, em Londres.

Posterior a libertação da Bélgica, Spaak reintegrou o Governo, tendo desempenhado as funções de Ministro dos Negócios Estrangeiros e de Primeiro-Ministro. Spaak, durante a Segunda Guerra Mundial, formulou planos para uma união dos países do Benelux e, rapidamente após a segunda guerra mundial, empenhou-se em campanha pela unificação da Europa. Foi um dos que apoiaram a criação da Comunidade Européia do Carvão e do Aço e a Comunidade Europeia de Defesa.

Para Spaak cumpre aferir:

[...] unir países através de tratados vinculativos constituía o meio mais eficaz de garantir a paz e a estabilidade. Enquanto Presidente da primeira Assembleia Plenária das Nações Unidas, em 1946, e Secretário-Geral da NATO, entre 1957 e 1961, pode contribuir para a realização

¹⁰ Disponível em: http://europa.eu/about-eu/eu-history/1945-1959/foundingfathers/hallstein/index_pt.htm Acesso em 21 fev. 2012.

desses objetivos. Spaak foi decisivo na redação do Tratado de Roma. Durante a chamada "Conferência de Medina", em 1955, os seis Governos participantes nomearam-no presidente do grupo de trabalho responsável pela elaboração do Tratado.

Altiero Spinelli¹¹, italiano, foi um dos fundadores da União Europeia e o principal promotor do chamado "Plano Spinelli", uma proposta completa do Parlamento Europeu relativa a um Tratado para uma União Europeia federal.

A proposta de Spinelli foi aprovada pelo Parlamento em 1984 por uma grande maioria e constituiu uma importante fonte de inspiração para a consolidação dos Tratados da União Europeia durante as décadas de 80 e 90.

Spinelli contribuiu para a unificação europeia na qualidade de conselheiro de personalidades como De Gasperi, Spaak e Monnet. Contudo, promoveu a causa europeia no meio acadêmico, e, fundou em Roma o Instituto para os Assuntos Internacionais.

Desde a assinatura do Tratado de Roma em 1957, a União Europeia adotou muitas diretivas no domínio da igualdade de gênero. Estas abrangem o direito à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no trabalho, na remuneração e na segurança social e no acesso aos bens e serviços. Conferem projeção especial às mulheres grávidas e puérperas e procuram estabelecer normas comuns para as mulheres que trabalham por conta própria e que participam na atividade independente dos cônjuges.

Após delongas citações da composição pessoal da União Europeia com interferências à Cátedra de Jean Monnet, tem-se a intenção de correlacionar-se com os direitos que compunham a organização Europeia, a qual detém a justificação na busca dos direitos fundamentais que democratizam o conjunto social.

¹¹ Aos 17 anos, Spinelli aderiu ao Partido Comunista, facto pelo qual foi preso pelo regime fascista entre 1927 e 1943. Numa conferência da resistência europeia realizada no início de 1944, foi um dos promotores do Manifesto Europeu. No fim da guerra, fundou em Itália o movimento federalista europeu. Disponível em: http://europa.eu/about-eu/eu-history/1945-1959/foundingfathers/spinelli/index_pt.htm Acesso em: 22 fev. 2012.

Princípios Constitucionais Fundamentais e suas Diretivas

Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico, como ensina Rizzato Nunes¹².

Os Princípios podem ser explícitos no texto constitucional, infraconstitucional e implícitos, porém descobertos em textos normativos, segundo Eros Grau¹³ que dispõe que “[...] implícitos, são descobertos em textos normativos do *direito posto* ou no *direito pressuposto* de uma determinada sociedade. [...] Estes últimos são chamados de princípios gerais de direito”.

A expressão “princípios jurídicos” é polissêmica, sendo que, Eros Grau¹⁴ diferencia princípios gerais de direito e princípios do direito. A saber: “[...] não se confundem [...] com princípios *do* direito”.

O autor¹⁵ estabelece que a diferença dos princípios de e do direito é qualitativa: “[...] – ao cogitarmos dos princípios de direito penetramos o plano do discurso do direito, deste direito; já ao cogitarmos dos princípios do direito, estaremos situados no plano do discurso jurídico”.

Os Princípios não se encontram acima do Direito, tampouco além, como ensina Jorge Miranda¹⁶ ao enunciar que “[...] (ou do próprio Direito positivo), também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental.”

No mesmo sentido Paulo Cruz¹⁷ aduz que “[...] os Princípios diga-se logo, não estão além ou acima do Direito. Não são metajurídicos. Eles fazem parte [...] convivendo com as regras e orientado a sua produção”. O

¹² NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Doutrina e Jurisprudência. Cap. 5. Os Princípios Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.

¹³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49. p. 147.

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. p. 141.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. p. 147.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual do Direito Constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra ed, 2000, p. 226.

¹⁷ CRUZ, Paulo. **Os Princípios Constitucionais**. In CRUZ, Paulo e GOMES, Rogério Zuel. **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 11.

autor faz um alerta quantos aos Princípios Constitucionais ao afirmar que “[...] deve-se sempre repetir, são a expressão dos valores fundamentais da Sociedade criadora do Direito.”¹⁸

Os princípios gerais são importantes, pois eles se desdobram dos princípios fundamentais, que são positivados no ordenamento constitucional, que pode limitar o poder imanente ao Estado, por meio de controle por muitas vezes, importantes, para assegurar a legalidade e principalmente o devido processo legal. Como explica Guilherme Pena Moraes:

O princípio da legalidade, em conformidade com os arts. 5º, inc. II, e 37, caput da CRFB, consiste na subordinação ou sujeição das pessoas, órgãos e entidades aos preceitos emanados do Poder Legislativo. Por um lado, o conteúdo do princípio da legalidade, no regime jurídico de Direito Privado, é informado pela “doutrina do comprometimento negativo” (*negative Binding*), isto é, a legalidade decorre da inexistência de proibição em regra jurídica [...] Por outro lado, o conteúdo do princípio da legalidade deflui da existência de permissão em regra jurídica, de modo que a administração pode fazer tudo aquilo que é permitido [...] princípio da reserva legal e o princípio da preferência legal, porquanto naquele “só a lei pode criar direitos e obrigações”, enquanto que nesse “o ato não pode dispor de modo diverso ou mais amplo eu a lei”.¹⁹

Tratando-se de princípios/norma jurídica no entendimento de Grau²⁰ “Quanto aos *princípios gerais do direito*, não expressamente enunciados em textos explícitos, porém descobertos no ordenamento, também configuram norma jurídica, ainda quando enunciados em forma descritiva”.

¹⁸ CRUZ, Paulo. **Os Princípios Constitucionais**. In CRUZ, Paulo e GOMES, Rogério Zuel. *Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 13.

¹⁹ MORAES, Guilherme Pena. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 97.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. p. 165.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia 2000/C 364/0²¹ estabelece que a União Europeia reconhece os direitos, liberdades e determinados princípios, sendo estes, de natureza fundamental, bem como, geral, pois concretizam os direitos que compõem o Estado de Direito de um País.

Ressalta-se que o primeiro capítulo da Carta dos Direitos Fundamentais trata da dignidade, o qual elucida “Dignidade do ser humano, Direito à vida; Direito à integridade do ser humano; Proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes; Proibição da escravidão e do trabalho forçado”.

O segundo capítulo da Carta dos Direitos Fundamentais trata de liberdades, quanto ao que dispõe “Direito à liberdade e à segurança; Respeito pela vida privada e familiar; Proteção de dados pessoais; Direito de contrair casamento e de constituir família; Liberdade de pensamento, de consciência e de religião; Liberdade de expressão e de informação; Liberdade de reunião e de associação; Liberdade das artes e das ciências; Direito à educação; Liberdade profissional e direito de trabalhar; Liberdade de empresa; Direito de propriedade; Direito de asilo; Proteção em caso de afastamento, expulsão ou extradição”.

Em termos de igualdade, no capítulo terceiro, a partir do artigo 20, trata da igualdade perante a lei, o qual aduz que “Não discriminação; Diversidade cultural, religiosa e linguística; Igualdade entre homens e mulheres; Direitos das crianças; Direitos das pessoas idosas; Integração das pessoas com deficiência”.

Em termos de solidariedade, no capítulo quarto afere que “Direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa; Condições de trabalho justas e equitativas; Proibição do trabalho infantil e proteção dos jovens no trabalho; Vida familiar e vida profissional; Segurança social e assistência social; Proteção da saúde; Acesso a serviços de interesse econômico geral; Proteção do ambiente; Defesa dos consumidores”.

²¹ UNIÃO EUROPÉIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf Acesso em 20 abr. 2012.

Na Europa, o princípio da não discriminação e direitos sociais fundamentais por meio do compromisso da União Europeia foi reafirmado pela proclamação, em dezembro de 2000, na Carta dos Direitos Fundamentais. O artigo 20º da Carta define o princípio geral da igualdade perante a lei e o artigo 21º incide no princípio da não discriminação.

Artigo 21. Não discriminação- 1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual. 2. No âmbito de aplicação do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, e sem prejuízo das disposições especiais destes Tratados, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.²²

Salienta-se que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias - TJCE²³ sempre considerou que os direitos humanos fundamentais, elencados nos instrumentos internacionais, em que, todos os Estados-Membros são parte signatária, integram os princípios gerais do Direito Comunitário, notoriamente observado pelo Tribunal.

No Tribunal de Justiça em processo bem antigo já eram observados os direitos fundamentais, conforme decisão:

A Comissão publicou, assim, em 29 de Julho de 1969, uma decisão retificativa. Neste sentido. Portanto, cada um dos Estados-membros se encontra em condições de escolher entre os vários métodos de individualização. Interpretada desta forma, a disposição controvertida não revela qualquer elemento suscetível de colocar em causa os

²² UNIÃO EUROPÉIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia**. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf Acesso em 20 abr. 2012.

²³ UNIÃO EUROPÉIA. **O Tribunal De Justiça Das Comunidades Europeias - TJCE** (O Tribunal de Justiça é composto por tantos juizes quantos os Estados-Membros. Os advogados-gerais continuam a ser oito, mas o Conselho pode sempre, por unanimidade, aumentar esse número). http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/nice_treaty/nice_treaty_legal_pt.htm Acesso em: 3 maio 2012.

direitos fundamentais individuais compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário, cuja observância é assegurada pelo Tribunal²⁴.

Com o anúncio dos direitos fundamentais que compunham o ordenamento jurídico Europeu, cumpre, de forma exemplificativa, anunciar um processo, de número C-60/00 CJ [1974] 00491, o qual contém as partes Mary Carpenter contra Secretary of State for the Home Department, firmando o entendimento sobre as questões levantadas pela Imigração, em despacho no dia 16 de dezembro de 1999, em respeito ao artigo 49, resolveu:

[...] Responder às questões levantadas pelo Immigration Appeal Tribunal por despacho de 16 de dezembro de 1999, declara: Artigo 49, à luz do direito fundamental ao respeito da vida familiar, ser interpretado no sentido de que se opõe em uma situação como processo principal, o Estado-Membro de origem de um prestador de serviços estabelecida nesse Estado-Membro que presta serviços a destinatários noutros Estados-Membros o direito de residir no seu território ao cônjuge, país terceiro-nacional desse provedor.²⁵

No Conselho Europeu de Lisboa, em março de 2000, a União Europeia definiu uma estratégia de finalidade de crescimento econômico a longo prazo, o pleno emprego, a coesão social e o desenvolvimento sustentável. Foi criada a Estratégia Europeia de emprego e importante auxiliar do processo de inclusão social da União Europeia. Ressalta-se um dos objetivos da chamada "agenda de Lisboa" que consiste em aumentar os níveis de emprego de grupos atualmente sub-representados no mercado de trabalho.

²⁴ UNIÃO EUROPÉIA. **Acórdão de 12.11.1969**—Processo 29/69. Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º do Tratado CEE, pelo Verwaltungsgericht Stuttgart, destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61969CJ0029:PT:PDF> Acesso em 24 abr. 2012.

²⁵ UNIÃO EUROPÉIA. **Processo C-60/00 CJ [1974] 00491** Sentencia Del Tribunal De Justicia, de 11 de julio de 2002 . Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000CJ0060:ES:PDF> Acesso em 24 abr. 2012.

As metas eram, principalmente, no aumento das taxas de emprego dos trabalhadores mais velhos e das mulheres, assim como, uma redução importante, até o ano de 2010, das diferenças em termos de desemprego, de que são acometidas as pessoas desfavorecidas, como também, as pessoas com deficiências, as minorias étnicas e os migrantes. Todavia, atualmente em abril de 2012, a Europa foi acometida por uma grande crise financeira e muitos países encontravam-se em grave situação de desemprego, como é o caso da Espanha que, tem hoje o terrível número de 25% da camada populacional jovem desempregados, estatística esta, afirmada por meio de estudos do Instituto Nacional de Estatísticas espanhol. INE²⁶ aduz que “A taxa de desemprego na Espanha aumentou 1,59 pontos percentuais no primeiro trimestre deste ano (2012), para 24,44 por cento, com um total de 5.639.500 desempregados, segundo o Instituto Nacional de Estatística (INE) espanhol”.

António José Avelãs Nunes²⁷, diz que a União Europeia adota políticas neoliberais, que provocam recessão, aumentam o desemprego, reduzem duramente os rendimentos dos mais pobres [...] e aumentam as gritantes desigualdades sociais.

É fato que a União Europeia é um marco de Democracia, mas evidente que não há como se livrar dos problemas advindos de economias extraterritoriais, pois com o mundo globalizado, não há como se proteger de resquícios de más administrações financeiras de outros países, pois negocia-se com outros países, compra-se, vende-se e todos são passíveis de tributações e regras comerciais atinentes às regras que compõem os ordenamentos legais correspondentes.

Direito Transnacional e os Direitos Humanos e Diretivas da União Europeia

²⁶ ESPANHA . Disponível em: http://www.ionline.pt/mundo/desemprego-espanha-atinge-2444-564-milhoes-desempregados?quicktabs_sidebar_tabs=1 Acesso em 24 abr. 2012.

²⁷ NUNES, António José Avelãs. **A crise e os seus Efeitos: o Caminho Faz-se caminhando.** In. NUNES, António José Avelãs. *As Voltas que o Mundo dá: Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social.* Rio de Janeiro Lúmen Júris, 2011, p. 225-245.

O direito transnacional não pode mais ser negado. Ele existe! Uma forma de justificar o porquê cada vez mais a humanidade, viaja, interage por redes sociais, pesquisa e debate, a vida e os vários mecanismos que envolvem a sociedade.

Segundo Karine de Souza Silva aduz que “A transnacionalidade é o palco onde se descortina o amadurecimento da integração regional”. Observa-se neste trabalho a união dos países em prol de defesas econômicas e humanas. A autora nos alerta que “[...] a União Europeia é um ator protagonista [...] e o surgimento do Direito Comunitário representa a expressão o mais bem acabada de novas formas de engrenagem jurídica”.²⁸

Os Direitos Humanos são fundamentais para que se possa vivenciar a democracia humana e ambiental, dentre outros direitos que representam o reconhecimento da dignidade humana.

A afirmativa de transnacionalidade de direitos, de ações humanas, decorre da efetivação dos direitos universais, os direitos que não comportam as fronteiras estatais.

A cada dia os anseios sociais reclamam a universalização dos direitos referente à paz, ao meio ambiente, à segurança nacional, à saúde mundial. Direitos estes que refletem os chamados direitos humanos, direitos que se ramificam da esfera individual e transcendem ao coletivo, ao difuso pelo simples fato de serem fundamentais na sua estrutura normativa.

Direito Internacional e Transnacional

Francisco Rezac, fala da organização dos Estados e sua forma organizacional “Os Estados se organizam horizontalmente, e dispõem-se a proceder de acordo com as normas jurídicas na exata medida em que estas

²⁸ SILVA, Karine de Souza. **A Consolidação da União Européia e do Direito Comunitário no contexto da Transnacionalidade**. In. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. *Direito e Transnacionalidade*. 1ª ed, 2ª reimp. Curitiba Juruá, 2011, p. 97-122.

tenham constituído objeto de seu consentimento. A criação das normas é, assim, obra direta de seus destinatários”.²⁹

O Direito Internacional Público trata de responsabilização internacional, ou seja, um Estado só é responsável pela prática de um ato ilícito e, deve ao Estado que tenha causado dano, a reparação devida.

Ressalta-se o princípio da continuidade do Estado, ou seja, um Estado ao existir, tem a tendência de continuar existindo, independente de conflitos, guerras, tomadas de poder, como ensina Francisco Rezac:

O Estado [...] não é produto de mera elaboração jurídica convencional: ele é antes de tudo uma realidade física, um contingente humano estabelecido em determinada área territorial, sob a regência de uma ordem jurídica – cujo eventual colapso não faria com que desaparecessem os elementos materiais preexistentes à composição do sistema do poder. [...] O Estado, pelo fato de existir, tende a continuar existindo – ainda que sob outra roupagem política, e até mesmo quando ocorram modificações expressivas em determinação da titularidade da soberania. A bem dizer, não é ao Estado nominalmente considerado que se refere o princípio da continuidade, mas a toda área territorial habitada por uma comunidade de pessoas [...].³⁰

A transnacionalização, segundo Joana Stelzer, pode ser compreendida como fenômeno reflexivo da globalização, ela explica:

Fenômeno reflexivo porque a transnacionalidade caracteriza-se pela permeabilidade estatal e criação de uma terceira dimensão social, política e jurídica que perpassa a realidade nacional, mas que não se confunde com a ligação ponto a ponto da internacionalidade.

²⁹ REZEC, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25.

³⁰ REZEC, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 335.

Assim, enquanto a globalização é o fenômeno envolvente, a transnacionalidade é a nascente de um terceiro espaço, inconfundível com o espaço nacional ou internacional.³¹

Cabe salientar, que a Joana Stelzer nos informa sobre desterritorialização no universo transnacional “[...] a desterritorialização é uma das principais circunstâncias que molda o cenário transnacional, [...] diz respeito ao aspecto além-fronteira, pois não é espaço estatal e também não é o espaço que liga dois ou mais espaços.”³²

Sobre o tema território é importante saber que soberania não se determina apenas por se encontrar em determinado território, assim como, não basta para identificar o Estado, uma população em um território sujeita a um governo, ou seja, um Estado enquanto pessoa jurídica de direito das gentes, como explica Francisco Rezac ao afirmar que “Atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de *competências* eu, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são *ilimitadas*; mas nenhuma outra entidade as possui *superiores*”.³³

Marcos Leite Garcia³⁴ orienta a uma reflexão sobre a questão da construção de um espaço transnacional, pois este espaço é importante na Sociedade em que se vive aduzindo que “[...] tornando cada vez mais imprescindível para tratar de temas fundamentais de direitos difusos e transfronteiriços como o direito à paz, direito a um meio ambiente saudável, direito à segurança no consumo de bens através de uma economia globalizada”.

³¹ STELZER, Joana. **O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica**. In. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. *Direito e Transnacionalidade*. 1ª ed, 2ª reimp. Curitiba Juruá, 2011, p. 21.

³² STELZER, Joana. **O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica**. In. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. *Direito e Transnacionalidade*. 1ª ed, 2ª reimp. Curitiba Juruá, 2011, p. 25.

³³ REZEC, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 259

³⁴ LEITE, Marcos Garcia. **Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar**. In CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. *Direito e Transnacionalidade*. 1ª ed, 2ª reimp. Curitiba Juruá, 2011.

Direitos Humanos

Importa não só compreender os direitos humanos como teoria ou prática jurídica e social, mas é preciso sentir que muitos precisam desesperadamente destas garantias, porque a Sociedade é hoje vítima de pessoas maltratadas no passado.

Não é falácia dizer que o meio em que muitos bandidos viveram, os tornou monstros, pela crueldade que foram submetidos na infância, é fato, é real, é lamentável, porém, a humanidade precisa tratar bem, respeitar a dignidade humana, para se encaminhar a um futuro mais livre.

De nada adianta ter-se positivado na maioria das Constituições os Direitos Humanos, se muitos continuarem a passar pela miséria como se fosse invisível, negando o problema, desviando dos meninos “de rua”, eles existem, estão ali e podem ser captados pelo Crime, como instrumento de delitos, por sua condição “de menor”, estes não tem a oportunidade de escolha.

O Parlamento Europeu³⁵ tem comissões importantes em relação aos direitos humanos, assim como, no Brasil³⁶ têm-se órgãos públicos que são avanço à democracia em matéria de direitos humanos.

Não importa se é o adulto sem emprego por conta de crises econômicas, como é o caso da Europa em geral, ou do adulto brasileiro que não consegue trabalhar, muitas vezes por conta de seu endereço ser em locais perigosos, e o pré-conceito os afasta de oportunidades, importa que o trabalho seja um direito dos povos, seja um direito essencialmente humano para que os homens possam ser honrados em suas vidas.

Como ensina Alexandre Moraes:

Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto de fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o

³⁵ EUROPA. **Parlamento Europeu**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/committees/pt/droi/home.html>. Acesso em 10 abr. 2012.

³⁶ BRASIL **Secretaria de Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/fale_con. Acesso em 10 abr. 2012.

direito natural. Assim, a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de esculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.³⁷

As Constituições originaram-se em diversos países, porém, a origem formal do Constitucionalismo, segundo Alexandre Moraes “[...] está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 Colônias, e da França em 1791, a partir da Revolução Francesa [...]”.³⁸ O importante para os direitos humanos assegurados com princípios preconizam direitos e garantias fundamentais.

Segundo Canotilho e Moreira salientam a lealdade institucional, como importante fator para o funcionamento organizacional dos governos, a saber:

[...] Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado de normas de *lealdade constitucional* (Verfassungstreue, na terminação alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva e outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a práticas de *guerrilha institucional*, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade,

³⁷ MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria Geral: Comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1.

³⁸ MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria Geral: Comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1.

nenhuma cooperação constitucional será possível sem uma *deontologia política*, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (*statesmanship*).³⁹

Evidencia-se que não basta ter o direito positivado, precisa-se de implantações institucionais que deem suporte ao exercício das garantias fundamentais escritas, portanto, passíveis de exigência dos detentores de direitos. Por um lado, o direito a vida, a liberdade, a dignidade, dentre outros, por outro, o cumprimento a estas garantias, por meio de coerção.

Esses direitos fundamentais firmados nas diversas Constituições surgiram em diferentes países, com diferentes regimes políticos. No Brasil, muitos direitos são assegurados inicialmente e perdidos em outros momentos, por questões políticas, como o caso da ditadura militar, que impediu que seus cidadãos tivessem as garantias fundamentais respeitadas, assim como, guerras pelo mundo foram retrocessos aos direitos dos homens.

Elucida-se que o poder constituinte é conceituado como um poder de produção de normas, ou seja, neste momento são elaboradas, revistas, reformadas as normas de uma Constituição, que dá a legitimidade ao ordenamento jurídico do Estado.

O poder constituído exterioriza-se por meio de funções administrativas, legislativas e jurisdicionais, pois os poderes devem exercer as suas funções para que se concretizem os princípios elencados, o que é bem complexo, pois há de se fazer leis para dar condições de praticar as ordens constitucionais, há que se revisar leis e fiscalizar práticas de políticas públicas, assim como, o Judiciário vai resolver sobre lides, sem importar se os envolvidos são advindos de órgãos públicos ou privados, e o poder Executivo por meio de competências legais faz a sua parte, para atender as suas obrigações funcionais.

No Brasil o poder constituinte derivado sofre limitações, como ensina Guilherme Pena:

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Os Poderes do Presidente da República**. Coimbra: Coimbra ed., 1991, p. 71.

A limitação denota que o poder constituinte derivado reformador é submetido às restrições preceituadas no art. 60, parágrafo 10 e 4º da CRFB, divididas em limitações temporais, circunstanciais e materiais. As limitações temporais impedem a reforma constitucional durante certo intervalo de tempo. [...] as imitações circunstanciais impedem a reforma constitucional durante determinadas circunstâncias excepcionais. [...] o art. 60, parágrafo 1º, da CRFB [...] as limitações materiais, também denominadas cláusulas pétreas impedem a reforma constitucional sobre determinadas matérias [...] limitações materiais explícitas, estão expressas no art. 60, parágrafo 4º, da CRFB, [...] limitações materiais implícitas são extraídas do sistema constitucional, consistentes na titularidade do poder constituinte, originário e derivado, e no procedimento da reforma constitucional, de sorte que, embora não haja norma expressa a esse respeito, a emenda e revisão não podem atingir as regras veiculadas pelos arts. 10 parágrafo único e 60, caput, parágrafos 2º e 3º, da CRFB, respectivamente.⁴⁰

Na estrutura jurídica constitucional formas, meios, diretrizes, formalizam o conjunto de normas que permeiam os direitos fundamentais. Nessa seara que formam-se as teorias fundamentais quanto aos direitos à vida, à saúde, à segurança pública, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à paz, à educação, enfim, no sistema Democrático de Direito a segurança legal para com os direitos fundamentais elegem o texto constitucional como meio garantidor de todo meio ou forma que formalizes os direitos à dignidade da pessoa humana, cada qual ao território no qual se encontra.

⁴⁰ MORAES, Guilherme Pena. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 33-35.

Diretivas da União Europeia e Direitos Humanos

A Carta dos Direitos Humanos da União Europeia⁴¹ positiva em seu artigo 20 que todos são iguais perante a lei.

A Diretiva 2011/36/UE⁴² do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril de 2011, é relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho.

O quadro legislativo comunitário inclui a Diretiva 2000/43/CE⁴³ que proíbe a discriminação racial e étnica no emprego, na educação, na segurança social e nos cuidados de saúde, no acesso a bens e serviços e na habitação; uma segunda Diretiva que é a 2000/78/CE⁴⁴ do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, que proíbe a discriminação no emprego em razão da religião e convicções, deficiência, idade e orientação sexual; e um programa de ação (Decisão 2000/750/CE do Conselho) que promove o estudo da discriminação e intercâmbios de experiências e boas práticas entre os Estados-Membros.

A humanidade clama por paz e grandes homens lutaram para estabelecer ordem social, e conseqüente paz. O fato é que a pobreza, a miséria, a falta de educação, são fatores impeditivos de crescimento econômico e social adequado.

Justiça social é tema importantíssimo para que as pessoas tenham a sua dignidade respeitada, porém, é importante que se compreenda que a Economia hoje não se desprende da lei, assim como, a economia não se

⁴¹ UNIÃO EUROPÉIA. **Carta dos Direitos Humanos da União Européia**. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf Acesso em 23 abr. 2012.

⁴² UNIÃO EUROPÉIA. **Directiva 36- 2011/EU**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:PT:PDF> Acesso em 20 abr. 2012.

⁴³ UNIÃO EUROPÉIA. **Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica**. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:pt:HTML> Acesso em 23 abr. 2012.

⁴⁴ UNIÃO EUROPÉIA **Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional . Disponível em:** <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:pt:HTML> Acesso em 23 abr. 2012.

desprende de projetos que avancem na implantação de políticas públicas facilitadoras do acesso aos direitos dos homens.

Os cidadãos precisam dos direitos humanos, com fundamento de cunho social, que dignifiquem o ato laboral para ganhar seu sustento, de poder desfrutar de atos de lazer, efetivar a saúde, a educação, enfim, a garantia de uma vida digna e, para isto, tanto na Europa, a qual se uniu para acabar com as guerras e fortalecerem-se economicamente, quanto no Brasil que almeja cada vez mais ser uma das grandes economias mundiais, o “homem” deve estar em primeiro lugar, em qualquer projeto de avanço, devem estar centrados em dar a todos, condições de uma vida respeitada e respeitosa.

A liberdade dos homens está ameaçada em muitos locais do mundo, sendo que, no Brasil tem-se um indicie assombroso de violência, pessoas saem às ruas pedindo atitudes governamentais por maior segurança pública, como casos recentes de Niterói, cidade metropolitana do Rio de Janeiro, apelidada de “cidade do medo”, bem como, em Brasília, capital do distrito Federal, com o apelido de “capital do medo”⁴⁵, situações estas, vergonhosas, mas, violência esta, que assola o Brasil de norte a sul.

Os homens manifestam-se contra os males pelo qual suas vidas são atingidas, como é o caso de manifestações em 1º de maio de 2012⁴⁶, ocorrida na Grécia; na França, na Espanha e em Portugal, por conta de pessoas que afetadas pela crise financeira. O Movimento Occupy convoca ações:

[...] reação dos sindicatos às medidas de austeridade econômica, um aumento nos confrontos sociais e a proximidade de eleições em dois países formam o cenário para um 1º de Maio bastante tenso na Europa nesta terça-feira. O continente é o principal foco de protestos no Dia do Trabalho, com grandes manifestações previstas

⁴⁵ SBT Jornalismo. **Série: "Brasília, capital do medo" tenta se proteger da violência.** Disponível em: <http://www.sbt.com.br/jornalismo/noticias/?c=18517&t=Serie:+Brasilia,+capital+do+medo+tenta+se+proteger+da+violencia> Acesso em 25 abr. 2012.

⁴⁶ VEJA ON LINE. Dia do Trabalho. **Em crise, Europa é foco central de protestos no 1º de Maio.** Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/internacional/em-crise-europa-e-foco-central-de-protestos-no-1o-de-maio> Acesso em: 3 maio 2012.

para países em crise, como Espanha, Portugal, Grécia e França - esses dois últimos, a poucos dias de disputas eleitorais importantes. Fora da Europa, o movimento Occupy tenta realizar protestos em grande escala nas principais cidades americanas - e promete realizar algumas de suas maiores ações nesta terça. [...]

Salienta-se a importância da Comissão Europeia de construir o Programa Jean Monnet no âmbito das políticas comuns no domínio da educação e da formação dentro e fora da Comunidade Europeia, pois, este Programa tem a finalidade de promover nas universidades do mundo inteiro o modelo europeu de coexistência pacífica e de integração, assim como as políticas e ações externas da União Europeia, facilitando um estudo demonstrando as dificuldades encontradas, mas também o avanço humano na luta pela pacificação de convivência dos povos.

Conclusão

No Brasil, os princípios de liberdade na Educação estão positivados no artigo 206, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴⁷, em que assegura a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, assim como, assegura o pluralismo de ideias de concepções pedagógicas, reafirmado na Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996⁴⁸, Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Jean Monnet⁴⁹ foi um consultor econômico e político francês, dedicou a sua vida para a integração europeia, assim como, foi o inspirador do “Plano Schuman”, que previa a fusão da indústria pesada da Europa Ocidental.

⁴⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em: 4 maio. 2012.

⁴⁸ BRASIL. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm Acesso em: 4 maio. 2012.

⁴⁹ Monnet era oriundo da região de Cognac, em França. Quando terminou o liceu, aos 16 anos de idade, viajou por vários países como comerciante de conhaque e, mais tarde, como banqueiro. Durante as duas guerras mundiais, exerceu cargos importantes relacionados com a coordenação da produção industrial em França e no Reino Unido. Como consultor de alto nível do governo francês, foi o principal inspirador da famosa “Declaração Schuman” de 9 de Maio

A influência de Monnet não se restringe ao âmbito econômico, pois é seu o célebre posicionamento, o qual aduz que “Mais do que coligar Estados importa unir os homens”. Portanto, este é o norte subjacente dos atuais programas de intercâmbio cultural e educativo da União Europeia.

Robert Schuman⁵⁰ foi um político e advogado de reconhecimento notório, e ainda, foi Ministro dos Negócios Estrangeiros francês entre os anos de 1948 e 1952, é considerado juntamente com Jean Monnet, um dos promotores da unificação europeia.

Ressalta-se que esta União é elemento fundamental para garantir a paz entre os países europeus, apesar dos problemas econômicos, o entendimento e respeito aos direitos fundamentais é a importância latente entre os povos, cuja transnacionalidade estabelece regras entre si, para a busca do crescimento sem guerras, sem perdas de vidas, mas uma busca de qualidade de vida melhor para todos os envolvidos e parte desta União que se estabeleceu na Europa.

A Cátedra é disseminada nas Universidades, como ferramenta de estudo para os universitários, pesquisadores científicos, enfim, para aqueles que estudam as grandes ideias em prol da humanidade mais justa, mais forte para crescer além-fronteiras. E, que os estudos positivos e negativos sejam utilizados para uma construção de novas vidas e reconstrução de vidas atingidas, ou seja, o propósito do debate é contribuição para implantação de ideias que tenham a finalidade maior da cidadania respeitada pelos povos.

Este trabalho não teve como objetivo discutir a economia e a crise na Europa, porém, sabe-se da dificuldade dos países europeus

de 1950, que conduziu à criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, considerada o acto fundador da União Europeia. Entre 1952 e 1955, foi o primeiro Presidente do órgão executivo da referida Comunidade. Disponível em: http://europa.eu/about-eu/eu-history/1945-1959/foundingfathers/monnet/index_pt.htm Acesso em 22 fev. 2012.

⁵⁰ Robert Schuman: nascido no Luxemburgo e influenciado pela sua origem na fronteira entre a França e a Alemanha, Robert Schuman, apesar das experiências vividas na Alemanha nazi (ou talvez devido a elas), compreendeu que só uma reconciliação duradoura entre a França e a Alemanha podia dar origem a uma Europa unida. Deportado para a Alemanha em 1940 conseguiu fugir e juntar-se à resistência francesa dois anos mais tarde. Apesar disso, nunca manifestou qualquer ressentimento para com a Alemanha quando, após a guerra, se tornou Ministro dos Negócios Estrangeiros. Schuman apoiou também a criação de uma política europeia comum de defesa e foi Presidente do Parlamento Europeu entre 1958 e 1960. Disponível em: http://europa.eu/about-eu/eu-history/1945-1959/foundingfathers/schuman/index_pt.htm Acesso em 22 fev. 2012.

garantirem todas as propostas das diretivas, mas considera-se importante salientar que, percebe-se ser melhor que estejam em busca de uma solução para a crise econômica, do que estejam em guerra por disputa econômica, pois, estão unidos para o bem e mal, em busca de soluções e não competições antigas que vidas foram perdidas.

O dialogo entre os povos como necessidade de conciliação no entendimento de Jean Monnet é com certeza o caminho para que as soluções universais, transnacionais, se estabeleçam de forma organizada, com respeito aos direitos fundamentais da humanidade, não somente na União Europeia, mas entre todos os países, transcendendo-se, assim, a fundamentalização dos direitos ditos por “novos direitos” de natureza transnacional, os quais não comportam as barreiras estatais, sendo as fronteiras simples limites territoriais e não limitadoras de direitos fundamentais.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em: 4 maio. 2012.

BRASIL. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm Acesso em: 4 maio. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Os Poderes do Presidente da República.** Coimbra: Coimbra ed., 1991.

CRUZ, Paulo. **Os Princípios Constitucionais.** In CRUZ, Paulo e GOMES, Rogério Zuel. Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ESPAÑA . Disponível em: http://www.ionline.pt/mundo/desemprego-espanha-atinge-2444-564-milhoes-desempregados?quicktabs_sidebar_tabs=1 Acesso em 24 abr. 2012.

LEITE, Marcos Garcia. **Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar.** In CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. Direito e Transnacionalidade. 1ª ed, 2ª reimp. Curitiba Juruá, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual do Direito Constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra ed, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria Geral: Comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Guilherme Pena. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

NUNES, António José Avelãs. **As Voltas que o Mundo dá: Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Rio de Janeiro Lúmen Júris, 2011.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Doutrina e Jurisprudência. Cap. 5. Os Princípios Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2002.

PÁGINA ELETRÔNICA DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA DO BRASIL **Secretaria de Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/fale_con Acesso em 10 abr. 2012.

PÁGINA ELETRÔNICA DA VEJA ON LINE. Dia do Trabalho. **Em crise, Europa é foco central de protestos no 1º de Maio**. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/internacional/em-crise-europa-e-foco-central-de-protestos-no-1o-de-maio> Acesso em: 3 maio 2012.

PÁGINA ELETRÔNICA DE EUROPA: O PORTAL DA UNIÃO EUROPÉIA. Disponível em: http://europa.eu/about-eu/eu-history/1945-1959/foundingfathers/schuman/index_pt.htm Acesso em 22 fev. 2012.

PÁGINA ELETRÔNICA DO PARLAMENTO EUROPEU. **Parlamento Europeu**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/committees/pt/droi/home.html> Acesso em 10 abr. 2012.

PÁGINA ELETRÔNICA DO SBT Jornalismo. **Série: "Brasília, capital do medo" tenta se proteger da violência**. Disponível em: <http://www.sbt.com.br/jornalismo/noticias/?c=18517&t=Serie:+Brasilia,+capital+do+medo+tenta+se+proteger+da+violencia> Acesso em 25 abr. 2012.

REZEC, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Karine de Souza. **A Consolidação da União Européia e do Direito Comunitário no contexto da Transnacionalidade**. In. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. Direito e Transnacionalidade. 1ª ed, 2ª reimp. Curitiba Juruá, 2011.

STELZER, Joana. **O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica**. In. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. Direito e Transnacionalidade. 1ª ed, 2ª reimp. Curitiba Juruá, 2011.

UNIÃO EUROPÉIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia.** Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf Acesso em 20 abr. 2012.

UNIÃO EUROPÉIA. **O Tribunal De Justiça Das Comunidades Europeias - TJCE** (O Tribunal de Justiça é composto por tantos juizes quantos os Estados-Membros. Os advogados-gerais continuam a ser oito, mas o Conselho pode sempre, por unanimidade, aumentar esse número). http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/nice_treaty/nice_treaty_legal_pt.htm Acesso em: 3 maio 2012.

UNIÃO EUROPÉIA. **Acórdão de 12.11.1969**—Processo 29/69. Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177º do Tratado CEE, pelo Verwaltungsgericht Stuttgart, destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61969CJ0029:PT:PDF> Acesso em 24 abr. 2012.

UNIÃO EUROPÉIA. **Processo C-60/00 CJ [1974] 00491** Sentencia Del Tribunal De Justicia , de 11 de julio de 2002 . Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000CJ0060:ES:PDF>. Acesso em 24 abr. 2012.

UNIÃO EUROPÉIA **Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional . Disponível em:** <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:pt:HTML> Acesso em 23 abr. 2012.

União Europeia e Direito Regulatório: Uma Práxis Transnacional¹

Ana Maria Borralho Gobbato²

Introdução

As grandes questões contemporâneas, tais como violações de direitos humanos, meio ambiente e livre circulação de pessoas e bens, se localizam fora dos limites do Estado-Nação, em espaços transnacionais a exemplo da União Europeia.

As transformações do cenário mundial que tiveram início com o processo de construção da União Europeia, o acirramento dos efeitos socioeconômicos do processo de globalização e o processo de cessão de soberania dos Estados membros da União promoveram a reestruturação da forma de exercício das funções do Estado.

Trata-se, portanto, de um novo paradigma, não mais centrado no Estado Nação, que aponta para a necessidade de redefinição da moldura estrutural dos arcabouços normativos e cognitivos, ancorado em um reordenamento das instituições e relações que se estabelecem em um novo contexto definidor: a transnacionalidade.

A ideia de globalização como intensificação de relações sociais mundiais que unem localidades distantes, de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem em outras localidades, integra o senso comum e “permite pensar o presente, rebuscar o passado e imaginar o futuro.”³

Como alerta Giddens⁴, a globalização é um fenômeno multifacetado com dimensões política, tecnológica e cultural, tanto quanto

¹ Artigo elaborado sob orientação do Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho, titular da Cátedra Jean Monnet da Univali - Universidade do Vale do Itajaí (SC).

² *Doutoranda do Programa de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali - Universidade do Vale do Itajaí (SC), Mestre em Ciência Jurídica, Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil, graduada em Ciência Jurídica e História; professora do Centro Universitário Católica de Santa Catarina- Jaraguá do Sul.*

³ IANNI, Octavio. **A sociedade global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p.7.

⁴ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolado**. Rio de Janeiro: Record, 2000. p.21.

econômica. Em todas as suas etapas históricas tem sido sempre produto de revolução no domínio cultural, que se exprime em geral pela superação de novas fronteiras científicas e tecnológicas, tornando possíveis formas inéditas de dominação política ou econômica.

Após a Segunda Guerra Mundial, com o processo de construção da União Europeia, prosperou uma economia global de países capitalistas. Octavio Ianni assinala que “a ideia de economias-mundo emerge nesse horizonte, diante dos desafios das atividades, produções e transações que ocorrem tanto entre as nações como por sobre elas (...)”⁵.

O término da Segunda Guerra Mundial e a conseqüente premência da reconstrução econômico-política da Europa, associada a sua posição de fragilidade em relação às potências vencedoras, Estados Unidos e União Soviética, fomentaram, também, as tratativas no sentido da promoção de mecanismos de integração europeus.

Inicia-se, assim, o processo paulatino de integração e de cedência de soberanias nacionais, que redundou na atual arquitetura da União Europeia, um dos pilares da globalização.

O mundo transnacionalizado é um mundo em processo de reordenamento, com incontestáveis conseqüências na vida diária das pessoas o que, por si só, confere relevância a investigação acerca da possibilidade de a União Europeia e o Direito Regulatório integrarem a governança transnacional.

Para tanto, iniciar-se-á com a descrição do processo de construção da União Europeia e da sua característica conformadora: o processo de cessão de soberania que viabiliza a construção de um espaço transnacional.

A seguir cuidar-se-á de refletir sobre o papel desempenhado pela União Europeia na construção do Constitucionalismo Transnacional, para então fazer-se uma aproximação histórico-conceitual com o Direito Regulatório, condição *sine qua non* da governança transnacional.

⁵ IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 26.

Por fim, enfrenta-se o objetivo geral proposto para o artigo que, sem pretensões de tese, é o de analisar a possibilidade de a União Europeia apresenta-se como espaço de governança transnacional, tendo como instrumento político-jurídico o Direito Regulatório.

União Européia: Da Soberania Moderna à Transnacionalidade

O processo de construção da União Europeia, que hoje conta com 27 Estados membros, teve início formal com a Declaração Schuman, de 09 de maio de 1950, do ministro de Assuntos Exteriores da França, elaborada por Jean Monnet⁶ que, diante da histórica rivalidade franco-alemã, propunha que as suas produções de carvão e de aço ficassem sujeitas a uma autoridade comum, de forma a garantir a paz e viabilizar a reconstrução das duas Nações.

O fato de a Declaração Schuman ter sido favoravelmente recebida pela Alemanha, Itália, Países Baixos, Bélgica e Luxemburgo, deu início ao processo de criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, precursora da Comunidade Econômica Europeia e da União Europeia.

Nesse sentido, destaque-se o inquestionável protagonismo de Jean Monnet no processo de construção da União Europeia, tanto por sua atuação política quanto pela sua firme convicção de que “A cooperação entre as nações, por mais importante que seja, não resolve nada. O que é necessário é procurar uma fusão dos interesses dos povos europeus, e não a mera manutenção dos equilíbrios entre esses interesses.”⁷

Em 18 de abril de 1951, com base na Declaração Schuman e com o apoio do Chanceler alemão Konrad Adenauer, foi assinado pela Alemanha, França, Itália, Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos o Tratado de Paris, que instituiu a primeira organização comunitária, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA).

As atuais instituições da União Europeia tiveram a sua gênese na CECA, que dotada de personalidade jurídica, era composta pelos seguintes

⁶ Sobre isso: http://europa.eu/about-eu/eu-history/founding-fathers/pdf/jean_monnet_pt.pdf

⁷ http://ec.europa.eu/publications/booklets/eu_documentation. Acesso em 23/10/2012.

órgãos: (a) Alta Autoridade, órgão executivo, composto por 9 membros, encarregados de assegurar os objetivos do Tratado; (b) Assembleia, composta por 78 membros e poder de controle; (c) Conselho de Ministros, composto por representantes dos seis Estados e (d) Tribunal de Justiça, responsável pela interpretação e aplicação do Tratado.

Posteriormente, em 25 de março de 1957 foram assinados, pelos países integrantes da CECA, os Tratados de Roma, que criaram a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia para a Energia Atômica (CEEa).

O Tratado CEE⁸, avançando no processo de integração, prevê a criação de um mercado comum, de uma união aduaneira, de políticas agrícolas comuns e das seguintes instituições: (a) Comissão Europeia; (b) Conselho Europeu; (c) Parlamento Europeu; (d) Tribunal de Justiça Europeu e (e) Comitê Econômico e Social Europeu.

Em 8 de abril de 1965, com entrada em vigor em 1º de julho de 1967, foi assinado o Tratado de Fusão, que unificou as instituições integrantes das três Comunidades europeias existentes: CECA, CEE e CEEa. O Tribunal de Justiça e o Parlamento já eram compartilhados pelas três comunidades.

O Tratado do Ato Único Europeu, assinado em 17 de fevereiro de 1986, foi a primeira grande reforma sofrida pelos Tratados, e promoveu o alargamento das competências comunitárias, com o objetivo de viabilizar a implantação do mercado único.

Outro importante passo no processo de construção da União Europeia foi o Tratado de Maastrich ou Tratado da União Europeia⁹, assinado em 07 de fevereiro de 1992, que promoveu mudanças estruturais no desenho das relações no interior da Comunidade, expressadas inclusive pela mudança

⁸ O artigo 2º do Tratado CEE refere que: "A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e da aproximação progressiva das políticas dos Estados-Membros, promover, em toda a Comunidade, um desenvolvimento harmonioso das atividades econômicas, uma expansão contínua e equilibrada, uma maior estabilidade, um rápido aumento do nível de vida e relações mais estreitas entre os Estados que a integram". Disponível em: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_pt.htm.

⁹ Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/index.htm#founding>

de nome da então Comunidade Econômica Europeia para Comunidade Europeia.

Ficou, também, estabelecido um novo conceito de cidadania europeia, de forma a garantir direitos aos cidadãos residentes nos Estados-membros, entre eles: direito de livre circulação e residência; direito de votar e ser votado nas eleições europeias e direito de peticionar junto ao Parlamento Europeu e ao Tribunal de Justiça.

O processo de cessão de soberanias nacionais e fomento à transnacionalidade acirrou-se com a criação do Banco Central europeu e a introdução da moeda única.

O Tratado de Amsterdã, assinado em 2 de outubro de 1997, alarga as competências da Comunidade Europeia, reforçando as atribuições do Parlamento Europeu ; além de introduzir o conceito de *integração diferenciada*, de modo a permitir que alguns países avançassem de maneira mais acelerado no processo de integração.

A possibilidade de ampliação do número de Estados-membros e a incorporação de países do Leste Europeu foram questões centrais contempladas pelo Tratado de Nice, firmado em 26 de fevereiro de 2001.

A ordem jurídica comunitária pauta-se, como já demonstrado, no regime de tratados, uma vez que os Estados-membros possuem personalidade internacional própria. No entanto, em 2004, foi assinado o Tratado de Roma, com o explícito objetivo de promulgação de uma Constituição Europeia, frustrada pelos referendos negativos da França e Holanda.

O Tratado de Lisboa, assinado em 17 de dezembro de 2007, altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, que passa a chamar-se Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, e reforçou o poder do Parlamento Europeu, notadamente no que se refere aos processos legislativo, orçamentário e garantia de direitos fundamentais.

O carácter transnacional da União Europeia evidencia-se neste Tratado, na medida em dispõe que as normas da União passam a ser hierarquicamente superiores às constituições nacionais.¹⁰

Diante disso, é de concluir-se que a *práxis* jurídica estabelecida pelo Tratado de Lisboa não encontra amparo teórico nas teorias constitucionais clássicas, pautadas na lógica kelseniana de hierarquia e fonte das normas.

É necessário, pois, que se enfrente, ainda que de forma tangencial, a possibilidade de em Constitucionalismo Transnacional.

União Europeia e o Constitucionalismo Transnacional

Constituição, constitucionalismo e constitucionalização são algumas categorias utilizadas para descrever a cultura político-jurídico, não só no interior do Estado, mas também além dele.

Frequentemente estes termos se constituem sob uma ótica empírico-descritiva, abarcando eventos relacionados à estrutura e a organização de espaços geográficos. Outras vezes, adquirem uma função normativo-prescritiva e axiológica.

Por este motivo, é imprescindível que se estabeleça um conceito para constitucionalismo antes que se passe a discutir a possibilidade de sua existência fora do Estado Nacional.¹¹

Constitucionalismo se refere às premissas estruturais e normativas das ordens políticas, e constituição se refere à estrutura organizacional de um determinado espaço político e aos compromissos, direitos e deveres, dos seus integrantes.

¹⁰ O Artigo 3º-B.3 do Tratado: “ Em virtude do princípio as subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.” Disponível em: http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/pt_PT/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=FXAC07306. Acesso em 24/10/2012.

¹¹ Os conceitos a seguir desenvolvidos são paráfrases oriundas de tradução livre da autora. *In* TSAGOURISAS, Nicholas. **Transnational Constitutionalism. International and European Models**. New York: Cambridge University Press, 2007. P.1-13.

Dito de outra forma, constitucionalização é o processo de construção de constituições, o contexto ideológico no qual as constituições se formam.¹²

A constituição, nesse quadrante, representa a fruição do constitucionalismo no tempo e no espaço. É, portanto, uma de suas facetas. O constitucionalismo, por sua vez, não se refere somente a um único momento constitucional, mas a uma série desses momentos. Abarca ferramentas prescritivas, axiológicas e empíricas, não somente para criar, como também para continuamente conformar o espaço político-jurídico.

A adoção deste arcabouço conceitual viabiliza a discussão teórica acerca da possibilidade de um constitucionalismo transnacional, independente da teoria clássica que tem como *a priori* analítico os Estados como protótipos de unidades políticas autorreferenciais.

Marcelo Neves¹³ enfrenta o tema pontuando que o surgimento da constituição moderna pautou-se, basicamente, na garantia de direitos fundamentais e na limitação e controle interno e externo do poder. Questões estas que no contexto da sociedade mundial não mais podem ser abarcadas somente pela ordem jurídica estatal, demandando o envolvimento de ordens jurídicas exógenas.

Nesse sentido, assinala Neves que o transconstitucionalismo “aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas”.¹⁴

Implica, portanto, a aceitação da emancipação do constitucionalismo de sua base político-geográfica estatal, e a sua configuração sob a ótica de uma racionalidade transversal, em substituição à lógica hierárquica.

Sob outro prisma de análise, Liton Lanes Pilau Sobrinho destaca que “por meio do arcabouço teórico traçado por Luhmann, a sociedade

¹² TSAGOURISAS, Nicholas. **Transnational Constitutionalism. International and Euro pean Models**. New York: Cambridge University Press, 2007. P1-2.

¹³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P.XXI

¹⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P.XXII.

é compreendida como um tecido comunicativo global, rompendo-se, assim, com a noção clássica de sociedade diferenciada territorialmente e composta por seres humanos.”¹⁵

A ótica sistêmica permite, também, a compreensão de que as diversas ordens jurídicas que compõem o sistema da sociedade mundial se reproduzem por meio do código binário lícito/ilícito,¹⁶ deixando, portanto, de submeter-se a uma racionalidade hierárquica para subordinar-se a lógica da transversalidade, viabilizadora de um convívio entre ordens jurídicas diversas.

A possibilidade de compreensão da constituição como espaço de acoplamento estrutural entre os sistemas sociais (político, jurídico, econômico, cultural etc.)¹⁷ confere inteligibilidade a racionalidade transversal, na medida em que se adote a delimitação semântica proposta por Liton Lanes Pilau Sobrinho de que “o acoplamento estrutural ocorre por meio de processos interativos, sendo que as modificações estruturais sistêmicas são desencadeadas por relações”.¹⁸

Nessa esteira, destaca Marcelo Neves que a constituição se apresenta como “instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com racionalidades particulares já processadas, respectivamente na política e no direito”.¹⁹

A perspectiva do transconstitucionalismo aponta, segundo o autor, para uma relação complementar entre *identidade* e *alteridade*. Diante de uma questão constitucional, as diversas esferas envolvidas na solução do problema, “no plano de sua própria autofundamentação, reconstroem

¹⁵ PILAU Sobrinho. Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. 2008. 214f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul. 2008. P.37.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2007.

¹⁷ Sobre isso: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2007. e PILAU Sobrinho. Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. 2008. 214f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul. 2008.

¹⁸ PILAU Sobrinho. Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde**. 2008. 214f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul. 2008. P.54.

¹⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P.62.

continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade.”²⁰

Assim, a reconstrução do significado das normas constitucionais de um Estado passa a ter uma nova fonte formal e material para a sua modernização: as decisões oriundas de outras ordens jurídicas, sejam elas nacionais, supranacionais, transnacionais ou privadas.

Uma vez abordados perfunctoriamente os referenciais teóricos que sustentam a tese do constitucionalismo transnacional, impende que se aplique-os à União Europeia.

A premissa da qual se deve derivar a análise é a de que a União europeia constitui-se, de fato, em uma nova arquitetura político-jurídica independente das contingências históricas, legais e políticas originais, e que não tem sua existência e legitimidade externamente conferida.

A União possui sua própria lógica política, seus próprios mecanismos de produção legislativa, sanção e execução, assim como processos próprios de legitimação.

Desta forma, a União Europeia, embora se utilize de parâmetros típicos das ordens jurídicas nacionais e do direito internacional, sua cultura constitucional não pode ser trancafiada em nenhuma categoria conhecida. É, portanto, uma instituição única, que possui uma cultura constitucional própria.²¹

Assertiva esta que fica demonstrada quando se constata que a atuação dos Estados no interior da União Europeia pauta-se nas regras da União, enquanto a atuação fora do âmbito da União respalda-se nas regras de direito internacional.

Sob esta perspectiva, pontua Tsagourias²² que se uma norma for violado no interior da União Europeia, os Estados membros não podem recorrer a medida defensiva ou renunciar ao próprio Tratado, a exemplo do que

²⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P.XXV.

²¹ TSAGOURISAS, Nicholas. **Transnational Constitutionalism. International and European Models**. New York: Cambridge University Press, 2007. P 85.

²² TSAGOURISAS, Nicholas. **Transnational Constitutionalism. International and European Models**. New York: Cambridge University Press, 2007. P 85.

poderia ocorrer em sede de relações internacionais. Fato este que vem a provar a tese de que as relações no interior da União não se pautam pelas práticas do direito internacional, e que possui um *ethos* constitucional próprio.

Em uma perspectiva principiológica nota-se que a União Europeia rejeitou princípios do direito internacional que são estranhos à racionalidade da integração como, por exemplo, o princípio da soberania.

O fato de a soberania não ser mencionada nos Tratados da União incitou a Corte de Justiça Europeia (*European Court of Justice*) a declarar que o Tratado da união “é mais do que um acordo que cria obrigações mútuas e que seus Estados membros têm suas soberanias limitadas.”²³

Até mesmo as medidas adotadas pela União Europeia destinadas a acomodar interesses autônomos dos Estados membros devem ser vistas como uma rede de relações entrelaçadas, e não sob a ótica de relações internacionais entre Estados e União.²⁴

É razoável afirmar, neste contexto, que a uma teoria constitucional apta a contemplar a arquitetura institucional da União Europeia deve abarcar tanto a dimensão de autonomia dos Estados quanto a unidade na esfera da União.

Por decorrência lógica, o arcabouço principiológico que respalda esta realidade deve, além dos princípios de direito internacional, incorporar novos princípios como o do *cosmopolitanismo* como constitutivo da União Europeia, de forma a acomodar os diferentes níveis de cessão de soberania”.²⁵

A adoção do *cosmopolitanismo* como princípio lógico de inteligibilidade da União Europeia remete ao estudo do Direito Regulatório, que por suas características intrínsecas, possui uma vocação transnacional.

²³ Case 26/62, van Gend em Loos, at 12; Case 6/64, Flaminio Costa v. ENEL. ECR 585; In TSAGOURISAS, Nicholas. **Transnational Constitutionalism. International and European Models**. New York: Cambridge University Press, 2007. P 86.

²⁴ TSAGOURISAS, Nicholas. **Transnational Constitutionalism. International and European Models**. New York: Cambridge University Press, 2007. P 86.

²⁵ Tradução livre de ELEFThERiADiS, Pavlos. **The standing of states in the European Union**. In TSAGOURISAS, Nicholas. **Transnational Constitutionalism. International and European Models**. New York: Cambridge University Press, 2007. P 44.

O Direito Regulatório: Contornos Histórico-Conceituais

Historicamente, sempre coube ao Estado o desenvolvimento da infraestrutura e, de alguma forma, a interferência nas relações econômicas. A princípio editando leis, fazendo valer o poder de polícia e prestando serviços públicos, para depois intervir diretamente por meio da atuação única ou em convívio com operadores privados.

No entanto, os reflexos do processo de globalização e a universalização do capitalismo, em especial a partir de 1970, promoveram a reestruturação da forma de atuação do Estado. O Estado de Bem Estar Social, produtor de bens e serviços, vem sendo substituído pelo Estado Regulador cujas “funções passam a ser as de planejamento, regulamentação e fiscalização das empresas concessionárias”.²⁶

As demandas decorrentes da globalização provocaram mudanças nas políticas públicas de geração de infraestrutura e a liberação de setores para atrair capital privado. Neste contexto, a atividade de regulação passa a ser exógena, porém, indiscutivelmente, não deixa de ser uma forma de intervenção estatal na economia.²⁷

Diante disso, estabelece-se o desafio de equilibrar a eficiência da prestação do serviço com o interesse público, na medida em que é necessário que se compatibilize a atratividade do mercado para o capital privado com o fornecimento de serviços de qualidade a preços razoáveis.

Configura-se, assim, um novo paradigma para o papel do Estado e da Administração Pública, pautado na função reguladora da prestação em regime privado de serviços de natureza pública.

Portanto, a atividade de regulação exercida pelo Estado ou por organizações transnacionais não implica a substituição da ordenação da atividade econômica pela autorregulação balizada pelo mercado. Implica a intervenção na economia tendo como parâmetros: (a) participação dos agentes

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as agências reguladoras*. In MORAES, Alexandre de. (org) *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. P.117.

²⁷ MARQUES NETO, Floriano. *Agências reguladoras. Instrumentos do fortalecimento do Estado*. Disponível em www.abar.org.br/biblioteca/publicaçãoAbar/

privados; (b) defesa dos interesses dos cidadãos enquanto participantes das relações econômicas do setor; (c) pautas distributivas de políticas públicas e (d) adoção de procedimentos reflexivos, permeáveis à composição e arbitramento de interesses.

Em original metáfora,²⁸ Carlos García Fernández sublinha que “frente à mão invisível do mercado, a regulação é a mão visível do Estado, em prol do bem comum”²⁹.

A temática do Estado regulador e das agências reguladoras transnacionais importa no reconhecimento da incompatibilidade de aplicação das categorias jurídicas clássicas à atividade regulatória.

Da compreensão desta lógica deriva a relevância do trabalho de Gunther Teubner,³⁰ que identifica, nas sociedades contemporâneas, o surgimento de um fenómeno por ele designado de *juridificação*, a significar a criação, pelo Estado intervencionista, do Direito Regulatório.

Nessa esteira, cabe ao Direito Regulatório, caracterizado pelo primado da racionalidade material em detrimento da formal, especificar coercivamente condutas sociais, objetivando o alcance de determinados fins materiais.

²⁸ *Mão invisível* foi um termo introduzido por Adam Smith em “A Riqueza das Nações” para descrever como em uma economia de mercado, apesar da inexistência de uma entidade coordenadora do interesse comunal, a interação dos indivíduos parece resultar numa determinada ordem, como se houvesse uma mão invisível que o orientasse.

²⁹ FERNÁNDEZ, Carlos García. *La Manifestación de Impacto Regulatorio – MIR: una MIRada a la regulación de calidad*. In RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *Regulação e Agências Reguladoras. Governança e Análise de Impacto Regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009. P. 257.

³⁰ Tradução livre e citação indireta de: TEUBNER, Gunther. *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*. New York: de Gryter (European University Institute: Series A), 1987. P.18-19. “At this stage we may formulate a first interim finding. Juridification does not merely signifies proliferation of law. It signifies process in which the interventionist social state produces a new type of law, regulatory law. Only when both elements – materialization and the intention of social state – are taken together can we understand the precise nature of the contemporary phenomenon of juridification. Regulatory law coercively specifies conduct in order to achieve particularly substantive ends. Regulatory law, which is characterized by material rationality as opposed to formal rationality, may be defined in terms of the following aspects. In its function it is geared to the guidance requirements of the social state, in its legitimation the social results of its controlling and compensating regulations are predominant. In its structure it tends to be particularistic, purpose oriented and dependent on assistance from the social sciences. As part of a greater historical process, juridification cannot be reversed by political decision. The only approach worthy of serious discussion is that seeks to mitigate dysfunctional problems resulting from juridification.”

A conceituação articula, de forma interdependente, três aspectos da atividade regulatória: como função está associada às exigências de direção e conformação social do Estado Social; a sua legitimação se dá predominantemente em decorrência dos resultados obtidos e da capacidade de controle social sobre os regulados e, por fim, no plano estrutural, apresenta-se como um direito *particularístico*, finalisticamente orientado, e tributário das ciências sociais.

A partir desse pressuposto, infere-se a relação de interdependência recíproca entre a atividade de regulação, a realidade econômico-social e as políticas públicas legitimamente estabelecidas.

Este é precisamente o objetivo de Häberle³¹ ao apontar a necessidade de revisão da metodologia jurídica tradicional e propor um conceito mais amplo de interpretação constitucional que reconheça a relevância do espaço público na sociedade aberta. Dessa forma, preceitua a ampliação do círculo de intérpretes que deve incluir todos aqueles que vivem a norma.

Antônio Carlos Wolkmer³² aponta como alternativa de novo modelo paradigmático uma proposta prático-teórica de pluralismo jurídico, hábil a viabilizar um direito comunitário, “cuja dinâmica reguladora é assumida pelas próprias forças individuais ou por grupos coletivos.”³³

O reconhecimento da pluralidade tanto de ordens jurídicas como de formas de poder e de conhecimento é, também, para Boaventura Souza Santos, a alternativa ao paradigma positivista moderno de direito centrado no Estado. O reconhecimento dessas pluralidades não significa um

³¹ HÄBERLE, Peter. *Retos Actuales del Estado Constitucional*. Tra. Xabier Arzoz Santiesteban. [S.l]: IVAP, 1996. p.18-19. “A tese é: nos processos de interpretação se inserem potencialmente todos os órgãos estatais, todas as forças públicas, todos os cidadãos e grupos. Não há *numerus clusus* de intérpretes constitucionais.(...) O conceito de interpretação que aqui se toma por base necessita de uma explicação, que se pode resumir na fórmula: quem vive a norma, (co)interpreta também. Cada atualização da Constituição (por cada um) é um fragmento de interpretação constitucional antecipada”. (tradução livre).

³² “O novo já está acontecendo, o problema é que os atuais modelos teóricos não conseguem percebê-lo e retratá-lo. Há de se criar um modelo que permita reproduzir a realidade concreta e a partir daí articular uma proposta de mudança.” WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001. p.352

³³ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001. p.351

rompimento com o direito estatal, mas sim a sua relativização ao “integrar essas formas hegemônicas em novas e mais vastas constelações de ordens jurídicas, de poderes e de conhecimentos”.³⁴

É consectário lógico destes referenciais teóricos a constatação de que o Direito Regulatório, por suas características intrínsecas, é alternativa prático-teórica de efetivação do pluralismo jurídico.

Feitas estas breves considerações, passa-se a investigar a possibilidade de o Direito Regulatório inserir-se no contexto de uma governança transnacional no espaço da União Europeia.

A União Europeia como Espaço de Governança Transnacional

A compreensão teórica da sociedade transnacional implica, necessariamente, na redefinição da moldura estrutural dos arcabouços normativos e cognitivos de modo a contemplarem uma realidade de reordenamento dos espaços, forças e relações institucionais, a exemplo da União Europeia.

A teorização do fenômeno da transnacionalidade do direito teve início com a obra intitulada “Direito Transnacional” de Philip C. Jessup³⁵, que reproduz três conferências (conferências Storrs) ministradas na *Yale Law School* em fevereiro de 1956, que correspondem aos três capítulos: (1) A universalidade dos problemas humanos; (2) O poder para enfrentar os problemas e (3) A escolha do direito para regular problemas.

O autor se utiliza de fatos ocorridos na década de 50 para fundamentar suas premissas. Destaque-se que o pano de fundo do contexto histórico da época foi a guerra fria e a descolonização do continente africano.

A percepção de Jessup de que o modelo de Estado nacional o torna incapaz para o trato de questões que envolvam várias nações e outros sujeitos de direito é inovadora.

³⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. V. 1. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. p. 261.

³⁵ JESSUP, Philip C. *Direito Transnacional*. São Paulo: Editora Fundo de Cultura S/A. 1965.

O conceito de transnacionalidade, para ele, está relacionado à inclusão de sujeitos de direito que não estão abarcados pelo direito internacional, e seria uma possibilidade de superar a dicotomia público-privado, pois o direito internacional público só se aplica aos entes públicos.

Destaca como função do direito transnacional a distribuição da jurisdição não pautada na soberania e no poder, e salienta que na análise do direito a ser aplicado ao caso concreto, devem ser consideradas: a) possibilidade de aplicação tanto do direito público quanto privado; b) possibilidade de aplicação tanto no foro nacional quanto no internacional de normas de direito nacional e internacional; e c) inexistência de distinção entre direito civil e criminal e possibilidade de aplicação às pessoas, empresas e Estados.

É nesta perspectiva que o arcabouço conceitual do direito transnacional vem sendo construído,³⁶ tendo como um dos seus referenciais de estudo a nova *lex mercatoria*³⁷, examinada em termos substanciais e formais, considerando a premissa de que a possibilidade de satisfação dos interesses das partes possa ser suficiente para lhe conferir legitimidade.

Sob esta perspectiva, destaca Harold Koh que a *lex mercatoria* se desenvolveu originariamente como um regramento dos comerciantes da região do Mediterrâneo e seus costumes, princípios e regras foram transportados, pelos comerciantes ingleses, para a *common law* inglesa, e posteriormente para *common law* americana.³⁸

³⁶ Registre-se que inúmeras instituições tem se dedicado ao estudo do Direito Transnacional. Entre elas, a título exemplificativo: Center of Transnational Legal Studies – Georgetown University; Klaus Peter Berger Center for Transnational Law – Universidade de Colônia-Alemanha e Center for Research on Transnational Law at the Peking University Scholl of Transnational Law.

³⁷ “The *lex mercatoria* fits well into the domain of the law, both in terms of substance and in terms of form. It remains to be seen whether the interests, which it seeks to satisfy, are sufficiently balanced to guarantee the legitimacy of its rules. But that is, as Kipling would say, another story”. GOLDMAN, Berthold. *The rebirth of the Lex Mercatoria by French School*. In www.trans-lex.org/000001.

³⁸ KOH, Harold Hongju. *Why Transnational Law Matters*. In *Faculty Scholarship Series*. Yale Law Scholl. Paper 1793. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793.

Assim, o “Direito Transnacional deve ser pensado como um direito que não é puramente doméstico, nem puramente internacional, mas um direito híbrido.”³⁹

Merece destaque, pelo seu caráter didático, a definição de direito transnacional elaborada a partir de metáfora com a era da computação e, tendo como pressuposto que os negócios pela internet, por meio das chamadas empresas *dot.com*, configuram-se em atividades transnacionais.⁴⁰

Neste contexto, o direito transnacional implica três possibilidades. A primeira é a de uma lei ser *downloaded* (internalizada) do direito internacional para o nacional.

A segunda possibilidade, mais complexa, é a de uma regra ou princípio ser *uploaded* (externalizado) para depois ser *downloaded*, ou seja, um comando normativo que é originário de um sistema legal nacional e passe a integrar o direito internacional para depois, então, ser incorporado por um grande número de ordenamentos nacionais. Foi esta a trajetória do Devido Processo Legal, que surgiu na Inglaterra, externacionalizou-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos e posteriormente internalizou-se em diversos ordenamentos nacionais.

A terceira alternativa é a do direito “horizontalmente transplantado” de um sistema nacional para outro, que ocorre quando os atores, tanto Estados quanto atores privados transnacionais, participam de um movimento de “interação-interpretação-internalização” do direito.

A análise da governança transnacional implica, necessariamente, na associação entre a transnacionalidade e a atividade regulatória.

Tendo em vista as conclusões parciais já estabelecidas de que a atividade regulatória é exercício de governança e que, assim como a União

³⁹ Tradução livre da autora: “One might think of transnational law as a law that is neither purely international, but rather, a hybrid of the two.” KOH, Harold Hongju. *Why Transnational Law Matters*. In *Faculty Scholarship Series*. Yale Law School. Paper 1793. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793.

⁴⁰ KOH, Harold Hongju. *Why Transnational Law Matters*. In *Faculty Scholarship Series*. Yale Law School. Paper 1793. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793.

Europeia constitui-se em espaço transnacional, passa-se a tratar da governança transnacional.

Tendo o direito transnacional como um *a priori* analítico, propõem Djelic e Sahlin-Andersson a análise da governança transnacional sob a ótica de três ângulos complementares.⁴¹

O primeiro, o das forças institucionais plasmado nas normas que estruturam o processo de regulação. O segundo ângulo a ser considerado é o da dimensão espacial, a nova topografia dos protagonistas da atividade regulatória, suas formas de associação, organização e monitoramento.

Por fim, a ótica da dimensão relacional, ou seja, desvelar a lógica e as formas que permeiam a interação político-institucional e as negociações que se estabelecem em novas e complexas constelações.⁴²

A reordenação pela qual passa a sociedade contemporânea, diferentemente do que aponta o senso comum, caracteriza-se por um incremento na atividade regulatória, configurando a chamada re-regulação. Determinadas áreas, como por exemplo, educação, saúde, mercado de trabalho e financeiro já eram reguladas pelos Estados e agora estão também sujeitas a regulação transnacional, e em especial no âmbito da União Europeia.⁴³

O ativismo regulatório também se expande para novas esferas da vida social que não eram anteriormente reguladas, tais como meio ambiente; aspectos éticos, sociais e ambientais da atividade corporativa e direito dos animais.

Importante destacar, também, que com a transnacionalização da atividade regulatória a natureza do processo de elaboração das normas sofreu profundas modificações.

⁴¹ Elaborado a partir de tradução livre da autora. DJELIC, Marie-Laure and SAHLIN-ANDERSSON. **Transnational Governance. Institutional Dynamics of Regulation**. United Kingdom: Cambridge University Press. 2006. P.375.

⁴² Sobre a lógica da constelação transnacional ver: HABERMAS, Jurgen. **A constelação pos nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 1002.

⁴³ DJELIC, Marie-Laure and SAHLIN-ANDERSSON. **Transnational Governance. Institutional Dynamics of Regulation**. United Kingdom: Cambridge University Press. 2006. P.376.

Embora muito da atividade regulatória ainda se dê nas esferas estatal e internacional, é inegável a expansão de constelações regulatórias que transcendem a dicotomia estatal/não estatal, a exemplo da União Europeia.

O desenvolvimento da atividade regulatória não pode ser descrita como um simples movimento da regulação estatal para a não estatal, mas sim como uma atividade na qual estão integrados Estados, União Europeia e muitos outros atores.

O panorama da governança transnacional promove mudanças, também, nos mecanismos tradicionais de sanção. Muitas normas passam a ser de aceitação voluntária e sua obediência implica em mecanismos de convencimento e não em coação, como, por exemplo, o mercado de créditos de carbono.

Diferentemente, outros sistemas de regras terão sua aplicabilidade fundada na reputação combinada com incentivos. É o caso das certificações de responsabilidade ambiental.

Djelic e Sahlin-Andersson destacam a expansão da racionalidade científica, a mercantilização, a busca pela organização dos espaços transnacionais e a democracia participativa como forças propulsoras da governança transnacional.⁴⁴

Estas forças institucionais estão em mútua interdependência e se realimentam entre si.

Por exemplo, a democracia deliberativa e as discussões sobre a regulação geram novos mercados, reforçando assim a tendência à mercantilização que, por sua vez, tende a legitimar-se na racionalidade científica.

O espraiamento da mercantilização em diferentes esferas da vida sua social também sugere a livre participação, interagindo-se com a democracia participativa.

⁴⁴ DJELIC, Marie-Laure and SAHLIN-ANDERSSON. **Transnational Governance. Institutional Dynamics of Regulation**. United Kingdom: Cambridge University Press. 2006. P.375-398.

Logo, estas forças institucionais não devem ser tratadas como constituintes de um ambiente externo ao qual os atores devem adaptar-se. Ao contrário, elas são constitutivas da governança transnacional na medida em que conformam tanto os espaços quanto a atuação dos indivíduos, interesses, valores e as formas de relacionamentos nos diversos espaços sociais.

O exercício da governança transnacional no âmbito da União Europeia ficou evidenciado quando a União reagiu ao protagonismo norte-americano na realização de inúmeros programas de ensino e pesquisa em MBA, administração e finanças.

Por meio da atividade regulatória, integrada por setores estatais e não estatais tais como associações profissionais, organizações internacionais e entidades transnacionais, e caracterizada por uma relação dinâmica entre regulados e reguladores, houve o fomento e a certificação de cursos de MBA na União Europeia.⁴⁵

Os esforços europeus neste sentido demonstraram, claramente, o propósito de manter a identidade europeia no trato da Administração, assim como estabeleceram a possibilidade de alianças estratégicas com a Ásia e os Estados Unidos, o que vem a reforçar o imperativo categórico da transversalidade das relações nos espaços transnacionais.

Considerações Finais

A apreensão teórica de um mundo transnacionalizado, decorrente das transformações do cenário mundial que tiveram início com o processo de construção da União Europeia e do acirramento dos efeitos socioeconômicos do processo de globalização, é o tema do presente artigo.

⁴⁵ HEDMO, Tina; SAHLIN-ANDERSSON, Kerstin and WEDLIN, Linda. **The emergence of a European regulatory field of management education.** In DJELIC, Marie-Laure and SAHLIN-ANDERSSON. *Transnational Governance. Institutional Dynamics of Regulation.* United Kingdom: Cambridge University Press. 2006. P. 308-328.

O objetivo norteador da investigação foi o de analisar a possibilidade de a União Europeia apresentar-se como espaço de governança transnacional, tendo o Direito Regulatório como instrumento político-jurídico.

Mas, para que essa ponderação fosse levada a efeito, foi necessário que se estabelecesse um novo paradigma, não mais centrado no Estado Nação, que contemplasse a redefinição da moldura estrutural dos arcabouços normativos e cognitivos, ancorado em um reordenamento das instituições e relações que se estabelecem nos espaços transnacionais.

As características definidoras da sociedade global e a construção da União Europeia evidenciam que o processo de cessão de soberania é intrínseco a realidade da transnacionalidade.

Parece inexorável que ocorra, portanto, a emancipação do constitucionalismo de sua base político-geográfica estatal, e que a sua nova configuração se dê sob o prisma de uma racionalidade transversal, em substituição à lógica hierárquica.

Está-se, pois, diante da discussão teórica acerca da possibilidade de um constitucionalismo transnacional, independente da teoria clássica que tinha como *a priori* analítico os Estados como protótipos de unidades políticas autorreferenciais.

A construção da nova racionalidade social plasmada na União Europeia constitui-se em uma nova arquitetura político-jurídica, independente das contingências históricas, legais e políticas originais, e que não tem sua existência e legitimidade externamente conferida.

A União possui sua própria lógica política, seus próprios mecanismos de produção legislativa, sanção e execução, assim como processos próprios de legitimação.

É sob esta perspectiva que embora União Europeia se utilize de parâmetros típicos das ordens jurídicas nacionais e do direito internacional, sua cultura constitucional não pode ser trancafiada em nenhuma categoria conhecida.

Diante desse quadro foi necessário repaginar a discussão constitucional para enfrentar-se a possibilidade de existência de um constitucionalismo transnacional.

É neste contexto que se insere o Direito Regulatório, caracterizado pelo primado da racionalidade material em detrimento da formal, que articula, de forma democrática e interdependente, três aspectos da atividade regulatória: como função está associado às exigências de direção e conformação social do Estado; a sua legitimação se dá predominantemente em decorrência dos resultados obtidos e da capacidade de controle social sobre os regulados e, por fim, no plano estrutural, apresenta-se como um direito finalisticamente orientado no sentido da efetivação de políticas públicas.

Por fim, a partir da reconstrução teórica realizada, concluiu-se que a União Europeia é espaço de exercício de constitucionalismo e governança transnacionais, e que o Direito Regulatório é instrumento teórico-prático desse exercício.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Apontamentos sobre as agências reguladoras.** In MORAES, Alexandre de. (org). *Agências Reguladoras.* São Paulo: Atlas, 2002.

DJELIC, Marie-Laure and SAHLIN-ANDERSSON. **Transnational Governance. Institutional Dynamics of Regulation.** United Kingdom: Cambridge University Press. 2006.

ELEFTHERIADIS, Pavlos. **The standing of states in the European Union.** In TSAGOURISAS, Nicholas. *Transnational Constitutionalism. International and European Models.* New York: Cambridge University Press, 2007

FERNANDEZ, Carlos García. **La Manifestación de Impacto Regulatorio-MIR: uma mirada a La regulación de calidad.** In RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. *Regulação e Agências Reguladoras. Governança e Análise de Impacto Regulatorio.* Brasília: Anvisa, 2009.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo.** Rio de Janeiro: Record, 2000.

GOLDMAN, Berthold. **The rebirth of the Lex Mercatoria by French School.** In www.tran-lex.org/000001.

HABERLE, Peter. **Retos Actuales del Estado Constitucional.** Tradução

Xabier Arzoz Santiesteban [S.L]: IVAP, 1996.

HABERMAS, Jurgen. **A constelação pos nacional: ensaios políticos.** São Paulo: Littera Mundi, 1002

HEDMO, Tina; SAHLIN-ANDERSSON, Kerstin and WEDLIN, Linda. **The emergence of a European regulatory field of management education.** In DJELIC, Marie-Laure and SAHLIN-ANDERSSON. Transnational Governance. Institutional Dynamics of Regulation. United Kingdom: Cambridge University Press. 2006.

IANNI, Octavio. **A sociedade global.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional.** São Paulo: Editora Fundo de Cultura S/A, 1965.

KOH, Harold Hongju. **Why Transnational Law Matters.** In Faculty Scholarship Series. Yale Law School. Paper 1793. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad.** Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2007

MARQUE NETO, Floriano. **Agências reguladoras. Instrumentos do fortalecimento do Estado.** Disponível em: WWW.abar.org.br/biblioteca/publicaçõesAbar.

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

PILAU Sobrinho. Liton Lanes. **Comunicação e Direito à Saúde.** 2008. 214f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul. 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática.** V.1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2007.

TEUBNER, Gunther. **Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare Law.** New York: Gryter (European University Institute: Series A), 1987.

TSAGOURISAS, Nicholas. **Transnational Constitutionalism. International and European Models.** New York: Cambridge University Press, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura do Direito.** São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

Páginas da Web:

http://europa.eu/about-eu/eu-history/founding-fathers/pdf/jean_monnet_pt.pdf

http://ec.europa.eu/publications/booklets/eu_documentation.

[http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec
pt.ht](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_pt.ht).

<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/index.htm#founding>

[http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site
/pt_PT/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=FXAC07306](http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/pt_PT/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=FXAC07306).