



## **A UNIÃO EUROPEIA E O ACERVO DE SCHENGEN: ENTRE A EVOLUÇÃO CRIATIVA E A FRAGMENTAÇÃO DESTRUTIVA**

**MARC ANTONI DEITOS**

Professor do Curso de Relações Internacionais da Uniritter

Doutorando em Direito Internacional pela UFRGS

E-mail: marc\_deitos@uniritter.edu.br

### **Resumo**

O Acervo de Schengen constitui o eixo responsável pela livre circulação de pessoas na União Europeia (UE). Por não ter origem na estrutura institucional do bloco europeu, ele foi recepcionado pelos Estados-membros por meio de flexibilidades. Esse mecanismo de integração diferenciada estabeleceu uma UE em duas velocidades, com alguns Estados que andam à frente do processo de livre circulação de pessoas, e outros que avançam mais lentamente. Desde a inserção das flexibilidades na UE, o debate sobre os riscos desse mecanismo desencadear uma fragmentação destrutiva do projeto integrativo esteve presente, tendo em vista as velocidades díspares com que os Estados implementam as políticas comuns. O Tratado de Lisboa, de 2009, potencializou as flexibilidades, criou novos mecanismos de integração diferenciada, e aumentou os riscos de uma fragmentação destrutiva. Com o objetivo de investigar a reconstrução de algumas fronteiras internas na UE e sua relação com as novas flexibilidades inseridas em Lisboa, esse artigo conclui pela preponderância histórica do componente criativo sobre os riscos da fragmentação, mesmo que, em cenários de crise, as análises de conjuntura ressaltem os riscos de cisão no processo integrativo europeu.

**Palavras-chave:** União Europeia; Schengen; Flexibilidades.



## Abstract

The Schengen Acquis is responsible for the free movement of persons in European Union (EU). Despite its origin outside the institutional structure of the EU, it was integrated by EU Member States under some flexibility. This mechanism of differentiated integration established a two-speed EU, with some States moving faster than others in relations to the free movement of persons. Since the insertion of flexibilities in EU, the debate about the risks of a destructive fragmentation was present, given disparate speeds that States implement common EU policies. In 2009, the Lisbon Treaty potentiated the flexibilities, established new mechanisms for differentiated integration and subsequently increased the risk of a destructive fragmentation. Aiming to investigate the reconstruction of some internal borders in EU and its relationship with the new flexibilities embedded in Lisbon, this articles conclude by a historical preponderance of the creative component over the risks of fragmentation.

**Keywords:** European Union; Schengen; Flexibilities.

## INTRODUÇÃO

Um forte pessimismo e descrença pairam sobre o futuro da União Europeia (UE). Em 2013, a crise na Grécia não dá sinais de trégua e Inglaterra ameaça retirar-se do processo de integração. O ressurgimento das fronteiras internas, abolidas há mais de duas décadas, foi tema central da última eleição francesa, e a Dinamarca restituiu o controle do ingresso de pessoas em seu território. Ao pessimismo generalizado (DALRYMPLE, 2010), e como resposta para os problemas atuais por que passa o bloco, de que é exemplo a grave crise econômica, alguns analistas defendem um aprofundamento da integração na UE. Diante desse quadro altamente controverso, e com foco nas implicações da conjuntura econômica desfavorável sobre a livre circulação de pessoas, pergunta-se: está-se diante de uma nova onda de evolução criativa na UE, ou partimos para a temida fragmentação destrutiva, como antecipou Stephen Wetherill em 1995 (WETHERILL, 1995)?

Quando Stephen Wetherill cunhou as expressões evolução criativa e fragmentação destrutiva ele referia-se à inserção de flexibilidades pelo Tratado de Maastrich, de 1992, para a adesão dos Estados a determinados acordos da UE, como, por exemplo, à livre circulação de pessoas, à zona do euro e à carta social europeia. Sem dúvidas, uma maior flexibilidade para os Estados optarem em participar ou não em certos temas da integração implicava diretamente o risco de uma fragmentação no processo integrativo que, em um cenário pessimista, levaria a destruição do próprio sistema. Esse risco, portanto, deveria ser contornado pela concepção funcionalista de que a cooperação entre os Estados evoluiria a partir da percepção dos ganhos mútuos em fazer parte do conjunto das áreas inseridas na integração. O Tratado de Maastrich, nesse sentido, constituiu uma aposta na cooperação e na evolução criativa por meio de flexibilidades para o aprofundamento do processo integrativo do bloco europeu, assumindo os riscos de uma fragmentação destrutiva.

O Tratado de Lisboa, em vigor desde 2009, possibilita aos Estados-membros uma flexibilidade sem precedentes nos acordos da UE. Por um lado, o Tratado de Lisboa estabeleceu um procedi-



mento facilitado para o Estado retirar-se de determinadas áreas da integração. Por outro lado, como forma de frear ou desencorajar esse comportamento, criou também um mecanismo de afastamento desse Estado do processo integrativo por decisão da UE. Ou seja, a UE, ao mesmo tempo em que concedeu mais flexibilidade aos Estados, também ameaçou que o uso dessa flexibilidade pode implicar a expulsão do Estado da organização internacional.

As flexibilidades tem relevância especificamente importante para os temas compreendidos no Acervo de Schengen, que tem como característica essencial os avanços e os retrocessos decorrentes da segurança ou da insegurança com que os Estados percebem a livre circulação de pessoas entre suas fronteiras. O Acervo de Schengen constitui a parte do processo de integração europeia responsável pela livre circulação de pessoas no espaço comum europeu, formado tanto por Estados-membros da EU como por Estados não-membros do bloco.

A iniciativa do Acervo de Schengen nasceu de uma ação intergovernamental fora do âmbito da integração europeia, e foi introduzido no arcabouço institucional da UE por meio do Tratado de Amsterdam de 1997. Ele constitui a primeira experiência na UE na utilização do mecanismo de cooperação reforçada entre alguns Estados-membros, em que as flexibilidades são plenamente operantes, e que demonstra o funcionamento da evolução criativa do processo de integração europeu.

Desde a inserção do Acervo de Schengen na estrutura institucional da UE, os Estados podem optar por participar de novos aprofundamentos nos temas por ele abarcados. Essa alternativa corresponde a fazer uso das flexibilidades, pois o Estado pode optar por permanecer imune às novas rodadas de integração. Em 2007, a Corte de Justiça da União Europeia<sup>1</sup> (CJUE) analisou o modo de operação das flexibilidades, em que transparece um claro incentivo à participação máxima dos Estados no Acervo de Schengen, e um desestímulo aos Estados que optam por aderir somente a algumas de suas políticas.

Esse posicionamento da CJUE constituiu uma força determinante para a reforma das flexibilidades no Tratado de Lisboa, inclusive pela previsão da expulsão de um Estado-membro quando ele se retirar de parte do Acervo de Schengen. Esse mecanismo busca constranger o comportamento do Estado que escolhe à la carte no menu do Acervo de Schengen o que, quando e como deseja aderir. As flexibilidades no Tratado de Lisboa são certamente mais extensas, e agora estão disponíveis tanto para Estados como para a UE. Ainda não se sabe se, num cenário de crise, e diante dos novos desejos políticos nacionais que buscam segurança e estabilidade no Estado, essas flexibilidades potencializadas em Lisboa não conduzirão à fragmentação destrutiva.

Para responder ao problema colocado nesta introdução, o artigo divide-se em duas partes, além de uma conclusão. Na primeira parte, busca-se compreender os mecanismos de integração diferenciada que possibilitaram acoplar o Acervo de Shenguen a UE: a evolução criativa. Na segunda parte, investiga-se como o uso desses mecanismos de integração diferenciada foram extremados no Tratado de Lisboa: a fragmentação destrutiva. Na conclusão, um balanço dessas duas posições

1 Adotar-se-á Corte de Justiça da União Europeia para designar o tribunal responsável por interpretar o direito da União Europeia, mesmo que, ao longo do processo integrativo europeu, essa Corte tenha recebido nomes vários, como Corte de Justiça das Comunidades Europeias, por exemplo. Por isso, Corte de Justiça da União Europeia, nesse texto, refere-se a esse tribunal, independente do momento histórico da integração europeia, em que outras nomenclaturas lhe antecederam.



aponta para um momento em que a evolução criativa guiará a UE para um novo patamar de integração.

## **2. Acervo Schengen e a geometria variável na União Europeia: a evolução criativa**

### 2.1 Schengen na União Europeia: o jeitinho europeu

O Tratado de Roma, de 1957, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE), previa a criação de um mercado comum, em 12 anos, onde quatro liberdades estivessem garantidas: a livre circulação das pessoas, dos serviços, das mercadorias e dos capitais. Após 55 anos de funcionamento do mercado comum europeu e das reformas nos tratados constitutivos da CEE ocorridas, principalmente, com o Ato Único Europeu, de 1986, e com o Tratado de Maastricht, de 1992, o mercado comum segue como uma das principais políticas da UE previstas no Tratado de Lisboa, de 2009.

O mercado comum previsto no Tratado de Roma corresponde a um grau bastante elevado de integração econômica, em que os fatores produtivos precisam circular livremente para alcançar o objetivo de promover um desenvolvimento harmonioso das atividades econômicas. A realização desse objetivo exige a livre circulação dos fatores de produção, tendo em vista que o empresário e o trabalhador possam instalar sua empresa ou prestar seu serviço em qualquer Estado-membro do mercado comum, vender os bens produzidos e deslocar o capital obtido tanto com a produção de bens como com a prestação de serviço.

A lógica descrita acima implica que a liberdade de circulação das pessoas em um mercado comum deve ser entendida como um fator de produção. O beneficiário do direito à livre circulação no mercado comum não é, por isso, qualquer pessoa, mas a pessoa trabalhadora, a pessoa assalariada, a pessoa como fator de produção e geração de riqueza. Além de essa liberdade restringir-se à pessoa trabalhadora, ela incide exclusivamente sobre os trabalhadores nacionais dos Estados-membros do bloco. Por isso, a liberdade de circulação de pessoas, na origem do processo de integração europeu, privilegiava exclusivamente os trabalhadores assalariados ou prestadores de serviços nacionais dos Estados-membros. Logo, esse direito à liberdade de circulação não constituía um direito autônomo dos nacionais dos Estados-membros, mas um direito derivado de ser a pessoa um trabalhador.

O caminho percorrido para a livre circulação de pessoas alcançar os indivíduos em geral, e desvincular-se da relação de trabalho, foi alargado com o Ato Único Europeu, de 1986. Esse tratado prescreveu o estabelecimento progressivo de um espaço sem fronteiras internas, onde deve ser assegurada a livre circulação das pessoas. Mas, sobretudo, esse direito deixou de estar ligado a uma atividade econômica para se tornar um direito do cidadão europeu com o Tratado de Maastricht ou Tratado da União Europeia, de 1992. O Tratado de Maastricht criou a cidadania europeia, e reconheceu a qualquer cidadão europeu o direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-membros. Desde então, a livre circulação de pessoas no bloco europeu não está mais conectado a uma atividade econômica, mas a um direito de cidadania.



Para a construção do espaço sem fronteiras internas, foi necessária a cooperação dos Estados para suprimir as clássicas fronteiras nacionais e transferir o controle do ingresso de pessoas para uma fronteira alargada, que constitui a porta de acesso ao espaço comum. Essa foi a estratégia que impulsionou alguns Estados, antecipando-se aos tratados comunitários, a iniciarem a construção do Espaço Schengen.

O Acordo de Schengen, que dá início a construção do Acervo de Schengen<sup>2</sup>, foi concluído em 1985, por cinco Estados: Bélgica, Holanda, Luxemburgo, República Federal da Alemanha e França. O Acordo de Schengen tem a natureza de um tratado internacional clássico, intergovernamental, não pertencendo ao arcabouço institucional e à construção normativa do processo integrativo europeu. Ele constitui uma declaração de intenção para suprimir progressivamente o controle das fronteiras comuns e estabelecer um regime de livre circulação aplicável a todas as pessoas – não somente aos nacionais dos Estados signatários do Acordo, mas também aos nacionais de outros Estados-membros do bloco europeu, e mesmo aos nacionais de Estados-terceiros que cruzassem suas fronteiras.

Em 1990, após cinco anos de negociações consideradas pouco transparentes, foi assinada a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen entre os cinco países signatários originários do Acordo de Schengen, com o objetivo de definir as condições de aplicação e as garantias para a execução da política de livre circulação de pessoas. As principais críticas endereçadas ao, já então, Acervo de Schengen advieram da forma como as negociações foram conduzidas e por sua natureza extra-comunitária (COSTA-LASCOUX, 1992).

De fato, o Acervo criava um espaço experimental de aprofundamento da integração exclusivo aos Estados signatários, e que não pertencia aos mecanismos e processos de decisão da CEE. A natureza desse acordo intergovernamental impossibilitava que Estados-membros da CEE deixados de fora de Schengen, e que a ele desejassem posteriormente aderir, pudessem negociar os seus termos. O Acervo firmado entre os cinco Estados desenhava o caminho que seria trilhado pelos demais Estados-membros para a implementação da livre circulação de pessoas, mesmo que os tivessem excluído do processo de elaboração dessa política.

A decisão dos cinco Estados signatários do Acervo de Schengen em perseguir uma cooperação fora do âmbito da CEE deveu-se ao amplo debate que dividia os Estados em dois grupos. De um lado, alguns Estados-membros desejavam que a livre circulação de pessoas se aplicasse exclusivamente aos nacionais dos Estados-membros, o que implicaria a manutenção do controle nas fronteiras internas para identificar as pessoas beneficiárias da livre circulação. De outro lado, alguns Estados defendiam a livre circulação para qualquer indivíduo que se encontrasse dentro do espaço comum. Foi esse último grupo que estabeleceu o Espaço Schengen, ao considerar a supressão dos custos administrativos nas fronteiras internas como fator econômico essencial da teoria da integração econômica (COSTA-LASCOUX, 1992).

Em 1995, o Acervo de Schengen passou a vigorar entre os cinco Estados signatários, somados a Portugal e a Espanha. Mesmo que outros países já tivessem aderido ao Acervo (Itália, Grécia, Áustria),

2 Acervo de Schengen refere-se a toda construção normativa que hoje o compõe, e que foi iniciada com o Acordo de Schengen.



eles não possuíam o controle necessário de suas fronteiras para serem plenamente incluídos do Espaço Schengen. O Comitê Executivo do Acervo Schengen realizava uma avaliação da capacidade de cumprimento do Acervo por parte do Estado, só aprovando sua inclusão quando considerasse o Estado apto para executar as suas medidas. Desde sua entrada em vigor, ele possibilitou a abolição do controle nas fronteiras internas entre os Estados-parte e o estabelecimento de uma fronteira externa única, onde é efetuado o controle de acesso ao espaço comum.

O Acervo de Schengen, concebido fora do âmbito institucional do bloco europeu, foi posto em operação com uma estrutura independente das instituições comunitárias. Foi estabelecido um Comitê Executivo, formado por um Ministro de cada Estado-parte, com a responsabilidade de zelar pela execução do Acordo, e cujo procedimento de tomada de decisões ocorria com base no consenso. Apesar dessa estrutura autônoma, os Estados-parte do Acervo tinham o objetivo de inseri-la, oportunamente, no arcabouço institucional da UE, impondo aos demais Estados-membros a sua visão de como a política de livre circulação de pessoas no bloco deveria funcionar.

A oportunidade de inclusão do Acervo de Schengen na estrutura institucional da UE ocorreu com as reformas decorrentes do Tratado de Amsterdam, de 1997, que, dentre outros objetivos, buscava desenvolver um espaço de liberdade, de segurança e justiça, ampliando e refinando o conceito de espaço sem fronteiras internas. Além disso, o Tratado de Amsterdam transferiu as funções do Comitê Executivo do Acordo de Schengen para o Conselho da UE, unificando o processo decisório na estrutura institucional do bloco europeu, e submeteu o Acervo de Schengen e sua aplicação à análise da CJUE.

A criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça (ELSJ), em que o Acervo de Schengen foi incluído, visava, claramente, dois objetivos. Por um lado, buscava garantir que a evolução do Acervo de Schengen ocorresse dentro da base de objetivos e princípios da UE (unidade, coesão e solidariedade, cooperação leal, dentre outros). E, por outro lado, visava que a livre circulação de pessoas não implicasse o aumento da criminalidade transfronteiriça, como o tráfico de drogas, de seres humanos, de armas, além de qualquer forma de criminalidade organizada, como o terrorismo.

## 2.2 Mecanismos de integração diferenciada: as flexibilidades no Acervo de Schengen

Os mecanismos de integração diferenciada se referem a uma variedade de formas de cooperação que não contemplam todos os Estados-membros da UE e que, por isso, distribui de forma desigual os efeitos políticos entre os países do bloco (CLOSA MONTERO, 2011). A natureza da integração diferenciada exige a concessão de flexibilidades aos Estados-membros para participarem ou permanecerem à margem da área de cooperação específica envolvida pelo acordo internacional.

Historicamente, as flexibilidades, em um processo de integração caracterizado pela supranacionalidade, geraram debates sobre os riscos de uma fragmentação irreversível, que degenerasse a unidade do processo integrativo (ERLHERMANN, 1984). A superação dos riscos inerentes às flexibilidades advém da percepção de que elas constituem muito mais um meio para aprofundar a integração que um fim em si mesmo (MANIN, 1996), ao possibilitar que alguns países avancem mais rapidamente, e funcionando como uma força motriz do processo integrativo.



Apesar do debate sobre a integração diferenciada ser mais antigo, as flexibilidades só foram inscritas no direito comunitário com o Tratado da UE, ou Tratado de Maastrich, em 1992. A inserção das flexibilidades adveio da necessidade de acomodar dois temas considerados sensíveis na agenda no bloco: a implantação da zona do euro (União Econômica Monetária<sup>3</sup>) e da Carta Social Europeia<sup>4</sup>. Para essas duas políticas, os Estados-membros puderam optar em aderir ou não ao aprofundamento do processo integrativo. A implicação em permanecer fora dessas políticas constituía na não participação no processo decisório sobre a evolução desses temas.

O Tratado de Amsterdam, de 1997, criou um mecanismo de integração diferenciada para integrar os acordos internacionais (Acervo de Schengen e Carta Social Europeia) que não faziam parte do acervo comunitário na arquitetura institucional na UE: a cooperação reforçada. A lógica da cooperação reforçada é de que os Estados-membros que desejam avançar no processo integrativo não devem ficar atados aos países que buscam uma integração mais lenta e menos extensiva.

A estratégia política, na origem da cooperação reforçada, consistia na concepção de que os Estados agem com maior cautela ao bloquear uma negociação que pode acarretar o seu abandono pelos demais Estados, e, por consequência, a implementação da integração sem a sua participação. Mesmo que o Estado não participe da cooperação reforçada e não seja afetado por suas decisões, ele também não é capaz de participar das negociações nessas áreas e, portanto, de defender seus interesses na evolução do processo integrativo.

A cooperação reforçada foi estabelecida no Tratado de Amsterdam com dois objetivos. O primeiro foi receptionar o Acervo de Schengen e a Carta Social Europeia, que constituíam projetos de cooperação em áreas específicas estabelecidas fora da arquitetura institucional da UE. O segundo era evitar que novos aprofundamentos viessem a ocorrer pela via intergovernamental, colocando a disposição dos Estados-membros um instrumento de integração diferenciada que pudesse ser ativado, mas cujo desenvolvimento se vinculava à estrutura comunitária.

Quando o Acervo de Schengen foi receptionado pela UE, os Estados puderam adentrar a cooperação reforçada (opt-in), ou ainda, após experimentar a participação no Acervo, se retirar desse mecanismo (opt-out), utilizando plenamente das flexibilidades ofertadas. Os Estados poderiam ainda opt-in para medidas específicas, como o asilo, e a imigração, por exemplo, sem a necessidade de vincular-se à completude do Acervo de Schengen.

A origem intergovernamental do Acervo de Schengen aliada à sua inclusão, no Tratado de Amsterdam, na forma de um mecanismo de cooperação reforçada, em que os Estados podem opt-in/opt-out, criou um acordo de geometria variável. A geometria variável é definida como um sistema em que diferentes grupos de Estados, membros ou não de um processo de integração, participam de diferentes políticas vinculadas a esse processo (CLOSA MONTERO, 2011). Por sua natureza inicial ser intergovernamental, aderiram ao Acervo de Schengen países que não são membros da UE. Além disso, pelo fato de, quando de sua recepção pela UE, alguns países optarem por não se vincular ao Acervo, nem todos os países da UE dele participam, criando a seguinte geometria variável:

3 Desde o seu início, a União Econômica e Monetária funcionou dentro do arcabouço institucional da UE, mesmo que os Estados pudessem escolher em fazer parte da zona do euro ou permanecer com suas moedas nacionais.

4 A Carta Social Europeia constituía um acordo intergovernamental entre 11 Estados que, assim como o Acervo de Schengen, foi integrada à estrutura institucional da UE com o Tratado de Amsterdam.



- Estados-membros da União Europeia e parte do Acervo de Schengen;
- Estados-parte do Acervo de Schengen que não são membros União Europeia;
- Estados que, apesar de membros da União Europeia, não participam do Acervo de Schengen.

Essa geometria variável inicial torna-se mais complexa ao se considerar que os Estados-membros da UE, mas que não são partes do Acervo de Schengen, podem selecionar quais políticas cobertas pelo Acervo eles desejam exercer o direito de opt-in. Essa dinâmica estabelece feixes em que o Estado se vincula mais estreitamente à integração europeia, e feixes em que se ele distancia politicamente do projeto integracionista.

Outro aspecto importante diz respeito aos Estados que, apesar de membros da União Europeia, não participam do Acervo de Schengen. Razões diferentes explicam a não participação desses Estados nas fronteiras comuns. Enquanto, de um lado, Inglaterra, Dinamarca, Irlanda e Irlanda do Norte optaram por não aderir ao Acervo de Schengen e manter a soberania sobre suas fronteiras, de outro lado, Romênia, Bulgária e Chipre não reúnem os requisitos para o cumprimento do Acervo de Schengen, segundo o Conselho da UE, órgão responsável por aprovar o ingresso dos Estados candidatos. Para zelar pelas fronteiras comuns, o bloco serve-se da Hungria, Eslováquia e Eslovênia como Estados-tampão. Participar do mecanismo de cooperação reforçada constitui um encontro entre o interesse do Estado e a aprovação do Conselho da UE.

Como se pode verificar, do momento em que os cinco Estados decidiram, em 1985, suprimir as fronteiras internas até a incorporação e desenvolvimento do Acervo de Schengen na arquitetura institucional da UE, a evolução criativa foi uma de suas características fundamentais. Mesmo na presença de divergências quanto à forma do Acordo e quanto ao seu conteúdo, os Estados foram capazes de buscar uma unidade na diversidade de interesses que os impulsionam a cooperar na construção de um espaço comum de liberdade. Os mecanismos de integração diferenciada constituem uma ferramenta para evoluir criativamente o processo de integração europeu, mesmo que esses mecanismos criem uma integração que caminha em múltiplas velocidades e que carregue consigo um risco de fragmentação destrutiva, quando essas velocidades tornam-se demasiadamente díspares, paralisando alguns Estados e fazendo com que outros caminhem a passos largos rumo às novas fases da integração.

### **3. As flexibilidades do Acervo de Schengen no Tratado de Lisboa: a fragmentação destrutiva**

#### 3.1. As fórmulas opt-in/opt-out

Em 2009, o Tratado de Lisboa potencializou as flexibilidades. Essa decisão inscrita em Lisboa teve origem em decisões da CJEU que analisou o uso que os Estados fazem desses mecanismos. As decisões da CJUE apontam, sobretudo, para um desestímulo aos Estados que se comportam como





consumidores na gôndola do Acervo de Schengen, em que compram somente aquilo que desejam, quando desejam, na quantia que desejam e, se caso não gostarem, devolvem. A questão que se coloca, portanto, nesse novo desenho institucional, é se os Estados comprarão mais, ou deixarão de comprar. E a razão por trás disso é simples: os Estados-membros da UE ainda respondem aos interesses nacionais e, em cenários de crise, os nacionais demandam maior responsabilidade do Estado pela contensão de seus efeitos. Nessa conjuntura, o medo da fragmentação destrutiva torna-se real, pois a maior flexibilidade conferida pelo Tratado de Lisboa pode implicar a exclusão do Estado de determinada área da integração europeia ou, em um cenário intermediário, a paralisação do aprofundamento do processo integracionista.

Quando o Acervo de Schengen foi recepcionado pela UE, alguns Estados-membros optaram por preservar o controle em suas fronteiras ou só aderir em parte ao Acervo, fazendo uso das fórmulas opt-in/opt-out. O regime geral das fórmulas opt-in/opt-out, no Tratado de Amsterdam, estabelece que nenhuma medida adotada pelos órgãos da UE, assim como nenhuma decisão da CJUE interpretando essas fórmulas, vinculará os países que fizeram uso das flexibilidades.

Esses Estados, portanto, analisam, caso a caso, as medidas do Acervo de Schengen de que pretendem fazer parte, tendo a sua disposição uma larga margem de manobra, indisponível aos demais Estados da UE. Eles podem aderir, por exemplo, somente àquilo que vai ao encontro dos interesses nacionais, não tendo obrigação de aceitar termos que possam causar alguma repercussão doméstica negativa, caracterizando um comportamento típico de free-rider. Além disso, eles podem influenciar o processo decisório da medida a ser adotada, não assumindo compromissos no caso da aprovação ocorrer em desacordo com seus interesses, e ainda estudar com mais parcimônia as consequências da adoção de medidas específicas antes de sua adoção, já que podem opt-in a qualquer tempo.

O Acervo de Schengen foi submetido a um regime específico de flexibilidades, menos extensas que a do regime geral. Essas flexibilidades possibilitam aos Estados solicitar, a qualquer tempo, aderir às medidas do Acervo, sem exigir o consenso de votos do Conselho da EU para aprovar a participação dos Estados. Além disso, estabelece que esses Estados possam participar do processo decisório das medidas baseadas no Acervo de Schengen, mediante a notificação ao Conselho de seu desejo em tomar assento na negociação. Esse mecanismo ainda prevê que se, dentro de um prazo razoável, esses Estados não notificarem o Conselho de seu desejo em participar, os demais Estados estão automaticamente autorizados a prosseguir com a negociação.

A CJUE, em 2007<sup>5</sup>, pode se pronunciar a respeito da extensão e da forma como as flexibilidades são utilizadas pelos Estados. A CJUE deixou nítido um entendimento que limita o uso especulativo desses mecanismos por parte dos Estados, e que visa um engajamento mais profundo com as políticas do Acervo de Schengen.

O pronunciamento da CJUE foi motivado pelo interesse do Reino Unido em adentrar o processo decisório de medidas do Acervo de Schengen em áreas da integração de que não participava. A solicitação, contudo, foi recusada pelo Conselho da EU. De forma objetiva, a CJUE

5 United Kingdom v. Conselho, C-137/05 e C-77/05, 18 dezembro de 2007.



buscava responder a seguinte pergunta: é possível um Estado participar do processo decisório de uma medida que aprofunda uma política da qual o Estado não faz parte?

Responder essa pergunta implica estabelecer os limites das flexibilidades. Em caso de resposta afirmativa, as flexibilidades são potencializadas para permitir ao Estado participar do processo decisório sem que tenha se vinculado a essa área da integração, podendo, então, guiar o processo integrativo sem arcar com os custos da participação. A resposta negativa à pergunta, contudo, comprime as flexibilidades ao exigir do Estado que se vincule à medida do Acervo de Schengen da qual deseja participar do processo de aprofundamento da cooperação. Pela resposta negativa, posicionou-se a CJUE.

A decisão da CJUE foi interpretada como um movimento em direção a máxima participação dos Estados-membros no Acervo de Schengen. A CJUE atuou no sentido de forçar os Estados que desejam participar de certas medidas específicas no Acervo a aceitarem todo o desenvolvimento legal anterior conectado àquela medida. Contudo, outra leitura aponta que essas decisões podem alavancar muito mais os riscos da fragmentação (FLETCHER, 2009), pela não participação em nenhuma medida, que incentivar a máxima participação.

A CJUE enviou um claro sinal de desaprovação quanto ao exercício das flexibilidades de forma descomprometido com o projeto integracionista no que diz respeito às medidas baseadas no Acervo Schengen. Deve-se verificar se esse posicionamento da CJUE terá o condão de incentivar a integração ou se afastará os Estados rumo à fragmentação. De qualquer forma, a tensão entre a CJUE e os Estados refletiu diretamente no novo regime de flexibilidades previsto no Tratado de Lisboa.

### 3.2 Entre a hesitação do comprometimento e o medo de expulsão

Em tempos de crise política, acomodar as diversidades dos Estados-membros da UE, e manter a unidade do bloco, torna-se o eixo central de atenção das instituições europeias e de seus Estados. Nesse sentido, o Tratado de Lisboa possibilita novos mecanismos de diferenciação e acrescenta flexibilidades à extensão das fórmulas opt-in/opt-out. Pode-se interpretar esses novos mecanismos como uma margem de manobra necessária para que os Estados possam contornar suas adversidades. Em contrapartida, eles estabelecem uma linha muito tênue entre a acomodação da diversidade e o rompimento da unidade do processo integrativo.

Em Lisboa, as flexibilidades do Acervo de Schengen vieram acompanhadas de novos mecanismos de integração diferenciada e sofreram alterações importantes. Dentre elas, a criação de uma nova fórmula opt-out que pode ser utilizada quando os Estados desejarem se retirar de medidas específicas no Acervo de Schengen. Essa nova fórmula opt-out criou um mecanismo derogatório/denúncia das medidas específicas à que os Estados já haviam solicitado a sua adoção.

Essa nova fórmula opt-out implica, diretamente, o aumento da insegurança e da imprevisibilidade quanto aos Estados-parte do Acervo de Schengen que não fazem uso das



flexibilidades. De fato, quando os Estados tomam assento no processo decisório, e buscam uma estratégia mais agressiva para aprofundar a integração, como ocorreu em outros momentos, eles deverão ser mais cautelosos, pois não podem causar medo ou desconforto em outro Estado, sobre o risco de ouvir: eu não participo mais. Essa fórmula estabelece uma válvula de escape para o Estado que sentir que a negociação dirige-se para um desfecho contrário aos seus interesses. Ela enquadra o processo decisório em um espectro estreito de possibilidades que limita uma negociação mais agressiva por parte dos Estados sob o risco de seus parceiros utilizarem a válvula de escape.

Pode-se visualizar três cenários distintos no comportamento dos Estados, a partir do momento em que passarem a fazer uso dessa nova fórmula de opt-out. Um cenário mais otimista infere que, com tantas margens para manobras – participar do processo decisório e se retirar, aderir posteriormente, denunciar medidas específicas – os Estados tenham a oportunidade de experimentar certos aprofundamentos na integração que, num desenho institucional menos flexível, certamente não participariam. Tanta margem de discricionariedade ao Estado pode também conduzir a um cenário pessimista, em que os Estados que não fazem uso das flexibilidades deixem de investir em negociações de aprofundamento, sendo que os demais Estados participantes, após longas e extenuantes rodadas de negociação, simplesmente se retirem. Por fim, um cenário realista aponta para um avanço mais parcimonioso do Acervo de Schengen, tendo em vista que os Estados mais agressivos tenderão, sob o risco dos demais se retirarem das negociações, a avançar mais lentamente.

Além da novidade da fórmula opt-out e suas implicações, o cenário fica mais complexo diante do mecanismo que o uso dessa fórmula desencadeia nas instituições da UE. No Tratado de Lisboa, é a UE que delibera qual a extensão do Acervo de Schengen de que o Estado será afastado, após a opção pelo uso da nova fórmula opt-out. Esse mecanismo confere à UE o direito de expulsar do Acervo o Estado-membro que optou por se retirar das medidas de aprofundamento da cooperação, após já ter aderido ao seu processo decisório. Em essência, esse mecanismo incentiva à máxima participação dos Estados por meio de uma ferramenta que, ao mesmo tempo, confere maior flexibilidade ao Estado e mais poder à UE para decidir sobre a extensão do exercício dessa flexibilidade. Em resumo, o Tratado de Lisboa coloca a seguinte situação: ou participa de tudo, ou corre o risco de não participar de nada.

Esse mecanismo tem como objetivo guiar as flexibilidades por uma base de princípios mais sólida e coerente (FLETCHER, 2009). A lógica por detrás desta reforma é disciplinar o comportamento dos Estados na utilização das fórmulas opt-in/opt-out em sua relação com a UE. Do ponto de vista do Estado, busca desencorajar a ação internacional que não reflete cooperação, mas, simplesmente, o interesse nacional de se engajar em algumas medidas do Acervo que tem o potencial de lhe serem benéficas, sem vincular-se aos objetivos do projeto de integração. Do ponto de vista da UE, é incentivar as suas instituições a buscar um avanço comum dos interesses do bloco, delegando-lhes mais poderes para regular a extensão com que se faz uso das flexibilidades.

Alguns autores, contudo, tem chamado atenção para o fato de que o novo mecanismo das flexibilidades, ao invés de conduzir a um medo de expulsão e gerar mais integração, poderá resultar numa fragmentação destrutiva, uma vez que possibilita a denúncia pelos Estados de medidas do



Acervo a cujo processo decisório já se vincularam (CARRERA, GEYER, 2007). Nesse sentido, uma reflexão necessária ao Estado, antes de optar por se retirar do processo decisório da medida específica, é se ele prefere ser um espectador do aprofundamento do Acervo de Schengen, ou se ele deseja exercer algum papel na evolução dessas medidas. Esse questionamento é imprescindível, pois implica diretamente atuar na defesa dos interesses nacionais no desenho futuro da integração da UE, ou deixar que o processo integrativo siga um rumo que, muitas vezes, pode não ser o mais adequado segundo os interesses do Estado.

Essa política da UE pode conduzir a dois caminhos. Por um lado, ela força os Estados à máxima participação, já que o Estado não aceita, passivamente, serem excluídos do processo decisório de uma medida da UE. Nesse sentido, o Tratado de Lisboa confirmaria, mais uma vez, a tendência à evolução criativa inerente ao bloco europeu, e o sucesso da manutenção da unidade diante das diversidades nacionais. Por outro lado, o Estado, a partir de uma primeira decisão de opt-out, não exercendo mais influência ativa na evolução das medidas do Acervo de Schengen, e ainda podendo ser excluído pelo Conselho da UE de outras partes do Acervo, se constituiria em um naufrago que segue o fluxo da corrente, e que dela pode se desgarrar. O Estado que exerce o direito de opt-out em uma medida à que já havia se vinculado, resta inerte à evolução do processo integrativo, que prosseguirá na sua ausência. Essa dinâmica pode, a cada nova medida, deixar o Estado mais isolado, o que levaria, naturalmente, a fragmentação destrutiva.

## Considerações Finais

A implementação da livre circulação de pessoas no bloco europeu foi uma das áreas em que a evolução criativa se manifestou de forma nítida e contínua no tempo. Pode-se apontar poucas áreas em que tamanha evolução criativa tenha ocorrido, como, por exemplo, o caminho traçado pelos direitos humanos no bloco, ou a definição progressiva das competências para o exercício da política externa da UE. Esse caminho, contudo, sempre foi trilhado sobre uma linha muito tênue, que busca acomodar as diversidades dos 27 Estados-membros em uma arquitetura institucional guiada por princípios e objetivos pautados pela coerência, pela solidariedade e pela cooperação leal, dentre outros.

O Acervo de Schengen iniciou fora do âmbito institucional da UE. A estagnação do bloco para evoluir na temática da livre circulação de pessoas foi a razão que levou alguns países a lançar mão de uma iniciativa intergovernamental para tratar desse tema. Mas, esse projeto tinha os olhos no futuro, pois o Acervo de Schengen foi construído para se adaptar à moldura da UE. Essa estratégia alternativa, em sua origem, já carregava a grande questão: será que levará à evolução criativa, ou a fragmentação destrutiva?

A evolução criativa prevaleceu e, alguns anos depois, com o Tratado de Amsterdam, surgiu a oportunidade de inserir o Acervo na arquitetura institucional da UE. Nos anos anteriores, contudo, o Acervo cresceu um pouco disforme: Estados terceiros tornaram-se parte do Acervo, e Estados-membros da UE não suportavam a idéia de suprimir as velhas fronteiras internas e oferecer liberdade



para que as pessoas cruzassem suas fronteiras. A UE respondeu aos Estados mais conservadores em relação à nova configuração das fronteiras ofertando-lhes liberdade, e estabeleceu um regime de integração diferenciada por meio das flexibilidades. Os Estados foram recebidos com suas limitações e acomodados no desenho institucional da UE, demonstrando mais uma vez a força da evolução criativa do bloco.

As flexibilidades consubstanciadas nas fórmulas opt-in/opt-out mostraram-se capazes de evitar a estagnação política da livre circulação de pessoas no bloco. Como um contrapeso ao tratamento diferenciado, coube a CJUE disciplinar o seu. A interpretação da CJUE visou engajar alguns Estados aos princípios que norteiam a integração europeia, e repercutiu, diretamente, na transformação do mecanismo que rege as flexibilidades no Tratado de Lisboa.

A evolução criativa novamente superou o medo da fragmentação destrutiva. A UE respondeu, no Tratado de Lisboa, com mais flexibilidades para os Estados, com o objetivo de fornecer-lhes meios contra a estagnação e a favor da acomodação das diferenças entre os Estados-membros. A UE não desconsidera os riscos da fragmentação destrutiva, por isso ela regula os mecanismos de integração diferenciada. Mas, o uso que os Estados fazem desses mecanismos é que pode ferir a unidade e a coerência do processo integrativo. A nitidez desse risco fez com que a UE, em Lisboa, reservasse mais poderes para si, permitindo-se determinar a expulsão do Estado de partes do Acervo de Schengen, quando ele faz uso incoerente das flexibilidades, ou abandona o aprofundamento das medidas que visam à livre circulação de pessoas no bloco.

Muitos se surpreendem quando a UE desata os nós das constantes crises pelas quais passa o seu processo integrativo. Década após década, a UE se reorganiza com novos instrumentos em benefício da cooperação, e responde com mais integração, além de criar flexibilidades que conservam a sua unidade e a sua coerência. A história do processo integrativo europeu indica que se presencia mais uma fase em que a evolução criativa superará a fragmentação destrutiva.

## REFERÊNCIAS

CARRERA, Sergio; GEYER, Florian. 2007. "The Reform Treaty & Justice and Home Affairs: Implications for the Common Area of Freedom, Security & Justice." Policy Brief: Centre for European Policy Studies, Nº 141, 2007, p. 1-12.

CLOSA MONTERO, Carlos. 2011. "Differentiated Integration and Flexibility in the EU under the Lisbon Treaty: Challenges for the Trio Presidency". In: FABRY, Elvire; RICARD-NIHOUL, Gaëtane (Orgs). Think Global – Act European. Paris: Notre Europe, p. 198-205.

CONVEY, Andrew; KUPISZEWSKI, Marek. 1995. "Keeping up with Schengen: Migration and Policy in the European Union". International Migration Review, Vol. 29, Nº 4, p. 939-963.

COSTA-LASCOUX, Jacqueline. 1992. "L'Espce Schengen". Revue européenne de migrations internationales, Vol. 8, Nº1, p. 207-212.



DALRYMPLE, Theodore. *The new Vichy syndrome: why European intellectuals surrender to barbarism*. New York: Encounter Books, 2010.

EHLERMANN, Claus-Dieter. 1984. "How flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of "Two Speeds". *Michigan Law Review*, Vol. 82, N° 5/6, p. 1274-1293.

FLETCHER, Maria. Schengen. 2009. "Schengen, the European Court of Justice and Flexibility under the Lisbon Treaty: balancing the United Kingdom's Ins and Outs". *European Constitutional Law Review*, Vol. 5, N°1, p. 71-98.

LENAERTS, Koen. 2010. "The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice". *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, N° 2, p.255-301.

MANIN, Philippe; LOUIS, Jean-Victor. 1996. *Vers une Europe différenciée? Possibilité et limite*. Paris/Bruxelas: A. Pedone/TEPSA.

NISSEIN-ADLER, Rebecca. 2011. "Opting Out of an Ever Closer Union: The Integration Doxa and the Management of Sovereignty". *West European Politics*, Vol. 34, N° 5, p 1092-1113.

WETHERILL, Stephen. 1995. *Law and integration in European Union*. Oxford: Oxford University Press.