




O DIREITO HUMANO COLETIVO À REPARAÇÃO HISTÓRICA VERSUS A PRECLUSÃO DA APLICAÇÃO RETROATIVA DO DIREITO INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS

 <https://doi.org/10.56238/levv15n41-093>

Data de submissão: 24/09/2024

Data de publicação: 24/10/2024

Desirée Garção Puosso

Doutoranda em Direito das Relações Econômicas Internacionais (PUC/SP), São Paulo/SP, Brasil
E-mail: desigp2@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9292-7353>

Carlos Roberto Husek

Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004)
Chefe D. Dir. Difusos e Rel. Intern. Fac. Dir. da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
E-mail: carlosrhusek@gmail.com
LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3621741019243917>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2369-6349>

Fabricio Felamingo

Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP desde 2007 (pós-graduação e especialização), nas áreas de Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e Direitos Humanos
Coordenador Acadêmico do Curso de Direito Internacional (pós-graduação nível especialização) desde 2010
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5675-8839>

RESUMO

É unanimidade no Direito Internacional que aquele que cometeu um ato ilícito deve realizar reparação, no entanto, atualmente tem surgido cada vez mais o premente debate no sentido de se é possível responsabilizar juridicamente potências coloniais pelos atos e crimes cometidos outrora em suas ex-colônias. As regras de responsabilidade internacional apontam, dentre outras questões, que o tempo já teria exercido sua influência preclusiva sobre possíveis pretensões de reparação, segundo as regras de direito intertemporal, o que leva a crer que o Direito Internacional parece ainda ser incapaz de socorrer aos que foram colonizados e escravizados, visto que na prática discute-se a questão do Direito humano coletivo à reparação histórica versus a preclusão da aplicação retroativa do Direito Internacional em matéria de responsabilidade dos Estados, no entanto, tem surgido algumas questões atualmente, como a recente declaração do então presidente português, no sentido de reconhecer a responsabilidade de Portugal pela escravização e pelos crimes ocorridos durante o período colonial. Assim, e diante de todo um contexto do cenário atual, parece se estar presenciando um importante passo histórico num processo político-jurídico maior. Parece precoce falar num direito humano coletivo à reparação histórica, no entanto, aparenta que está se iniciando um período de um longo e precípuo debate que está na pauta do dia dos grandes jornais, redes sociais e pesquisas acadêmicas. Assim, esse movimento pode conduzir de alguma forma a uma efetiva reparação pelas graves violações cometidas no passado.

Palavras-chave: Responsabilidade Internacional. Reparação Histórica. Preclusão.



1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa tratar da evolução do Direito Internacional e da sociedade, dentro do contexto das reparações históricas, já que ambos estão cada vez mais dedicados em resolver as demandas da vida moderna, onde se cobra cada vez mais ética na atuação dos Estados e até mesmo das empresas e pessoas físicas.

De forma que, abordar-se-á a questão do impasse na aplicabilidade das reparações históricas, mais especificamente quando se trata do colonialismo, assunto premente de resolução e muito presente nos debates atuais, visto que este deixou muitos impactos até os dias atuais, sendo um dos principais o racismo, que não se pode deixar de citar.

2 OS REFLEXOS DA CONFERÊNCIA DE DURBAN (CONFERÊNCIA MUNDIAL CONTRA O RACISMO, A DISCRIMINAÇÃO RACIAL, A XENOFOBIA E FORMAS CORRELATAS DE INTOLERÂNCIA) NA QUESTÃO DAS REPARAÇÕES HISTÓRICAS

Com ampla participação brasileira, a Conferência de Durban (Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância) promovida pela Organização das Nações Unidas, foi realizada pela primeira vez em 31 de agosto e 08 de setembro de 2001 em Durban, na África do Sul, e impulsionou a criação de políticas públicas para o enfrentamento ao racismo.

No Brasil, a mobilização de atores governamentais e não-governamentais, especialmente as organizações do movimento negro, abriram uma gama de possibilidades para o enfrentamento da questão, em especial no tocante às políticas de ação afirmativa nas universidades, e a criação em 2003 da Secretaria de Promoção de Igualdade Racial, incorporada ao Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos.

A Conferência de Durban tem deixado legados importantes, especialmente no campo das conquistas de instrumentos estatais para diminuir a desigualdade racial e combater o racismo sistêmico e institucional, principalmente no Brasil. Contudo, o caminho pela igualdade racial ainda não foi completamente alcançado e tudo faz parte de um processo no campo legal, em que o direito pátrio sofre paulatinamente positiva influência internacional, qual seja, de ambos: do direito e da comunidade internacional.

O documento final de Durban foi assinado pelo Brasil e se tornou um norteador para as políticas públicas contra o racismo, exigindo que os Estados adotem ferramentas concretas contra as desigualdades.

Este documento final reafirmou o compromisso em prevenir, combater e erradicar o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e a intolerância correlata. Ademais, a conferência destacou a responsabilidade dos governos em proteger os direitos individuais das pessoas dentro de suas

jurisdições contra crimes perpetrados por pessoas ou grupos racistas ou xenófobos ou por agentes do Estado. A conferência também condenou legislações, políticas e práticas baseadas no racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata que são incompatíveis com a democracia e a governança transparente e responsável.

Desta monta, a Conferência de Durban de 2001 foi um marco importante na luta global contra o racismo e a discriminação, estabelecendo um forte precedente jurídico e moral para ações futuras.

As resoluções presentes na plataforma de Durban se materializaram em diferentes frentes no Brasil, tendo grande influência, inclusive no âmbito jurídico. Até porque grande parte do combate ao racismo se dá devido à Durban.

É louvável observar como foi conduzido o processo de Durban, em especial porque se deu em uma época em que não se vislumbrava ainda sedimentado no Direito Internacional Público um direito humano coletivo à reparação histórica, como por exemplo pautas voltadas a reparação internacional pelo colonialismo, sendo que até hoje ainda não há. Embora mais recentemente e em especial a partir de Durban, sendo um de seus legados, passa-se a perceber o que talvez seja o início de um longo debate que quiçá conduza a uma efetiva reparação pelas graves violações cometidas no passado.

No tocante ao instituto da reparação histórica mais especificamente, cabe inferir que esta reparação não é algo simples de mensurar, uma vez que a dívida humanitária para com a população escravizada e seus descendentes não pode ser reduzida a números ou a uma determinada quantidade de medidas políticas.

Desta forma, a reparação da escravização está inserida em um cenário complexo que busca reparar os efeitos de mais de 350 anos de exploração de pessoas negras, somado ao obstáculo remanescente do racismo, que é por vezes velado, apresentando-se inclusive de maneira estrutural e institucional no Brasil.

Além de ter sido o país que mais perpetuou a escravatura, o Brasil foi o último Estado a aboli-la (apenas em 1.888). Essas pessoas eram sequestradas de África e passavam por um processo de esquecimento e aniquilamento de suas culturas, famílias, bens e do valor de suas próprias vidas. Chegavam aqui em condições sub-humanas para serem precificadas como “mercadorias”.

Não obstante a abolição da escravatura, muitas questões quanto a igualdade racial ainda não foram totalmente resolvidas na sociedade brasileira e mundial. O Parecer nº 036/2019, que foi solicitado pela Comissão de Igualdade Racial do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros), aponta que as mazelas da exploração e da discriminação do afrodescendente permanecem na estrutura da sociedade brasileira contemporânea bem como em todos os países que foram estruturados pela escravização e nas nações escravizadoras, considerando que nunca houve de fato o que se chama de reparação da escravatura (2019, p. 3).

As políticas e ações reparatórias não se limitam a procurar compensar aos quase 5 milhões de negros e negras escravizados e seus descendentes, mas atinge a sociedade como um todo, a fim de criar uma consciência coletiva acerca da necessidade de se manterem constantes e efetivas as medidas de inclusão e isonomia com vistas à construção de uma nova identidade nacional e de um real Estado Democrático de Direito.

Assim, a difusão dos direitos humanos no âmbito global e dos direitos fundamentais no contexto nacional não permite a manutenção de qualquer mentalidade discriminatória que ainda exista, muito menos a existência de novas formas de escravização, sob pena de incidir-se em crime contra a humanidade.

3 TENDÊNCIAS ATUAIS

Nesse sentido e para fomentar a reflexão, ainda no contexto de Durban, cabe recordar que à época da Conferência, o primeiro-ministro belga Louis Michel, pronunciou-se no sentido de que a Declaração e o Programa de Ação de Durban deveriam ser vistos e essa fala se encontra documentada na pesquisa de Omar Ribeiro Thomaz e Sebastião do Nascimento (2003, pp. 74-75):

como documento político e não legal. Esses documentos não podem impor obrigações, responsabilidade ou direito a compensação a ninguém. E nem se pretende que o façam. Nada na declaração e no programa de ação afeta o princípio geral que preclui a aplicação retroativa do direito internacional em matéria de responsabilidade dos estados.

Outrossim, num movimento contrário a isso, tem-se visto muitas declarações, como a do então presidente português, Marcelo Rebelo de Sousa (CNN, 2024), que se deu no início de maio de 2024, reconhecendo a responsabilidade de Portugal pela escravização e pelos crimes ocorridos durante o período colonial.

Para Lucas Carlos Lima (2024), Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, isto soleva uma série de questões jurídicas internacionais de resolução intrincada – a começar pela própria capacidade do Direito Internacional de oferecer instrumentos satisfatórios de reparação às ex-colônias.

Na clássica doutrina de Francisco Rezek (2011), encontra-se que, no mundo do contencioso internacional o que se tem ainda hoje é um contencioso de compensação, não um contencioso punitivo e acrescenta que:

A forma da reparação há de corresponder à do dano. Tenha este sido estritamente moral – como no caso de injúria ao pavilhão nacional do Estado vítima, ou à pessoa de seu governante –, não há falar em compensação que se deduza em dinheiro, mas naquela que assuma feição condizente com a natureza do dano: o desagravo público, o pedido formal de desculpas, a

punição de pessoas responsáveis. Se o dano, entretanto, teve expressão econômica, a reparação há de dar-se em dinheiro (p. 332).

Para Carlos Roberto Husek (2015, p. 135):

A regra em torno do Estado é a de que deve este ir ao encontro de suas obrigações internas e internacionais com seu povo e com outros Estados e organismos internacionais, sujeitando-se às sanções cabíveis para corrigir dano material ou ético provocado por ato praticado.

Assim, é unanimidade no Direito Internacional que aquele que cometeu um ato ilícito deve realizar reparação, no entanto, hoje é quase impossível responsabilizar juridicamente potências coloniais pelos atos e crimes cometidos outrora em suas ex-colônias. As regras de responsabilidade internacional apontam que, à época, tais atos não eram previstos como violações ao Direito Internacional (ainda que atualmente sejam) e, além disso, o tempo já teria exercido sua influência preclusiva sobre possíveis pretensões de reparação segundo as regras de direito intertemporal (Lima, 2024).

Segundo Lima (2024):

O Direito Internacional parece se inclinar, por um lado, à manutenção do status quo e, por outro, à impossibilidade de reparação pelos longínquos atos cometidos numa época em que o colonialismo era a regra do dia. Isso sem desconsiderar toda a literatura que demonstra como, em muitos casos, o Direito Internacional à época serviu como legitimador de pretensões coloniais.

A partir disto, pode-se ter a intelecção de que o Direito Internacional parece ainda ser incapaz de socorrer aos que foram colonizados e escravizados, visto que na prática discute-se a questão do Direito humano coletivo à reparação histórica *versus* a preclusão da aplicação retroativa do Direito Internacional em matéria de responsabilidade dos Estados. Basta ver a declaração do então presidente português, que parece ter pouca efetividade de fato na prática.

No entanto, diante deste cenário, cumpre acrescentar que, trata-se de um importante passo num processo político-jurídico maior.

Lima (2024) acredita que a prática internacional demonstra que o reconhecimento das consequências da colonização é de fato um primeiro passo para a satisfação e para futuras negociações entre Estados que outrora colonizaram outros povos e suas ex-colônias – e por isso devemos receber

esse tipo de declaração com entusiasmo, mesmo que num primeiro momento não aparente ser suficiente.

Como todo dano moral, pensando no Direito Penal pátrio, ou num cenário mais complexo, como os casos de crime contra a humanidade, o colonialismo e a escravização são irreparáveis em muitos sentidos.

Isso não significa, contudo, que reparações sejam inimagináveis. Atualmente surgem no horizonte do Direito Internacional algumas tendências que devem pautar o futuro diálogo nesse campo, a começar pela identificação precisa dos atos aos quais se deseja a reparação e a reconciliação (Lima, 2024).

Cabe recordar que num passado muito recente em termos históricos, três tratados bilaterais foram assinados para oferecer remédios a atos relacionados à dominação colonial.

Nesse sentido, o mesmo autor (2024) cita que ocorreu em 2008, entre Itália e Líbia; em 2015, entre Japão e Coreia do Sul; e uma declaração conjunta entre Alemanha e Namíbia. Embora esses documentos não tenham sido concluídos da melhor maneira possível, visto que houve pouca participação dos povos originários em sua confecção, por exemplo, são iniciativas que já demonstram a potencialidade do Direito Internacional atual em lidar com problemas relativos ao passado colonial.

Nessa mesma esteira, Lima (2024) relata a tendência atual refletida na opinião consultiva da Corte Internacional de Justiça de 2019, que reconheceu que o Reino Unido estaria sob a obrigação de retornar um inteiro arquipélago (chamado de Ilhas Chagos) à República de Maurício para pôr fim à violação do princípio da autodeterminação dos povos.

Ainda nesse sentido, muito tem se debatido no campo dos bens culturais, onde é possível também identificar a tendência à repatriação ou à construção de acordos entre museus para que itens produzidos por uma determinada cultura e removidos à antiga metrópole durante o período colonial sejam definitivamente retornados ou partilhados com a ex-colônia.

Nesse sentido, cabe citar que muito recentemente, em 2023, o Museu Nacional da Dinamarca anunciou a devolução de um raro manto tupinambá ao Brasil (Lima, 2024). Portanto, identifica-se que o relevante ato reflete muito o início do que parece ser uma tendência no Direito Internacional Público atualmente, através das diversas possíveis formas de reparação histórica.

As iniciativas elencadas aqui demonstram para Lima (2024) que existe uma possibilidade no Direito Internacional para lidar com a questão, bem como uma tendência ao reconhecimento dos muitos males causados pelo colonialismo.

De modo que, talvez as regras atuais não sejam suficientes, mas novas regras estão em processo de desenvolvimento por intermédio exatamente de declarações como a do presidente português, no sentido de que houve uma violação, há um reconhecimento e é necessária uma reparação que precisa ser amplamente discutida.

De forma que, o que se conclui disto tudo, é que, em que pese o entendimento por partes de alguns líderes na Conferência de Durban ter sido no sentido de que os documentos não poderiam impor obrigações, responsabilidade ou direito a compensação a ninguém e de que já precluíra a aplicação retroativa do direito internacional em matéria de responsabilidade dos estados, por outro lado, grande parte dos movimentos da comunidade internacional, entendem o contrário.

Para Lima (2024) este certamente não é um assunto que cairá no esquecimento, até porque são muitos os mecanismos e instrumentos jurídicos internacionais para oferecer um remédio aos povos das ex-colônias, sejam eles povos escravizados, originários ou seja a população que no território se estabeleceu.

Parece precoce falar num direito humano coletivo à reparação histórica, no entanto, indubitavelmente se está assistindo ao início de um longo debate que está na pauta do dia dos grandes jornais, redes sociais e pesquisas acadêmicas. Assim, espera-se que o movimento conduza de alguma forma a uma efetiva reparação pelas graves violações cometidas no passado.

4 CONCLUSÃO

Não há discussão no sentido de que deva haver reparação quando um ato ilícito internacional é cometido nos dias atuais, o que ainda se debate é a efetividade e aplicabilidade da responsabilidade internacional dos Estados, mas para além disso, há um premente e atual debate, no sentido da possibilidade de responsabilizar juridicamente potências coloniais pelos atos e crimes cometidos remotamente em suas ex-colônias, tratando-se de uma temática ainda um pouco mais complexa por envolver a questão da preclusão que é exercida sobre possíveis pretensões de reparação, segundo as regras do Direito.

Outrossim, é sabido que o Direito evolui e está sujeito ao aperfeiçoamento, na medida em que avanços civilizatórios e históricos vão ocorrendo na sociedade. Nesse sentido, uma das temáticas que emergem como um reflexo disto é a possibilidade do Direito humano coletivo à reparação histórica.

Assim, a questão tem tomado recentemente maior espaço nos fóruns internacionais, e, muito disto se deve aos processos da Conferência de Durban, que deixou importantes legados, sendo inclusive o Brasil um de seus grandes beneficiários.

Dentre algumas recentes ações nesse sentido, merece destaque a declaração do então presidente português no corrente ano, no sentido de reconhecer a responsabilidade de Portugal pela escravização e atos ocorridos durante o período colonial bem como a devolução feita pelo Museu Nacional da Dinamarca de um raro manto tupinambá ao Brasil no ano passado.

De modo que, essas ações podem até parecer iniciativas isoladas ou apenas simbólicas, mas na verdade é um importante passo na temática da reparação histórica, podendo se iniciar no campo dos bens culturais, através de, por exemplo, a repatriação ou a construção de acordos entre museus para



que itens produzidos por uma determinada cultura e removidos à antiga metrópole durante o período colonial – algo muito comum de se encontrar ainda na atualidade – sejam definitivamente retornados ou partilhados com a ex-colônia.

Assim, esse movimento pode conduzir de alguma forma a uma efetiva reparação pelas graves violações cometidas no passado, mas que de alguma forma ainda geram reflexos no presente, parecendo se perpetuar de certa maneira, ciclo este que precisa chegar ao fim.



REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- CNN - BRASIL MEIO-DIA. Portugal reconhece culpa por escravidão e massacres durante era colonial - 24 de abr. de 2024. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=NaZTxa5OK4M>> Acesso em 9 jul. 2024.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. Trad. Marcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CORTEZ, Rita de Cássia Sant'Anna. Reparação da Escravidão. Fundamentos da Reparação. Fontes da Reparação. Diferenças entre Ação Afirmativa e Reparação da Escravidão. Modelos de propostas já existentes. Reparação da Escravidão no mundo. Iniciativas e medidas reparatórias no Brasil. Parecer nº 036/2019, Comissão de Igualdade Racial do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros).
- CULTNE CINEMA - Conferência Internacional Durban 2001 – Documentário, 27 set. de 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=G0bzC-Uvv9k>>. Acesso em 9 jan. 2024.
- Geledés – Centro de Documentação e Memória Institucional. **Brasil e Durban: 20 anos depois**; [pesquisa de Iradj Eghrari]; São Paulo: Geledés – Centro de Documentação e Memória Institucional, 2021. Livro eletrônico.
- HUSEK, Carlos Roberto. *Curso e Direito Internacional Público*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- JENKINS, Alan. Race matters. The Nation, New York, 09 de agost. 2001. Disponível em:<<https://www.thenation.com/article/archive/race-matters/>> Acesso em: 27 fev. 2024.
- LIMA, Alceu Amoroso. *Os direitos do homem e o homem sem direitos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Educam, 1999.
- LIMA, Lucas Carlos. Reparação internacional pelo colonialismo?, 14 de maio 2024. Disponível em:<<https://www.estadao.com.br/opiniao/espaco-aberto/reparacao-internacional-pelo-colonialismo/>> Acesso em: 27 fev. 2024.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SOUZA, Motauri Ciocchetti de; VINCI, Wilson José Júnior. Globalização e direito humano cultural. São Paulo: Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica, v. 1, n. 1, 2019.
- THOMAZ, Omar Ribeiro e NASCIMENTO, Sebastião do. Entre a intenção e o gesto: a Conferência de Durban e a elaboração de uma pauta de demandas de políticas compensatórias no Brasil. São Paulo: Núcleo de Pesquisa sobre o Ensino Superior (NUPES) /USP, 2003 (Dossiê).