

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITO INTERNACIONAL I

SANDRA REGINA MARTINI

WILSON DE JESUS BESERRA DE ALMEIDA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito internacional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Sandra Regina Martini ; Wilson de Jesus Beserra de Almeida Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-431-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Responsabilidade. 3. Tributação. 4.

Processo de integração. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO INTERNACIONAL I

Apresentação

O Grupo de Trabalho de Direito Internacional I, abordou temas gerais do direito internacional e, particularmente, no XXVI COMPEDEI, foi desenhado a partir de temas como Saúde mental no trabalho humanitário analisando o outro pela visão do direito fraterno até a Lavagem de dinheiro e cooperação internacional e a responsabilização das instituições financeiras”.

Entre as “Drogas ilícitas e sua possível legalização no Brasil” e o “Non-Refoulement como obrigação Jus Cogens típica”, a soberania é analisada e comparada sempre no contexto isento do sentido acadêmico. Neste contexto ainda surgiram análises críticas a processos contemporâneos de integração regional como o “Parlandino” nas suas perspectivas presentes e futuras frente a frente com “O processo de integração e novas formas de regulação comum da governança na União Européia.

Os conceitos de “trabalho decente e trabalho digno” em confronto com as normas internacionais que vedam o retrocesso do direito do trabalho foram apresentados como uma esperança de que haja alguma volta aos temas e as ações que protegem os trabalhadores em um mundo que prima pela liberalização das normas e conquistas dos trabalhadores e a valorização da redução de custos de produção para que produtos e serviços baratos possam chegar a todos os cantos do planeta.

A tributação das empresas multinacionais levada a cabo pela harmonização, por um lado e, a defesa de seus interesses, por outro, foi tratada e está em harmonia, dentro do GT, com temas como Formulary Apportionment e preços de transferência no contexto do planejamento tributário.

Por fim, mas não menos importante, “ a posse de armas nucleares por estados revisionistas” esteve lado a lado com “o direito ao desenvolvimento e o papel do comércio internacional. Há então, o “Construtivismo como ferramenta de análise para explicar a reconfiguração do “Poder Sobre” da soberania estatal contemporânea” que foi analisada em contexto semelhante a outro importante tema, como seja, “Feminicídio” como mero simbolismo.

Profa. Dra. Sandra Regina Martini (UNIRITTER/UFRGS)

Prof. Dr. Wilson JB Almeida (UCB)

NON-REFOULEMENT COMO OBRIGAÇÃO DE JUS COGENS E OS IMPACTOS NA SOBERANIA

NON-REFOULEMENT AS JUS COGENS OBLIGATION AND THE IMPACTS ON THE SOVEREIGNTY

Luiz Magno Pinto Bastos Junior ¹

Arisa Ribas Cardoso ²

Resumo

O non-refoulement é uma garantia aos indivíduos que buscam refúgio de que não serão devolvidos ao local onde estavam correndo riscos. Entretanto, os Estados, sob o argumento de que são soberanos, evitam o ingresso destes migrantes em seu território, em desrespeito a esta garantia cogente. Neste artigo, então, objetiva-se analisar quais as implicações na soberania estatal quando se reconhece o non-refoulement como norma de jus cogens, sob a ótica dos direitos humanos.

Palavras-chave: Non refoulement, Soberania, Jus cogens, Migrantes

Abstract/Resumen/Résumé

Non-refoulement is a guarantee to individuals seeking refuge that they will not be returned to the place where they were taking risks. However, States, under the argument that they are sovereign, prevent the entry of these migrants into their territory, in disregard of the guarantee. In this article, the objective is to analyze the implications of state sovereignty when non-refoulement is recognized as the norm of jus cogens, from the viewpoint of human rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Non-refoulement, Sovereignty, Jus cogens, Migrants

¹ Pós-Doutor em Direitos Humanos (CHRLP, McGill University, Canadá). Doutor em Direito pela UFSC. Professor de Direitos Humanos, Direito Constitucional e Eleitoral da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

² Mestre em Direito (UFSC), Especialista em Direito Constitucional (UNIVALI). Bacharel em Relações Internacionais (2010) e em Direito (2011) (UNIVALI). Professora do Curso de Graduação em Direito (UNIVALI). Assessora do TJ/SC.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Internacional é, sob o viés mais clássico, um direito que visa regular as relações entre os Estados que tem como pressuposto a existência de Estados soberanos. Os Estados firmam e renunciam a tratados conforme lhes parece conveniente. A submissão das suas ações a tribunais internacionais depende de expressa aceitação e as sanções aplicadas possuem caráter político, já que a comunidade internacional não possui um sistema organizado de coerção, como o direito interno.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, porém, por dizer respeito aos seres humanos, como indivíduos que se relacionam com outros indivíduos e com o Estado, possui peculiaridades. “Interesse nacional” e “questões de estado” não podem se impor como barreiras à consolidação de direitos das pessoas sob o argumento de que visam proteger a soberania. Nesse sentido, o *non-refoulement*¹ emerge como garantia, aos indivíduos em situação de vulnerabilidade que buscam refúgio em outros países, de que não serão devolvidos aos territórios em que estavam sofrendo ou poderiam vir a sofrer perseguições.

A crise migratória que se agrava ano a ano tem trazido à tona as dificuldades de se efetivarem os direitos previstos em tratados internacionais para a proteção das pessoas que são obrigadas a se deslocar para outros países, pelos mais diversos motivos, mas em especial aquelas que fogem por temor a algum tipo de perseguição: os refugiados. A justificativa para a colocação de impedimento para o ingresso destas pessoas em seus territórios é, normalmente, a defesa de interesses nacionais, a soberania. Assim, mesmos os Estados signatários dos tratados internacionais que proíbem a prática do *refoulement* procuram meios de burlar à proibição, impedindo, por exemplo, que os migrantes sequer cheguem às fronteiras, de forma a tentar descaracterizar a violação ao preceito internacional em estudo.

É neste contexto que se justifica a pertinência do presente artigo, que busca responder a seguinte questão: quais as implicações na soberania estatal quando se reconhece o *non-refoulement* como norma de *jus cogens*²? Como hipóteses levantadas, tem-se: a) a possibilidade

¹ *Non-refoulement* é termo francês que, em tradução livre, significa a proibição à devolução de migrantes aos países de origem ou sua rejeição nas fronteiras.

² *Jus cogens* significa, em tradução livre, direito cogente, ou seja, aquele que deve ser respeitado obrigatoriamente. *Jus cogens* são as normas peremptórias de direito internacional, as quais, segundo Cançado Trindade (s. d., p. 10) não estão limitadas às normas convencionais, sendo estendidas a qualquer ato jurídico, abrangendo também o Direito Internacional geral. O mesmo autor destaca, ainda que: “*Jus cogens, identified with general principles of law of material order, serves the superior interests of the international community as a whole; such interests, in turn, find expression in the peremptory norms of International Law (jus cogens), emanating from the universal juridical conscience in each historical moment, and paving the way for the construction of a new jus gentium, the*

de que tal reconhecimento seja uma limitação à soberania estatal, visto que limita o exercício da sua capacidade de decidir quem entra e/ou permanece em seu território, implicando em prejuízo à segurança e outros interesses nacionais; b) a possibilidade de que, apesar de ampliar o rol de pessoas que ingressam no território, o *non-refoulement* seja uma garantia ao respeito aos direitos humanos fundamentais, que devem ser protegidos independentemente de onde se encontrem, sendo, portanto, superior às questões de soberania, às quais devem se preocupar com ameaças de outros países, e não de pessoas, individualmente falando.

Para realização deste trabalho, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental. A metodologia, entendida como o caminho traçado para o desenvolvimento da pesquisa, resultou na organização deste trabalho em cinco partes, sendo uma introdutória, três de desenvolvimento e outra com as considerações finais. Na primeira parte do desenvolvimento apresentam-se brevemente alguns aspectos atinentes à soberania e aos direitos humanos. No segundo momento, trata-se do *non-refoulement* como norma de *jus cogens*. Por fim, analisam-se as implicações do reconhecimento do *non-refoulement* como norma de *jus cogens* na soberania estatal.

2 SOBERANIA ESTATAL E DIREITOS HUMANOS

Os Estados-nação modernos tiveram sua origem a partir, aproximadamente, do século XV. Em 1648, através da Paz de Vestfália, houve o reconhecimento formal da soberania e independência estatal. Nos tratados elaborados naquele importante momento histórico (Münster e Osnabrück), restou acordado que cada Estado poderia impor as suas próprias regras dentro do seu território sem a ingerência de outros Estados ou instituições, o que na prática significava que cada soberano poderia escolher a religião que seria professada em seu território, sem a influência de outras entidades políticas, como o Sacro Império Romano-Germânico e a própria Igreja.

Foi a soberania, então, que pautou a formação e desenvolvimento da sociedade internacional durante os séculos XVIII e XIX, culminando, no século XX, com a consolidação de um mundo dividido entre Estados, os quais são tradicionalmente identificados como aquelas unidades políticas dotadas de um território, uma população e um governo soberano.³ De acordo com Barros (2009, p. 61):

International Law for humankind. Jus cogens exists indeed for the benefit of human beings, and ultimately of humankind.” (p. 28)

³ Para Pellet, Dinh e Daillier (2003, p. 433): “Não merecerão a qualificação de Estado senão as coletividades cujo governo é independente e soberano.”. Já Hans Kelsen se opunha a teoria de que a soberania é qualidade essencial

A noção de soberania desempenhou historicamente um importante papel na elaboração das teorias do Estado moderno, ao estabelecer os princípios da territorialidade da obrigação política, da impessoalidade do comando público e da centralização do poder numa instância última de decisão, livre de qualquer intervenção, com força suficiente para instituir e manter a ordem pública. Ela consagrou a ideia de que deve haver em toda sociedade política uma autoridade legal suprema que crie e imponha a lei, conforme sua vontade, um único centro de comando que estruture e determine os rumos da ação coletiva. Ao fornecer uma justificativa para o monopólio da produção jurídica e do uso da força sobre um determinado território e população, consolidou a forma de organização do poder político característica da modernidade: os Estados nacionais.

Assim, de forma resumida, pode-se afirmar que, internamente, a soberania implica no poder do Estado em definir o que pode e o que não pode no seu território. Ou seja, detém a competência legislativa e jurisdicional dentro dele. Externamente, por sua vez, a soberania significa que nenhum Estado possui o dever de submeter-se a outro. Nas palavras de Odete Maria de Oliveira (2011, p. 193):

A soberania externa não traduz supremacia, mas independência, ou seja, não-submissão a regras superiores de outros Estados. Dentro desse ponto de vista teórico, externamente, o Estado não está obrigado – sem seu consentimento – a nenhuma autoridade estatal, organismo ou a qualquer obrigação.

Portanto, os Estados não podem ter suas condutas determinadas ou limitadas por outros Estados. Todavia, isto não significa que eles não devem seguir regras. A atual conformação da sociedade internacional e o reconhecimento pelos Estados da existência do Direito Internacional, tanto o consuetudinário como o convencional, demonstra isso. Apesar de soberanos, os Estados, além de não poderem praticar atos que lesem outros Estados como entidades soberanas, não podem praticar atos que firam as normas e princípios reconhecidos pela comunidade internacional.⁴ Assim, mesmo que não tenham concordado expressamente com determinadas normas, os Estados podem ser responsabilizados por violações a normas de Direito Internacional costumeiro e do *jus cogens*. A inexistência de uma autoridade superior a eles com poder de coerção, entretanto, permite que ignorem – ou interpretem de forma peculiar – estas normas, sem receio de sofrer quaisquer sanções. A soberania é utilizada como

do Estado. Para o autor, “dizer que o Estado é soberano significa que a ordem jurídica nacional é uma ordem acima da qual não existe nenhuma outra.” (KELSEN, 1995, p. 372) Nesse sentido, conclui o estudioso que a soberania “não é um fato que pode, ou não, ser observado. Não se pode dizer que o Estado ‘é’ ou ‘não é’ soberano; pode-se apenas pressupor que ele é ou não é soberano, e essa pressuposição depende da teoria que usamos para abordar a esfera dos fenômenos jurídicos.” (KELSEN, 1995, 372-373). As teorias a que o autor se refere trazem a hipótese da primazia do direito nacional e da primazia do direito internacional.

⁴ Ian Brownlie (1997, p. 309) afirma que: “Os corolários principais da soberania e da igualdade dos Estados são os seguintes: 1) jurisdição, *prima facie* exclusiva, sobre um território e sobre a população permanente que nele vive; 2) dever de não ingerência na área de jurisdição exclusiva dos outros Estados; e, 3) subordinação às obrigações resultantes do Direito consuetudinário e dos tratados concluídos com o consentimento do Estado obrigado.”

justificativa, na aplicação do Direito Internacional clássico, para a realização de uma interpretação mais restritiva deste.

De acordo com Rezek (2010), os Estados se subordinam unicamente ao direito que reconhecem ou constroem, pelo que se diz que o Direito Internacional é formado pelo consentimento. Tal consentimento, entretanto, conforme o mesmo autor, não necessariamente precisa ser criativo, mas pode também ser perceptivo, o que se dá “quando os Estados consentem em torno de normas que fluem inevitavelmente da pura razão humana, ou que se apoiam, em maior ou menor medida, num imperativo ético, parecendo imunes à prerrogativa estatal de manipulação” (REZEK, 2010, p. 3). Tal é o que ocorre com grande parte das normas de Direito Internacional de Direitos Humanos, que acabam sendo reconhecidas como *jus cogens*.

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos a interpretação e aplicação das normas possui peculiaridades, pois o indivíduo deve vir antes do Estado, já que os direitos humanos foram construídos historicamente através do reconhecimento das necessidades mais básicas para a sobrevivência digna de um ser humano⁵. Conforme leciona Herrera Flores (2002, p. 26-27):

Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito de reprodução e manutenção da vida, permitindo-lhes abrir espaços de luta e de reivindicação. São processos dinâmicos que permitem a abertura e a conseguinte consolidação e garantia de espaços de luta, pela particular manifestação da dignidade humana.

Foi a partir da internacionalização dos direitos humanos⁶ que o Direito Internacional deixou de ser apenas um direito entre os Estados, para ser um direito, no que concerne à proteção de pessoa humana, contra o próprio Estado. O Direito Internacional dos Refugiados, a partir do qual se consolidou o princípio do *non-refoulement*, é um marco nesse sentido. Segundo Rossana Rocha Reis (2004, p. 151):

No âmbito geral dos direitos humanos, apesar de suas limitações, as convenções relativas aos refugiados e apátridas representam um ponto de inflexão no direito internacional, pois pela primeira vez é reconhecida a existência do indivíduo no cenário internacional. Lentamente, direitos individuais universais independentes do Estado vão sendo reconhecidos,

⁵ Para Bobbio “direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos (por toda parte e em igual medida) reconhecidos” (2004, p. 15-16).

⁶ Os direitos humanos foram inicialmente positivados e se desenvolveram em diversos documentos, nos quais, muito embora houvesse uma pretensão de tratar o ser humano em termos universais, havia objetivos específicos e limitados a uma aplicação em âmbito estatal, o que, em certa medida, ainda permanece na atualidade. Desta forma, confundiam-se com os chamados direitos de cidadania – direitos civis, políticos e sociais – até sua internacionalização de maneira mais ampla com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e consolidação através dos tratados posteriores.

numa tendência que vinha se acentuando desde o fim da Segunda Guerra Mundial.

Estes documentos criaram para os Estados obrigações não mais com relação aos demais Estados, ou apenas aos seus cidadãos, mas deles para com a humanidade como um todo. O Estado que aceita um refugiado cria com ele e com a comunidade internacional um compromisso de proteção daquela pessoa enquanto esta não puder voltar ao seu país de origem. A própria comunidade internacional, através do ACNUR⁷, por exemplo, auxilia e fiscaliza a atuação desta obrigação dos Estados.

O refúgio⁸, instituto tipicamente do século XX, é marcado pela necessidade de respeito à soberania estatal. Para que seja possível a sua aplicação, ainda é necessário que o indivíduo cruze a fronteira do seu país de origem para que possa a ele ser outorgada a proteção internacional. Ou seja, por mais vulnerável que esteja a pessoa, enquanto ela se encontrar sobre o território em que o se exerce o governo de seu povo, não poderá ser reconhecida como refugiada e receber a proteção inerente às pessoas nesta condição. Somente após sair da área abrangida pela jurisdição da sua nacionalidade é que se pode dizer que uma pessoa é refugiado, ou ao menos, solicitante de refúgio.

Com o avanço na proteção dos direitos humanos, entretanto, já se reconhece a possibilidade de proteger refugiados que não conseguiram cruzar as fronteiras, em especial de chegada do país de destino, apesar dos obstáculos criados pelos Estados, os quais, em geral, caracterizam-se como subterfúgios para se tentar descaracterizar a prática do *refoulement*.⁹

⁷ O ACNUR é um órgão subsidiário da ONU e, segundo seu Estatuto, tem “a função de proporcionar proteção internacional, sob os auspícios das Nações Unidas, aos refugiados que se enquadrem nas condições previstas no presente Estatuto, e de encontrar soluções permanentes para o problema dos refugiados, prestando assistência aos governos e, com o consentimento de tais governos, prestando assistência também a organizações privadas, a fim de facilitar a repatriação voluntária de tais refugiados ou a sua integração no seio de novas comunidades nacionais.”

⁸ O termo refúgio foi apropriado pelo Direito Internacional para designar um *status* jurídico aplicável apenas a um grupo determinado de pessoas. Refugiado, então, é o termo escolhido para designar um grupo específico e vulnerável de migrantes. Os refugiados são aqueles migrantes que se veem obrigados a deixar seu país, em geral por temor de perseguições em razão da sua raça, religião, nacionalidade ou opiniões políticas. Nos instrumentos atuais de proteção dos refugiados incluiu-se o temor de perseguição em razão do pertencimento a determinado grupo social, bem como em razão da ocorrência de conflitos armados, invasões estrangeira e violações maciças de direitos humanos. Existem outros grupos de pessoas obrigadas a deixar seus países, os quais, entretanto, não são abrigados pela tutela jurídica internacional concedida aos refugiados. Entre estes, destacam-se os chamados “refugiados ambientais” e os “refugiados econômicos”.

⁹ Existem casos em que os Estados criam barreiras físicas e burocráticas que impedem a entrada de migrantes e refugiados. Quando tais barreiras impedem a chegada de vítimas de graves violações de direitos humanos, pode-se falar em desrespeito ao princípio do *non-refoulement*, que será tratado na sequência. Nos casos em que as populações permanecem no território do seu país, mas são deslocadas em razão dos fatores previstos nos documentos sobre refugiados, o ACNUR tem competência para prestar auxílio e proteção. “Contudo, os doutrinadores apontam inúmeros problemas na proteção assegurada pelo ACNUR aos deslocados internos, entre os quais se destacam: (1) a politização da ajuda internacional, contrariando o princípio de não-intervenção consagrado na *Carta da ONU*, uma vez que o ACNUR, ao auxiliar pessoas ainda sob a jurisdição de seu Estado, estaria indiretamente apontando violações de direitos por parte desse Estado, as quais ensejaram a necessidade de auxílio, e a comunidade internacional, por meio de um de seus órgãos, estaria interferindo em assuntos domésticos

3 O NON-REFOULEMENT COMO NORMA DE *JUS COGENS*

O avanço na proteção do ser humano implica em reconhecer certos direitos humanos como normas de *jus cogens*,¹⁰ uma norma imperativa de Direito Internacional.¹¹ Os defensores argumentam que estas normas criam obrigações *erga omnes*, ou seja, por mais que tais direitos estejam positivados em um tratado específico, uma violação aos direitos humanos cria obrigações de reparação até mesmo aos Estados não-signatários. Assim, um terceiro Estado poderia reclamar contra atos de violação de norma de *jus cogens* ocorrendo em outro Estado e contra nacionais de outros ainda, mesmo que não tenha relação alguma com a situação ou seja parte do tratado, pois, as normas de *jus cogens* visam proteger a comunidade internacional como um todo e, assim sendo, todos teriam legitimidade de defendê-las.¹² Além de outros Estados, esta natureza do *jus cogens* também justifica o acesso dos próprios indivíduos aos tribunais internacionais de direitos humanos, muito embora não sejam eles formalmente parte no tratado. (ORAKHELASHVILI, 2008). Cançado Trindade (1999, p. 419) opina que:

Sem a consolidação das normas *erga omnes* de proteção, em meio à incidência das normas de *jus cogens*, pouco avançaremos na luta contra o poder arbitrário e na proteção do ser humano contra os atos de barbárie e as atrocidades contemporâneas. [...] A consagração das obrigações *erga omnes* de proteção representa a superação de um padrão de conduta erigido sobre a pretensa autonomia da vontade de Estado, do qual o próprio direito dos tratados buscou gradualmente se liberar ao consagrar o conceito de *jus cogens*. Há que dar seguimento à evolução alentadora da *opinio juris* como manifestação da consciência jurídica universal, em benefício de todos os seres humanos.

de modo inadequado e (2) a falta de recursos, principalmente financeiros, para assegurar proteção efetiva aos refugiados e aos deslocados internos.” (JUBILUT, 2007, p. 166-167)

¹⁰ Defende-se, atualmente, que o chamado “núcleo duro” dos direitos humanos, concernente, por exemplo, no direito à vida e à liberdade, são *jus cogens* internacional

¹¹ Conforme o artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, “[...] uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.” (BRASIL, 2009)

¹² Surgiu no seio da ONU, agora no século XXI, a doutrina internacional da Responsabilidade de Proteger, a qual permanece em construção e evolução, e segundo a qual se entende que, além da responsabilidade de cada Estado, a comunidade internacional tem a obrigação de proteger as populações em situação de violação massiva de direitos humanos – especialmente genocídios, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade –, mesmo que estas se encontrem formalmente ainda sob a tutela de seu Estado de origem, quando estes falharem em promover tal proteção. Os três pilares da responsabilidade de proteger são: “1. *The State carries the primary responsibility for protecting populations from genocide, war crimes, crimes against humanity and ethnic cleansing, and their incitement; 2. The international community has a responsibility to use appropriate diplomatic, humanitarian and other means to protect populations from these crimes. If a State is manifestly failing to protect its populations, the international community must be prepared to take collective action to protect populations, in accordance with the Charter of the United Nations.*” (UN, [s.d.]). Para mais detalhes, conferir *Secretary-General’s 2009 Report (A/63/677) on Implementing the Responsibility to Protect*, disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/63/677>. Acesso em: 22 set. 2013.

Os direitos humanos, então, caminham no sentido de um reconhecimento mais amplo e irrestrito. Assim, sua aplicação a outros ramos do Direito acaba sendo imprescindível, especialmente em casos envolvendo pessoas em situação de vulnerabilidade, como os refugiados. Há, nestes casos, o dever da comunidade internacional de respeito aos direitos humanos, em especial no que tange às normas já reconhecidas como *jus cogens*, tendo em vista seu caráter *erga omnes*, como no caso do princípio do *non-refoulement* conforme será demonstrado a seguir.

Na questão das migrações, o Estado é considerado soberano para aceitar ou não pessoas oriundas de outros locais, tendo sido consagrado no Direito Internacional somente o direito de emigrar, mas não o de imigrar¹³, bem como o direito de procurar asilo¹⁴, mas não de recebê-lo¹⁵. Entretanto, quando uma pessoa busca abrigo por ter sua vida e segurança ameaçados em outro local, a não-aceitação da sua entrada pode caracterizar uma violação do Direito Internacional, mais especificamente ao princípio do *non-refoulement*, que se consagrou no último século, especialmente no âmbito do Direito Internacional dos Refugiados.

Refouler, verbo do qual deriva *refoulement*, significa devolver, repelir. O *non-refoulement* é um princípio/norma de Direito Internacional que preceitua, na sua interpretação mais ampla, que uma pessoa não pode ser devolvida a um país onde corra o risco de sofrer perseguição, tortura, ou tenha a vida e a liberdade ameaçadas.

Refoulement era o termo usado na Europa para designar o processo informal de rejeição de imigrantes sem documentos, de forma a diferenciar tal prática da expulsão ou deportação. Isto não era condenado pelos Estados – sendo muitas vezes acordado por meio de tratados bilaterais – senão após meados do século XIX, quando começou o desenvolvimento do conceito de asilo e o princípio da não-extradição de criminosos políticos. O princípio do *non-refoulement*, entretanto, apareceu no Direito Internacional pela primeira vez apenas em 1933, na Convenção sobre o *Status* Internacional dos Refugiados, sendo objeto de reservas e rejeição por parte dos poucos Estados signatários.¹⁶ (GOODWIN-GILL, 1996) Este fato reflete o

¹³ Conforme o artigo 12 (2) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.” No mesmo sentido o é o artigo XIII(2) da Declaração Universal de Direitos Humanos: “Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.”

¹⁴ O artigo XIV(1) da Declaração Universal de Direitos Humanos dispõe que: “Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.”

¹⁵ Na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, consta no artigo XXVII que: “Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com as convenções internacionais.” Entretanto, deve-se levar em consideração que este documento não é vinculante, bem como as peculiaridades do instituto do asilo no continente.

¹⁶ “In article 3 of the 1933 Convention relating to the International Status of Refugees, the contracting parts undertook not to remove resident refugee or keep them from their territory, ‘by application of policy measures,

espírito da época, ainda mergulhado na doutrina da soberania estatal como escudo para a aceitação de normas internacionais que gerem obrigações e que afetem assuntos considerados ‘internos’, como o tratamento dos migrantes ilegais.

Após o fim da segunda Guerra Mundial, e com as primeiras ações da comunidade internacional para lidar com os refugiados deste conflito, foi possível chegar a um ‘consenso’ internacional e incluir o princípio do *non-refoulement* na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, como cláusula não passível de reserva. Assim, o parágrafo 1 do artigo 33 deste tratado dispõe:

1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará¹⁷, de forma alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que sua vida ou liberdade seja ameaçada em decorrência da sua raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertença ou opiniões políticas.

Este princípio tornou-se a pedra angular da proteção internacional dos refugiados. Em razão dele os Estados não podem se negar a manter em seu território pessoas que solicitam o reconhecimento do *status* de refugiado, enquanto durar o procedimento de averiguação desta condição. Em outras palavras, enquanto não for provado que aquela pessoa não é um refugiado, ou não merece reconhecimento de tal condição, nos termos da Convenção, ela deve ser mantida no território do país até ter sido averiguada a sua situação e de seu país e, de forma nenhuma ser devolvida ao território onde, ao menos em tese, estava sofrendo algum tipo de perseguição. É o primeiro direito que deve ser garantido ao solicitante de refúgio.

Desde a inserção deste princípio na Convenção de 1951, o mesmo foi replicado, *mutatis mutandis*, em outros instrumentos internacionais. Dentre estes é possível destacar: a) o artigo 3º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984¹⁸; b) o artigo 2(3) da Convenção que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados na África, de 1969¹⁹; c) o artigo 22(8) da Convenção Americana

such as expulsions or non-admittance at the frontier (refoulement)’, unless dictated by national security or public order. Each State undertook, ‘in any case not to refuse entry to refugees at the frontiers of their countries of origin’. Only eight States ratified this Convention, however; three of them, by reservations and declarations, emphasized their retentions of sovereign competence in the matter of expulsion, while the United Kingdom expressly objected to the principle of non-rejection at the frontier.” (GOODWIN-GILL, 1996, p. 118)

¹⁷ Interessante notar que a opção da tradução brasileira da palavra francesa *refouler* como ‘rechaçar’ é muito mais próxima do significado original do que a opção inglesa por *return*, uma vez que esta tem um significado mais próximo de regresso, devolução e aquelas significa também “fazer retroceder, opor resistência, repelir”. Nesse sentido, pode-se verificar que o significado de *refouler* e rechaçar permite uma interpretação mais fácil no sentido de que a rejeição na fronteira seria também uma violação ao *non-refoulement*.

¹⁸ 1. Nenhum Estado Parte procederá à **expulsão, devolução ou extradição** de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre **perigo de ali ser submetida a tortura**. 2. A fim de determinar a existência de tais razões, as autoridades competentes levarão em conta todas as considerações pertinentes, inclusive, quando for o caso, a existência, no Estado em questão, de um **quadro de violações sistemáticas, graves e maciças de direitos humanos**. (BRASIL, 1991. Grifou-se)

¹⁹ 3. Nenhuma pessoa deve ser submetida por um Estado-Membro a medidas tais como a **rejeição na fronteira, devolução ou expulsão**, que o obriguem a voltar ou a residir num território onde a sua vida, integridade física ou

sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969²⁰; d) o artigo 14(1) do Protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à prevenção, repressão e punição do Tráfico de Pessoas, em especial mulheres e crianças, de 2000²¹.

Além destes instrumentos, é importante destacar que o *non-refoulement* foi um dos aspectos destacados na Declaração de Cartagena sobre Refugiados, sendo tal documento inovador ao clamar pelo reconhecimento do princípio como *jus cogens*. Na sua quinta conclusão vem:

Reiterar a importância e a significação do princípio do *non-refoulement* (**incluindo a proibição da rejeição nas fronteiras**), como pedra angular da proteção internacional dos refugiados. Este princípio imperativo respeitante aos refugiados, **deve reconhecer-se e respeitar-se no estado atual do direito internacional, como princípio de *jus cogens***. (Grifou-se)

Este posicionamento, entretanto, não é aceito por parte da doutrina ainda, muito embora exista um movimento no sentido do reconhecimento do *non-refoulement* como *jus cogens*, do qual a Declaração de Cartagena foi uma das grandes impulsionadoras. Orakhelashvili (2008, p. 55, tradução livre.) afirma que:

O caráter peremptório desse princípio [*non-refoulement*] é reforçado pela **sua ligação inseparável com a observância dos direitos humanos básicos**, como o direito à vida, à liberdade, contra a tortura e não-discriminação. O Comitê Executivo do ACNUR reconhece na Conclusão No. 25 que o princípio da não-devolução equivale a uma norma de *jus cogens*. Da mesma forma, a Declaração de Cartagena sobre Refugiados afirma que este princípio ‘é imperativo no que diz respeito aos refugiados e, no estado atual do direito internacional deve ser reconhecido e observado como uma regra de *jus cogens*’. Goodwin -Gill se opõe a essa atitude em função da falta de prática, referindo-se ao artigo 53 da Convenção de Viena, que exige que a norma imperativa deve ser aceita e reconhecida pela comunidade internacional, e insiste em que ‘é pouco provável de ser alcançada’ em relação ao princípio da não-devolução como peremptório. Esta posição é difícil de sustentar, porque **se este princípio não é peremptório, então é aberto aos Estados substituí-lo por tratados em que irão fornecer a legalidade para o retorno das pessoas aos países onde as violações graves dos direitos humanos podem ser encontradas**. (Grifou-se)

liberdade estaria ameaçada pelas razões expostas no artigo I, n.ºs 1 e 2. (AFRICAN UNION [AU], 1969. Grifou-se)

²⁰ 8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas. (BRASIL, 1992.)

²¹ 1. Nenhuma disposição do presente Protocolo prejudicará os direitos, obrigações e responsabilidades dos Estados e das pessoas por força do direito internacional, incluindo o direito internacional humanitário e o direito internacional relativo aos direitos humanos e, especificamente, na medida em que sejam aplicáveis, a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados e ao **princípio do *non-refoulement*** neles enunciado. (BRASIL, 2004. Grifou-se.)

Desta forma, em uma visão mais consonante com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, deve-se admitir que o *non-refoulement*, mais do que ter se tornado uma norma de direito consuetudinário, é atualmente uma norma de *jus cogens*.²² O *non-refoulement* como norma da Convenção de 1951 vincula apenas os Estados partes destas e/ou do Protocolo de 1967²³, mas o *non-refoulement* como norma consuetudinária internacional, vincula a todos os Estados. E, em nível de *jus cogens*, além de vincular todos os Estados, também não pode ser derogada por outras normas, sejam de direito internacional ou de direito interno. Todavia, o alcance e os limites do *non-refoulement* não estão, e com certeza tão cedo não estarão, completamente definidos. Cançado Trindade (2006, p. 339, tradução livre.) ressalta, todavia, que

o princípio do *non-refoulement* revela uma dimensão preventiva, buscando evitar o simples *risco* de ser submetido a tortura ou a tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes (resultante de uma extradição, deportação ou expulsão).

A aplicação do *non-refoulement* independe do reconhecimento formal do *status* de refugiado, devendo ser aplicado aos solicitantes, mesmo enquanto durar o processo de reconhecimento. Além disso, a sua aplicação independe da forma de migração do solicitante de refúgio. Mesmo àqueles que aportam ilegalmente em algum território deve-se garantir que não sejam devolvidos para local onde podem sofrer perseguições ou tortura.

Com uma visão mais ampla de aplicação do princípio, argumentando com base na ampliação dos poderes do ACNUR pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no caráter humanitário da Convenção, nas Conclusões do Comitê Executivo, no enfoque adotado em documentos elaborados após 1951 e na relevância dos Direitos Humanos, Lauterpacht e Bethlehem (2003, p. 124, tradução livre.) defendem que:

as palavras "onde a sua vida ou liberdade seja ameaçada" deve ser interpretado de forma a abarcar as circunstâncias em que um refugiado ou solicitante de asilo (a) tem um fundado temor de perseguição, (b) enfrenta um risco real de sofrer tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou (c) enfrenta outras ameaças à vida, integridade física ou liberdade.

²² Cançado Trindade (2006, p. 289) destaca que: “*En el continente europeo, frente al temor de una erosión del derecho de asilo, se han buscado novas formas de protección contra tratos inhumanos o degradantes infligidos a los desarraigados. Así, en los últimos años, se ha desarrollado bajo el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos una jurisprudencia que extiende una protección más contra el refoulement que la propia Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Se ha señalado, al respecto, que tal jurisprudencia ha interpretado el artículo 3 de la Convención Europea de modo incondicional, extendiendo una amplia protección a los amenazados de expulsión, deportación o extradición, y elevando el non-refoulement no sólo a un principio básico del Derecho Internacional de los Refugiados sino también a una norma perentoria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*”

²³ Protocolo complementar à Convenção do Estatuto dos Refugiados que ampliou sua aplicação também para as pessoas refugiadas em razão de acontecimento posteriores ao fim da segunda Guerra Mundial.

Por outro lado, Hathaway (2005) defende uma visão mais conservadora. Para este autor, o princípio aplica-se somente àqueles que podem ser determinados como refugiados nos termos da Convenção, o que estaria mais de acordo com a intenção dos redatores desta. Ou seja, só se aplicaria às pessoas que tivessem sua vida e liberdade ameaçadas em razão de algum dos motivos elencados na Convenção. O mesmo estudioso rebate a posição de Lauterpacht e Bethlehem ao asseverar que esta “exige que os Estados-Partes da Convenção dos Refugiados apliquem deveres que de fato derivam de outras convenções de direitos humanos – mesmo se os Estados não são realmente partes naqueles outros acordos.” (HATHAWAY, 2005, p. 307, tradução livre.)

Em consonância com o delineado acima, pode-se afirmar que, muito embora nem todos Direitos Humanos possam ser oponíveis *erga omnes*, existe um movimento doutrinário e jurisprudencial no sentido do reconhecimento dos direitos humanos mais fundamentais como *jus cogens* oponíveis *erga omnes*. O direito à vida e à liberdade estão, sem dúvida, entre estes direitos humanos que devem ser respeitados por todos, independentemente de qualquer tratado. Assim sendo, qualquer conduta de um Estado que coloque em situação de risco a vida e a liberdade de um indivíduo pode ser vista como violação dos direitos humanos e, neste sentido, o *non-refoulement* não pode ser aplicado apenas aos refugiados convencionais.

Com efeito, o âmbito de aplicação do princípio do *non-refoulement* ampliou-se, tanto *ratione personae* quanto *ratione materiae*, sobretudo a partir dos anos oitenta, sob os tratados de direitos humanos, em benefício, além dos refugiados, dos estrangeiros em geral, e, em últimas instância, de todo e qualquer indivíduo, em casos de extradição, expulsão, deportação ou devolução, para um Estado em que possa estar em risco de ser submetido a tortura ou tratamento cruel, inumano ou degradante (a dimensão preventiva). (TRINDADE, 2006, p. 341, tradução livre.)

Portanto, além de não dever devolver possíveis refugiados ou outras possíveis vítimas de graves violações de direitos humanos, os Estados não podem impedir a entrada destes, fazendo a chamada ‘rejeição na fronteira’²⁴, sendo esta uma das situações mais paradigmáticas em que há o embate da doutrina da soberania estatal com à garantia ao *non-refoulement* dos migrantes em situação de risco.

²⁴ O caso do navio Tampa é ilustrativo das tentativas dos Estados em burlar o princípio do *non-refoulement*: “No dia 28 de agosto de 2001, um navio cargueiro, denominado Tampa, de bandeira Norueguesa resgatou 438 pessoas que estavam num barco indonésio à deriva em alto-mar. A maioria dessas pessoas vinha do Afeganistão, mas também havia passageiros do Sri Lanka e do Paquistão, todos tentando chegar à Austrália. A imprensa dividiu-se entre falar de um navio ‘cheio de refugiados’ ou de um navio ‘cheio de imigrantes ilegais’. A Austrália recusou-se a recebê-lo, e afirmou que “a carga” do Tampa era responsabilidade da Indonésia ou da Noruega. A Indonésia ameaçou mandar o exército ao porto para impedir os refugiados de desembarcarem, mas depois voltou atrás, aceitando recebê-los. Os passageiros, por sua vez, recusaram-se a voltar e resolveram fazer greve de fome. Durante uma semana, o navio Tampa permaneceu no mar, vigiado pela marinha australiana e impedido de atracar em qualquer lugar do mundo.” (REIS, 2004, p. 149)

4 OS IMPACTOS DO *NON-REFOULEMENT* NA SOBERANIA ESTATAL

Muito embora se possa assumir que quando da elaboração da Convenção de 1951 os Estados não tinham em mente que o *non-refoulement* abrangesse também a rejeição na fronteira, Goodwin-Gill (1996) afirma que tal entendimento provém da própria prática internacional dos Estados e organizações internacionais, que recebem solicitantes de refúgio e lhes permitem ficar, mesmo sem a determinação do *status*, até uma solução, bem como têm reconhecido que o *non-refoulement* aplica-se já no momento que o solicitante se apresenta para entrar. O mesmo autor destaca, ainda que:

Certos elementos factuais podem ser necessários (como violações dos direitos humanos no país de origem) antes do princípio ser aplicado, mas o conceito agora abrange tanto o não-retorno como a não-rejeição. Uma avaliação realista do aspecto normativo do *non-refoulement*, por sua vez, exige que a regra seja examinada, não isoladamente, mas em seu sentido dinâmico e em relação ao conceito de asilo e à busca de soluções duradouras. (GOODWIN-GILL, 1996, p. 124, tradução livre.)

Assim sendo e também em consonância com os princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, deve-se observar que a opção a ser feita, e que tem sido adotada como prática em parte dos países, é a de uma interpretação menos estrita do princípio, levando-se em consideração diversas circunstâncias e não apenas a formalidade da entrada no território e solicitação de refúgio nos termos da Convenção de 1951.

Hathaway (2005, p. 300-301, tradução livre), por sua vez, ressalta que:

O dever de não-devolução não é, no entanto, o mesmo que o direito de asilo em razão de perseguição, pelo menos em duas formas. Primeiro e mais criticamente, o dever de não-devolução apenas proíbe medidas que devolvam os refugiados para os braços de seus perseguidores; não estabelece afirmativamente uma obrigação por parte dos Estados de receber refugiados. [...] Mas quando há um risco real de que a rejeição vá expor o refugiado 'de qualquer maneira' ao risco de ser perseguido nos termos convencionais, o artigo 33 equivale a uma obrigação *de facto* para admitir o refugiado, considerando que a admissão é normalmente o único modo de evitar a alternativa, inadmissível consequência da exposição ao risco.

A não-obrigatoriedade de receber refugiado, todavia, não se torna em permissibilidade da rejeição na fronteira. O fato de o Estado não querer, ou não dever – no caso de não-signatários da Convenção – receber refugiados, não o exime de deveres para com aqueles indivíduos que já se encontram em uma zona abrangida pela sua jurisdição. Nesse sentido, Lauterpacht e Bethlehem (2003, p. 113, tradução livre) afirmam que:

[...] quando os Estados que não estão preparados para conceder asilo a pessoas que têm um receio fundado de perseguição, devem adotar um curso que não

equivalaria ao *refoulement*. Isso pode envolver a remoção de um terceiro país seguro ou alguma outra solução como a proteção temporária ou refúgio.

O limite entre a não-obrigação de receber refugiados e a rejeição na fronteira não é tão tênue quanto alguns Estados tentam fazer parecer que seja. Os Estados não têm a obrigação de resgatar refugiados nos seus países de origem ou em terceiros. Todavia, quando estes refugiados estão em águas pertencentes ao seu território, ou na fronteira tentando entrar, a situação é diferente, pois estas pessoas já estão sob a jurisdição do Estado, muito embora estes tenham criado manobras para burlar este entendimento.²⁵

Lauterpacht e Bethlehem (2003) afirmam que, conforme frequentemente disposto em tratados de direitos humanos, os Estados têm responsabilidade em relação às pessoas ‘sujeitas a ou sob sua jurisdição’ e explicam que:

Se uma pessoa está sujeita à jurisdição de um Estado não dependerá, portanto, se eles estavam dentro do território do Estado em causa, mas em saber se, em relação ao comportamento imputado, eles estavam sob o controle efetivo, ou foram afetados por aqueles agindo em nome do Estado em questão. (LAUTERPACHT; BETHLEHEM, 2003, p. 110, tradução livre)

Este impedimento de chegar ao território de um país pode se dar das mais diversas formas. Alguns Estados utilizam-se de barreiras imediatas, como os postos de polícia ou patrulhamentos militares nas fronteiras, enquanto outros, de forma mais sutil, fazem uso de subterfúgios jurídicos e burocráticos para impedir a chegada de novos imigrantes. EUA e Austrália colocaram suas tropas em águas internacionais para impedir a chegada de barcos com migrantes. Reino Unido utilizava-se de postos de migração em aeroportos e portos para sequer deixar que os migrantes embarcassem para o seu território.²⁶ Todas estas práticas estão em clara discordância com o intuito do *non-refoulement*, uma vez que não permitem que sequer seja averiguada a situação das pessoas envolvidas. Trindade (2006) observa também que a utilização de ‘neologismos’ como ‘proteção temporária’, ‘deslocados internos em trânsito’ e

²⁵ “As a matter of fact, anyone presenting themselves at a frontier post, port, or airport will already be within State territory and jurisdiction; for this reason, and the better to retain sovereign control, States have devised fictions to keep even the physically present alien technically, legally, unadmitted.” (GOODWIN-GILL, 1996, p. 123)

²⁶ “Beyond the refusal of protection at or within its borders, a state can also use arm’s-length legal maneuvers to repel asylum-seekers in areas of arrogated jurisdiction beyond its formal frontiers. Most notoriously, the United States not only interdicted Haitians fleeing the murderous Cedra’s dictatorship on the high seas, but forced the asylum-seekers to board its Coast Guard vessels, destroyed their boats, and delivered the refugee claimants directly into the arms of their persecutors. The United States continues to engage in interdiction and forcible repatriation of Haitian and some other refugees in international waters. While current practice is to conduct a cursory review of protection needs on board the interdicting ship, the United States nonetheless maintains that it has no legal obligations to interdicted refugees, even if they manage to reach its territorial sea. Australia similarly seeks to turn away refugees in international waters before they can reach its territory, though it does not return them directly to their country of origin. [...] The UK has, however, already extended control efforts beyond its borders under a land-based system of stationing its immigration officers at foreign airports to screen out passengers bound for Britain deemed likely to seek refugee protection there – effectively trapping such persons inside their own country.” (HATHAWAY, 2005, p. 290-291)

‘refugiados em órbita’, não podem ser utilizados para desnaturar a proteção garantida pelo *non-refoulement*, isentando os Estados da obrigação de verificar as possíveis situações de risco destas pessoas antes de negar sua permanência no território.

Neste sentido, a responsabilidade do Estado com relação ao *non-refoulement*, em determinadas situações, pode apresentar um caráter extraterritorial, já que “a obrigação de um Estado sob o Direito Internacional, estende-se para além do seu território físico.” (GOODWIN-GILL, 1996, p. 141, tradução livre). Nos casos de pessoas que se apresentam em embaixadas ou zonas internacionais para solicitar proteção, as autoridades que controlam aquela área devem agir de acordo com os princípios do Direito Internacional e, assim sendo, no caso da prática do *refoulement*, o Estado ao qual respondem tem responsabilidade sobre estes atos ali praticados (HATHAWAY, 2005). A negação da avaliação do *status* de refugiado também é considerada como uma prática equivalente ao *refoulement*, quando importar que a pessoa volte para territórios²⁷ onde tenham sua vida e liberdade ameaçadas, considerando que “o *non-refoulement* não se trata especificamente da *admissão* da pessoa em um Estado, mas sobre o não-retorno dos refugiados a locais onde sua vida ou liberdade possam estar em perigo.” (GOODWIN-GILL, 1996, p. 132, tradução livre.). A própria negação do direito de informação sobre a possibilidade do refúgio, pode ser considerada conduta violatória ao *non-refoulement*, uma vez que os migrantes, em geral, não possuem as informações adequadas sobre a sua condição e os seus direitos.

Há debates, ainda, sobre a aplicação do *non-refoulement* em casos de extradição, muito embora alguns defendam que não seja aplicável quando o crime imputado não for político, Lauterpracht e Benthelehem (2001, p. 27) destacam que na Convenção de 1951 a expressão ‘de maneira alguma’ “não deixa espaço para dúvidas de que o conceito de *refoulement* deve ser interpretado expansivamente e sem limitação.” Goodwin-Gill (1996, p. 149, tradução livre.), destaca que:

A inclusão do princípio *aut dedere aut judicare* em instrumentos que visam suprimir certos crimes de dimensão internacional é mais um reconhecimento de que mesmo acusados de crimes sérios merecem proteção contra perseguição ou preconceito, apesar de não se furtar de um processo e

²⁷ “[...] it must be noted that the word used is “territories” as opposed to “countries” or “States”. The implication of this is that the legal status of the place to which the individual may be sent is not material. The relevant issue will be whether it is a place where the person concerned will be at risk. This also has wider significance as it suggests that the principle of non-refoulement will apply also in circumstances in which the refugee or asylum-seeker is within their country of origin but is nevertheless under the protection of another Contracting State. This may arise, for example, in circumstances in which a refugee or asylum-seeker takes refuge in the diplomatic mission of another State or comes under the protection of the armed forces of another State engaged in a peace-keeping or other role in the country of origin. In principle, in such circumstances, the protecting State will be subject to the prohibition on refoulement to territory where the person concerned would be at risk.” (LAUTERPACHT; BETHLEHEM, 2003, p. 122).

juízo. Se a não-extradução é prescrita como *obrigação* nestes casos, o arbítrio dos Estados ainda fica significativamente limitado. O *non-refoulement* torna-se obrigatório em respeito a uma classe de supostos criminosos graves, e não menos pode ser requerido para criminosos acusados de crimes não-sérios que estariam, por outro lado, fora da exceção. (Grifos no original.)

Assim sendo, quando a extradição implicar em risco à vida ou liberdade, seja pelo cometimento de delitos graves ou comuns, o *non-refoulement* deve ser respeitado, especialmente sob pena de tratar-se desigualmente, e de forma mais prejudicial àqueles que, em tese, cometeram delitos menos graves, enquanto outros, acusados de mais graves, terão o benefício da não-extradução prevista em outros documentos internacionais.

O *non-refoulement* aplica-se também aos migrantes indocumentados quando advindos de territórios onde tinham sua vida ou liberdade ameaçadas.²⁸ O artigo 31(1) da Convenção de 1951 estabelece que:

Os Estados Contratantes não aplicarão sanções penais aos refugiados que, chegando diretamente de território no qual sua vida ou sua liberdade estava ameaçada, no sentido previsto pelo artigo 1º, encontrem-se no seu território sem autorização, contanto que se apresentem sem demora às autoridades e exponham-lhes razões aceitáveis para a sua entrada ou presença irregulares.

Segundo Lauterpacht e Bethlehem (2003) este artigo também se aplica às pessoas que não foram formalmente reconhecidas como refugiadas, inclusive por se configurar o *refoulement* quando da negação de realização do processo de reconhecimento da condição (HATHAWAY, 2005). Assim, da leitura combinada deste artigo com o 33, verifica-se que aos migrantes ilegais que chegarem a determinado território e não se apresentarem às autoridades poderão ser aplicadas sanções penais, mas é vedado aos Estados devolvê-los para locais onde possam estar ameaçados, nos termos anteriormente apresentados.

Por fim, é importante salientar que o *non-refoulement*, na Convenção de 1951, apresenta exceções, expressadas no parágrafo 2º do artigo 33:

2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo à segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do referido país.

Por ser uma norma de restrição a direitos humanos, a tal dispositivo, ao contrário do parágrafo primeiro, deve ser aplicada ‘a interpretação restritiva das restrições permissíveis’. Tal interpretação é um princípio derivado da autonomia do Direito Internacional dos Direitos

²⁸ “Equally irrelevant is the legal or migration status of the asylum seeker. It does not matter how the asylum seeker comes within the territory or jurisdiction of the State; what counts is what results from the actions of State agents. If the asylum seeker is forcibly repatriated to a country in which he or she has a well-founded fear of persecution or faces a substantial risk of torture, then that is *refoulement* contrary to international law.” (GOODWIN-GILL, 1996, p. 137)

Humanos e do princípio da norma mais favorável ao indivíduo, sendo garantido que sempre que houver uma permissão de exceção a uma norma de proteção de direitos humanos, esta exceção deve ser lida o mais restritivamente possível. Ou seja, como limita a aplicação do *non-refoulement* permitindo aos Estados devolverem ou rechaçarem refugiados que apresentem as características descritas, deve ser lido com bastante cautela e critério, não podendo ser ampliada a sua aplicação.²⁹ Hathaway (2005) afirma que a aplicação deste parágrafo deve estar vinculada à existência de uma condenação por um crime ‘particularmente grave’, e não simplesmente ‘sério’, sendo que, além disso, é necessária que se averigüe que a pessoa constitui um perigo para a comunidade. Lauterpracht e Bethlehem (2003, p. 133-134) ao examinar o conteúdo do parágrafo mencionado concluem, dentre outras coisas, que estas exceções expressas são às únicas ao princípio em comento e devem ser aplicadas em conformidade com o devido processo legal.

O *non-refoulement*, portanto, é um princípio que tem no Direito Internacional atual um significado muito maior do que o que se extrai de uma interpretação literal do artigo 33 da Convenção de 1951. É uma norma de garantia aos direitos humanos. Assim sendo, sua interpretação deve ser feita em consonância com as diretrizes que regem esse ramo do direito, e não com as do Direito Internacional clássico, que se pauta na soberania para restringir aplicações de normas que afetem ‘questões internas’, como as questões de migração ilegal, criminalidade e segurança pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento do *non-refoulement*, como norma de *jus cogens*, permite que a sua aplicação seja estendida e aplicada de forma mais ampla do que inicialmente projetada para ser, uma vez que isto tem se mostrado como o mais adequado para a proteção da pessoa humana.

Tal fato, entretanto, não implica em limitações à soberania nacional, visto que os Estados, em se inserindo no sistema internacional, consentem perceptivamente com as normas

²⁹ “It is unclear to what extent, if at all, one convicted of a particularly serious crime must also be shown to constitute a danger to the community. The jurisprudence is relatively sparse and the notion of ‘particularly serious crime’ is not a term of art, but principles of natural justice and due process of law require something more than mere mechanical application of the exception. An approach in terms of the penalty imposed alone will be somewhat arbitrary, and the application of article 33(2) ought always to involve the question of proportionality, with account taken of the nature of the consequences likely to befall the refugee return. The offence in question and the perceived threat to the community would need to be extremely grave if danger to the life of the refugee were to be disregarded, although a less serious offence and a lesser threat might justify the return of an individual likely to face only some harassment or discrimination. This approach has not always been understood or endorsed by national tribunals, although practice overall appears compatible with such interpretation.”(GOODWIN-GILL, 1996, p. 140)

cogentes. Deste modo, o comprometimento com a proteção dos indivíduos em situação de risco, como os refugiados, é uma consequência natural da aceitação da existência de um ordenamento jurídico internacional, não se podendo impor interesses particulares (nacionais) como superiores aos preceitos humanitários.

À proteção da pessoa humana não podem ser aplicados os mesmos parâmetros interpretativos que são utilizados pela hermenêutica do Direito Internacional clássico, já que este se refere às relações entre Estados, e os direitos humanos à relação dos indivíduos com os Estados, independentemente de nacionalidade e de onde se encontrem.

Deste modo, pode-se concluir que o reconhecimento do *non-refoulement*, como norma de *jus cogens* não afeta, na atualidade, a soberania nacional, pois como membros de uma sociedade pautada no princípio da cooperação e preocupada com os direitos humanos, a não rejeição de migrantes é prática que apenas reforça o respeito ao Direito Internacional, enquanto a sua violação pode-se caracterizar como desrespeito aos interesses coletivos da humanidade, sendo conduta amplamente criticada e condenável pelos órgãos internacionais de proteção aos Direitos Humanos.

6. REFERÊNCIAS CITADAS

ACNUR. **Estatuto do ACNUR**. [s.l.], 1950. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bfclick%5D=,145&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bfolder%5D=157>. Acesso em 12 jan. 2014.

AFRICAN UNION [AU]. **Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa**. Addis Ababa, 1969. Disponível em: <http://www.au.int/en/sites/default/files/Convention_En_Refugee_Problems_in_Africa_AddisAbaba_10September1969_0.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2013.

BARROS, Alberto Ribeiro C. Soberania e República em Jean Bodin. **Revista Discurso**, São Paulo, n. 39, p. 59-84, 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/discurso/article/view/68264>>. Acesso em: 14 de maio de 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961**. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Brasília, 1961. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-50215-28-janeiro-1961-389887-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 17 fev. 2013.

_____. **Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.** Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penal Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em 20 set. 2013.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 04 set. 2013.

_____. **Anexo do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 04 set. 2013.

_____. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004.** Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Brasília, 2004b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 13 mar. 2013.

_____. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.** Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 14 set. 2013.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público.** 4ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

DECLARAÇÃO Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Bogotá, 1948. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em 04 set. 2013.

DECLARAÇÃO de Cartagena. Cartagena, Colômbia, 1984. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={63ED2148-BA2E-43FA-A86B-E160904685C0}>>>. Acesso em: 11 fev. 2013.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Paris, 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 04 set. 2013.

FLORES, Joaquin Herrera. Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência. Traduzido por Carol Proner. **Seqüência.** Florianópolis, v. 23, n. 44, 2002, p. 9-30. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>>. Acesso em: 06 out. 2012.

GOODWIN-GILL, Guy S. **The Refugee in International Law**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 1996.

HATHAWAY, James C. **The Rights of Refugees under International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. [e-book]

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método; ACNUR, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LAUTERPACHT, Elihu; BETHLEHEN, Daniel. The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion. In.: FELLER, Erika; TÜRK, Volker; NICHOLSON, Frances. (Eds.) **Refugee Protection in International Law**. Cambridge: Cambridge University Press; UNHCR, 2003. p. 87-177. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/419c75ce4.html>>. Acesso em 13 out. 2013.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações Internacionais: estudos de introdução**. 2ª ed., 7ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

PELLET, Alain; DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick. **Direito Internacional Público**. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 13, n. 23. Junho/2004, p. 149-164. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2012.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso elementar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, A. A. Cançado. **A Humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. II. Porto Alegre: SAFE, 1999.

_____. **Jus Cogens**: The determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law. [s.l.]: OAS, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf>>. Acesso em 12 jan. 2014.

UNITED NATIONS [UN]. **The Responsibility to Protect**. [s.l.], [s.d.]. Disponível em: <<http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml>>. Acesso em: 22 set. 2013.