



PAPLO CERIANI CERNADAS

Advogado (Universidade de Buenos Aires). Doutorando em Direitos Fundamentais, Universidade de Valência. Especialista Jurídico sobre Migrações Internacionais e Pessoas em Movimento Transnacional (Universidade Européia de Madrid). Professor do Mestrado em Direitos Humanos, Universidade Nacional de Lanús (UNLa). Pesquisador do Centro de Direitos Humanos (UNLa), onde coordena estudo sobre infância, migração e direitos humanos, financiado pela UNICEF. Desde 2000 integra o Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), que representa no Comitê Diretor do *Migrants Rights International* (MRI) e onde foi Diretor do

Programa de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Coordenador da Clínica Jurídica de Direitos de Imigrantes e Refugiados (CELS-CAREF-UBA). Consultor em migrações e direitos humanos do Programa para as Américas da Federação Internacional de Direitos Humanos (FIDH). Integrante do Instituto de Direitos Humanos, Universidade de Valência, e do Observatório do Sistema Penal e dos Direitos Humanos, Universidade de Barcelona. Integrante do Instituto Universitário de Direitos Humanos, Universidade de Valência, e do Observatório do Sistema Penal e dos Direitos Humanos, Universidade de Barcelona. Coordenador legal do projeto *Justice Without Borders* (2009-2010), financiado pela Open Society Initiative for West África (OSIWA), sobre direitos humanos e acesso à justiça em casos de deportação de migrantes africanos de território europeu. Tem escrito diversos trabalhos e ministrado inúmeros seminários e cursos sobre direitos humanos, majoritariamente sobre direitos de migrantes. Co-editor (junto com Ricardo Fava) do livro "Políticas Migratorias y Derechos Humanos", Universidade Nacional de Lanús, Província de Buenos Aires, 2009.

E-mail: pablo.ceriani@uv.es; pceriani@unla.edu.ar

RESUMO

Os instrumentos normativos adotados pela União Européia (UE) para garantir a livre circulação entre os territórios de seus Estados-membros estão estreitamente ligados ao controle de suas fronteiras nacionais. Nos últimos dez anos foram criados diversos mecanismos para prevenir, controlar e punir a imigração irregular para a comunidade européia, cujo modelo migratório caracteriza-se por sua visão instrumental que burla os direitos fundamentais e reduz a imigração à mão-de-obra que seu mercado de trabalho necessita. A partir disso, derivam-se normas que reconhecem direitos conforme a nacionalidade e a condição migratória da pessoa. Nesse contexto, o artigo analisará, com um enfoque de direitos humanos, o que se supõe ser um "avanço" radical do processo de exteriorização, do ponto de vista físico, simbólico, político e também jurídico: as operações criadas para impedir a migração de pessoas em "cayucos" ou "pateras" para a Europa a partir das costas de países como Marrocos, Argélia, Senegal e Mauritânia.

Este trabalho, de janeiro de 2009, é uma versão atualizada da pesquisa de doutorado do mesmo autor (inédito).

Original em espanhol. Traduzido por Pedro Maia Soares.

Recebido em: janeiro de 2009. Aprovado em: junho de 2009

PALAVRAS-CHAVE

Controle Migratório – União Européia – Direitos Humanos – Extraterritorialidade – África.



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

CONTROLE MIGRATÓRIO EUROPEU EM TERRITÓRIO AFRICANO: A OMISSÃO DO CARÁTER EXTRATERRITORIAL DAS OBRIGAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Pablo Ceriani Cernadas

1. Introdução

Os Acordos de Schengen e outros instrumentos normativos adotados pela União Européia (UE) para garantir a livre circulação no território de seus Estados-membros estão estreitamente ligados à outra face desse processo: o controle das fronteiras exteriores. Nos últimos dez anos vêm sendo criados diversos mecanismos voltados para prevenir, controlar e punir a imigração irregular para o território dos países da comunidade européia. As normas comuns relativas à obtenção de visto, a responsabilidade dos transportadores e as operações conjuntas de retorno de migrantes (UE. - CONSELHO EUROPEU, Regulamento nº. 574/1999; Diretriz nº. 51/2001 e Decisão 573/2004a), ou os sistemas de informação e vigilância nas fronteiras (Sistema de Informação Schengen – SIS e a Agência Européia para a Gestão e Cooperação Operativa nas Fronteiras Exteriores - FRONTEX¹) são alguns desses dispositivos. Entre as prioridades fixadas pelo Programa de Haia para o quinquênio 2005-2010, foi incluído o reforço da política de controle fronteiriço e a chamada “luta contra a imigração ilegal”².

Junto com as lógicas de controle, segurança e medo (GIL ARAUJO, 2002; SOLANES, 2005), o modelo da UE para a questão migratória também se caracteriza por uma visão instrumental: uma óptica unilateral e limitada que burla os direitos fundamentais e reduz a imigração à mão de obra que o mercado de trabalho necessita (DE LUCAS, 2002, p. 32). A partir disso se derivam normas que diferenciam direitos segundo a nacionalidade e a condição migratória da pessoa. Essa desigualdade supõe uma exclusão de tal magnitude que foi associada a uma lógica de apartheid (BALIBAR, 2003, p. 191-192). A diretriz sobre reagrupação

Ver as notas deste texto a partir da página 212.

familiar é um fiel exemplo dessa desigualdade de direitos, ao limitar – fixando dois pesos e duas medidas – o direito à vida familiar de imigrantes de fora da UE (UE. CONSELHO EUROPEU, Diretriz nº. 86/2003)³. Mais recentemente, a diretriz de retorno de pessoas em situação migratória irregular (UE. PARLAMENTO EUROPEU e CONSELHO EUROPEU, Diretriz nº. 115/2008) supõe um claro retrocesso nos padrões de direitos humanos, particularmente no que se refere à expulsão do país, à privação de liberdade, à detenção de crianças e às garantias de devido processo (DE LUCAS, 2009).

Aos mecanismos de vigilância, de obtenção de visto e à agência FRONTEX, acrescentaram-se novos instrumentos para aumentar a eficácia do controle migratório: acordos bilaterais de readmissão firmados pela Espanha e Itália com países africanos; iniciativas euroafricanas sobre migração e desenvolvimento; a política europeia de vizinhança (PEV); o sistema de identificação digital EURODAC; o reforço de barreiras fronteiriças terrestres (Ceuta e Melilla); desde 2007, as ações da European Patrol Network (EPN) no Mediterrâneo e no Atlântico; a criação das Equipes de Intervenção Rápida nas Fronteiras (RABIT); e etc.⁴. Alguns desses programas foram moldando o processo de externalização do controle migratório⁵.

Neste contexto, o presente trabalho analisará, com enfoque nos direitos humanos, o que se supõem ser um “avanço” radical desse processo de externalização, tanto do ponto de vista físico, como simbólico, político e também jurídico. Referimo-nos às operações criadas para impedir a migração de pessoas em “cayucos” ou “pateras” das costas de países como Marrocos, Argélia, Senegal ou Mauritânia, para a Europa⁶. As ações consistem em interceptar as embarcações e “devolver” as pessoas que viajam nesses frágeis barcos ao lugar de onde saíram ou para outro país que os admita, segundo acordos existentes com as autoridades europeias⁷. Dos múltiplos planos nos quais essas iniciativas interferem, aqui nos interessa especialmente suas implicações jurídicas, concretamente em relação aos direitos das pessoas que se trasladam nessas embarcações e as obrigações dos Estados que intervêm nessas ações.

Nesse sentido, é necessário identificar os motivos pelos quais as autoridades europeias que elaboram e executam essas operações devam assumir a responsabilidade que todo Estado tem com relação a qualquer pessoa “sob sua jurisdição”, dever que excede o marco territorial de um país. Ou seja, a aplicação extraterritorial das obrigações de direitos humanos. Em seguida, examinaremos quais são os direitos que estão em jogo – em risco – com estas medidas de interceptação e devolução em território africano. O direito à vida, à integridade física, ao asilo, à liberdade de circulação, assim como as garantias do devido processo, não estão sendo devidamente consideradas durante essas operações. Nas reflexões finais abordaremos como esses mecanismos de controle supõem um novo desafio para um debate postergado: o alcance e o significado do direito à livre circulação, o qual contemplaria tanto o direito a sair do país (de origem) como o direito a entrar em outro.

2. Conceito de “pessoas sob a jurisdição” de um Estado

Antes de entrar na análise dos direitos em jogo nessas operações de controle migratório, é oportuno fazer alguns comentários sobre um princípio jurídico: a noção

da “jurisdição” estatal nos tratados internacionais de direitos humanos. Como é sabido, as obrigações assumidas pelos Estados nesses tratados devem ser asseguradas a todas as pessoas que se encontram “sob sua jurisdição”.

A esse respeito, é preciso destacar em primeiro lugar que o termo “jurisdição” não tem o mesmo significado que “território” de um Estado. Por isso, as obrigações de direitos humanos não se referem unicamente às ações que realizadas dentro de seu território, mas alude à responsabilidade do Estado pela violação dos direitos de uma pessoa mediante qualquer conduta que seus agentes efetuem no exercício de suas funções, sem prejuízo do lugar onde isso ocorra. Nesse sentido, a extinta Comissão Européia de Direitos Humanos declarou que o dever de assegurar os direitos humanos contidos na Convenção Européia a todas as pessoas dentro da jurisdição do Estado não está limitado ao território do Estado-membro, mas estende-se a todas as pessoas sob sua autoridade e responsabilidade, tanto se a autoridade é exercida dentro do território quanto fora dele. Por este motivo, os agentes autorizados não somente permanecem sob sua jurisdição quando prestam funções no exterior, mas aplicam essa jurisdição a toda pessoa sobre a qual exercem sua autoridade. Se seus atos ou omissões afetam os direitos dessas pessoas, então pode ver-se comprometida a responsabilidade do Estado⁸.

Seguindo este mesmo critério, para a Comissão de Direitos Humanos da ONU, atual Conselho de Direitos Humanos (ONU-CDH), o conceito “indivíduos sujeitos à sua jurisdição” não se refere ao lugar onde ocorre a violação dos direitos, mas à relação entre a pessoa e o Estado, também responsável pelas violações de direitos cometidas por seus agentes no território de outro Estado, seja com a aquiescência deste ou não. Para o CDH, de acordo com o artigo 5.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), nenhum dos elementos do Pacto pode ser entendido no sentido de permitir que um Estado cometa no território de outro violações de direitos proibidas em seu próprio solo (ONU-CDH, 1981, §12.2, 12.3). A uma conclusão similar chegou a Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU-CDESC; 2003, §31) e o Corte Internacional de Justiça (CIJ)⁹. A partir desse padrão, se evidencia que o nexó que a jurisdição do Estado estabelece (em matéria de direitos humanos) não é o território, mas a relação entre um indivíduo e os representantes deste Estado (GIL-BAZO, 2006, p. 593-595). O conceito de “jurisdição” ressalta o controle efetivo que uma autoridade estatal tem sobre uma pessoa, sem prejuízo de estar ou não situada dentro do território de seu Estado (ONU-CDH, 2004a, § 10; DE SCHUTTER, 2005, p. 10; RIJPM; CREMONA, 2007, p. 17).

Ao aplicar estes padrões ao caso em questão, não há dúvidas sobre o controle que os representantes europeus exercem em suas operações em território africano. A presença de uma ou várias pessoas do governo do Senegal ou da Mauritânia nos barcos e patrulhas européias não implica em transferência de autoridade. Em todo o caso, a jurisdição (e a responsabilidade) será compartilhada, segundo as autoridades que intervêm em cada ação, mas não é possível negar o papel determinante que exercem as autoridades européias na vigilância e localização dos cayucos e sua posterior interceptação e devolução.

As informações existentes corroboram essa afirmação. Ao menos pelos dados disponíveis, alguns pesquisadores destacaram que certos acordos bilaterais têm sido

mantidos em segredo (CARRERA, 2007, p. 22; MIR, 2007, p. 4), contrariando os princípios de legalidade, tipicidade e publicidade do direito. O caso das ações implementadas pela Espanha é bem ilustrativo. Os recursos destinados a essas operações avaliam nitidamente a implicação formal da Espanha, tanto material como humana e, principalmente, política. Tal como indica a Associação Pró-Direitos Humanos da Andaluzia (ADDH),

a Espanha destinou quatro embarcações da Guarda Civil [...] para vigiar as águas da Mauritânia e do Senegal [...]. Somente em três países africanos (Mauritânia, Senegal e Cabo Verde) há um total de 64 funcionários, 14 embarcações, dois aviões e dois helicópteros [...] e nas embarcações espanholas que se encontram na Mauritânia e no Senegal viajam policiais africanos, mas somente de forma puramente testemunhal [...] De fato, em cada patrulha viajam oito guardas civis e dois oficiais mauritanos ou senegaleses (APDHA, 2008, p. 40-41).

Cabe acrescentar que a jurisdição também se verifica nesses casos em razão da bandeira dos barcos que realizam a interceptação dos cayucos (WEINZIERL, 2007, p. 40-42).

Essa circunstância fica ainda mais contundente pelas próprias medidas do Estado espanhol. Assim, na decisão do governo pela qual se cria uma autoridade administrativa encarregada de centralizar as iniciativas de controle migratório para as Ilhas Canárias¹⁰, faz-se constar que as ações em águas africanas constituem a aplicação de uma política pública espanhola (e também, europeia), ao afirmar:

as atuações efetuadas pelo Governo nos países de origem dos fluxos migratórios, mediante a realização de operações policiais conjuntas com meios terrestres, aéreos e navais [...], constituem a ferramenta básica para fazer frente à imigração ilegal por via marítima e a isso obedece o planejamento de operações que, sob o amparo de Projetos e Mecanismos de Reação Rápida (MRR) subvencionadas por programas de UE, pretendem fundamentalmente frear a saída de embarcações das costas da Mauritânia [...] e do Senegal (operação Gore²). Nesses projetos bilaterais, além de figurarem meios marítimos e aéreos da Guarda Civil, participam outros do Corpo Nacional de Polícia e do DAVA (Departamento Adjunto de Vigilância Aduaneira)¹³. (ILHAS CANARIAS, Ordem Presidencial PRE/3108, 2006).

É importante considerar um aspecto sobre o qual voltaremos a tratar na próxima seção: o princípio de *não devolução* não deixa de valer pelo fato das forças de segurança de um Estado atuarem por “convite” de outro (em cujo território ocorrem os fatos), tampouco porque a atuação do primeiro se realiza com o consentimento do segundo Estado (expresso, por exemplo, em um acordo bilateral) (BORELLI, 2005, p. 39-68, p. 57-58). Igualmente, cabe reafirmar que nesse caso, mesmo quando existe tal consentimento, a iniciativa, os recursos econômicos, os barcos que efetuam o patrulhamento, o recentemente implementado satélite para monitorar as pateras que partem da costa africana¹⁴ e, definitivamente, a decisão e o interesse político, respondem aos objetivos do controle migratório dos Estados da UE.

Em resumo, nas operações de devolução realizadas em águas africanas podemos observar com nitidez a reflexão que Gondek faz no sentido de que, no atual contexto, marcado pela globalização e pelo aumento de atividades estatais fora de suas fronteiras, a aplicação extraterritorial dos pactos de direitos humanos se tornou cada vez mais relevante (GONDEK, 2005, p. 351). Os princípios ligados ao conceito de “jurisdição” dos tratados de direitos humanos avalizam expressamente sua aplicação nessas circunstâncias. Portanto, a seguir, observaremos quais são alguns dos direitos fundamentais em jogo (ou melhor, em perigo, ou que já foram violados, dependendo do caso) no marco das operações de controle migratório criadas e implementadas por autoridades européias em águas e terras africanas.

3. Controle migratório, direito à vida e à integridade física

3.1. O princípio da “*não devolução*”: *desatenção a um dos princípios fundamentais do direito internacional*

Um dos questionamentos mais sérios que se pode fazer às operações de controle migratório realizadas por autoridades européias em territórios de países africanos é o relativo ao princípio de *não devolução*. Esse princípio, reconhecido de forma expressa e implícita em diversos tratados¹⁵, constitui uma obrigação absoluta e irrevogável, uma norma imperativa do direito internacional consuetudinário (*Jus Cogens*)¹⁶, e como tal não pode ser afetada de forma alguma (por ação ou omissão). Conforme a Corte Internacional de Justiça, seu descumprimento não afeta, mas fortalece esse caráter (ALLAIN, 2001, p. 540-541).

A garantia da *não devolução* proíbe que uma pessoa seja remetida de um Estado para outro quando existam indícios que revelem que ela possa sofrer um prejuízo a sua vida ou integridade física no lugar de destino. Para determinar quando estão presentes esses indícios, é imprescindível a realização de um exame individualizado que permita essa verificação. Não obstante, segundo todas as fontes de informação (oficiais ou de outro caráter) possíveis que possam identificar os mecanismos de interceptação e devolução em águas e costas africanas, não há dados que provem a existência de algum tipo de processo pelo qual, de forma individual, sejam examinadas as circunstâncias de cada pessoa que é coativamente devolvida. Assim, é impossível assegurar que, como resultado dessa devolução ao país do qual saiu (não necessariamente seu país de origem¹⁷), sua integridade física ou sua vida não sofrerá danos.

O princípio de *não devolução* não se aplica unicamente a casos de solicitantes de asilo, mas, ao estar intimamente ligado à proteção do direito à vida e à integridade física, vale para qualquer pessoa que, pelo motivo que for, possa ver esses direitos básicos atingidos caso seja remetida a seu país de origem. Esse princípio também não tem limitações geográficas e deve ser respeitado pelas autoridades de um Estado onde estejam exercendo sua jurisdição, independente do território no qual os atos sejam executados¹⁸. Não somente vale extraterritorialmente, como também é irrelevante a caracterização formal do ato dessa transferência (extradição de acusados de delito, expulsão de imigrantes, devolução etc.) (BORELLI, 2005, p. 64).

Essa posição foi expressamente assumida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em caso que apresenta semelhanças com os atuais controles em costas africanas. No chamado “Caso dos Haitianos”, fazendo referência às medidas de interdição e devolução realizadas por autoridades americanas em águas internacionais e em águas (e costas) da República do Haiti, o fim era impedir a saída de pessoas desse país com destino aos Estados Unidos e outros países. Os EUA alegaram que não se podia aplicar o princípio de *não devolução*, uma vez que as ações aconteciam fora de seu território. A CIDH rejeitou esta posição e indicou que compartilhava da opinião do ACNUR, que esse princípio “não reconhece limitações geográficas”¹⁹.

Por outro lado, é preciso considerar que o princípio de *não devolução* pode ser infringido de maneira indireta. Isto é, não só quando um Estado devolve uma pessoa a outro no qual ela possa correr perigo de vida ou a dados à sua integridade física, mas também quando esse segundo Estado reenvia a pessoa a um terceiro (seu país de nacionalidade), no qual se violam esses direitos. Portanto, a obrigação jurídica de um Estado que remeta uma pessoa a outro país (do qual não é nacional) contempla também o dever de avaliar se o Estado receptor respeitará o princípio de *não devolução*. Caso contrário, ambos os Estados serão responsáveis pela violação deste princípio, através do chamado “indirect removal” (LAUTERPACHT; BETHLEHEM, 2003, p. 115).

Diversos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos pronunciaram-se nesse sentido, fixando um importante padrão. O Comitê contra a Tortura em caso contra a Suécia pela expulsão de um estrangeiro, por uma presumida violação do princípio de *não devolução*, impugnou a atuação do Estado por entender que as autoridades migratórias, ao resolver pela expulsão da pessoa (iraquiano) para a Jordânia, se abstiveram de avaliar o risco de que autoridades jordanianas pudessem deportá-la de volta ao Iraque (COMITÉ CONTRA A TORTURA, 1998, § 6.5 y 7). No âmbito europeu, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) também considerou a hipótese de devolução indireta, embora no caso concreto tenha concluído que não havia violação, já que o Estado intermediário era parte da Convenção Européia e, por conseguinte, não podia violar a proibição do artigo 3^{19,20}.

Nas ações de controle migratório que estamos analisando, não existe informação alguma que permita afirmar que autoridades de países como Senegal, Mauritânia ou Gâmbia cumpriram devidamente a proibição de *não devolução* depois que as pessoas interceptadas foram devolvidas por autoridades européias. Mas o relevante é a ausência de informação que confirme o desenvolvimento de indagações sobre esses aspectos durante procedimentos de retenção e devolução. Organizações sociais espanholas evidenciaram esta situação²¹.

As iniciativas da própria UE confirmam essa ausência. Em dezembro de 2006, a Comissão Européia expressou ser necessário avaliar a possibilidade de estender as obrigações de proteção internacional dos Estados, como o princípio de *não devolução*, às situações em que os barcos de um Estado executem medidas de interceptação. Em particular, disse a Comissão, seria apropriado analisar as circunstâncias em que um Estado estaria obrigado a assumir responsabilidade de examinar uma solicitação

de asilo, como resultado da aplicação do direito internacional de refugiados, durante as operações que estão ocorrendo em águas de outros Estados ou em águas internacionais (Comissão Européia, 2006, §36). As palavras da Comissão são suficientemente claras: deveriam analisar se não estariam obrigados a respeitar suas obrigações internacionais no contexto das políticas e medidas que executam em águas africanas com o objetivo de prevenir a migração irregular. A resposta é bem simples e não requer uma indagação muito profunda. As normas internacionais, os padrões e os princípios básicos do direito internacional dos direitos humanos (como o de *não devolução*), indicam com toda a nitidez que os Estados devem cumprir seus deveres, sem exceção, em qualquer circunstância e lugar em que uma pessoa se encontre sob sua jurisdição.

Esse cenário dá margem a seguinte reflexão: se as fronteiras são “a condição absolutamente não democrática ou discriminatória das instituições democráticas” (BALIBAR, 2003, p. 176), nesse espaço de fronteira difusa, ambígua e movediça, chega-se a um extremo no qual não são aplicados os direitos básicos que as normas reconhecem para as próprias fronteiras (ao analisar as garantias – ausentes – nessas operações, veremos como essa percepção de “zona de não direito” se consolida). Por isso, se ao contrário da posição que assumimos até agora entendêssemos que a responsabilidade por uma eventual violação do princípio de *não devolução* corresponderia ao Estado africano em cujo território ocorreu os fatos, caberia perguntar se responsabilidade também não seria dos Estados europeus que participaram das ações, pois ofereceram a assistência necessária para sua realização e tiveram controle (político, operacional, material e financeiro) sobre essas iniciativas.

3.2. *O direito à vida e as morte de migrantes no mar*

Ano após ano, nas águas do Atlântico e do Mediterrâneo, ocorrem milhares de falecimentos de pessoas que buscam migrar da África para a Europa. É difícil saber com certeza a totalidade de pessoas que perdem a vida durante a tentativa de migrar para outro país, e é igualmente ou ainda mais complexo pronunciar-se – juridicamente – sobre a responsabilidade dos Estados nessas circunstâncias. Evidentemente, essa dificuldade se desvanece quando é demonstrada uma relação causal entre certas condutas e tal desenlace, como poderia ser nos casos em que as mortes ocorreram durante as operações de devolução ou expulsão, com as pessoas sob custódia de autoridades públicas. Entretanto, no que diz respeito aos que morreram no trajeto marítimo, a questão é mais complicada. Nesse ponto, deve-se distinguir a responsabilidade penal e a responsabilidade relativa aos direitos humanos. Os obstáculos que podemos encontrar na determinação de pessoas responsáveis do ponto de vista penal não nos impede de realizar algumas reflexões de uma perspectiva humanitária, centrada no comportamento dos Estados. Assim, como nos demais direitos fundamentais, os Estados devem respeitar e satisfazer o direito à vida. No contexto das políticas de controle migratório, a obrigação de respeitar traduz-se no dever de abster-se de adotar qualquer tipo de medida que possa redundar, direta ou indiretamente, na violação deste direito.

Diante disso, cabe destacar que existem numerosos informes que indicam

duas conexões diretamente relevantes para esta análise. De um lado, políticas migratórias européias cada vez mais restritivas e o aumento da migração irregular e das redes de tráfico de pessoas (delito cujas vítimas principais são as pessoas, não os Estados). Por outro, o aumento e a diversidade dos mecanismos de controle da migração irregular no Mediterrâneo e da costa atlântica marroquina, com a partida de cayucos com migrantes mais ao sul (Mauritânia, Senegal), o que aumenta notavelmente não apenas a distância a ser percorrida, mas também a periculosidade da viagem²². Essa vinculação entre o endurecimento das políticas migratórias, o controle maior da migração irregular e o aumento do número de pessoas mortas no mar exige, ao menos, uma reflexão sobre a responsabilidade dos Estados europeus por adotar medidas que contribuem (junto a outros fatores, claro) para a perda da vida de milhares de pessoas.

Por outro lado, a obrigação de satisfazer os direitos humanos contém o dever de estabelecer as políticas e medidas necessárias para que as pessoas possam gozar efetivamente desses direitos. Nesse sentido, poderíamos dizer que, na medida em que entre os objetivos anunciados pela Agencia FRONTEX e pelos Estados que patrulham as águas internacionais, africanas e européias, para impedir a migração irregular está o de prevenir a morte de migrantes ou reduzir o risco dessas viagens, suas ações constituem uma forma de tentar garantir o direito à vida. Isso não seria errôneo. De todo modo, deve-se dizer que, de um lado, o resgate no mar constitui uma obrigação do direito internacional (CONVENÇÃO SOBRE O DIREITO DO MAR, art. 98.1; CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE BUSCA E SALVAMENTO MARÍTIMOS, §. 2.1.10; EMENDA DE 2004 à Convenção Internacional para a Segurança da Vida Humana no Mar; e ACNUR e ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL - OMI, 2006) e de outro, que a finalidade central e prioritária da presença de barcos e aviões nessas zonas diz respeito à segurança e, dentro dela, ao controle migratório. Os resultados, as ações e os recursos seriam outros se o objetivo prioritário fosse, de maneira irrefutável, o de assegurar o direito à vida²³. Por sua vez, essa obrigação inclui também o dever de investigar seriamente circunstâncias como essas, em que ocorrem milhares de mortes anuais e, conseqüentemente, modificar as políticas e os mecanismos que possam aprofundar a garantia e a proteção desse direito.

A migração, mesmo irregular (ou melhor, especialmente a irregular), é uma decisão extrema que se dirige, precisamente, a tentar exercer de maneira efetiva o direito à vida em condições dignas, assim como o direito à livre circulação e o direito de sair do país²⁴. A privação dos componentes (direitos) que são interdependentes do direito à vida (saúde, trabalho, habitação), do direito a um padrão de vida adequado, é justamente uma das principais causas da migração que se realiza por vias irregulares, de forma mais vulnerável e arriscada. Por isso, com mais razão ainda, é que os Estados deveriam abster-se de continuar com políticas que podem aumentar esses riscos e vulnerabilidades, provocando a morte de milhares de pessoas que buscam uma vida mais digna para si e para sua família. Estamos diante das circunstâncias e conseqüências mais extremas da hierarquização da mobilidade global (BAUMAN, 1999, p. 93-123). Como afirma De Lucas, o direito à circulação não pode ser “um destino fatal, uma empresa perigosa e degradante que aparece como a única opção

para [...] escapar da miséria, da ausência de liberdade, de oportunidades de vida” (DE LUCAS, 2006, p. 40).

4. Intercepção e devolução de migrantes: impacto sobre o direito à liberdade de circulação

O controle migratório no norte ocidental africano também supõe um desafio no plano da liberdade pessoal das pessoas migrantes que são devolvidas, em dois níveis: (1) na detenção imediatamente posterior à intercepção; e (2) no estabelecimento de uma pena pela tentativa de migrar de maneira irregular.

(1) No que diz respeito às ações de intercepção, uma das consequências pode ser a privação da liberdade ao retornar à costa. A Espanha e outros países da União Européia contribuíram (material e politicamente) para a criação de Centros de Detenção de pessoas migrantes em países como Marrocos ou Mauritânia. Esses centros, como destaca Naïr, são um novo fenômeno que se está generalizando fora do território europeu, na execução da política de contenção e filtro atribuída pela UE aos países vizinhos. Caracterizam-se, acrescenta ele, pela indeterminação do estatuto jurídico da pessoa, do prazo de detenção e a ausência de estatísticas e informações básicas sobre esses centros²⁵.

Organizações não governamentais e meios de comunicação descreveram em diversas ocasiões que, depois da detenção de barcos ou de cayucos próximos à costa desses países, as pessoas foram detidas nesse tipo de centro (APDH, 2007, p. 19-20). Em alguns casos, a situação foi mais grave. Em fevereiro de 2007, diante da costa da Mauritânia, foi detido o barco *Marine I* com 372 pessoas (300 da Índia e Paquistão e o resto de países como Mianmar, Sri Lanka, Serra Leoa e Libéria). As autoridades espanholas, no porto de Nuadibú, depois de um acordo com a Mauritânia, dividiram as pessoas conforme o destino que lhes dariam²⁶. Vinte e três pessoas ficaram ali, privadas de sua liberdade. Segundo a informação difundida (não desmentida pelos governos), essas pessoas estiveram detidas em um “galpão de peixes” durante mais de dois meses. É imaginável que as condições de detenção destes lugares não poderiam cumprir os requisitos exigidos por normas e princípios fundamentais (como o conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão da ONU, cf. ONU-AG, Resolução 43/173, 1988). Por sua vez, e contradizendo padrões internacionais²⁷, durante esse período não interveio nenhuma autoridade judicial (mauritana ou espanhola) para revisar a legalidade dessas detenções administrativas ou as condições de detenção.

Diante disso, e como a detenção dessas pessoas havia sido imposta depois da intervenção de autoridades espanholas, e que esse galpão teria sido custodiado por agentes de segurança de nacionalidade espanhola, o Centro Espanhol de Ajuda ao Refugiado, Médicos do Mundo e a Anistia Internacional denunciaram o Estado espanhol à justiça pela violação do direito à liberdade, à integridade física e à tutela judicial efetiva²⁸. A Audiência Nacional (2007a²⁹) negou a demanda, alegando que não houvera uma violação de direitos humanos e que a jurisdição dos fatos correspondia ao Estado mauritano. Esta argumentação chama a atenção porque, segundo os documentos apresentados no processo judicial pelo Estado (um acordo

entre Mauritânia e Espanha), as forças de segurança de ambos os países estariam encarregadas das operações realizadas³⁰. A sentença também destacou que a intervenção espanhola se havia limitado a cumprir com obrigações humanitárias e de salvamento. Embora isso seja, em parte, verdade, a sentença desconhece o marco político e normativo da presença do Estado nessas águas, cujo fim primário não é de caráter humanitário, mas de controle migratório e “luta contra a imigração ilegal”.

(2) Esse cenário de controle da migração da África para a Europa também repercutiu na mudança legislativa (e de sua aplicação) em países africanos, em prejuízo do direito à liberdade pessoal dos que migram ou tentam fazê-lo. A esse respeito, o Relator Especial da ONU sobre Direitos dos Migrantes afirmou que as políticas da UE – mesmo quando a diminuição da migração irregular possa ser um objetivo legítimo – contribuíram para a criminalização da migração irregular, tratando-a como um delito penal (ONU. Conselho de Direitos Humanos, 2008, § 19). Com efeito, nos últimos anos, países como Marrocos ou Senegal modificaram suas leis ou práticas de controle migratório, estabelecendo penas de prisão para quem emigrar de forma irregular. Assim, a Lei migratória 02-03 (aprovada no Marrocos em 2003) impôs sanções de multa e de prisão de 1 a 6 meses (art. 50) às pessoas que saírem ilegalmente do território marroquino e àquelas que entram no país através de lugares diferentes dos estabelecidos para esse propósito.

Os pesquisadores marroquinos concordam sobre as causas dessas mudanças. Para Khachani (2006, pp.48-50), essa norma parece uma resposta às pressões externas em relação à segurança, inscrevendo-se numa situação regional e internacional que prioriza a segurança em detrimento dos direitos humanos e coloca o Marrocos no lugar determinado pela UE, garantindo o controle migratório da região. A função atribuída pela UE ao Marrocos, segundo Belguendouz (2002, p. 42), é a de ser um “cinturão de segurança ou cordão sanitário” da Europa. Ao elaborar-se o projeto que depois se tornaria lei, Khachani afirma que tratou-se de uma “capitulação” aos interesses espanhóis e europeus, uma resposta à “chantagem” e à “pressão”, que “schengeniza” a política marroquina e criminaliza os imigrantes para o Marrocos e a UE (BELGUENDOZ, 2003, p. 33-35).

Outro aspecto que agrava a regressividade e a dimensão da mudança é que dez anos antes da nova lei o Marrocos havia feito um importante gesto no sentido oposto. Em junho de 2003, ratificou, ao contrário de todos os Estados da UE, a Convenção para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migratórios e suas Famílias, cujo texto, segundo o Comitê que verifica seu cumprimento, impede a sanção da migração irregular com penas privativas de liberdade³¹.

Desde 2006, essa mudança na política marroquina tem sido verificada progressivamente em outros países da costa ocidental africana. Nesse sentido, foi enfatizado que a Espanha teria convencido Senegal e Mauritânia para que detenham potenciais emigrantes em suas respectivas costas e readmitam aqueles que conseguiram entrar de forma irregular (neste caso, mediante acordos de readmissão). Consequentemente, o Senegal havia divulgado sua intenção de prender 15 mil pessoas preparadas para partir para as Ilhas Canárias, sendo que 116 pessoas já teriam sido condenadas a dois anos de prisão (SPIJKERBOER, 2007, p. 130). Os meios de comunicação noticiaram casos similares, tanto no Senegal³², como na Argélia³³.

Dessa maneira, a pressão européia para controlar e a sancionar a irregularidade migratória, contribuiu para o uso progressivo do termo “emigração ilegal”. Assim, estariam apoiando uma tendência que criminaliza o exercício do direito fundamental de sair de um país e, em muitos casos, as próprias vítimas de um delito. A esse respeito, Bauman apresenta o paradoxo deste cenário, no qual o mundo “racional” enfrenta o desafio de ter que negar ao próximo (em situação de total vulnerabilidade) o direito à livre circulação, direito que é exaltado “como o êxito máximo do mundo globalizado” (BAUMAN, 1999, p. 102). Nesse sentido, cabe destacar que no “caso dos haitianos” citado anteriormente, a CIDH concluiu “que o ato de interceptar os haitianos em embarcações em alto mar constitui uma violação do direito à liberdade...”³⁴. Ou seja, que o direito à liberdade não é ilegítimamente restringido apenas a privação da liberdade, mas também pelo mero ato de interceptação.

5. O direito ao asilo: devoluções sem possibilidade de solicitar proteção internacional

As interceptações que as autoridades de países europeus realizam na costa ou nas águas de Estados africanos (por exemplo, a Guarda Civil espanhola que patrulha o rio Cassamance, ao sul do Senegal) são efetuadas sem um procedimento que, de maneira individual, estabeleça as medidas e as decisões a serem adotadas em relação a cada uma das pessoas que se encontrem nos cayucos. Disso poderiam se derivar possíveis prejuízos para quem estivesse em busca de asilo. Já indicamos que a própria Comissão Européia (2006, § 10) indagou sobre a necessidade de adoção de medidas que verifique se alguma dessas pessoas requereria proteção internacional.

Atualmente, o eventual trâmite para examinar se uma das pessoas interceptadas precisaria asilo seria realizado, uma vez finalizada a operação na qual intervêm as forças de segurança dos países europeus ou da agência FRONTEX, por funcionários dos respectivos países africanos, segundo a norma e os procedimentos aplicáveis em cada caso. Cabe destacar que em vários desses países não há legislação nem procedimentos oficiais para o reconhecimento do status de refugiado (CONSEIL CONSULTATIF DES DROITS DE L'HOMME, 2008; ANISTIA INTERNACIONAL, 2008).

O problema que nos interessa ressaltar aqui é que, no marco desses procedimentos de interceptação e devolução projetados e executados por autoridades européias, não é possível invocar o direito de asilo e solicitar que se inicie um procedimento para analisar uma petição. Se essa interceptação fosse feita alguns quilômetros mais ao norte (em águas internacionais ou européias), tudo indica que as autoridades encarregadas do controle se veriam obrigadas a iniciar um processo para determinar a concessão do status de refugiado ou de alguma outra classe de proteção. Mas mais ao sul, essa obrigação desaparece. A esse respeito, o Relator Especial das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Migrantes destacou a novidade e gravidade dessas ações e a importância de que

os Estados tomem medidas para que os casos das pessoas interceptadas e resgatadas no mar sejam tramitadas com caráter individual e que se conceda a cada uma delas as devidas

garantias judiciais, e que as pessoas que reclamarem proteção internacional possam ter acesso ao procedimento nacional para a concessão de asilo (ONU. CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS, 2008, § 38-40).

O direito internacional de refugiados não parece legitimar essas práticas, nem sequer em casos nos quais as intercepções não se realizem como política de controle migratório, mas como uma ação de salvamento no mar. A Organização Marítima Internacional (2001, Annex, §5) definiu que qualquer medida que adotada nessas ocasiões deve estar em conformidade com o direito internacional marítimo, assim como com os outros instrumentos internacionais, como a Convenção de 1951 sobre o Estatuto para os Refugiados. Por sua vez, o ACNUR afirmou que as

medidas de intercepção não devem resultar como a negação do acesso à proteção internacional aos solicitantes de asilo e refugiados, ou que os que necessitem de proteção internacional sejam devolvidos, direta ou indiretamente, às fronteiras de territórios onde sua vida ou liberdade estejam ameaçada por motivos previstos na Convenção, ou quando a pessoa possa invocar outros motivos de proteção com base no direito internacional. As pessoas interceptadas que se considere a necessidade de proteção internacional, devem ter acesso a soluções duradouras (ACNUR, 2003, §IV)³⁵.

Do mesmo modo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabeleceu que as faculdades de um Estado para controlar as tentativas de violação das restrições impostas pela norma migratória não podem redundar na privação do asilo garantido às pessoas em diversos tratados³⁶. A CIDH, ao avaliar práticas significativamente similares às operações europeias em território africano, determinou que os controles efetuados por autoridades americanas em águas haitianas violaram o direito de asilo protegido pela Declaração Americana, quando não facilitaram um procedimento que pudesse determinar a necessidade de tal proteção³⁷.

Apesar desses antecedentes e do fato de que a própria União Europeia e seus Estados-membros tenham consciência das obrigações que lhes cabe nessas circunstâncias, a prática de intercepção vigente no norte africano há alguns anos parece dar razão às críticas que identificam este processo de externalização como uma tentativa de satisfazer os objetivos de controle e seleção da imigração, deixando para outros Estados o eventual cumprimento das obrigações de direitos humanos.

6. A ausência de garantias processuais nos controles europeus na África

A execução de medidas de devolução contrárias aos princípios fundamentais do devido processo e aos componentes mínimos do direito à tutela judicial efetiva desenvolve-se, com particular intensidade e envergadura, nos controles realizados na costa do norte africano. É na “frente sul”, como explica Naïr (2006, P. 60-65), que as políticas de “luta contra a imigração ilegal” são levadas adiante pela Espanha, Itália e outros países europeus e, como “subcontratados”, alguns Estados africanos. Nessas operações não há procedimento algum que disponha – e justifique – uma medida

de devolução (isto é, uma “sanção” por uma suposta infração das regulamentações sobre entrada e saída do país correspondente).

Não há procedimento formal. São “atos concretos ilegais” [*vías de hecho*, no original em espanhol] que são proibidos pelos padrões internacionais, que supõem a detenção coativa de uma pessoa e, conforme o lugar dos fatos (mar, costa), seu traslado. É certo que as medidas de devolução (em caso de tentativa de entrada irregular) são executadas seja com base em acordos bilaterais ou convênios de alcance global sobre o tema, seja de maneira *ad hoc* para a resolução de alguma situação particular (como o pacto realizado entre Espanha e Mauritània no caso do barco *Marine I*). Entretanto, esses acordos não contemplam em seu conteúdo as garantias processuais. Por outro lado, também é preciso enfatizar seu caráter “secreto” (CARRERA, 2006, p. 21-22, 25-28). Estas ações parecem ajustar-se ao que Mezzadra (2005, p. 107) alude em relação à “irrupção de critérios administrativos em âmbitos de relevância constitucional, com a carga de incerteza e arbitrariedade que estes procedimentos comportam”.

A falta de consideração com as garantias exigidas pelos tratados de direitos humanos, ainda considerando a jurisprudência restritiva do TEDH em relação às garantias processuais aplicáveis a processos de controle migratório³⁸, se estende às próprias normas da UE. Com efeito, o artigo 13.3 do chamado “Código de Fronteiras Schengen” estipula que as pessoas impedidas de entrar têm o direito de apelar da decisão e devem receber – por escrito – instruções de como obter as informações necessárias para esse fim (UE. PARLAMENTO EUROPEU e CONSELHO EUROPEU. Regulamento nº. 562/2006).

No caso citado sobre a interdição de balseiros haitianos na costa do Haiti e nas águas do Caribe por parte dos Estados Unidos, a CIDH concluiu que essas operações constituíram uma violação do direito ao acesso a tribunais de justiça em defesa de seus direitos³⁹ e descartou a defesa do governo norte-americano que argumentava que tais operações tinham o intuito de reduzir as mortes no mar⁴⁰.

No atual contexto de controle da migração para o sul da Europa, estabeleceu-se uma espécie de barreira virtual nas costas e águas africanas que, ao afastar materialmente as fronteiras exteriores da UE, não são sequer aplicadas as escassas garantias estabelecidas pela legislação desses Estados. Se a norma dos países da UE pode ter inconsistências no que tange ao devido processo e à provisão de um recurso efetivo contra medidas de expulsão ou devolução de migrantes, nessas latitudes vai-se ainda mais longe (geográfica e juridicamente) ao omitir, inclusive, a aplicação dessas poucas garantias (assistência jurídica gratuita, ato administrativo ou, ao menos, um trâmite!). Embora os controles fronteiriços e seus mecanismos coercitivos tenham se estendido centenas de quilômetros para o sul, essa externalização não foi completa, já que as garantias fundamentais foram também “esquecidas” do outro lado, em território europeu. Junto a elas, ficou o princípio de universalidade dos direitos humanos e o caráter extraterritorial de suas obrigações.

Por outro lado, esse tipo de operação põe em risco o princípio internacional que proíbe as expulsões coletivas, reconhecido no Protocolo 4 da Convenção Européia de Direitos Humanos (art. 4), na Convenção Americana (art. 22.9), na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (art. 12.5) e na Carta de Direitos Fundamentais

da União Européia (art. 19.1). Segundo definição dada pelo Tribunal Europeu em diferentes sentenças sobre essa mesma questão, a expulsão coletiva é uma medida que obriga alguns estrangeiros, enquanto grupo, a abandonar um país, mas somente nos casos em que tal medida tenha sido tomada como resultado de um exame sensato e objetivo da situação particular de cada indivíduo. Para o TEDH, do fato de que um determinado número de estrangeiros receba uma decisão similar não se conclui que haja uma expulsão coletiva, pois a cada um deve ser garantida a oportunidade de apresentar de forma individual seus argumentos contra a expulsão perante as autoridades competentes⁴¹.

Essa proibição está inseparavelmente associada ao direito a um devido processo e à tutela judicial, uma vez que sua finalidade é, precisamente, que uma pessoa só possa ser deportada de um país como consequência de um processo legal referido a sua situação particular e com base nos fatos e nas provas pontuais apresentadas em cada caso. Esse processo incluiria a possibilidade de conhecer as razões de tal decisão, as provas e o direito de questionar a ordem através de um recurso efetivo. Por essa razão, a proibição atua como uma garantia contra a arbitrariedade e habilita o questionamento de tal medida quando considerada ilegítima, a partir de um processo com as devidas garantias.

Para notar se, em um caso concreto, essa proibição está sendo respeitada, não somente deveria existir um exame razoável, objetivo e individual de cada medida de repatriação, como também deveriam ser contempladas as circunstâncias nas quais a execução da decisão esteve inserida, segundo os critérios fixados pelo TEDH⁴². Nos controles em águas e costas africanas, não haveria evidência alguma de que se esteja avaliando individualmente a situação de cada pessoa. Assim, esse princípio que vem sendo expressamente custodiado pelo Tribunal Europeu e por organismos equivalentes nos âmbitos americano e africano⁴³, está sendo submetido hoje a uma grave ameaça por parte de políticas de controle migratório que, em certas circunstâncias, priorizam a “eficácia” e “agilidade” desse controle frente a direitos e garantias fundamentais de milhares de pessoas.

Como consequência, essas múltiplas restrições a direitos e garantias denotam também um tratamento discriminatório. Ao serem considerados “imigrantes ilegais” e não pessoas, são privados de um nível mínimo de proteção. Sem prejuízo caso fosse de fato à devolução a seu país o resultado último de um caso, nada legítima a eliminação desses direitos básicos. Ante a uma mera infração administrativa, recebem tratamento diferenciado com base em seu status migratório e, definitivamente, embora de maneira oculta, implícita, em sua identidade. Assim, o resultado é uma degradação profunda da noção de pessoa como titular de direitos humanos. Por trás desses mecanismos, ou em sua justificação, as políticas e práticas estão carregadas de expressões como “ordem pública, luta, combate, emergência, crise, invasão, ameaça”, como se pudessem fundamentar (como em Estado de exceção) a anulação das garantias, mesmo quando isso não é permitido nem sequer nessas circunstâncias. Diante dessa mensagem de emergência, desordem e insegurança, a resposta que prima é a policial (DE LUCAS, 1994, p. 156) e, como vimos, sem garantias que orientem inclusive as políticas de “punição” de uma sociedade democrática.

Esse tratamento ajusta-se à doutrina do “direito penal de exceção”, na qual,

segundo Ferrajoli, um dos elementos que moldam esse tratamento excepcional é que a infração se configura mais a partir de um determinado status do que de um fato, isto é, da subjetividade de uma pessoa ou de um grupo social em detrimento a sua conduta. Por essa razão, nessas circunstâncias, a política – que parte do esquema amigo/inimigo – se define como uma “luta contra...” (FERRAJOLI, 1995, p. 820-822). No mesmo sentido, no campo da política de controle migratório e da limitação de direitos que esta impõe, Zamora (2005, p. 60-61) entende que a dicotomia imigrante bom/imigrante suspeito se constrói a partir de um processo de “produção social da emergência”, da qual se derivariam as tentativas de justificação de uma política baseada em medidas excepcionais.

A Diretriz de Retorno aprovada pela UE constitui o último e mais claro exemplo de negação das garantias mais elementares às pessoas que são interceptadas na tentativa de entrar por vias não regulares em território europeu (CERIANI CERNADAS, 2009b). O notável é que o problema não está somente nos direitos que ela restringe e nas poucas garantias que reconhece, mas que a mesma diretriz – em seu art. 2 – estabelece que essas garantias limitadas poderiam “não” se aplicar quando tratar de pessoas interceptadas ao tentar cruzar irregularmente as fronteiras exteriores da UE.

7. Reflexões finais: controle migratório, direitos humanos e o direito à livre circulação

O atual contexto político e econômico internacional, seu impacto na situação dentro de cada país e particularmente sobre os intensos fluxos migratórios que ocorrem dentro e entre as diversas regiões do planeta, assim como as múltiplas dificuldades enfrentadas por aquelas pessoas que buscam entrar ou residir em outro país e exercer ali seus direitos, tem ampliado o debate sobre o direito à livre circulação. Os obstáculos ao exercício da liberdade de circulação e movimento são de grande envergadura e estão intimamente conectados a questões como as desigualdades entre países e regiões, a manutenção de noções restritivas da soberania estatal e cidadania e, definitivamente, a negação da universalidade dos direitos fundamentais.

Segundo Carens, a cidadania e a política de controle fronteiriço atuam como dispositivos de estratificação e nos remetem às críticas que o liberalismo fez sobre as instituições feudais, nas quais o nascimento era o fundamento de privilégios ou misérias (hoje, o lugar de origem – a nacionalidade – determina em boa medida os direitos, oportunidades e necessidades de cada pessoa). Se as práticas do “antigo regime” eram contrárias à liberdade e à igualdade da pessoa, em que medida se justificam as atuais? (CARENS, 1992, p. 26). Por isso, um grande número de autores destaca a necessidade e o dever de revisar o alcance do direito à livre circulação, seja em reconhecimento ao direito de “imigrar” (DE LUCAS, 2006, p. 37-44; AGUELO, CHUECA SANCHO, 2004, p. 291-292), para modificar as políticas de entrada de estrangeiros e o grau de “abertura ou porosidade” das fronteiras (BENHABIB, 2005, p. 151-156; WIHTOL DE WENDEN, 2000, p. 49), em razão das violações de direitos humanos nos controles fronteiriços, ou ainda pelas desigualdades estruturais do modelo atual em escala global (PÉCOUD, 2007, p. 10-11).

O referente normativo comum sobre o direito à livre circulação – o artigo 13 da Declaração Universal, é total ou parcialmente ignorado pelas políticas estatais, sendo associado unicamente ao direito de emigrar, e não ao de imigrar. Não obstante, diante das progressivas restrições impostas pelas políticas de controle migratório, e mais ainda com seu processo de externalização, como mostra no caso analisado nestas páginas, essa posição tornou-se tão contraditória quanto paradoxal. Há sessenta anos, o direito de sair de seu país e regressar para ele tinha muito a ver com a firme pressão exercida pelos países “ocidentais”. Mesmo tempos depois, no Ato adotado na Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa de Helsinque (1975)⁴⁴, o direito de emigrar foi a principal preocupação dos países “ocidentais”, que enfatizaram a necessidade de tornar efetivo esse direito através de diferentes medidas, especialmente garantindo a reunificação familiar (HANNUM, 1987, p. 48). Sem dúvida, uma interpretação do direito à livre circulação (e à vida familiar) substancialmente diferente do critério atual de diversos Estados europeus e da própria UE.

Antagonicamente, as medidas de controle nas costas e águas africanas pressupõem, na prática, a impossibilidade de milhares de pessoas de sair de seus países pela, praticamente, única via que têm disponível. Além disso, em alguns casos, só o fato de tentar sair pode significar a detenção (sem as garantias básicas) e a posterior submissão a um juízo penal pelo delito de “emigração ilegal”, ou como cúmplice do crime de tráfico de pessoas. Outros milhares perdem a vida nessa tentativa. As circunstâncias que descrevem essa situação – controles militares, serviços de inteligência, detenções, criminalização, mortes – se aproximam cada vez mais de realidades que pareciam superadas, sendo acertada a expressão de Sassen (2006), sobre um *Berlin Wall on Water* [Muro de Berlim sobre Águas, tradução livre].

Ao lado da impossibilidade de sair do país por vias formais, a política dos Estados europeus, da UE (FRONTEX) e a colaboração (subvencionada) de países africanos levaram a que tampouco se possa exercer esse direito de maneira irregular. Note-se a esse respeito que historicamente a relevância desse direito esteve precisamente ligada a necessidade de proteção especial nos casos em que um Estado impunha obstáculos à saída do país por canais regulares e, por conseguinte, as pessoas se viam obrigadas a recorrer a meios alternativos. Nas circunstâncias atuais, os controles migratórios em países de origem e trânsito, junto com as restrições à entrada, praticamente impedem que, de uma maneira ou de outra, uma pessoa exerça esse direito. Nas operações em águas africanas, o direito de sair é seriamente ameaçado (WEINZIERL, 2007, p. 47-50).

Igualmente, frente ao reconhecimento formal do direito de sair de um país, quando os Estados implementam políticas que restringem ou proíbem diretamente a entrada de imigrantes em seu território, alegam que não há um “direito de entrar” em outro país. A esse respeito, enfatizam que enquanto os Estados, respaldados pelo princípio de soberania, continuarem a controlar livremente suas fronteiras (embora com pouca eficácia), enfrentarão “uma crise moral: a emigração é amplamente considerada uma questão de direitos humanos (asilo, não recusa), enquanto que a imigração é considerada uma questão de soberania nacional (entrada, residência). Mas se as pessoas são livres para deixar seu país, para onde podem ir?” (WIHTOL DE WENDEN, 2000, p. 49).

O cenário atual, por conseguinte, caracteriza-se por uma profunda iniquidade. Por um lado, as pessoas que são nacionais dos Estados mais desenvolvidos economicamente – em sua maioria, receptores de fluxos migratórios de outras regiões – encontram poucos obstáculos para exercer o direito à livre circulação, em todos os seus componentes: o direito de sair de seu país e seu lógico correlato, o direito de entrar em outro. Assim, o direito à mobilidade parece estar disponível unicamente para aqueles que têm determinada nacionalidade ou, em outros países, para os – poucos – que têm certo nível econômico ou outros privilégios. Outras pessoas poderão, depois de superar inúmeros obstáculos, sair de seu país e entrar em outro e ali residir, graças a vínculos familiares na sociedade de acolhida, ou pelas necessidades e conveniências do mercado de trabalho. No entanto, a ampla maioria das pessoas está privada desse direito, em um ou ambos os sentidos. Essa situação é legitimada, embora aqueles que se vêem privados da mobilidade sejam particularmente as pessoas em cuja situação esse direito representaria uma das poucas – senão últimas – oportunidades para gozar de outros direitos básicos, como à saúde, à alimentação, à integridade física, etc.⁴⁵.

As circunstâncias são ainda mais complexas se incorporadas outras variáveis nesta análise. Há mais de duas décadas, Hannum (1987, p. 34-40) descreveu alguns debates dos anos 70, nos quais se discutia a legitimidade dos países em vias de desenvolvimento em impor restrições ao direito de sair do país, com o objetivo de evitar a chamada “fuga de cérebros” e contribuir para o desenvolvimento dessas sociedades. É paradoxal que, hoje em dia, sejam os países de recepção de migrantes que imponham esses obstáculos, embora não precisamente às pessoas com maior formação acadêmica, mas àqueles que sofrem diferentes mecanismos de exclusão e privação de direitos em seus lugares de origem. Dessa maneira, essa “fuga” é aceita ou promovida⁴⁶ (sem prejuízo de impacto no país de procedência), enquanto se restringe fortemente a saída daqueles que não se beneficiam de um desenvolvimento desigual e excludente.

Na conjuntura atual, em especial no direito internacional, existe uma disputa colocada em termos claros: de um lado, o exercício discricionário da soberania estatal e, do outro, o direito de imigrar e os direitos dos migrantes. As faculdades dos Estados em relação à admissão de migrantes, que em décadas anteriores quase não encontravam objeção alguma, hoje estão sendo questionadas permanentemente. O direito internacional dos direitos humanos não está fora desse debate, mas ao contrário, é um fator particularmente relevante para inclinar a balança no sentido do reconhecimento do direito de imigrar (mas tampouco negaria o outro extremo). Princípios centrais do direito internacional dos direitos humanos, como o de não discriminação, progressividade, pro homine, universalidade e dinamismo têm um papel determinante. A reafirmação e o aprofundamento desses princípios é, talvez, a tarefa mais importante, não somente dentro dos Estados, mas também na esfera internacional.

No entanto, as políticas e os mecanismos de controle migratório, como os que efetuam os Estados e organismos europeus em território africano, não só evitam o debate sobre o direito à livre circulação (causando um impacto negativo sobre esse direito), como supõem um risco preocupante à proteção de diversos direitos

fundamentais. Na medida em que essas operações constituem um claro exercício da jurisdição de cada um dos Estados europeus envolvidos nessas ações, é iniludível que – de maneira extraterritorial – seja analisada a responsabilidade que lhes compete em matéria de direitos humanos, sem prejuízo a responsabilidade atribuível aos Estados africanos. Estas páginas tiveram como principal objetivo contribuir para divulgar essa realidade, refletir sobre suas implicações e propor os debates necessários para um enfoque integral (centrado nos direitos humanos) do complexo fenômeno da migração internacional, suas causas e consequências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGÊNCIA EFE. Interceptado en Senegal un cayuco con 138 personas rumbo a Canarias. *El Día*, Dakar, 27 mar. 2007.
- AGUELO, P.; CHUECA SANCHO, A. El novísimo derecho humano a inmigrar. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Valladolid, n. 5, p. 291-292, 2004.
- ALGUIEN DELATÓ a la expedición de Cheik. *El País*, Ziguinchor, 12 set. 2006a.
- ALLAIN, J. The *jus cogens* nature of *non-refoulement*. *International Journal of Refugee Law*, Oxford, v. 4, n. 13, p. 533-558, 2001.
- ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS [ACNUR]. *Interception of Asylum-Seekers and Refugees: the International framework and recommendations for a comprehensive approach*. EC/50/SC/CPR.17. Genebra: 9 jun. 2000.
- _____. Comitê Executivo. *Conclusión sobre las salvaguardias de protección de las medidas de intercepción*, n. 97 (LIV), 2003. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2411.pdf>>. Último Acesso em: maio, 2009.
- _____.; ORGANIZAÇÃO MARITIMA INTERNACIONAL [OMI]. *Salvamento en el mar: guía de referencia sobre los principios y prácticas aplicables a migrantes y refugiados*. Genebra: ACNUR; OMI, 2006. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4495.pdf>>. Último acesso em: maio, 2009.
- ANISTIA INTERNACIONAL. *Mauritânia: “nadie quiere tener nada que ver con nosotros”*: Arrestos y expulsiones colectivas de migrantes a quienes se ha negado la entrada en Europa: AFR 38/001/2008. 2008. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AFR38/001/2008/en/ad888d90-46c2-11dd-9dcb-1bbf1ead8744/af380012008eng.html>>. Último acesso em: maio, 2009.
- ARGELIA ENCARCELA a 65 ‘sin papeles’ que intentaron emigrar a España. *El País*, Madrid, 22 nov. 2006b.
- Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía [APDHA]. *Derechos Humanos en Frontera Sur 2007*. 2008. Disponível em: <http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=486&Itemid=45>. Último acesso em: maio, 2009.

- BALIBAR, E. **Nosotros, ¿Ciudadanos de Europa?: las fronteras, el Estado y el pueblo.** Madri: Tecnos, 2003.
- BAUMAN, Z. **La globalización: consecuencias humanas.** Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- BELGUENDOUZ, A. Marruecos frontera con España: ¿socio o gendarme de Europa en África del Norte? In: PIMENTEL SILES, M. (coord.). **Procesos migratorios, economía y personas.** Almería: Caja Rural Intermediterránea, n.1, 2002, p. 33-74. (Colección Mediterráneo Económico).
- . **Le Maroc non Africain Gendarme de l'Europe? Alerte au projet de loi n° 02-03 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières!** Rabat: Inter Graph, 2003.
- BENHABIB, S. **Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos.** Barcelona: Gedisa, 2005.
- BORELLI, S. Casting light on the legal black hole: international law and detentions abroad in the 'war on terror'. **International Review of the Red Cross.** Genebra, n. 857, p. 39-68, 2005.
- CARENS, J. Migration and morality: a liberal egalitarian perspective. In: BARRY, B.; GOODIN, R. (eds.). **Free movement: ethical issues in transnational migration of people and money.** Hertfordshire: Harvester Wheatsheaf, 1992, p. 25-47.
- CARRERA, S. The EU Border Management Strategy: FRONTEX and the challenges of irregular immigration in the Canary Islands. **CEPS Working Document.** Bruxelas, n. 261, 2007. Disponível em: <http://shop.ceps.eu/BookDetail.php?item_id=1482>. Último acesso em: maio, 2009.
- CARTA AFRICANA DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS. Nairobi, 27 jul. 1981.
- CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. 18 dez. 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf>. Último acesso em: maio, 2009.
- CERIANI CERNADAS, P. **El control de la migración irregular en España a la luz de los tratados de derechos humanos: en las fronteras de la legitimidad.** Tese de Doutorado - Universitat de València. València, jun. 2008. 203p.
- . Los derechos de migrantes sin residencia legal en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: un balance complejo ante la realidad y los retos de la inmigración en la región. In: CERIANI, P.; FAVA, R. (eds.). **Políticas Migratorias y Derechos Humanos.** Universidad Nacional de Lanús, 2009a. [no prelo].
- . La directiva de retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos. **Anuario de Derechos Humanos.** Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, n. 5, 2009b, [s/p]. [no prelo].
- COMISSÃO AFRICANA PARA OS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS. **Comunicação n. 71/92: Reencontré Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme v. Zambia.** Decisão. 20ª Sessão, 21-31, out. 1997a.
- . **Comunicação n. 159/96: Union Inter Africaine des Droits de l'Homme et autres v. Angola.** Decisão. 11 nov. 1997b.

- COMISION ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO [CEAR]. **Crisis Marine I: Violación del derecho de asilo de solicitantes de Sri Lanka.** Nota de prensa. Madri: 27 março, 2007.
- COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Becker v. Dinamarca.** Decisão. 03 out. 1975.
- . **Alibaks e outros v. Holanda.** Decisão. 16 dez. 1988.
- . **Stocké v. República Federal da Alemanha.** Decisão. 12 out. 2005.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [CIDH]. **Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos.** Informe n. 51/96. Decisão. 13 mar. 1997.
- COMITÉ CONTRA A TORTURA. **Comunicación No 88/1997:** Suécia. 16 nov. 1998.
- COMITÉ DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E SEUS FAMILIARES. **Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes de Conformidad con el Artículo 9 de la Convención: Observaciones finales del Comité [...]: México.** CMW/C/MEX/CO/1. Genebra, 8 dez. 2006.
- CONFERÊNCIA SOBRE SEGURANÇA E COOPERAÇÃO NA EUROPA. **Ata final.** Helsinque: 1 ago. 1975.
- CONSEIL CONSULTATIF DES DROITS DE L'HOMME. **La protection des refugies au Maroc.** Rabat: 2008.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. San José: 22 nov. 1969.
- CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES. Genebra: 10 dez. 1984
- CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRATÓRIOS E SUAS FAMILIAS. Genebra: 18 dez. 1990.
- CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR. Montego Bay: 1982.
- CONVENÇÃO SOBRE O ESTATUTO DOS REFUGIADOS. 28 jul. 1951.
- CONVÊNIO EUROPEU PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS. 4 nov. 1950.
- CONVÊNIO INTERNACIONAL SOBRE BUSCA E SALVAMENTO MARÍTIMOS. 1979.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [CIDH]. **Caso Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana.** Medidas Provisórias. Decisão. 18 ago. 2000.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA [CIJ]. **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory.** Advisory Opinion. 9 jul. 2004.
- CRAWFORD, J. **Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado:** Introducción, texto y comentarios. Madri: Dykinson, 2004.
- CUTTITA, P. The changes in the fight against illegal immigration in the Euro-

- Mediterranean area and in Euro-Mediterranean relations. **Challenge Liberty & Security Working Paper n. 8**. 2006. Disponível em: <<http://www.libertysecurity.org/article1293.html>>. Último acesso em: maio, 2009.
- DE LUCAS, J. **El desafío de las fronteras, Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural**. Madri: Temas de Hoy, 1994.
- . Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración. In: DE LUCAS, J.; TORRES, F. (eds.). **Inmigrantes: ¿Cómo los tenemos?** Madri: Talasa, 2002, p. 23-48.
- . El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante. In: Mariño Menéndez, F. (coord.). **Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones**. Madri: Catarata, 2006, p. 29-56.
- . La UE ante la inmigración: balance de una esquizofrenia jurídica y política. In: CERIANI CERNADAS, P.; FAVA, R. (eds.). **Políticas Migratorias y Derechos Humanos**. Lanús: Universidad Nacional de Lanús, 2009. [no prelo].
- DE SCHUTTER, O. Globalization and jurisdiction: lessons from the European Convention on Human Rights. **CRIDHO Working Paper n. 04**. Louvain: Université Catholique de Louvain, 2005. (Cellule de recherché interdisciplinaire en droits de l'homme).
- EMENDA DE 2004 ao Convênio Internacional para a Segurança da Vida Humana no Mar, 1974, emendado.
- ESPAÑA. Audiência Nacional. Sala Contencioso-Administrativa. Sección 5ª. N. 01584/2007. 12 dez. 2007a.
- . Guarda Civil. Notas de Prensa. [s.f.]. Disponível em: <<http://www.guardiacivil.es/prensa/notas>>. Último acesso em: maio, 2009.
- . Tribunal Supremo. Sala II de lo Penal. STS n. 788/2007. 8 out. 2007b.
- . Ministério do Interior. Balance de la lucha contra la inmigración ilegal. 2008.
- FERRAJOLI, L. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal**. Madri: Trotta, 1995.
- FRONTERA SUR: nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa. Barcelona: Virus Editorial, 2008.
- GIL ARAUJO, S. Extranjeros bajo sospecha: lucha contra el terrorismo y política migratoria en EE UU y la UE. In: **De Nueva York a Kabul**. Barcelona: Icaria-CIP, Anuario, 2002, p. 127-144.
- GIL-BAZO, M. The practices of Mediterranean States in the Context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension: the Safe Third Country concept revisited. **International Journal of Refugee Law**, Oxford, v. 18, p. 571-600, 2006.
- GONDEK, M. Extraterritorial application of the European Convention on Human Rights: territorial focus in the age of globalization? **Netherlands International Law Review**, Amsterdã, n. 3, p. 349-388, 2005.
- HANNUM, H. **The right to leave and return in International Law and practice**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987.
- ILHAS CANARIAS. **Orden Presidencial PRE/3108**. 10 out. 2006.

- JOHN, A. **Family reunification for migrants and refugees: a forgotten human right? A comparative analysis of family reunification under domestic law and jurisprudence, international and regional instruments, ECHR caselaw and the EU 2003 family reunification Directive**. Coimbra: Universidade de Coimbra, Centro de Direitos Humanos, 2004.
- KHACHANI, M. **La emigración subsahariana: Marruecos como espacio de tránsito**. Barcelona: Fundación CIDOB, 2006.
- LAUTERPACHT, E.; BETHLEHEM, D. The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement. In: FELLER, E.; TÜRK, V.; NICHOLSON, F. (eds.). **Refugee Protection in International Law: UNHCR Global Consultations on International Protection**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 78-177.
- MARROCOS. Lei migratória 02-03 de 1 novembre 2003, relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières.
- MEZZADRA, S. **Derecho de fuga: migraciones, ciudadanía y globalización**. Madrid: Traficantes de Sueños, 2005.
- MIR, M. **Managing the EU's external frontiers: Lessons to be learned from FRONTEX's action in the Canary Islands**. Bruxelas: Challenge Liberty & Security, 2007. Disponível em: <http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf_Managing_EU_s_External_Frontiers.pdf>. Último acesso em: maio, 2009.
- NAÏR, S. **Y vendrán... Las migraciones en tiempos hostiles**. Barcelona: Bronce-Planeta, 2006.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral [ONU-AG]. **Resolução 43/173: Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão**. 1988.
- _____. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. [ONU-CDESC]. **Observaciones Finales: Israel**. 2003.
- _____. Comitê de Direitos Humanos [ONU-CDH]. **Comunicação n. 52/1979: Uruguai. Caso López Burgos**. Decisão. 29 jul. 1981.
- _____. _____. **Comentário Geral n. 31: A índole da obrigação jurídica geral imposta**. 2004a.
- _____. Conselho de Direitos Humanos. **Informe do Relator Especial sobre os direitos humanos dos migrantes**. Genebra: 2008.
- ORGANIZAÇÃO MARITIMA INTERNACIONAL [OMI]. **Interim measures for combating unsafe practices associated with the trafficking or transport of migrants by sea**. MSC/Circ.896/Rev.1. 2001.
- PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. 19 dez. 1966.
- PÉCOUD, A.; DE GUCHTENEIRE, P. Introduction: the migration without borders scenario. In: PÉCOUD, A.; DE GUCHTENEIRE, P. (eds.). **Migration without borders: essays on the free movement of people**. Genebra: UNESCO; Berhahn Books, 2007, p. 1-30.
- RIJPM, J.; CREMONA, M. **The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law**. European University Institute LAW Working Paper 1/07. 2007.

- SASSEN, S. **Migration policy: from control to governance**. 2006. Disponível em: <www.opendemocracy.net/people-migrationeurope/militarising_borders_3735.jsp>. Último acesso em: jan, 2009.
- SOLANES, A. La política de inmigración en la Unión Europea desde tres claves. **Revista Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura**, Madri, n. 713, p. 81-100, 2005.
- SPIJKERBOER, T. The Human costs of border control. **European Journal of Migration and Law**, n. 9, p. 127-139, 2007.
- TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS [TEDH]. **Amuur v. França**. Decisão. 25 jun 1996a.
- _____. **Chahal v. Reino Unido**. Decisão. 15 nov. 1996b.
- _____. **Andric v. Suécia**. Decisão de Admissibilidade. 23 fev. 1999.
- _____. **T.I. v. Reino Unido**. Decisão de Inadmissibilidade. 07 mar. 2000.
- _____. **Conka v. Bélgica**. Decisão. 05 fev. 2002.
- UNIÃO EUROPÉIA [UE]. **Towards a common European Union immigration policy**. [s.f.]. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/immigration/fsj_immigration_intro_en.htm>. Último acesso em: maio, 2009.
- _____. Comissão Europeia. **Programa de Haia. Comunicação da Comissão: COM/2005/0184**. Bruxelas: 10 de maio, 2005.
- _____. _____. **Reinforcing the management of the European Union's Southern Maritime Borders**. Communication from the Commission: COM (2006) 733 final. Bruxelas: 30 nov. 2006. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0733:FIN:ES:PDF>>. Último acesso em: maio, 2009.
- _____. CONSELHO EUROPEU. **Regulamento n. 574**, 12 de março de 1999.
- _____. _____. **Diretriz n. 51**, 28 de junho de 2001.
- _____. _____. **Diretriz n. 86**, 22 de setembro de 2003.
- _____. _____. **Decisão 573**, 29 de abril de 2004a.
- _____. _____. **Regulamento n. 2007**, 26 de outubro de 2004b.
- _____. _____. PARLAMENTO EUROPEU. **Regulamento n. 562/2006**. Código comunitário de normas para o cruzamento de pessoas pelas fronteiras. 15 mar. 2006.
- _____. _____. _____. **Diretriz n. 115**. 16 dez. 2008.
- WEINZIERL, R. **The Demands of Human and EU fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders**. Berlim: German Institute for Human Rights, 2007.
- WIHTOL DE WENDEN, C. **¿Hay que abrir las fronteras?**. Barcelona: Bellaterra - La biblioteca del ciudadano, 2000.
- ZAMORA, J. Políticas de inmigración, ciudadanía y estado de excepción. **Revista Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura**, Madri, n. 713, p. 53-66, 2005.

NOTAS

1. Criada pelo Regulamento N.º 2007/2004 do Conselho Europeu, de 26 out. 2004.
2. É incompreensível que os organismos da UE continuem aludindo formalmente o conceito de imigração “ilegal” dadas as inúmeras críticas feitas a este termo, tal como o enfoque da complexidade do fenómeno migratório em termos de “luta” (UE. COMISSÃO EUROPEIA, 2005). Em igual sentido o faz o governo espanhol (ESPAÑA. Ministerio del Interior, 2008).
3. A esse respeito, ver JOHN (2004).
4. Para maiores informações sobre os diferentes programas e mecanismos de controle migratório projetados pela UE (s. d.).
5. Uma análise detalhada sobre o processo de externalização do controle migratório pode ser encontrada nos diferentes trabalhos compilados em FRONTERA SUR (2008).
6. Nos últimos anos aumentou consideravelmente o número de migrantes desses países para território europeu. Em boa medida, o traslado dos pontos de partida para o sul e para as costas do Atlântico se vincula ao aumento dos mecanismos de controle europeu no Mediterrâneo.
7. Segundo FRONTEX, durante operação chamada Hera II (2006), foram interceptados 57 cayucos, com um total de 3887 pessoas (“illegal immigrants”, segundo terminologia oficial), e, em 2008, foram interceptadas e devolvidas 5443 pessoas.
8. UE. COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Stocké v. República Federal da Alemanha*, Decisão. 12 out. 2005, §166.
9. CIJ. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Advisory Opinion. 2004. §102-113.
10. Orden Presidencial da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se dispone la creación de la autoridad de coordinación de las actuaciones para hacer frente a la inmigración ilegal en Canarias y se establecen normas para su actuación (ILHAS CANÁRIAS, Orden Presidencial PRE/3108, 2006).
11. Não podemos evitar mencionar o paradoxo histórico do nome atribuído a esta operação (“Goreé”): A ilha de Goreé, diante de Dakar, foi durante séculos um dos principais pontos de partida do tráfico de escravos da África para a América (por este motivo, declarada Patrimônio da Humanidade pela UNESCO). Por isso, chama a atenção que o nome de um lugar que simboliza o traslado pela força de milhões de pessoas (um crime contra a humanidade), seja agora invocado para – também de maneira coativa e por barcos europeus – “frear a saída de embarcações”.
12. A informação difundida pela Guarda Civil sobre suas operações em águas africanas também é demonstrativa sobre a “autoridade” que exercem sobre as pessoas interceptadas e devolvidas. A respeito, ver Guardia Civil Española (s.d)
13. O Programa Sea Horse Network, financiado pela UE e pelo Estado espanhol, iniciou em janeiro de 2009 um controle por satélite de cayucos em águas do Atlântico.
14. Entre os ratificados pela Espanha, cabe mencionar: CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS (art. 33), CONVENÇÃO EUROPÉIA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS (art. 3), CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES (art. 3), PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (art. 7).
15. Ver, entre outros, TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, *Chahal v. Reino Unido*. Decisão 15/11/1996b, § 80.
16. Deve-se destacar que nessas embarcações não são transportadas somente pessoas originárias dos países onde atuam as patrulhas europeias (ou seja, senegaleses, mauritanos, etc.), mas também milhares de migrantes provenientes de outros países da África subsaariana (Sudão, Congo, Chade, Guiné Conacri, etc.), ou inclusive da Ásia (Mianmar, Paquistão, Sri Lanka, entre outros).
17. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) também fixou expressamente a vigência da obrigação de não devolução em casos nos quais Estados atuem em território de outro (ACNUR, 2000, §19, 22, 23).
18. CIDH, caso 10.675, Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisión. 13 mar. 1997, § 157.
19. TEDH, caso T.I. v. Reino Unido. Decisão de Inadmissibilidade. 07/03/2000, § 15.
20. Para uma análise do caso e da devolução indireta, ver DE SCHUTTER (2005, p. 28).
21. Para a APDHA (2007, p. 19), neste tipo de repatriações em massa, os procedimentos não avaliam caso a caso se “existirem suficientes garantias de que a repatriação seja ao verdadeiro país de origem, ou que não sofrerão maus tratos ou torturas, ou que não serão abandonados no deserto, como já ocorreu em numerosíssimas ocasiões”, e denuncia que muitas pessoas devolvidas ao Senegal foram torturadas, multadas ou encarceradas.
22. Entre outros, ver: SPIJKERBOER (2007, p. 127-139); CUTTITA (2006, p. 4-5); KHACHANI (2006, p. 27-30).
23. Essas ações de “resgate” não representam, em muitas ocasiões, uma política integral e coerente para garantir o direito à vida e outros direitos fundamentais, se depois – como vimos – se devolve a

peessoa interceptada sem sequer se indagar sobre as consequências do ato à sua integridade física ou se sua vida poderia correr perigo.

24. Sobre o direito de sair do país, seu conteúdo e alcance, ver HANNUM (1987).

25. Com uma simples mudança de posição de uma palavra, Naïr (2006, p. 153) os chama de maneira adequada à realidade: são "Centros de Internamento Ilegais para Estrangeiros", e não "Centros de Internamento para Estrangeiros Ilegais".

26. Ver em detalhe em COMISION ESPANOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (CEAR) (2007).

27. Entre eles, a CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (art. 5.3) e o PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (art. 9.3).

28. Poucas semanas depois estas pessoas foram transferidas para o Centro de Internamento de Migrantes, construído na mesma cidade de Nuadibú (com a cooperação espanhola e da UE) (APDHA, 2007, p. 19). Embora isso tenha implicado em uma "melhora" das condições de detenção, não redundou em uma intervenção judicial (CEAR, 2007).

29. Audiência Nacional. Sala Contencioso-Administrativa. Seção 5ª. N. 01584/2007. 12 dez 2007a.

30. Ao contrário, o Tribunal Supremo reconheceu sua jurisdição para o julgamento de delitos contra os estrangeiros cometidos fora de águas espanholas, através do traslado em cayucos da África. É forçoso deduzir que, se a justiça pode intervir em supostos delitos contra as pessoas migrantes, cometidos fora do território espanhol e no marco de políticas de controle da migração irregular, também terá jurisdição para assegurar os direitos e garantias das vítimas de tais delitos (ESPANHA. Tribunal Supremo, Sala II de lo Penal nº. 788/2007, Sala II do Penal, 8/10/2007).

31. O Comitê recomendou ao Estado mexicano que ajuste a legislação migratória ao disposto na Convenção de 1990 e outros tratados internacionais, o que inclui o dever de eliminar "como delito punido com privação de liberdade a entrada irregular de uma pessoa em seu território"; (Comitê de Proteção dos DIREITOS de todos os trabalhadores migrantes e seus familiares, 2006, § 15).

32. A AGÊNCIA EFE informou que depois que FRONTEX interceptou um cayuco com 138 pessoas, seus ocupantes foram detidos na delegacia de polícia de Dakar e poderiam ser julgados por um tribunal por violação da lei sobre "emigração ilegal". El País destacou que o Procurador Geral de Senegal havia revelado a decisão do Ministro de Justiça de reforçar o castigo aos emigrantes. Assim, as pessoas que pagaram para viajar em cayuco não seriam consideradas "vítimas" de tráfico, mas autoras do delito (ALGUIEN DELATÓ, 2006).

33. Segundo El País, "Um tribunal...condenou...

65 argelinos que tentaram emigrar para Espanha a dos meses de prisão (...) foram aprisionados... por uma patrulha quando navegavam rumo às costas espanholas. Com esta primeira condenação à prisão de aspirantes a emigrar, as autoridades de Argélia tentam dissuadir os jovens de emigrar irregularmente..."; (ARGELIA ENCARCELA, 2006).

34. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe nº. 51/96. Decisão. 13 mar. 1977, §169.

35. Para uma análise mais detalhada sobre as medidas das autoridades do barco que efetua a interceptação, a fim de garantir o direito ao asilo, ver ACNUR e OMI, 2006.

36. TEDH, Amuur v. França. Decisão. 25/06/1996a, § 43.

37. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisão. 13 mar. 1977, §163.

38. A esse respeito, ver CERIANI CERNADAS (2009).

39. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisão. 13 mar. 1977, §180.

40. CIDH. Caso 10.675: Comité Haitiano de Derechos Humanos y otros contra Estados Unidos. Informe n. 51/96. Decisão. 13 mar. 1977, §53.

41. Vejam os seguintes casos: TEDH. Andric v. Suécia, decisão de admissibilidade. 23/02/1999; TEDH. Conka v. Bélgica Decisão. 05/02/2002, COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Becker v. Dinamarca. Decisão. 03/10/1975; e COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS Humanos. Alibaks e outros v. Holanda. Decisão. 16/12/1988.

42. TEDH, Conka v. Bélgica. Decisão. 05/02/2002, §61-63.

43. CIDH. Caso Haitianos e Dominicanos de Origen Haitiano na República Dominicana, Medidas Provisórias, Decisão. 18/08/2000; COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Comunicação nº. 71/92. Reencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme v. Zâmbia. Decisão. ? de outubro de 1997a e COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Comunicação nº. 159/96. Union Inter Africaine des Droits de l'Homme et autres v. Angola Decisão 11/11/1997.

44. Ver, em particular, a seção "Human Contact".

45. DE LUCAS (2006, p. 40) afirma que o direito à circulação não pode ser "uma opção reservada a uns poucos, os ricos e famosos (um privilégio)..."

46. Neste sentido, além da regulamentação de diferentes países sobre as categorias migratórias, cabe mencionar a Proposta de Diretriz atualmente em debate na UE, "relativa às condições de entrada e residência de nacionais de terceiros países para fins de emprego altamente qualificado".

ABSTRACT

The legal instruments adopted by the European Union (EU) to ensure free movement within the territory of the Member States are closely linked to the control of the external borders. Over the past ten years, EU member states have created various mechanisms to prevent, control, and punish irregular immigration to the European community, whose migration model is characterized by an instrumental vision that cheapens the value of fundamental rights and reduces the low-skilled labor migration needed by the labor market. From there, EU states derive laws that recognize rights according to the person's nationality and immigration status. In this context, this paper will analyze, with a focus on human rights and from physical, symbolic, political, and legal points of view, what is supposedly a radical "advance" of this process of externalization: the operations created to impede migration of people in "canoes" or "boats" to Europe from the coasts of countries like Morocco, Algeria, Senegal or Mauritania.

KEYWORDS

Migration Control – European Union – Human Rights – Extraterritoriality – Africa.

RESUMEN

Los instrumentos normativos adoptados por la Unión Europea (UE) para garantizar la libre circulación en el territorio de los Estados miembros están estrechamente ligados al control de las fronteras exteriores. En los últimos diez años se han creado diversos mecanismos para prevenir, controlar y sancionar la inmigración irregular hacia la comunidad europea, cuyo modelo migratorio se caracteriza por su visión instrumental que regatea los derechos fundamentales y reduce la inmigración a la mano de obra que necesita el mercado de trabajo. De allí se derivan normas que reconocen derechos según la nacionalidad y condición migratoria de la persona. En este contexto, este trabajo analizará, con un enfoque de derechos humanos, lo que supone un "avance" radical de ese proceso de externalización, desde el punto de vista físico, simbólico, político y también jurídico: los operativos creados para impedir la migración de personas en "cayucos" o "pateras" hacia Europa desde las costas de países como Marruecos, Argelia, Senegal o Mauritania.

PALABRAS CLAVE

Control Migratorio – Unión Europea – Derechos Humanos – Extraterritorialidad – África.