

O PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT*, SUA NATUREZA *JUS COGENS* E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E DOS DIREITOS HUMANOS

The non-refoulement principle, its jus cogens nature and the international protection of refugees and human rights

Bruna Vieira de Paula*

Palavras-chave: Princípio do *Non-Refoulement*; Direitos Humanos; Refugiados

Introdução

O princípio do *non-refoulement* é de grande importância para a proteção internacional dos direitos humanos e um componente essencial da proteção internacional dos refugiados.¹ Segundo o Artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, o princípio do *non-refoulement* é definido da seguinte forma:

Nenhum dos Estados Membros expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.

* Mestranda em diplomacia pelo Instituto Rio Branco e diplomata da divisão de Direitos Humanos do Ministério das Relações Exteriores, Brasília com trabalhos publicados sobre proteção internacional dos direitos humanos e dos refugiados. O presente *paper* é baseado em artigo publicado pela autora na Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, ano 7, v. 7, 2006/2007, p. 51-67

¹De acordo com o Artigo 1 da Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados, refugiado é toda pessoa que “tendo um temor bem fundado de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país”.

Um passo adiante é a questão de se a obrigação do *non-refoulement* pode ser qualificada como uma norma peremptória de direito internacional, ou seja, *jus cogens*, norma imperativa de direito internacional da qual não é permitida derrogação. A noção de *jus cogens* é estabelecida pelos Artigos 53 e 64 Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, mas não se limita a ela, é de aplicação geral, estendendo-se a toda e qualquer violação. Dessa forma, toda e qualquer transgressão que esteja sob o domínio de *jus cogens*, seja ela unilateral, bilateral ou multilateral é proibida, sendo ilegal.

Com a determinação de que o princípio do *non-refoulement* atingiu o valor normativo de *jus cogens*, os Estados estão impedidos, tanto individualmente, como coletivamente, de violarem, em qualquer circunstância, essa norma. Desse modo, caracterizar a obrigação do *non-refoulement* como *jus cogens*, é um instrumento poderoso para garantir a proteção dos indivíduos, especialmente dos refugiados e outros deslocados, e dos seus direitos humanos, particularmente quando se considera o crescimento das medidas e políticas restritivas contra solicitantes de refúgio e, sobretudo, após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001.

Além disso, diversas vezes, o *non-refoulement* é a única garantia de proteção para pessoas que, embora não possam retornar ao seu país de origem por motivos como graves violações de direitos humanos, violência generalizada ou risco de tortura, também não se encaixam na definição de refugiado da Convenção de 1951.

Dessa forma, esse texto objetiva verificar se, ao longo do século XX, o princípio do *non-refoulement* se consagrou como uma norma de *jus cogens* no direito internacional.

A natureza *jus cogens* do princípio do *non-refoulement*

O Artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 define *jus cogens* da seguinte forma: “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”.

Dessa forma, para se determinar se o princípio do *non-refoulement* atingiu o valor normativo de *jus cogens*, é necessário que dois requisitos sejam preenchidos: ela deve ter sido (a) reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo e (b) como norma da qual nenhuma derrogação é permitida. Em outras palavras, deve-se investigar

a norma já é parte do direito internacional consuetudinário e se ela vincula os Estados de uma forma não derogável.²

O princípio do *non-refoulement* como uma norma do direito internacional consuetudinário

Segundo o Artigo 38 (b) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a Corte deve aplicar “*international custom, as evidence of a general practice accepted as law*”. Além disso, no caso *North Sea Continental Shelf*, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) estabeleceu que, para que a prática baseada em uma convenção produzisse uma norma consuetudinária, três elementos seriam necessários.³

Primeiramente, a norma convencional *should, at all events potentially, be of a fundamentally normcreating character*.⁴ Em segundo lugar, *it might be that, even without the passage of any considerable period of time, a very widespread and representative participation in the convention might suffice of itself, provided it included that of States whose interests were specially affected*.⁵ Finalmente, em terceiro lugar, independentemente da quantidade de tempo que houver passado desde a primeira expressão da norma convencional, não importando se foi muito ou pouco tempo,

State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved.

Atualmente, é amplamente aceito que a prática dos Estados consagrou o princípio do *non-refoulement* como uma regra de direito internacional costumeiro.⁶ Dessa forma, ele é vinculante a todos os Estados, partes ou não da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. De fato, há uma prática consistente do princípio, combinada com o reconhecimento, por parte dos Estados, de que o princípio tem um caráter

² ALLAIN, Jean. “The jus cogens nature of non-refoulement”, p. 537-538; TERAYA, Koji. “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights”, p. 928.

³ LAUTERPACHT, Elihu; BETHLEHEM, Daniel. *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, p. 142-143.

⁴ *North Sea Continental Shelf*, Judgement, *ICJ Reports 1969*, parágrafo 72, p. 3.

⁵ *Ibidem*, parágrafo 73, p. 3.

⁶ Ver, por exemplo: ALLAIN, Jean, *op. cit.*, p. 538. GOODWIN-GILL, Guy. *The refugee in international law*, p. 167-170; LAUTERPACHT, Elihu; BETHLEHEM, Daniel, *op. cit.*, p. 140-164; UNHCR. *The Principle of Non-refoulement as a Norm of Customary International Law*, p. 1-25.

normativo.⁷ Essa conclusão é apoiada por vários fatores, dentre os quais se destacam os abaixo enumerados.

Caráter fundamentalmente de criação normativa

As expressões convencionais do princípio do *non-refoulement*, em uma série de instrumentos internacionais vinculantes, possuem caráter fundamentalmente de criação normativa, em oposição à mera expressão de obrigações contratuais, e têm sido amplamente aceitos como tais.⁸ Esses tratados, dos quais um grande número de Estados é parte, estão presentes nos âmbitos universal e regional, dentre os quais se destacam: acordos internacionais definindo o status legal dos refugiados adotados antes da Segunda Guerra Mundial, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 (artigo 33) e seu Protocolo de 1967,⁹ a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de 1984 (Artigo 3), a IV Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra de 1949 (Artigo 45), dentre outras.

Além disso, a interpretação da proibição de tortura ou tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante contidos no Artigo 3 da Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950 e no Artigo 7 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) de 1966 inclui um componente essencial de *non-refoulement*, o que confirma o caráter normativo e fundamental do princípio, mesmo que os textos dos tratados não façam referência explícita ao *non-refoulement*.¹⁰ É importante, ainda, enfatizar que o princípio também está expresso em inúmeros instrumentos internacionais não vinculantes importantes. Dentre eles, destaca-se a Declaração de Cartagena de 1984 (sessão III).

⁷ UNHCR. *Ibidem*, p. 1.

⁸ LAUTERPACHT, Elihu; BETHLEHEM, Daniel, *op. cit.*, p. 143.

⁹ É importante enfatizar que, segundo o Artigo 42(1) da Convenção de 1951 e o Artigo 7(1) do Protocolo de 1967, são proibidas reservas ao Artigo 33 dessa Convenção (referente ao *non-refoulement*), o que enfatiza o seu caráter de regra internacional costumeira.

¹⁰ Ver, por exemplo, *Soering v. United Kingdom, Judgement of 7 July 1989, Appl. n.º 14038/88* na Corte Européia; CCPR *General Comment n.º 20 de 10/03/92*, no Comitê de Direitos Humanos e Communication n.º. 97/1993, *John K. Modise v. Botswana*, na Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

Apoio representativo e muito difundido, incluindo aqueles Estados cujos interesses são especialmente afetados

A dimensão da participação dos Estados na Convenção de 1951, no Protocolo de 1967, na Convenção contra a Tortura de 1984, no PIDCP de 1966 e em outras convenções que incorporam o princípio do *non-refoulement* indica aceitação quase universal do princípio. Dos 192 membros da ONU, 142 são parte da Convenção de 1951, 142 são parte do Protocolo de 1967 e 145 são membros de um ou ambos os instrumentos,¹¹ 141 são parte da Convenção contra a Tortura de 1984,¹² 155 são parte do PIDCP de 1966.¹³

Quando outros instrumentos, como a Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950, são também considerados, mais de 90% dos membros da ONU são parte de uma ou mais convenções que incluem o princípio do *non-refoulement* como um componente essencial. Dos Estados membros da ONU que não são parte de nenhum desses instrumentos, não há sugestão por parte de nenhum deles de oposição ao princípio.¹⁴ Conforme esses dados indicam, a participação em instrumentos convencionais que incorporam o princípio do *non-refoulement* é definitivamente representativa e muito difundida. Essa participação é quase universal, incluindo os Estados cujos interesses são especialmente afetados.

Prática consistente e reconhecimento geral da regra, incluindo aqueles Estados cujos interesses são especialmente afetados

A participação quase universal dos Estados, conforme demonstrado acima, é um fator que afirma o reconhecimento geral do princípio do *non-refoulement*. Também é importante o amplo reconhecimento do princípio em instrumentos não vinculantes. A prática dos Estados e a *opinio juris* que esses instrumentos refletem apóiam a existência de um princípio consuetudinário do *non-refoulement*.

¹¹ Dados de 1 de março de 2006. Disponíveis em: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/protect/open-doc.pdf?tbl=PROTECTION&id=3b73b0d63>. É importante ainda enfatizar que a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 possuem 143 membros cada. Contudo, devido ao fato de um deles ser a Santa Sé, que não é um membro da ONU, esse não foi contabilizado nos dados referidos.

¹² Dado de 26 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/9.htm>.

¹³ Dado de 26 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/4.htm>.

¹⁴ LAUTERPACHT, Elihu; BETHLEHEM, Daniel, *op. cit.*, p. 147.

Além disso, há uma prática muito difundida dos Estados de incorporar expressamente tratados que incorporam o princípio do *non-refoulement* no seu ordenamento jurídico interno ou de estabelecer legislação interna específica, refletindo o princípio do *non-refoulement*. A prática dos governos em incluir em suas legislações nacionais o princípio do *non-refoulement* corresponde a um critério para a formação do direito internacional costumeiro, visto que é uma prática uniforme dos Estados, combinada com uma convicção legal crescente.¹⁵

São, ainda, de importância particular as Conclusões sobre Proteção Internacional Comitê Executivo do ACNUR (ExCom). Para que um Estado se torne um membro do ExCom, ele deve representar a base geográfica mais ampla possível e demonstrar interesse e devoção para com a solução do problema dos refugiados.¹⁶ Adotando-se a linguagem do julgamento *North Sea Continental Shelf* da CIJ, o ExCom é composto pelos representantes dos Estados cujos interesses são especialmente afetados pelas questões relacionadas aos refugiados. Dessa forma, as Conclusões do ExCom têm grande relevância para a determinação do *non-refoulement* como princípio consuetudinário do direito internacional. Além disso, o fato de que a participação nas reuniões do Comitê não se limita e normalmente excede o seu conjunto de membros, assim como o conhecimento especializado do Comitê e o fato de que as suas decisões são tomadas por consenso, dão ainda mais importância às suas Conclusões.

Desde 1975, as conclusões do ExCom freqüentemente têm demonstrado preocupação com o retorno forçado de refugiados e reafirmado a importância e o caráter humanitário fundamental do princípio do *non-refoulement*.¹⁷ Dentre elas, destaca-se a Conclusão n° 81 (XLVIII) de 1982.

É importante ainda afirmar que, particularmente desde 1977, as Resoluções da Assembléia Geral da ONU têm constantemente se referido à relevância do princípio do *non-refoulement* e à importância de se respeitar o princípio do *non-refoulement*, as quais tendem a ser adotadas por consenso.¹⁸

¹⁵ UNHCR, *op. cit.*, p. 4.

¹⁶ ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 1166 (XII) de 1957.

¹⁷ Ver, por exemplo: Conclusões n° 1 (XXVI) de 1975, n° 25 (XXXIII) de 1982, n° 52 (XXXIX) de 1988, n° 71 (XLIV) de 1993, n° 81 (XLVIII) de 1997, n° 91 (LII) de 2001, n° 94 (LIII) de 2002 e n° 99 (LV) de 2004.

¹⁸ Ver, por exemplo, Resoluções 8 (X) de 12 de fevereiro de 1946, 32/67 de 8 de dezembro de 1977, 33/26 de, 38/12 de 16 de dezembro de 1983, 43/117 de 8 de dezembro de 1988, 49/169 de 23 de dezembro de 1994, 54/146 de 17 de dezembro de 1999, 56/137 de 19 de dezembro de 2001, 57/187 de 18 de dezembro de 2002. GOODWIN-GILL, Guy, *op. cit.*, p. 167.

No que concerne à conduta dos Estados, os governos têm, quase invariavelmente, reagido de uma maneira que indica a aceitação do princípio do *non-refoulement* como guia para a sua ação, não havendo oposição formal ou informal ao princípio. Na verdade, em inúmeros casos, os Estados têm buscado explicar casos em que tenha ocorrido devolução de refugiados, fornecendo esclarecimentos adicionais ou justificativas razoáveis, que podem ser tomadas como uma confirmação implícita da aceitação do princípio.¹⁹ Mesmo Estados que não são partes da Convenção de 1951 ou do Protocolo de 1967 têm freqüentemente confirmado que reconhecem e aceitam o princípio do *non-refoulement*.²⁰

Considerando-se os fatores expostos acima e a evidente falta de objeção expressa por parte de qualquer Estado em relação ao caráter normativo do princípio do *non-refoulement*, pode-se afirmar que esse é uma parte integral do direito internacional consuetudinário.

A não derogabilidade do princípio do *non-refoulement*

Possivelmente, o fórum mais importante para se identificar o valor atribuído à norma do *non-refoulement* é o ExCom, por meio das suas Conclusões sobre Proteção Internacional. Conforme dito na sessão anterior, essas Conclusões refletem o consenso dos Estados mais especificamente afetados e interessados na questão dos refugiados, atuando com capacidade consultiva. Conseqüentemente, as Conclusões do ExCom têm valor interpretativo do direito internacional dos refugiados e têm efeito de estabelecer padrões.²¹

A primeira menção ao princípio do *non-refoulement* como uma norma de *jus cogens* foi feita pelo ExCom na Conclusão nº 25 (XXXIII) de 1982 que “reaffirmed the importance of the basic principles of international protection and in particular the principle of non-refoulement which was progressively acquiring the character of a peremptory rule of international law”. Na Conclusão nº 55 (XL) de 1989, o ExCom, na cláusula “d” *called on all States to refrain (...) from returning or expelling refugees contrary to fundamental prohibitions against these practices*. Finalmente, na Conclusão nº 79 (XLVII) de 1996, na cláusula “i”, o ExCom *recalls that the principle*

¹⁹ UNHCR, *op. cit.*, p. 2-3. Sobre o assunto, ver: *Nicaragua v. United States, Merits, ICJ Reports 1986*, p. 98, parágrafo 186.

²⁰ UNHCR, *op. cit.*, p. 2-3. Países no Sul da Ásia, como a Índia, têm sido tradicionalmente hospitaleiros a refugiados e solicitantes de refúgio, mesmo não sendo parte da Convenção de 1951 ou do Protocolo de 1967. Ver: UNHCR. *Global Report 2002*. Genebra: UNHCR, 2003, p. 324.

²¹ ALLAIN, Jean, *op. cit.*, p. 539.

of non-refoulement is not subject to derogation. Dessa forma, os Estados membros do ExCom concluíram, por consenso, que o princípio do *non-refoulement* é, de fato, uma norma na qual não é permitida derrogação.

O caráter de não derogável do princípio do *non-refoulement* é também afirmado pelo Artigo 42(1) da Convenção de 1951 e pelo Artigo 7(1) do Protocolo de 1967 que impedem reservas ao Artigo 33 da Convenção de 1951. Além disso, segundo o Comitê contra a Tortura, não é permitida derrogação ao Artigo 3 da Convenção contra a Tortura de 1984, que se refere ao *non-refoulement*.²²

É ainda importante afirmar que, de acordo com a Resolução 52/132 de 12 de dezembro de 1997, a Assembléia Geral das Nações Unidas afirma *that the principle of non-refoulement is not subject to derogation*.

Mais evidências de que o princípio do *non-refoulement* não é derogável podem ser encontradas na prática dos Estados que se desenvolveu na América Latina com base na Declaração de Cartagena de 1984, que o considera como um princípio de *jus cogens*.²³ Além disso, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhecem que o princípio do *non-refoulement* atingiu o status de *jus cogens*.²⁴

No que concerne o continente europeu, o sistema europeu de direitos humanos tem desenvolvido uma jurisprudência que interpreta o Artigo 3 da Convenção Européia de Direitos Humanos incluindo o *non-refoulement* de modo incondicional. Dessa forma, é fornecida uma ampla proteção aos ameaçados de expulsão, deportação a extradição, e elevando o *non-refoulement* não apenas a um princípio básico de Direito Internacional dos Refugiados, mas também a uma norma peremptória do Direito Internacional dos Direitos Humanos.²⁵

Finalmente, o caráter de norma peremptória de direito internacional do princípio do *non-refoulement* já atinge até o direito interno dos Estados. Na Suíça, por exemplo, atualmente se reconhece o caráter peremptório

²² Ver *Tapia Paez versus Suécia* (1997), Communication n° 39/1996; Sweden. 28/04/97. CAT/C/18/D/39/1996; CCPR General Comment n° 20 de 10/03/92; General Comment n° 24 de 04/11/94 e General Comment n° 29 de 31/08/01.

²³ A Declaração de San José sobre os Refugiados e Pessoas Deslocadas de 1994 e a Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina de 2004, documentos que seguiram a Declaração de Cartagena de 1984, também reafirmaram a natureza *jus cogens* do princípio do *non-refoulement*.

²⁴ SANDOVAL, Clara. "A Critical View of the Protection of Refugees and IDPs by the Inter-American System of Human Rights: Re-assessing its Powers and Examining the Challenges for the Future", p. 51.

²⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. "Aproximaciones y convergencias revisitadas: diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados, y el derecho internacional humanitario", p. 144-145.

do princípio do *non-refoulement*, devido a uma iniciativa do Conselho Federal Suíço, de 1994.²⁶

Conclusão

Considerando-se o exposto acima, é possível afirmar que o princípio do *non-refoulement* faz parte do direito internacional consuetudinário. Além disso, também é possível afirmar que esse princípio não pode ser derogado. Dessa forma, conclui-se que o princípio do *non-refoulement* atendeu aos dois requisitos necessários para se atingir o status de *jus cogens* no direito internacional.

Conseqüentemente, os Estados, individualmente ou coletivamente, estão impedidos de violarem, em qualquer circunstância, essa norma. Desse modo, qualquer tratado e toda ação, seja ela unilateral, bilateral ou multilateral, realizada por um Estado ou organização internacional que viole ou esteja em conflito com essa norma é inválida juridicamente. A natureza *jus cogens* do princípio do *non-refoulement* constitui-se, portanto, em uma poderosa arma na garantia a proteção dos indivíduos e dos seus direitos humanos, incluindo a possibilidade de se responsabilizar internacionalmente de Estados ou organizações internacionais que violem essa norma.

Bibliografia essencial

ALLAIN, Jean. "The jus cogens nature of non-refoulement", in *International Journal of Refugee Law*, v. 14, n. 1, 2002, p. 533-558.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. "Aproximaciones y convergencias revisitadas: diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados, y el derecho internacional humanitario", in ACNUR. *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*. San José: Editorama, 2005.

GOODWIN-GILL, Guy. *The refugee in international law*. New York: Oxford University Press, 1998.

LAUTERPACHT, Elihu; BETHLEHEM, Daniel. "The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement", in FELLER, E.; TÜRK, V.; NICHOLSON, F. (ed.). *Refugee Protection in International Law - UNHCR's Global Consultations on International Protection*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 87-164.

SANDOVAL, Clara. "A Critical View of the Protection of Refugees and IDPs by the Inter-American System of Human Rights: Re-assessing its Powers and Examining

²⁶ *Ibidem*, p. 183.

the Challenges for the Future”, in *International Journal of Refugee Law*, v. 17, n. 1, 2005, p. 43-66.

TERAYA, Koji. “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights”, in *European Journal of International Law*, v. 12, n. 5, 2001, p. 917-941.

UNHCR. *The Principle of Non-refoulement as a Norm of Customary International Law*. Geneva: UNHCR, 1994.