



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO

SUSAN SIQUEIRA SUZART SANTOS

**RESPONSABILIDADE DA SANTA SÉ PELO LEGADO DE RACISMO DA BULA PAPAL
INTER CAETERA E DA DOCTRINA DA DESCOBERTA**

BRASÍLIA
JUNHO 2016

Susan Siqueira Suzart Santos

**Responsabilidade da Santa Sé pelo legado de racismo da Bula Papal Inter Caetera e da
Doutrina da Descoberta**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília
(UnB), como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Doutorando Guilherme Del Negro

**Brasília
Junho 2016**

Susan Siqueira Suzart Santos

**Responsabilidade da Santa Sé pelo legado de racismo da Bula Papal Inter Caetera e da
Doutrina da Descoberta**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília (UnB), como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharela em Direito.

Brasília, 06 de julho de 2016.

Guilherme Del Negro

Professor Orientador

Prof. George Rodrigo Bandeira Galindo

Membro da Banca Examinadora

Patrícia Ramos Barros

Membro da Banca Examinadora

“Since something of the glory of God shines on the face of every person, the dignity of every person before God is the basis of the dignity of man before other men...[it]is the ultimate foundation of the radical equality and brotherhood among all people, regardless of their race, nation, sex, origin, culture, or class”

(Compendium of the Social Doctrine of the Church, 2004, n.144).

RESUMO

O Direito Internacional precisa evoluir para criar mecanismos que possibilitem que os povos indígenas obtenham reparo pelos danos ligados à responsabilidade histórica pelos danos causados pela Bula Papal Inter Caetera e pela Doutrina da Descoberta. Pelo direito internacional corrente, os Estados colonizadores ainda não podem ser obrigados a oferecer reparo, mas somente podem ser estimulados a reconhecer voluntariamente o dano, e as teorias existentes sobre responsabilidade, em geral, falham em estabelecer fundamento para reparar os povos que foram violados por crimes históricos, e em transitar da condenação moral à responsabilidade jurídica. Assim, a discussão da dívida histórica do colonialismo e as possibilidades e teorias sobre reparação no âmbito internacional precisam ser mais aprofundadas, pois a negação do reparo, e a negação do reconhecimento do passado de crimes históricos, constituem em si um dano presente aos povos colonizados e escravizados.

Palavras-chave: Direito Internacional; Reparação; crimes históricos; Responsabilidade internacional;

ABSTRACT

International Law must evolve in order to create mechanisms that enable indigenous peoples to obtain repair for damages linked to historical responsibility for damages caused by the Papal Bull *Inter Caetera*, and the Doctrine of the Discovery. Based on current International Law, settler States cannot be required to offer repair, but can only be encouraged to recognize, voluntarily, the damage. Still, existing theories regarding liability, in general, fail to establish reparation for the victims of historical crimes, and to advance from moral condemnation to juridical responsibility. Thus, the discussion of historical debt caused by colonialism and of the international possibilities of repair need to be explored further: because the denial of repair, and the denial of recognition for historical crimes, constitute themselves a present harm to the descendants of colonized and enslaved peoples.

Key-words: International Law; Reparation; Historical crimes; International Responsibility;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1	
A SANTA SÉ E OS POVOS APACHE-NDÉ-NNEE	10
1.1 Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.....	10
1.2 A 88ª Sessão	11
1.3 Contra-Informe do Grupo de Trabalho Apache-Ndé-Nneé	13
1.4 Concluding observations do CERD	18
CAPÍTULO 2	
FENÔMENO DA HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL	23
2.1. Humanização do Direito Internacional	23
2.2. A Conferência de Durban.....	30
2.2.1. A Conferência	30
2.2.2. Conflitos	33
2.2.3. Avanços.....	34
CAPÍTULO 3	
RESPONSABILIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL	36
3.1 Modelo Clássico de Responsabilidade	37
3.1.1. Elementos da Responsabilidade Internacional do Estado	39
3.1.2. Aplicação do Modelo Clássico de Responsabilidade ao caso concreto	44
3.2 Propostas Alternativas de Responsabilidade	46
CONCLUSÃO	61

INTRODUÇÃO

Em 14 de janeiro de 2016, o Comitê das Nações Unidas (ONU) para a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial reconheceu que a Doutrina da Descoberta, a Bula *Inter Caetera* e outras Bulas papais relacionadas estão dentro do âmbito legal da discriminação racial no Direito Internacional. Portanto, reconheceu que a Santa Sé é responsável pelo legado permanente – os efeitos passados e presentes – destes documentos legais históricos, devendo dialogar diretamente com os representantes dos Povos Indígenas afetados e chegar a um acordo para prestar contas a eles e repará-los.

A demanda foi apresentada pelo Grupo de Trabalho Apache-Ndé-Nneé para o Comitê das Nações Unidas para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (Committee on the Elimination of all forms of Racial Discrimination), em novembro de 2015, em sua 88ª sessão. No relatório apresentado pelo grupo indígena, é feita uma demanda coletiva para cessar a coação espiritual, moral, jurídica, territorial, política e a discriminação social efetivadas pela Igreja e pela Santa Sé, ainda persistentes atualmente. Além disso, o grupo menciona como as influências do colonialismo, da escravidão, do genocídio e do roubo de terras ocorridos nesses tempos ainda são impactantes para os povos indígenas de todo o mundo, inclusive os Apache-Ndé-Nneé, especialmente sobre seus modos de vida tradicionais, territórios, identidade, soberania e integridade cultural. Mais que isso, o grupo alega que um legado direto de discriminação contra povos indígenas foi deixado pela Bula Papal *Inter Caetera*, além de um legado de falta de acesso à justiça pelos povos indígenas.

Neste trabalho, serão apresentados e analisados os entendimentos correntes de responsabilidade e reparação no direito internacional, especialmente com base no caso em questão, na doutrina disponível e no Plano de Ação Durban, das Nações Unidas, para concluir se é de fato acertada a referida decisão do Comitê, e se ela pode ser usada como referencial em outros casos semelhantes.

A escravidão, por exemplo, embora já não seja feita nos mesmos moldes hoje, e embora seus atores já estejam há tempos mortos, tem impacto contínuo e contemporâneo, pois criou uma dívida transgeracional que persiste, e que precisa ser avaliada e discutida por

acadêmicos, diplomatas, ativistas, de modo que as variadas alternativas de reparação sejam exploradas e alocadas.

Será possível, assim, fundamentar essas reivindicações por reparação à luz do atual direito internacional? Essas ações passadas foram cometidas, em muitos casos, em contextos em que nem sequer havia lei nacional ou internacional que punisse a ação dos sujeitos. Em outros casos, como no nazismo e em outras ditaduras, o próprio direito servia de escopo às ações dos grupos opressores. É desnecessário dizer que os sujeitos individuais, as pessoas físicas a que se podia atribuir ações passadas como, por exemplo, a destruição de sociedades inteiras, como os Incas e Maias, já estão há tempos mortos. Então devemos atribuir os crimes ao Estado? Mas e se os próprios Estados se desfizerem? Seria possível responsabilizar, então, outros povos? Até onde é possível desenterrar o passado, para tentar melhorar a vida dos descendentes daqueles que foram suas vítimas? É possível reparar a história?

O objetivo deste trabalho de conclusão é, portanto, discutir como o direito internacional pode responder a essas perguntas. Antes de apresentar o caso concreto a ser avaliado neste trabalho, serão apresentados inicialmente alguns tópicos relevantes, para melhor entendimento do caso, como por exemplo a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, e o Comitê referente a essa convenção, o qual deu as recomendações que serão avaliadas posteriormente neste trabalho.

Capítulo I

A Santa Sé e os povos Apache-Ndé-Nneé

1.1. Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (Committee on the Elimination of Racial Discrimination – CERD)¹ foi criado em 1970 pelo artigo oitavo da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Essa Convenção é um dos principais tratados internacionais em matéria de direitos humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1965, entrando em vigor em 1969.

O Comitê é composto por um corpo de 18 especialistas independentes com notória reputação moral e imparcialidade que têm a função de monitorar a implementação da Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial pelos países signatários. Estes países estão obrigados a apresentar regularmente relatórios ao Comitê sobre como os deveres assumidos na Convenção estão sendo honrados. Em resposta, o Comitê deverá avaliar cada relatório e apresentar suas observações e recomendações ao Estado Signatário em suas Observações Finais, ou “Concluding observations”, como é chamado o documento em inglês.

Para os fins desta pesquisa, é também importante observar que as decisões do Comitê têm caráter de recomendação. Ou seja, não são vinculantes, e o Comitê não tem mecanismos para garantir sua implementação, a menos que consiga trazer a situação à atenção de outro órgão, como o Conselho de Segurança da ONU. Até para chefiar uma missão de direitos humanos num país, o comitê precisa de autorização do Estado membro, pois sua atuação seria a de um auxílio técnico na implementação correta da Convenção. É possível dizer, assim, que o Comitê tem mais o papel de monitorar, pesquisar, dar publicidade a determinadas situações que, de outro modo, não chegariam à atenção internacional. Para isso, está em constante

¹ Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/>. Acessado em 07 de maio de 2016.

diálogo com outros órgãos da ONU, e com inúmeras ONGs e instituições de direitos humanos ao redor do mundo.

1.2. A 88ª Sessão

Conforme dito anteriormente, a discussão feita neste trabalho foi motivada pelas “concluding observations and recommendations” do Comitê das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, dadas em resposta ao relatório da Santa Sé devidamente entregue, e com base no Contra-Informe (Shadow Report) apresentado pelos membros do Grupo de Trabalho Apache-Ndé-Nneé².

É bom recordar que essas observações e recomendações são feitas pelo Comitê para que o Estado membro se adeque às normas previstas na Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

A referida sessão aconteceu entre 23 de novembro de 2015 e 11 de dezembro de 2015, sendo a 88ª da Convenção. Nela, o Comitê examinou os relatórios de seis Estados membros: Egito, Santa Sé, Lituânia, Mongólia, Eslovênia e Turquia.

Para melhor entendimento, é bom esclarecer que a Santa Sé é a representação do governo da Igreja Católica, e opera do Estado da Cidade do Vaticano. Em outras palavras, é a pessoa jurídica de direito internacional do Vaticano e, portanto, é o sujeito das relações e acordos internacionais com outros Estados soberanos, e com organizações internacionais, como a ONU.

De acordo com Antônio Cassese, a Santa Sé é a organização central da Igreja Católica³. Previamente, a Igreja dominava e controlava um Estado, chamado no passado de Estado Pontifício, ou Estados Papais, que ficava no território da atual Itália⁴. Depois da unificação e nascimento da Itália como Estado soberano, em 1865, o Estado Pontifício foi incorporado ao seu território, em 1870, passando a fazer parte do reino italiano⁵. Antônio Cassese também

² O documento está identificado na Conferência como informação proveniente de Organização da Sociedade Civil.

³ CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª ed.. New York: Oxford University Press Inc., 2005, p. 131.

⁴ Idem.

⁵ Idem.

explica que, em 1929, como resultado de um acordo⁶ realizado com a Itália, alguns prédios em Roma foram transferidos para a Santa Sé, os quais hoje constituem o que é hoje o Estado do Vaticano. O autor define o Estado como um distinto, diminuto sujeito de direito internacional, dotado de um território minúsculo, mas privado de soberania, uma vez que está sujeito à supremacia da Santa Sé⁷.

A Santa Sé pode entrar em acordos internacionais, em tratados multilaterais, pode fazer parte de organizações internacionais e tem status de observador nas Nações Unidas⁸. É também a Santa Sé que toma parte nas relações diplomáticas, mandando e recebendo diplomatas. Antônio Cassese observa que a principal razão porque os Estados, mesmo os que não são católicos, têm relações internacionais com a Santa Sé é a tradição e a autoridade moral do Papa, que é a mais alta autoridade da Santa Sé⁹.

O Prof. Francisco Rezek, do mesmo modo, afirma que a Santa Sé é a cúpula governativa da Igreja Católica, instalada na cidade de Roma¹⁰, e que não lhe faltam os elementos conformados da qualidade estatal: há território – cerca de quarenta e quatro hectares -, há população – estimada em menos de mil pessoas – e há governo, o qual é independente do Estado Italiano. Rezek traz ainda a discussão quanto à natureza jurídica da Santa Sé:

“Mas a negativa da condição estatal da Santa Sé parece convincente quando apoiada no argumento teleológico. Os fins para os quais se orienta a Santa

⁶ Francisco Rezek explica que, “Até que a campanha da unidade italiana determinasse, em 20 de setembro de 1870, a tomada dos territórios pontifícios pelas tropas de Vítor Emanuel II, o Papa efetivamente acumulava duas funções distintas: a de chefe da Igreja Católica e a de soberano temporal de um Estado semelhante aos outros — e não caracterizado como exíguo, do ponto de vista territorial. O fato traumático não lhe subtraiu a liderança religiosa, mas suprimiu as bases físicas da soberania pontifícia. Nesse sentido, o governo italiano promulgou a *lei das garantias*, de 13 de maio de 1871, reconhecendo a inviolabilidade do Papa, seu estatuto jurídico equiparado ao do rei da Itália e seu direito de legação e relacionamento internacional. Garantiu-se-lhe ainda a posse — não a propriedade — das edificações do Vaticano. O firme protesto da Santa Sé daria então origem a um desentendimento somente extinto no pontificado de Pio XI, reinando Vítor Emanuel III e sendo primeiro-ministro Benito Mussolini. Ao cabo de quase três anos de negociação bilateral, os *acordos de Latrão* (uma concordata, um tratado político e uma convenção financeira) foram firmados em Roma, em 11 de fevereiro de 1929. Nesse contexto, de par com a reafirmação, ampliada, das garantias de 1871, a Santa Sé teve reconhecidas a propriedade de certos imóveis dispersos — entre esses o Castel-Gandolfo —, e plena soberania nos quarenta e quatro hectares da colina vaticana. A essa área o tratado político de Latrão denomina *Estado da Cidade do Vaticano* (art. 26), um nome de escasso emprego na prática do direito internacional. O regime jurídico da Santa Sé, do ponto de vista do Estado italiano, não sofreria alterações posteriores a 1929: a Constituição republicana de 1947 o confirmou de modo expresse (art. 7)”. REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, par. 151.

⁷ CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª ed. New York: Oxford University Press Inc., 2005, p. 131.

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 15ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, par. 151.

Sé, enquanto governo da Igreja, não são do molde dos objetivos padronizados de todo Estado. Além disso, é importante lembrar que a Santa Sé não possui uma dimensão pessoal, não possui nacionais. Os integrantes de seu elemento demográfico preservam os laços patriais de origem, continuando a ser poloneses, italianos, suíços e outros tantos. O vínculo dessas pessoas com o Estado da Cidade do Vaticano – tal é seu nome oficial, hoje alternativo – não é, pois, a nacionalidade”¹¹.

Rezek também observa que, por seu legado histórico, a Santa Sé tem sua personalidade jurídica de direito internacional amplamente reconhecida, apesar de não se identificar com os Estados comuns¹².

Assim, tendo sido a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1965, pela resolução nº 2106, e tendo a Santa Sé a assinado em 21 de novembro de 1966, e a ratificado em 1º de maio de 1969¹³, sem reservas e sem declarações interpretativas, aplicam-se plenamente suas disposições a esse sujeito de direito internacional.

1.3. Contra-Informe do Grupo de Trabalho Apache-Ndé-Nnéé

O relatório apresentado pelo Grupo de Trabalho Apache-Ndé-Nnéé às Nações Unidas¹⁴ teve o objetivo de demonstrar para o Comitê a relação direta entre a história de discriminação contra povos indígenas e a Doutrina da Descoberta, contida na Bula Papal Inter Caetera¹⁵. O documento demonstrou como ações da Igreja Católica geraram uma realidade de extrema discriminação legal – inclusive falta de acesso à justiça –, política, territorial e social, e que essas situações discriminatórias persistem até hoje por falta de reconhecimento, remediação e

¹¹ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 15ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2014, par. 151.

¹² Idem.

¹³ Documento disponível no site: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en. Acessado em 11 de maio de 2016.

¹⁴ Grupo de Trabalho Apache Ndé-Nnéé, *Shadow Report – Preparado para a 88ª Sessão do Comitê das Nações Unidas para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial*, Novembro-Dezembro 2015. Doc. VAT/INT_CERD_NGO_VAT_22151_E. Acessado em 11 de maio de 2016.

Disponível em:

http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/VAT/INT_CERD_NGO_VAT_22151_E.pdf.

¹⁵ A Bula Papal Inter Caetera está disponível na seguinte página: <http://www.nativeweb.org/pages/legal/indig-inter-caetera.html>. Acessada em 01 de junho de 2016.

reparação¹⁶. Assim, o documento considera que a Santa Sé é herdeira e beneficiária do legado histórico produzido pelo papel dominante da Igreja Católica na reprodução da violência contra povos indígenas, e que a negação de reparação aos indígenas hoje vivos também é uma reprodução da mesma violência e opressão¹⁷.

De acordo com o relatório, a Santa Sé, mediante a *Inter Caetera* e seu legado, iniciou, tolerou e promoveu uma série de atrocidades históricas, como o genocídio de povos indígenas ao redor do mundo, etnocídio, ecocídio e racismo ambiental – por exemplo, os efeitos desastrosos dos testes feitos com dioxina nos territórios Apache-Ndé-Nnéé¹⁸. Além disso, o relatório afirma que as riquezas da Igreja Católica têm suas origens no roubo, dilapidação e depredação dos territórios indígenas e de sociedades indígenas, os quais continuam ainda a lutar pela sua soberania e autonomia – como é o caso dos Apache-Ndé-Nnéé¹⁹.

A Bula Papal *Inter Caetera*, conforme o grupo de trabalho, ainda apoiou e deu fundamento a práticas coloniais que causaram o genocídio cultural dos povos indígenas, sem falar da escravização de gerações desses mesmos povos. Não somente isso, mas também pôs em ação missões, missionários, igrejas e escolas que operaram e operam em aliança com Estados para satisfazer os interesses mútuos de controle político, entretanto, a custo das terras dos povos indígenas, de suas vidas, autodeterminação e cultura²⁰.

O relatório também observa que trechos da Bula *Inter Caetera*, como “that barbarous nations be overthrown and brought to the Faith itself” (tradução livre: que aquelas nações bárbaras sejam derrubadas e trazidas à fé), serviram como instrução e fundamento para a violenta subjugação dos povos indígenas, e ainda hoje continuam a influenciar profundamente as políticas de Estado quanto a direitos às terras, reconhecimento externo da identidade e processos e decisões judiciais relacionados a povos indígenas²¹.

Assim, o Relatório do Grupo de Trabalho Apache-Ndé-Nnéé quer demonstrar a necessidade, entre outras coisas, da criação de uma Comissão da Verdade para apurar os efeitos da *Inter Caetera* quanto a territórios e soberania dos povos indígenas, pensar em reparações e em mudanças na legislação e nas políticas resultantes dessa cultura de

¹⁶ Grupo de Trabalho Apache Ndé-Nnéé, *Shadow Report*, p. 4.

¹⁷ Grupo de Trabalho Apache Ndé-Nnéé, *Shadow Report*, p. 5.

¹⁸ Geochemical Assessment of Metals and Dioxin in Sediment from the San Carlos Reservoir and the Gila, San Carlos, and San Francisco Rivers, Arizona, *Scientific Investigations Report 2005-5086*, U.S.

¹⁹ Grupo de Trabalho Apache Ndé-Nnéé, *Shadow Report*, p. 5.

²⁰ Idem.

²¹ Grupo de Trabalho Apache Ndé-Nnéé, *Shadow Report*, p. 6.

discriminação, e a necessidade da rescisão formal e pública, pela Santa Sé, da Inter Caetera e de seu legado político, espiritual, territorial e legal²².

Não somente isso, mas o Grupo de Trabalho também frisa a importância da codificação direta e formal que denuncie e rescinda todas as decisões regionais, nacionais e internacionais, tratados e outras codificações baseadas e desenvolvidas a partir da herança racista da Inter Caetera. Ainda, o relatório afirma que a Santa Sé tem uma obrigação coletiva moral internacional, formal e oficial de trabalhar em conjunto com os povos indígenas para remediar e reparar os danos causados pela Inter Caetera e seu legado²³.

O Grupo de Trabalho observou que as manifestações da Santa Sé feitas em 2010 no Fórum Permanente da ONU sobre Assuntos Indígenas, quanto à Inter Caetera, não negam que a referida Bula tinha conteúdo racista e intenção colonizadora, mas também não tocam no assunto relativo aos efeitos da Bula nas Leis e políticas de Estado subsequentes. Observa, ainda, que a Santa Sé somente debateu, no referido Fórum, se a Inter Caetera ainda teria validade indireta, por meio das Bulas Papais que se seguiram a ela, e que também argumentou pela própria irresponsabilidade – no sentido de não ser culpada - pelo legado da Inter Caetera. Nesse sentido, a Santa Sé arguiu, na mesma ocasião, que, tanto para o Direito Internacional quanto para a Igreja Católica, a bula Inter Caetera é um remanescente histórico sem valor doutrinário, moral ou jurídico, e que o fato de que sistemas jurídicos empreguem a “Doutrina da Descoberta” como um precedente jurídico é uma característica agora da lei daqueles países, independente do fato de que, para a Igreja, tal documento já perdeu a validade há séculos. Assim, tal como é entendido pela Santa Sé, a refutação dessa Doutrina está sob a competência de autoridades nacionais, legisladores, advogados e historiadores do direito desses outros países²⁴.

Quanto a isso, o Grupo de Trabalho observou que a Santa Sé não é somente um Estado político, mas também um Estado religioso, e que, assim, tem exercido sua liderança por todo o mundo através de seus seguidores – inclusive através de missões e missionários -, os quais obedecem às ordens da Igreja Católica em seus próprios países. Como exemplo desse fenômeno, o Grupo de Trabalho mencionou a canonização de Junipero Serra, feita nos Estados Unidos em território indígena, apesar dos protestos da comunidade, os quais duraram

²² Idem.

²³ Idem.

²⁴ Grupo de Trabalho Apache Ndé-Nnée, *Shadow Report*, p. 7.

décadas²⁵. Esse caso representa a influência da Santa Sé em âmbito global, de acordo com o relatório, porque demonstra como a Santa Sé, no presente, influencia política, cultural e judicialmente outros países por causa da influência e força que os princípios religiosos da Igreja Católica têm ao redor do mundo²⁶.

Ainda, observam que o fato de que a Santa Sé determina em âmbito internacional que o problema trazido pelo relatório não é de sua responsabilidade, mas uma questão diplomática que está fora de seu controle, faz com que essa seja a condição legal de interpretação do caso concreto, ou seja, a interpretação oficial dos fatos, dado que as declarações da Santa Sé, como dito, têm tamanha relevância para todos os seus seguidores ao redor do mundo. Portanto, fazendo dessa a interpretação “oficial” dos fatos, sem sequer dialogar com os grupos indígenas, ou dar a eles participação de fala, a Santa Sé comete violação adicional e atual aos povos indígenas²⁷.

Não somente isso: ao se recusar a promover os direitos dos povos indígenas mediante rescisão formal e específica da Inter Caetera e mediante o reconhecimento e condenação do seu legado, a Santa Sé também está em direta violação de suas obrigações derivadas da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

O Grupo de Trabalho afirmou que a Santa Sé não cumpriu suas obrigações quanto ao Artigo 2^o²⁸ da Convenção, com relação a não condenar a discriminação racial sofrida pelos

²⁵ De acordo com o relatório: “Serra—who founded California's mission system—lured native Americans into baptism, after which they were forced into captivity at the missions. Under Serra's mission system, natives were often whipped and beaten, which he even admitted, and once wrote: "I am willing to admit that in the infliction of [flogging], there may have been inequalities and excesses committed on the part of the some of the priests, and that we are all exposed to err in that regard." Grupo de Trabalho Apache-Ndé-Nnée, *Shadow Report*, p. 5.

http://www.montereycountyweekly.com/blogs/news_blog/junipero-serra-statue-at-presidio-of-monterey-isdecapitated/article_b3742f3a-7378-11e5-979a-3388cab6213.html

²⁶ Grupo de Trabalho Apache Ndé-Nnée, *Shadow Report*, p. 28.

²⁷ Grupo de Trabalho Apache Ndé-Nnée, *Shadow Report*, p. 28-29.

²⁸ “**Article 2** 1. States Parties condemn racial discrimination and undertake to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating racial discrimination in all its forms and promoting understanding among all races, and, to this end: (a) Each State Party undertakes to engage in no act or practice of racial discrimination against persons, groups of persons or institutions and to ensure that all public authorities and public institutions, national and local, shall act in conformity with this obligation; (b) Each State Party undertakes not to sponsor, defend or support racial discrimination by any persons or organizations; (c) Each State Party shall take effective measures to review governmental, national and local policies, and to amend, rescind or nullify any laws and regulations which have the effect of creating or perpetuating racial discrimination wherever it exists; (d) Each State Party shall prohibit and bring to an end, by all appropriate means, including legislation as required by circumstances, racial discrimination by any persons, group or organization; (e) Each State Party undertakes to encourage, where appropriate, integrationist multiracial organizations and movements

Povos Indígenas, entre eles os Apache-Ndé-Nneé; com relação a não seguir “todas as políticas apropriadas e sem demora” para cessar a discriminação histórica e corrente contra os povos indígenas tanto em âmbito local, regional, nacional, quanto global – nesse caso quanto aos praticantes e seguidores da fé católica ao redor do mundo-; e com relação a não tomar todas as medidas legais e extra legais para se adequar aos padrões internacionais hoje vigentes no que se refere ao tratamento dado a povos indígenas. Pelo contrário, conforme já exposto, a Santa Sé nega continuamente sua responsabilidade diante dos danos causados pela Inter Caetera e pela Doutrina da Descoberta.

O Grupo de Trabalho ainda aponta que a Inter Caetera intencionalmente discriminou os povos indígenas através de sua linguagem, mandamentos e noções tais como o já mencionado trecho “que as nações bárbaras sejam derrubadas e trazidas à fé”²⁹. De acordo com o relatório, essas características da Bula Papal violam os direitos indígenas e as obrigações assumidas pela Santa Sé mediante assinatura da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, uma vez que assumem que nações não cristãs são bárbaras e, conseqüentemente, podem ter sua soberania inerente revogada, assim como ter suas religiões desconsideradas e seus territórios tomados. As noções e conceitos trazidos pela Bula Papal ainda legitimaram séculos de escravidão dos povos indígenas, de tortura, abuso, realocações forçadas e destruição de seus territórios – os quais muitas vezes representam parte fundamental de sua cultura e religião.

Conforme o relatório, essas situações de grave violação dos direitos indígenas, iniciadas no processo de colonização do “novo mundo” pelo cristianismo, não somente continuam em vigor, como permanecem legitimadas, uma vez que a discriminação dos povos indígenas persiste contemporaneamente, como já explicado, no contexto de leis federais e decisões de processos e procedimentos jurídicos – por exemplo, processos relativos à demarcação de

and other means of eliminating barriers between races, and to discourage anything which tends to strengthen racial division. 2. States Parties shall, when the circumstances so warrant, take, in the social, economic, cultural and other fields, special and concrete measures to ensure the adequate development and protection of certain racial groups or individuals belonging to them, for the purpose of guaranteeing them the full and equal enjoyment of human rights and fundamental freedoms. These measures shall in no case entail as a consequence the maintenance of unequal or separate rights for different racial groups after the objectives for which they were taken have been achieved.” *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. Adopted and opened for signature and ratification by General Assembly resolution 2106 of 21 December 1965. Entry into force 4 January 1969.

²⁹ Disponível em: <http://www.nativeweb.org/pages/legal/indig-inter-caetera.html>. Acessado em 02 de junho de 2016.

terras indígenas -, os quais também não reconhecem os danos praticados, ou os direitos indígenas lesados³⁰.

O Grupo de Trabalho ainda observa que, através do não reconhecimento dos danos, e até através da negação do repúdio público ao conteúdo da *Inter Caetera* e da Doutrina da Descoberta³¹, a Santa Sé ajuda a perpetuar a ignorância tanto em relação aos Direitos dos povos indígenas, quanto em relação à história de discriminação e violações cometidos contra esses povos, inclusive os Apache-Ndé-Nnée³².

Quanto a esse mesmo tema, a Santa Sé declarou, no relatório à CERD em 2014³³, que, embora seja importante que a verdade sobre o passado seja conhecida e a responsabilidade seja colocada onde é devida, é ainda mais importante que o processo delicado de construção de uma sociedade multirracial justa e harmoniosa siga em frente³⁴.

O Grupo de Trabalho, deste modo, afirma esperar que a Santa Sé formalmente aplique os conceitos expressados ao Comitê em suas relações com os povos indígenas, para que esteja em conformidade não somente com as disposições da Convenção ratificada, mas também com as próprias declarações³⁵.

Sustenta também que a Santa Sé não continue a cometer as mencionadas violações, as quais têm continuado através da própria negligência, tanto em relação a ações quanto a omissões entre suas congregações católicas, lideranças e igrejas – por exemplo, o não reconhecimento dos territórios historicamente indígenas, e a nomeação como Santos de personagens de destaque na história da discriminação indígena, como é o caso de Junipero Serra, em claro desrespeito à história desses povos e ao seu sofrimento³⁶.

1.4. Concluding Observations do CERD

³⁰ Grupo de Trabalho Apache Ndé-Nnée, *Shadow Report*, p. 26.

³¹ Em carta aos povos indígenas, o Arcebispo Celestino Migliore arguiu que não há razão para repudiar publicamente a *Inter Caetera*. *Letter from the Permanent Observer Mission of the Holy See to the United Nations to Onondaga Nation Faithkeeper Oren Lyons*, 16 July 2007. In: *Shadow Report*, p. 13.

³² Grupo de Trabalho Apache Ndé-Nnée, *Shadow Report*, p. 5-6.

³³ A Santa Sé cita o Papa João Paulo II na ocasião do recebimento das Cartas Credenciais do Novo Embaixador da República da África do Sul (pós-apartheid). Holy See CERD/C/VAT/CO/16-23, 11 January 2016, par. 52.

³⁴ Grupo de Trabalho Apache Ndé-Nnée, *Shadow Report*, p. 32.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial tem afirmado com insistência que a discriminação contra os Povos Indígenas viola a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, e que todos os meios apropriados devem ser adotados para combater e eliminar esse problema.

De fato, na Recomendação Geral nº 23³⁷ do CERD, o Comitê declara que o Comitê está consciente do fato de que, em muitas regiões do mundo, os povos indígenas foram e continuam sendo discriminados e privados de seus direitos humanos fundamentais. Declara também que os povos indígenas perderam suas terras e recursos para os povos colonizadores, companhias comerciais e empresas estatais e que, por tudo isso, a preservação de sua cultura e de sua história foi e continua sendo colocada em risco³⁸.

Assim, desde 1997, pela Recomendação Geral nº 23, o Comitê convoca particularmente cada país signatário a reconhecer e a respeitar a cultura, história, linguagem e modo de vida indígenas, de modo a enriquecer a sua identidade cultural, e de modo a aprimorar a preservação desses bens. Além disso, o Comitê coloca como obrigação dos países signatários que se certifiquem de que membros de povos indígenas têm igual possibilidade de usufruto de sua dignidade humana e de seus direitos, livres de qualquer tipo de discriminação, em particular aquela baseada em sua origem ou identidade cultural. Ainda, convoca os Estados a prover aos povos indígenas condições que lhes permitam se sustentar econômica e socialmente de modo que possam praticar, desenvolver e revitalizar sua cultura.

O Comitê também recomenda que os membros de povos indígenas tenham igualdade de participação na vida pública, e que nenhuma decisão relacionada aos seus direitos e interesses seja tomada sem seu consentimento devidamente livre e informado.

³⁷ Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. *Recomendação Geral nº. 23: Povos Indígenas*. 51ª Sessão, 18 de agosto de 1997. Documento disponível no seguinte endereço eletrônico: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCERD%2fGEC%2f7495&Lang=en. Acessado em 01 de junho de 2016.

³⁸ Similarmente à RG nº 23 do CERD, a Convenção 169 da OIT também estabelece que os Estados deverão se responsabilizar pelo desenvolvimento dos povos indígenas, com a participação desses povos na coordenação e ação sistematizada para a proteção dos seus direitos e da sua integridade. A Convenção da OIT expressamente afirma que os Estados deverão garantir que os membros dos povos indígenas usufruam de equidade de direitos e oportunidades em relação aos outros cidadãos, além de promover a realização integral dos direitos econômicos, culturais e sociais no que diz respeito à sua identidade cultural, seus costumes e tradições. A Convenção ainda expressa que os Estados deverão agir no sentido de assistir os membros de povos indígenas, para eliminar desigualdades sociais que possam existir entre eles e os outros membros do Estado. C169 – Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989. Convention concerning indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (Entry into force: 05 Sep 1991). [Adoption: Geneva 76th ILC session (27 Jun 1989) – Status: Up-to-date instrument (Technical Convention)].

Especialmente, o Comitê convoca os Estados signatários a reconhecer e a proteger os direitos dos povos indígenas a posse, desenvolvimento, controle e uso de suas terras e recursos. Inclusive, observa a importância da devolução de territórios tradicionalmente indígenas que lhe foram tomados injustamente, ou que foram usados sem seu consentimento livre e informado. Quando a devolução não for possível, o Comitê recomenda que a restituição seja substituída pelo direito a indenização justa, imparcial e rápida.

Nas *Concluding Observations*³⁹ dadas em resposta ao relatório da Santa Sé na 88ª Sessão da Convenção, o Comitê reiterou esses argumentos.

Quanto ao combate à discriminação racial em geral, o Comitê fez uma série de recomendações, encorajando a Santa Sé a intensificar seus esforços para assegurar a diversidade cultural em toda a sua estrutura de governo e corpos de decisão, pois se declarou preocupado com a falta de representação de minorias étnicas em posições de liderança.

No parágrafo nono do referido documento, o Comitê recomendou também que a Santa Sé adote todas as medidas legais para proibir a discriminação racial, de acordo com o artigo 2º, 1, d, da Convenção. Assim, requereu que o estado forneça, no seu próximo relatório, informação relativa às proibições civis e criminais adotadas contra a discriminação racial⁴⁰.

O Comitê também observou que está preocupado com o fato de que a Santa Sé não assegure a disponibilidade de remédios e compensação pela discriminação racial sob sua jurisdição, conforme o artigo 6º da Convenção⁴¹. Embora a Santa Sé tenha declarado a existência de mecanismos para requerer a justa e adequada compensação para danos de forma geral, o Comitê observa que é necessário que a lei penalize especificamente a discriminação racial. Conforme expresso no artigo 2 (1) (d) da Convenção, a discriminação racial e o incitamento a tal discriminação precisam ser expressamente proibidos. Além disso, o Comitê observa que não há a devida clareza a respeito de quais leis e procedimentos serão aplicados no caso de atos de discriminação racial atribuídos a, respectivamente, cidadãos e oficiais do Vaticano, oficiais da Santa Sé e oficiais da Igreja Católica⁴². No parágrafo 10, ainda, o Comitê declara que está preocupado que a oportunidade de obter compensação, conforme as leis

³⁹ Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD). *Concluding Observations on the combined sixteenth to twenty-third periodic reports of the Holy See. Adopted by the Committee at its 88º Session (23 November – 11 December)*. Disponível em: <https://documents-dds-y.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/003/38/PDF/G1600338.pdf?OpenElement>. Acessado em 25 de junho de 2016.

⁴⁰ CERD, *Concluding Observations.*, p. 3.

⁴¹ Idem.

⁴² CERD, *Concluding Observations.*, p. 2-3.

disponíveis (em conjunto com uma acusação penal), pode não satisfazer o artigo 6º da Convenção, na medida em que a compensação da vítima dependerá da decisão do juiz penal quanto à existência de crime ou não. O Comitê acredita que este meio para obter compensação, em conjunto com uma ação penal, afigura-se como um fardo muito pesado para a vítima⁴³.

Além disso, observa que o processo de produção de provas é excessivamente pesado da forma como é regulado pela lei atual. Por esses motivos, o Comitê requer que a Santa Sé revise a estrutura legal dos dispositivos que regulam os mecanismos de obtenção de compensação por discriminação racial, e que promulgue emendas que assegurem a adequação desses dispositivos ao artigo 6º da Convenção⁴⁴.

Ainda, o Comitê observou que no país não existe instituição nacional de direitos humanos, ou outro mecanismo semelhante, que monitore, receba e responda os casos de discriminação racial, e que tal instituição ou mecanismo deve ser estabelecido, com todos os recursos humanos, financeiros e técnicos adequados⁴⁵.

Especificamente sobre os povos indígenas, o Comitê declarou que são bem-vindas as desculpas dadas pelo Papa Francisco em 2015 pelas ações da Igreja Católica contra os povos indígenas no contexto do colonialismo, mas que isso não é suficiente: o comitê ainda assim ratifica a preocupação expressada pelos povos indígenas e reconhece o legado e os efeitos da Doutrina da Descoberta, endossada pela Inter Caetera desde 1493⁴⁶. O Comitê declara que este legado ofende os artigos 2, 5 e 6 da Convenção⁴⁷.

Por tudo isso, o Comitê recomenda à Santa Sé que empreenda diálogos significativos com os povos indígenas com o objetivo de efetivamente abordar suas preocupações. Nesse

⁴³ CERD, *Concluding Observations*, p. 3.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ CERD, *Concluding Observations*, p. 4.

⁴⁷ Em resumo, o artigo segundo da Convenção estabelece que os Estados deverão condenar a discriminação racial, e deverão adotar, por todos os meios apropriados, uma política destinada a eliminar a discriminação racial, através: da abstenção de incorrer em prática discriminatória; do compromisso a não encorajar, defender, ou apoiar a discriminação; da revisão das políticas internas, e também da legislação interna, para proibir e pôr fim à discriminação; de ações especiais para a proteção de grupos raciais e indivíduos pertencentes a esses grupos. Quanto ao artigo quinto, ele estabelece que os Estados-parte deverão comprometer-se com a garantia da igualdade perante a lei, principalmente em relação a direitos de tratamento igual perante tribunais, segurança, proteção, direitos políticos, direito de ir e vir, de casar-se, herdar, e direitos sociais e coletivos em geral. Por fim, o artigo sexto especifica que os Estados-partes deverão assegurar que qualquer pessoa sob sua jurisdição tenha proteção e recursos eficazes perante os tribunais nacionais, e outros órgãos do Estado, para agir contra os atos de discriminação racial que violarem seus direitos, assim como o direito de pedir a esses tribunais uma satisfação ou reparação justa e adequada pelos danos causados em decorrência da discriminação.

sentido, o Comitê comenta que está ciente de que a Santa Sé declarou, no contexto da Convenção, que um diálogo de alto nível está agendado para acontecer em Roma, e recomenda que, nesta ocasião, a Santa Sé assegure a apropriada representação indígena, conforme a demanda desses povos. Depois, o Comitê requer que o signatário inclua em seu próximo relatório os resultados desse diálogo, e informações sobre as medidas concretas tomadas em consequência dele⁴⁸.

No parágrafo 20, o Comitê cita a declaração feita pela Santa Sé em seu relatório dizendo que, quando este país ratifica ou consente acordos internacionais, ele está manifestando sua autoridade moral e, desse modo, encoraja os outros Estados a ratificarem o tratado, ou a cumprirem sua respectiva obrigação⁴⁹. Outra declaração da Santa Sé ainda observa que a igreja não pode ser responsabilizada pelas transgressões de seus membros que agirem contra os preceitos da lei cristã⁵⁰. Assim, a Santa Sé separa autoridade religiosa (em todo o mundo) de autoridade política (somente no território do Vaticano), afirmando que só pode ser responsabilizada por violações da Convenção em função da segunda.

Quanto a essas duas declarações, o Comitê comenta que, muito embora seja necessário evitar a interferência nos assuntos internos dos Estados em que a Igreja opera, não é possível separar a autoridade religiosa e política, pois sua autoridade moral tem influência inegável. Por exemplo, existem casos de ações notificadas de discriminação racial praticadas por pessoas em posição de liderança dentro da Igreja Católica em várias partes do mundo, e o Comitê se preocupa que essas ações contribuam negativamente para promover os objetivos da Convenção⁵¹. Assim, quando a Santa Sé tenta ignorar sua influência moral sobre os cidadãos e governos de outros países, ela está violando seu dever de educar e informar para combater a cultura de discriminação, nos termos do art. 7º⁵² da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial⁵³:

⁴⁸ CED|RD, *Concluding Observations*, p. 4.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ CERD, *Concluding Observations*, p. 5.

⁵² “Artigo 7º - Os Estados-partes comprometem-se a tomar as medidas imediatas e eficazes, principalmente no campo do ensino, educação, cultura, e informação, para lutar contra os preconceitos que levem à discriminação racial e para promover o entendimento, a tolerância e a amizade entre nações e grupos raciais e étnicos, assim como para propagar os propósitos e os princípios da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e da presente Convenção.”

⁵³ CERD, *Concluding Observations*, p. 4-5.

“Article 7 States Parties undertake to adopt immediate and effective measures, particularly in the fields of teaching, education, culture and information, with a view to combating prejudices which lead to racial discrimination and to promoting understanding, tolerance and friendship among nations and racial or ethnical groups, as well as to propagating the purposes and principles of the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights, the United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, and this Convention.”

Deste modo, o Comitê encoraja a Santa Sé a empregar os mecanismos à sua disposição para promover a sensibilidade entre o clero e as congregações católicas quanto à discriminação racial, inclusive através de educação e treinamento de pessoal em todos os níveis. O Comitê também encoraja o estado signatário a elaborar um documento que forneça diretrizes ao clero e aos fiéis quanto à importância desses assuntos. Esse documento deverá ser publicizado pelo Conselho Pontifício de Justiça e Paz, ou outra estrutura de semelhante relevância⁵⁴.

Capítulo II

O Fenômeno da Humanização do Direito Internacional

2.1. Humanização do Direito Internacional

De acordo com Antônio Cançado Trintade, durante todo o século XX, o Direito Internacional Público sofreu uma série de transformações, as quais levaram à sua reconstrução e expansão⁵⁵. Superou-se o Direito Internacional clássico, caracterizado pela supremacia da soberania estatal, pela permissividade do recurso à guerra, pela celebração de tratados desiguais, pela diplomacia secreta, pela manutenção de colônias e protetorados, além de zonas de influência.

⁵⁴ CEDRD, *Concluding Observations*, p. 5.

⁵⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “Introdução à Edição em Língua Portuguesa: Os Princípios do Direito Internacional em um Mundo em Transformação”, in: Ian Browlie, *Princípios de Direito Internacional Público*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 9-20.

Dadas as mencionadas mudanças, o Direito Internacional incorporou princípios, como os da proibição do uso e da ameaça da força e da guerra de agressão, e o princípio da igualdade jurídica dos Estados.

Esses princípios, entre outros, de acordo com Antônio Cassese⁵⁶, eram uma classe especial de regras gerais derivadas dos costumes internacionais, as quais eram dotadas de uma força legal especial: eram normas imperativas em sua natureza, as chamadas *jus cogens*, nos termos dos arts. 53 e 64 da Convenção de Viena:

Artigo 53

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (jus cogens)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, 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.

Artigo 64

Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (jus cogens)

Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

Assim, essas normas teriam um status de superioridade em relação a todas as outras normas da comunidade internacional. De acordo com Antônio Cassese, a elevação do status dessas normas se deu majoritariamente na década de 1960, como resultado dos esforços de países e grupos socialistas, e de países em desenvolvimento⁵⁷. Esses países, ainda segundo o autor, foram os principais grupos a reivindicar a elevação da importância de normas quanto a autodeterminação dos povos, proibição do uso da força, genocídio, escravidão, discriminação racial e, particularmente, segregação racial e apartheid⁵⁸.

Esses princípios foram aos poucos incorporados às relações internacionais, e significaram principalmente o combate às desigualdades e o início da democratização no âmbito do Direito Internacional, de modo que os tratados e acordos assinados passaram a abordar cada vez mais esses princípios incorporados, e a comunidade internacional passou

⁵⁶ CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª ed. New York: Oxford University Press Inc., 2005, p. 198-212.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Idem.

cada vez mais a se sensibilizar por interesses comuns superiores. De outro lado, a doutrina em direito internacional também se solidificou quanto à defesa do caráter obrigatório das suas normas e princípios – em oposição à liberdade soberana ilimitada dos Estados. No campo da prática do direito internacional, a Liga das Nações - e depois a ONU - se formou, tendo como principal princípio a manutenção da paz entre os países – o chamado sistema de segurança coletiva. Assim, era incorporada cada vez mais a noção de um direito internacional para a humanidade, que acredita na primazia da solidariedade sobre a soberania⁵⁹, inspirando-se na experiência da convivência internacional. Isso significa que, na definição da finalidade dos tratados, a comunidade internacional seria guiada pelas necessidades e aspirações da humanidade como um todo.

No século XX, a preocupação com a dignidade humana levou à elaboração de tratados sobre tortura⁶⁰, direitos das mulheres⁶¹ e discriminação racial⁶². Nesses tratados, começava-se a reconhecer que as normas jurídicas internacionais comportam não somente regras, mas também princípios. Também, que esses princípios acompanham a evolução das novas condições de vida internacional como manifestação da consciência jurídica dos povos⁶³, e que devem ser ponderados com outros princípios já clássicos, como os da soberania e da independência dos Estados.

Mais ainda, a jurisprudência internacional se solidificou no sentido de que a soberania dos Estados significa sua independência, mas também de que as competências do Estado, tanto territorial quanto jurisdicional, devem ser exercidas nos limites dos deveres do Estado no âmbito internacional, em suas relações com os outros Estados. Cançado Trindade aprofunda o exame dessa obrigação, pois acrescenta que os deveres do Estado também têm fonte e limite em suas relações com todos os seres humanos sob suas respectivas jurisdições.

⁵⁹ Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7 e 16.

⁶⁰ Convenção Contra A Tortura e Outros Tratamentos Ou Penas Cruéis, Desumanos Ou Degradantes (1984). Adotada pela Resolução 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1984 - ratificada pelo Brasil em 28.09.1989

⁶¹ Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979). Adotada pela Resolução 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979 - ratificada pelo Brasil em 01.02.1984

⁶² Convenção Internacional Sobre A Eliminação De Todas As Formas De Discriminação Racial (1968). Adotada pela Resolução 2.106-A (XX) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21.12.1965 - ratificada pelo Brasil em 27.03.1968

⁶³ ÁLVAREZ, A., *Exposé des motifs et Déclaration des grands principes du Droit international*, 2ª. Ed., Paris, Éditions Internationales, 1938, pp. 19-23.

Entre os fatores que levaram a essa mudança de paradigma no direito internacional, Cançado Trindade observa, por exemplo, a necessidade de coexistência pacífica na nova era nuclear. Ou seja, era necessário que nenhum pretexto, nem mesmo o exercício de poderes soberanos, fosse suficiente para dar início a uma guerra nuclear, por motivos óbvios. As duas guerras mundiais também serviram de duras lições: depois delas, os internacionalistas passaram a ter como preocupação corrente o reconhecimento da capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional.

Antônio Cassese, por outro lado, explica que, para os países em desenvolvimento, a proclamação do *jus cogens* representava a criação de meios para lutar contra os países coloniais⁶⁴, e de condenar o imperialismo, a escravidão, o trabalho forçado, e todas as outras práticas que violariam a dignidade de todos os seres humanos, e a igualdade de todos os Estados⁶⁵. Antônio Cassese também explica que, para os países socialistas, as normas imperativas representariam o núcleo duro dos princípios internacionais que, através da proclamação da coexistência pacífica entre Estados, permitiria e salvaguardaria relações harmoniosas entre Estados em diferentes estados econômicos e sociais⁶⁶. Isso quer dizer que, ao trazer os *jus cogens* ao status de normas imperativas de direito internacional geral, os países socialistas estariam protegidos contra o risco de serem anulados por algum tratado futuro, já que esses princípios assentariam por fim a coexistência pacífica entre o Leste e o Oeste⁶⁷.

Cançado Trindade acrescenta que foi graças à atuação dos países latino-americanos, por exemplo, na Conferência de São Francisco, que foi incluída emenda fazendo referência expressa à expressão “justiça”, no artigo 2 (3), no capítulo I, que trata dos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas⁶⁸.

Assim, começou a se desenvolver a ideia de que a soberania estatal está limitada pelas obrigações internacionais do Estado com a comunidade internacional, e também limitada pelas obrigações internas do Estado com a sua própria população. Nesse contexto, a ideia de soberania significaria apenas que o Estado estava habilitado a participar do ordenamento jurídico internacional, em conformidade com normas e princípios internos e internacionais.

⁶⁴ CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª. ed., New York: Oxford University Press Inc., 2005, p. 198-212.

⁶⁵ Trecho da manifestação do representante de Serra Leoa na Conferência de Viena em 1968 (UN Conference on the Law of Treaties, First Session (1968), Official Records, at 300, par. 9).

⁶⁶ CASSESE *Op. Cit.*, p. 200.

⁶⁷ CASSESE, *Op. Cit.*, p. 200.

⁶⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O Direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1052.

Na prática, foi o artigo 13 (1) da Carta das Nações Unidas, assinada em 1945, que serviu de base para o estabelecimento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em 1947:

“Artigo 13. 1. A Assembléia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a:

a) promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação;

b) promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”

Segundo Cançado Trindade⁶⁹, o estabelecimento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em 1947, com referência ao art. 13.1 da Carta da ONU, foi um marco no reforço das discussões sobre o Direito Internacional no âmbito dessa organização. Os trabalhos desenvolvidos pelas Comissões criadas pela ONU com este fim e por outras organizações internacionais em conjunto proporcionaram grandes conquistas à evolução do Direito Internacional contemporâneo.

Assim, na segunda metade do século XX, o processo de expansão do Direito Internacional Público se aprofundou, em grande parte por causa do trabalho das Nações Unidas, agências especializadas e organizações regionais⁷⁰. O Direito Internacional também voltou sua atenção, cada vez mais, à centralidade da posição dos seres humanos, à medida que a proteção aos direitos humanos, entre outras matérias, passava a se reger pelo Direito Internacional, e não mais a ser de domínio reservado dos Estados.

A internacionalização da proteção dos direitos humanos se consolidou a partir da adoção em 1948 das Declarações Americana e Universal dos Direitos Humanos, e foi marcada pela superação da “competência nacional exclusiva”⁷¹, ao mesmo tempo em que os órgãos de supervisão internacionais gradualmente conquistavam capacidade de agir. A doutrina do domínio reservado tem sua importância gradualmente reduzida, em função da crescente sensibilidade do direito internacional para a proteção direta dos seres humanos.

⁶⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O Direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1047-1048.

⁷⁰ CANÇADO TRINDADE, *Op. Cit.*, (2002), p. 1048-1049.

⁷¹ CANÇADO TRINDADE, *Op. Cit.*, (2002), p. 1051.

Os seres humanos, desse modo, figuravam cada vez mais como destinatários finais da todas as normas jurídicas. Na opinião de Cançado Trindade, tão notável quanto a expansão do Direito Internacional foi a sua reconstrução a partir de uma nova ótica antropocêntrica⁷², ou, como ele chama esse fenômeno, a *humanização* do Direito Internacional.

Na segunda metade do século XX, Cançado Trindade acrescenta que a busca da justiça ganhou força, mas também ganhou um novo rumo: na segunda metade da década de oitenta, gradualmente se formou o direito do desenvolvimento, seguido pelo direito ao desenvolvimento como um direito humano⁷³.

Essa nova iniciativa agregava vários componentes: direito à autodeterminação econômica, soberania permanente sobre recursos naturais, princípios de tratamento não recíproco e preferencial para os países em desenvolvimento nas relações econômicas internacionais e nos benefícios à ciência e à tecnologia. A ideia principal era de que o direito internacional deveria regular as relações entre Estados juridicamente iguais, mas economicamente desiguais, com base na cooperação internacional e na equidade, de modo a superar as desigualdades econômicas entre os Estados e proporcionar a todos eles oportunidades iguais para alcançar o desenvolvimento⁷⁴.

Assim, todos os Estados deveriam se sentir igualmente habilitados a exercer influência na evolução e construção do Direito Internacional. O direito ao desenvolvimento, por essa nova perspectiva, também deveria ser entendido como um direito humano. Inclusive, essa noção está muito próxima das noções trazidas por disposições da Declaração Universal de 1948 (art. 28...) e dos Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas (Art. 1...), pois ambos trazem direitos humanos subjetivos, exigências da pessoa humana e dos povos que devem ser respeitadas⁷⁵.

Nessa linha de pensamento, em 1986 foi adotada a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento, a qual afirma expressamente que a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e que, como tal, deve ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento. A Declaração ainda qualifica o direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável de toda pessoa humana e de todos os povos, em virtude do qual estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a

⁷² CANÇADO TRINDADE, *Op. Cit.*, (2002), p. 1051.

⁷³ CANÇADO TRINDADE, *Op. Cit.*, (2002), p. 1065.

⁷⁴ CANÇADO TRINDADE, *Op. Cit.*, (2002), p. 1066.

⁷⁵ *Idem.*

ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados (art. 1).

Essa declaração é um exemplo claro da transformação pela qual passou o direito internacional, mesmo que os países que compõem a comunidade internacional não estejam em consenso.

A Declaração vai ainda mais longe: chama todos os Estados a tomar todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento, começando pela eliminação dos obstáculos, expressamente identificados como sendo, por exemplo, as violações maciças e flagrantes dos direitos dos seres humanos e dos povos decorrentes do apartheid ou qualquer outra forma de racismo e discriminação racial, dominação e ocupação estrangeiras, agressão, interferência estrangeira, ameaças à soberania e integridade territorial, ameaças de guerra e a recusa de reconhecer o direito fundamental dos povos à autodeterminação (Art. 5 e 6(3)).

Em 1989, o Grupo de Trabalho de Peritos Governamentais das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento, em relatório sobre os problemas relacionados ao direito de usufruir de padrões adequados de vida, adicionaram à lista de obstáculos ao desenvolvimento humano, por exemplo, a pobreza e a privação, o analfabetismo, os desequilíbrios econômicos, a intolerância ideológica e religiosa, e a deterioração do meio ambiente. Considerou, também, que o desenvolvimento harmonioso dos seres humanos estaria relacionado à difusão do conhecimento⁷⁶, o que faz todo sentido, uma vez que o intercâmbio de culturas e de pessoas é rico e eficiente para diminuir outros problemas, como as discriminações e preconceitos.

O Direito ao desenvolvimento continuou ganhando força no plano internacional e, de acordo com Cançado Trindade, deu passos importantes “para a sua incorporação definitiva ao vocabulário do direito internacional”⁷⁷: em 1993, foi incluído na Declaração e Programa de Ação de Viena como um direito humano universal e inalienável; em 1992, foi endossado pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; em 1994, foi também endossado pelo Programa de Ação Cairo, e depois, em 1995, pela Declaração e Programa de Ação de Copenhagen. Ainda em 1995, o direito foi incorporado pela Plataforma de Ação de Beijing, e em 1996, pela Agenda Habitat⁷⁸. De acordo com Cançado Trindade, em 1983, o direito também foi reconhecido pela jurisprudência internacional, quando o Tribunal Arbitral

⁷⁶ CANÇADO TRINDADE, *Op. Cit.*, (2002), p. 1068.

⁷⁷ CANÇADO TRINDADE, *Op. Cit.*, (2002), p. 1069.

⁷⁸ *Idem.*

fez referência às reivindicações legítimas das partes como países em desenvolvimento no laudo arbitral de 18.02.1983 no caso da Delimitação Marítima entre Guiné e Guiné-Bissau⁷⁹.

Enfim, as novas demandas da comunidade internacional tornaram mais complexo o processo de codificação e de desenvolvimento do Direito Internacional, pois, conforme foi dito, ele se tornou muito mais multifacetado e dinâmico. É necessário que esteja progressivamente acompanhando as transformações do mundo, como produto do seu tempo.

De acordo com Cançado Trindade, os esforços de codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional nas últimas décadas revelaram aos Estados a sua incapacidade de resolver individualmente muitos dos problemas que os afetam, e assim sua necessidade de cooperação e apoio mútuos⁸⁰. Nas palavras do autor:

“Com todos os desenvolvimentos anteriormente relatados, a comunidade internacional tem dado mostras de sua disposição de distanciar-se da tradicional visão hobbesiana – ou ‘realista’ – da convivência internacional (marcada pela política de poder) e de aproximar-se da visão kantiana de uma comunidade universal caracterizada pela cooperação e pela solidariedade.”

2.2. A Conferência de Durban

2.2.1. A Conferência

Entre 31 de agosto a 7 de setembro de 2001, aconteceu em Durban, África do Sul, a Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerâncias Correlatas. A Conferência contou com mais de 16 mil participantes, de 173 países. Os temas principais discutidos na conferência foram: as raízes, causas e formas das manifestações contemporâneas do racismo e das demais discriminações; as vítimas do referido problema; quais medidas de prevenção, educação e proteção podem ser desenvolvidas para erradicar o racismo e demais intolerâncias; que medidas compensatórias, ou reparatórias, podem ser tomadas; que estratégias para atingir total e efetiva equidade, inclusive cooperação internacional, podem ser adotadas.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ CANÇADO TRINDADE, *Op. Cit.*, (2002), p. 1073-1075.

A Conferência é um marco da grande relevância que a tutela da dignidade humana, especificamente no que diz respeito à não discriminação, assume no direito internacional, coroando uma série de esforços das Nações Unidas, que já avançara no apoio e na adoção de várias resoluções, convenções e declarações. Dentre elas, em 1948, a Convenção para a Prevenção e Punição dos Crimes de Genocídio; em 1963, a Declaração para a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial; em 1965, a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; em 1973, a Convenção Internacional para a Supressão e Punição do Apartheid; em 1978, a primeira Conferência Mundial para combater o Racismo e a Discriminação Racial, que aconteceu em Genebra, seguida pela segunda conferência com o mesmo tema, também em Genebra, em 1983. Até que, em 1998, a Assembleia Geral da ONU decidiu proclamar 2001 como o ano Internacional da Mobilização contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerâncias Correlatas e, em 2001, depois de a atenção internacional ser direcionada a estas discussões diversas vezes, a Conferência de Durban aconteceu num contexto de profundo comprometimento político com a eliminação do racismo e da discriminação racial.

No documento intitulado “Vision Declaration”⁸¹ (tradução livre: Declaração de Visão) da referida Conferência, Mary Robinson – Alta Comissária de Direitos Humanos das Nações Unidas – e Nelson Mandela – Presidente da África do Sul -, manifestaram seu entendimento de que o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e intolerâncias semelhantes têm suas raízes no medo do que é diferente, medo do outro, medo da perda da segurança pessoal. Manifestaram-se no sentido de que por muito tempo a diversidade tem sido tratada como uma ameaça, em vez de ser tratada como uma dádiva. A diversidade, eles defenderam, não poderia continuar sendo um fator limitador do desenvolvimento humano, mas deveria sim ser reconhecida como possibilidade de enriquecimento mútuo entre os povos. Ainda, declararam que os horrores do racismo – da escravidão até o apartheid e o holocausto – ainda estão conosco ainda em várias formas, e que a conferência seria o tempo de confrontá-los, e de tomar as medidas cabíveis em relação a eles. Assim, declararam que a Conferência Mundial deveria adotar uma declaração e um plano de ação que iria estabelecer os padrões, as estruturas e as soluções – o que eles chamaram de, em essência, a cultura – para garantir reconhecimento integral da dignidade e equidade de todos, e também integral respeito aos direitos humanos.

⁸¹ Disponível em: <http://www.un.org/WCAR/e-kit/vision.htm>. Acessado em 09 de maio de 2016.

Entretanto, mesmo depois de tantos avanços no campo dos direitos humanos, feminismo, condenação da xenofobia, e também especificamente em relação ao combate ao racismo, ocorridos nas últimas décadas do século XX, a discussão relativa à responsabilização dos países pelos crimes históricos e relativa à compensação dos povos prejudicados ainda não estava amadurecida, e pouco avançou na Conferência.

Desde a Conferência, a dificuldade em utilizar a palavra “compensação” já estava evidente, conforme indica a falta de consenso na adoção dela como o título oficial para uma das temáticas a serem discutidas na Conferência. Isso porque, para que essa palavra se encaixasse no discurso, seria preciso o reconhecimento de uma série de crimes históricos cometidos por causa do racismo, do colonialismo e do imperialismo, e aceitar que eles deixaram um legado de danos para uma série de povos, e muitos países não estão dispostos a fazer isso⁸².

Conforme análise feita por Emmanuelle Tourme-Jouannet⁸³, reivindicações de uma reparação histórica baseada no reconhecimento de crimes cometidos por causa do racismo, colonialismo e imperialismo têm sido feitas desde a independência em série dos países do chamado “Terceiro Mundo”, e especialmente desde o fim da Guerra Fria, já no contexto da Nova Ordem Econômica Internacional⁸⁴. Jouannet observa, para explicar, que depois da Guerra Fria essas reivindicações ficaram ainda mais numerosas e variadas, e vinham de uma série de grupos, como, por exemplo, de vítimas do Nazismo Alemão na Europa Oriental; vítimas do imperialismo japonês na Ásia; vítimas de povos indígenas tais como os Maoris, na Nova Zelândia, ou os Aborígenes, na Austrália; sem falar dos africanos, vítimas da escravidão, do tráfico de escravos e da colonização.

⁸² É possível observar essa falta de consenso no próprio site oficial da Conferência, no qual a palavra “compensatory”, que descreveria o Tema 4 da Conferência, encontra-se entre colchetes, e, logo abaixo dos temas apresentados, está a explicação para isso: “The bracket in theme 4 indicates that a consensus could not be reached on the word ‘compensatory’”⁸² (tradução livre: os colchetes no tema 4 indicam que um consenso não pode ser alcançado quanto à palavra “compensatório”). Informação disponível em: <http://www.un.org/WCAR/e-kit/backgrounder1.htm>. Acessado em 06 de maio de 2016.

⁸³JOUANNET, Emmanuelle Tourme. *What is a Fair International Society? International Law Between Development and Recognition* (French Studies in International Law Book 5), Hart Publishing, 2013, p. 187.

⁸⁴ A Nova Ordem Econômica Internacional foi declarada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1974, através da Resolução 3201 (S-VI). De acordo com a referida Resolução, a Nova Ordem Econômica Internacional deverá respeitar totalmente os princípios da Igualdade de Soberania de Estados, autodeterminação dos povos, inadmissibilidade da aquisição de territórios à força, integridade territorial e não interferência nos assuntos internos dos outros Estados. Além disso, as alíneas b, f, h e i do artigo 4º da referida resolução mencionam explicitamente que a nova ordem deverá ter como princípio também a cooperação internacional para a solução das disparidades mundiais, sendo que as alíneas f, h e i explicitamente falam de reparação, de restituição e compensação integral dos danos causados pela ocupação externa, colonial ou racial. Disponível em: <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>. Acessado em 09 de maio de 2016.

Assim surge o conflito: de um lado, alguns povos pareciam aceitar que não era possível voltar no tempo e reparar o que tinha sido feito, e que, agora, “o que estava feito, estava feito”. Entretanto, do outro lado, outros povos defendiam que as destruições e mortes causadas poderiam e deveriam ter seus autores identificados, e os Estados responsáveis poderiam e deveriam assumir a culpa por crimes históricos cometidos contra a humanidade, assim como contra o meio ambiente, para depois assumirem a obrigação de repará-los.

2.2.2. Conflitos

Jouannet afirma que a Conferência de Durban demonstrou a incapacidade dos Estados de compartilhar uma história comum de colonialismo e de escravidão, e de chegar a um acordo quanto à melhor solução para os danos causados por esse passado⁸⁵. Observa que, mesmo que os Estados concordem que a escravidão e o colonialismo tenham sido atos errados e destrutivos, eles não conseguem chegar a um acordo quanto à sua caracterização legal, para assim poder determinar suas consequências.

A maioria dos conflitos, de acordo com a professora, se deram entre países africanos e países europeus. Depois de longas e inflamadas discussões em que se tratou de crimes contra a humanidade, e outras ideias como desculpas e arrependimento (“apologies” e “regrets”), muitos países afirmaram que os Estados estão sob uma obrigação moral, mas não legal, de agir em prol da extinção dos danos causados por práticas passadas como o colonialismo e a escravidão⁸⁶. Esta foi a direção tomada pela maioria dos Estados. Jouannet observa que muitos Estados, como a Inglaterra, temem que o reconhecimento da responsabilidade em um caso isolado faça com que outras ex-colônias e outros povos clamem por reparação. Por isso, assim, a Inglaterra não reconhece nenhuma responsabilidade legal pelo seu passado colonial⁸⁷.

A Declaração de Durban, em seu artigo 100, observa que alguns Estados tomaram a iniciativa de se desculpar pelos erros passados e de reparar as suas vítimas, “for grave and massive violations committed” (tradução livre: em razão das graves e massivas violações cometidas)⁸⁸. O artigo 100 continua, então, convidando os países que ainda não contribuíram para a reparação da dignidade das vítimas, que assim o façam pelos meios apropriados que

⁸⁵ JOUANNET, *Op. Cit.*, p. 187-190.

⁸⁶ JOUANNET, *Op. Cit.*, p. 188-189.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ JOUANNET, *Op. Cit.*, p. 190-191.

encontrem⁸⁹. Neste artigo, a convenção reforça a ideia de que as reparações são de ordem moral, e não de ordem legal. A professora Jouannet também se manifesta neste sentido: observa que a Conferência teve mais o caráter de prover o reconhecimento dos crimes cometidos, além de desculpas oficiais e possivelmente o princípio de reparações voluntárias⁹⁰.

Ela também acredita que a Conferência quis buscar a reconciliação e a “cura” das mágoas causadas por esses fatos históricos (“reconciliation and healing” – point 101⁹¹). Em outras palavras, Jouannet defende que a Conferência de Durban foi uma espécie de tentativa de implementar uma justiça de transição em escala mundial, de modo a impedir que os erros do passado sejam repetidos, e de modo a organizar e possibilitar a coexistência e cooperação entre os descendentes da sociedade colonial – tanto os descendentes das vítimas, quanto os descendentes dos opressores⁹². Entretanto, conforme Pierre Hazan⁹³, infelizmente, uma conferência internacional com cerca de 200 estados e uma série de ONGs criou, ao invés do ambiente de diálogo desejado, um ambiente de confrontos generalizados. Esses confrontos eram gerados por reações baseadas na identidade dos povos ali presentes, sem falar na tensão trazida pelas memórias e pelas mágoas que as vítimas traziam, enquanto Estados apoiavam uns aos outros com base em interesses políticos e econômicos.

2.2.3. Avanços

Apesar dos conflitos, a Conferência de Durban conseguiu definir, entretanto, alguns avanços quanto ao papel do direito internacional nestes casos. Alguns princípios foram incluídos na Declaração Final de 2001⁹⁴, e o reconhecimento desses princípios em nível

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ “101. With a view to closing those dark chapters in history and as a means of reconciliation and healing, we invite the international community and its members to honour the memory of the victims of these tragedies. We further note that some have taken the initiative of regretting or expressing remorse or presenting apologies, and call on all those who have not yet contributed to restoring the dignity of the victims to find appropriate ways to do so and, to this end, appreciate those countries that have done so.” (World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, 31 August – 8 September 2001, *Durban Declaration*, p. 17).

⁹² Idem.

⁹³ Pierre Hazan, *Juger la guerre, juger l’histoire. Du bon usage des commissions Vérité et de la justice internationale*. Paris : PUF, 2007.

⁹⁴ World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, 31 August – 8 September 2001. Disponível em: <http://www.un.org/WCAR/durban.pdf>. Acessado em 10 de maio de 2016.

internacional é muito importante para continuar o processo de humanização do direito internacional.

É possível destacar três princípios consolidados na Declaração Final da Conferência de Durban como tendo avançado nas questões postas: Primeiro, o princípio de que a escravidão e o tráfico de escravos não somente são um crime contra a humanidade como também que sempre deveriam ter sido⁹⁵. Segundo, o reconhecimento oficial de que a escravidão e a colonização têm inegavelmente contribuído para a pobreza, subdesenvolvimento, marginalização, exclusão social, disparidades econômicas, instabilidade e insegurança que afetam muitas pessoas em diferentes partes do mundo, em particular os países em desenvolvimento⁹⁶. Terceiro, o princípio de que o Estado responsável deverá honrar a memória das vítimas das tragédias passadas⁹⁷.

Quanto a esses temas, o seguinte trecho adiciona pontos interessantes:

“And so individuals, groups and peoples experience the present effects of the crimes of the past, based on the denial of individuals, by internalising an image of themselves that is depreciatory or demeaning and so suffering a deep-seated denial of recognition which is handed down the generations and is not repaired in any way. Now, the awareness of this denial that still weighs on the victims or their descendants is transformed today into a demand for justice, that is, into an implication of the state’s responsibility and a call for reparation of the crimes committed, which then serves as a process of recognition of the Other. The recognition of responsibility and reparation should put an end to the general feeling of devaluation and stigma that has lasted over time by designating the guilty party, by exposing the scale of the crimes committed, by honouring the memory of the victims and by rehabilitating people both in terms of their equal dignity and of respect for their ethnical or cultural difference.

The Durban Conference was part of this new context. It was aimed not so much at the violence directed against individuals and peoples through slavery and colonialism but the total disregard for individuals which meant they could be treated as things, as chattels or that their property could be seized as if it did not belong to anyone. In particular, the 2001 Declaration emphasized the ‘negation of the essence of the victims’ by their enslavement and the racism that went with it. It is this denial, along with the economic exploitation which is still the kernel of actions for reparation and that shows the connection with the paradigm of recognition. The

⁹⁵ “[...] slavery and the slave trade are a crime against humanity and should always have been so” – point 13, Durban Conference *Programme of Action*, , 2001, p. 24.

⁹⁶ “[...] the historical injustices [slavery and colonization] have undeniably contributed to the poverty, underdevelopment, marginalization, social exclusion, economic disparities, instability and insecurity that affect many people in different parts of the world, in particular in developing countries” – point 158, Durban Conference, *Programme of Action*, , 2001, p. 49.

⁹⁷ “[...] the States concerned” should “honor the memory of the victims of past tragedies” – point 99, Durban Conference, *Programme of Action*, 2001, p. 39.

very deep wound inflicted on identities, being passed on over several generations until the present day, gives rise to expectations about the recognition of the crimes committed and their reparation, with recognition not only being perceived as a final rehabilitation of the dignity of the victims and of all those who were stigmatized, but also of the entire history of a people or community.

[...] Taking up one of the major themes of the 1993 Abuja Conference, the Independent Commission on Africa published a Report in 2002 entitled 'Winning the War against Humiliation'. The Report explains how the main task of contemporary Africa is to win that war because of a global system of negation of Africans that dates back to the slave trade and is perpetuated with the latest episode of globalization. According to the Report, centuries of domination and humiliation are an extremely burdensome legacy for present-day populations as they have led to a generalized lack of self-esteem and a feeling of devaluation that is still deeply ingrained. It is in this that, in addition to underdevelopment, the historical crimes associated with slavery and colonialism are incontrovertibly considered to have effects that are still felt by individuals, peoples and communities.

[...] This would result in a state of 'positive mutual debt' as Jacques Godbout terms it, which would at last make a new start possible. Some states and governments still fail to see that this requirement for historical recognition has become unavoidable because of the new paradigmatic values of our age and the circumstances of post-Cold War justice."⁹⁸

Capítulo III

Responsabilidade e Reparação no Direito Internacional

“The right to a remedy and related procedural and substantive rights essential to securing a remedy are protected in a wide range of international instruments. The United Nations treaty bodies have found that, when providing for remedies, they should be adapted so as to take account of the special vulnerability of certain categories of persons (Human Rights Committee, general comment No. 31 (2004), para. 15). Moreover, without the provision of reparations, the duty to provide remedies has not been discharged (Human Rights Committee, general comment No. 31 (2004), para. 16; Committee on the Elimination of Discrimination against Women, general recommendation No. 28 (2010), para. 32). [...] in providing redress to indigenous peoples for the negative impacts of State laws and policies, States should prioritize the views of indigenous peoples on appropriate forms of redress (A/HRC/21/53 para 23)”

⁹⁸ JOUANNET, *Op. Cit.*, p. 196-199.

3.1. Responsabilidade Clássica

Apesar dos avanços no campo dos direitos humanos obtidos pela conferência de Durban, o fenômeno da humanização do direito internacional ainda não é um processo acabado: pelo contrário. Neste capítulo, pretende-se demonstrar que o entendimento clássico de responsabilidade, atualmente adotado pelo direito internacional, não consegue atender apropriadamente às demandas dos povos lesados pelos crimes históricos cometidos pelo colonialismo, como é o caso do legado de racismo da Inter Caetera e da Doutrina da Descoberta, e que é necessário um avanço ainda mais profundo do direito internacional para que esses povos tenham seus direitos reconhecidos e para que os danos sejam devidamente reparados.

Esses avanços foram esboçados em certa medida na Conferência de Durban, e têm sido alcançados através da humanização do direito internacional. Entretanto, conforme já dito, não há um consenso na comunidade internacional quanto ao tema.

Antônio Cassese define responsabilidade do Estado como as consequências legais do ato ilegal cometido por um Estado, isto é, as obrigações do Estado infrator, por um lado, e os direitos e poderes do Estado lesado, do outro lado⁹⁹. Varella explica que se trata de um princípio de direito internacional, que qualquer violação de um compromisso comporta a obrigação de reparação¹⁰⁰.

A responsabilidade internacional dos Estados, de acordo com Cassese, consistia primariamente de regras costumeiras aplicadas nas relações entre os Estados, e de decisões tomadas por tribunais arbitrais internacionais em casos trazidos pelos Estados¹⁰¹. Essas regras tradicionais tinham como principais características, em seu início, serem ainda muito rudimentares – pois não traziam as condições gerais para a responsabilização internacional e não especificavam as consequências legais dos delitos -, e corresponderem a uma relação exclusivamente bilateral entre o Estado infrator e o Estado lesado¹⁰².

⁹⁹ CASSESE, *Op. Cit.*, p. 241.

¹⁰⁰ VARELLA, Marcelo. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, Cap. 8.

¹⁰¹ CASSESE, *Op. Cit.*, p. 241.

¹⁰² CASSESE, *Op. Cit.*, p. 242.

À medida que este tema foi sendo debatido em âmbito internacional, a Comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas alcançou um significativo avanço: embora as opiniões tenham divergido por muito tempo quanto à relação de responsabilidade ser ou não exclusivamente bilateral, a CDI se manifestou reconhecendo que alguns atos ilegais confrontam toda a comunidade internacional. Nesses casos, todos os Estados teriam o interesse legal na sua proteção: trata-se das obrigações erga omnes¹⁰³. Assim, nessa nova perspectiva de direito internacional, a responsabilidade dos estados é também uma questão multilateral: todo Estado, como membro da comunidade internacional, tem um interesse legal na proteção de certos direitos básicos e no cumprimento de certas obrigações essenciais. A Corte Internacional de Justiça listou entre esses direitos a proibição dos atos de agressão, de genocídio, escravidão e discriminação racial, assim como outras formas de violação aos direitos humanos¹⁰⁴.

Cassese explica que a regulação atual da responsabilidade estatal já progrediu bastante ao longo dos anos, principalmente por causa do trabalho da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (UN International Law Commission), e que esse progresso culminou na adoção, em 2001, na Assembleia Geral das Nações Unidas, do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados (*“Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”*), o qual em larga medida refletiu o direito já existente (codificação), mas em outra medida trouxe progressos a essa área do direito internacional (desenvolvimento progressivo)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ “Every State, by virtue of its membership in the international community, has a legal interest in the protection of certain basic rights and the fulfilment of certain essential obligations. Among these the Court instanced “the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also ... the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination”.⁵³ In later cases the Court has reaffirmed this idea.⁵⁴ The consequences of a broader conception of international responsibility must necessarily be reflected in the articles which, although they include standard bilateral situations of responsibility, are not limited to them. (5) Thus the term “international responsibility” in article 1 covers the relations which arise under international law from the internationally wrongful act of a State, whether such relations are limited to the wrongdoing State and one injured State or whether they extend also to other States or indeed to other subjects of international law, and whether they are centred on obligations of restitution or compensation or also give the injured State the possibility of responding by way of countermeasures. (6) The fact that under article 1 every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State does not mean that other States may not also be held responsible for the conduct in question, or for injury caused as a result. Under chapter II the same conduct may be attributable to several States at the same time. Under chapter IV, one State may be responsible for the internationally wrongful act of another, for example if the act was carried out under its direction and control. Nonetheless the basic principle of international law is that each State is responsible for its own conduct in respect of its own international obligations”. (Nações Unidas, Comissão de Direito Internacional (CDI), *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally wrongful Acts*, with commentaries, 2001, p. 33, In: *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two).

¹⁰⁵ CASSESE, *Op. Cit.*, p. 244.

O documento trouxe normas secundárias¹⁰⁶ de direito internacional, ou seja, as condições gerais para que um Estado seja considerado responsável por uma ação ou omissão lesiva, e as consequências dessa ação ou omissão. O documento estabelece que não tratará do conteúdo das obrigações internacionais, isto é, das normas primárias – acordos, tratados – que estabelecem obrigações entre os Estados¹⁰⁷. Também, o parágrafo quarto dos Comentários Gerais do Projeto de Artigos, no item c, define que os artigos somente lidarão com a responsabilidade por condutas consideradas ilícitas internacionalmente¹⁰⁸.

3.1.1. Elementos da Responsabilidade Internacional do Estado

O primeiro artigo do Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional da ONU define que todo ato internacionalmente ilícito de um Estado leva à responsabilidade desse Estado¹⁰⁹. Assim, o ato internacionalmente ilícito é uma das precondições para a responsabilização do Estado, conforme aponta Antônio Cassese¹¹⁰. De acordo com o autor, para que um ato internacionalmente ilícito ocorra, é necessária a ocorrência de elementos subjetivos, e de elementos objetivos. Os elementos subjetivos são, primeiro, a imputabilidade ao Estado pela conduta (ação ou omissão) contrária às suas obrigações internacionais; segundo, a culpa do Estado. Os elementos objetivos são, primeiro, a inconsistência da conduta particular com a obrigação internacional; segundo, o dano material ou moral ao outro sujeito internacional; e terceiro, a falta de circunstância que exclua a responsabilidade¹¹¹.

Quanto à imputabilidade ao Estado da conduta contrária às obrigações internacionais, Cassese explica que, considerando que os Estados agem na esfera internacional por meio de indivíduos – isto é, através de pessoas -, para que a conduta seja imputável ao Estado, é preciso que o indivíduo tenha o status de Oficial do Estado no sistema legal nacional desse

¹⁰⁶ Cassese explica a distinção entre as normas primárias e as normas secundárias no direito internacional. As normas primárias são os costumes e tratados que estabelecem obrigações para os Estados (como por exemplo imunidade diplomática, tratamento de estrangeiros) as normas secundárias são as que estabelecem (i) em que condições as normas primárias estão sendo violadas e (ii) quais serão as consequências dessas violações. Assim, a regulação quanto à responsabilidade estatal é composta por normas secundárias de direito internacional. (CASSESE, Antonio. *International Law*, p. 244.)

¹⁰⁷ CDI, Draft Articles, p. 30-33.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ CDI, Draft Articles, p. 32- 34.

¹¹⁰ CASSESE, *Op. Cit.*, p 245.

¹¹¹ Idem.

Estado¹¹². A Comissão de Direito Internacional da ONU se manifesta no mesmo sentido: para a comissão, a conduta de qualquer órgão do estado deve ser considerada como conduta do próprio Estado¹¹³. Cassese completa que, se o indivíduo tem esse status, a atribuição de seus atos e transações ao Estado pode ser efetivada justificadamente, considerando também que o oficial do estado não agiu fora de suas capacidades e competências¹¹⁴.

Acrescenta também que, se o oficial do Estado agir fora das - ou até contra as – instruções que lhe foram passadas, enquanto não tiver extrapolado os meios e poderes inerentes à sua função, a imputação da conduta poderá ainda ser feita ao Estado que ele representa. Assim também se manifesta a Comissão de Direito Internacional da ONU, no Projeto de Artigos, no artigo 7: “a conduta de um órgão do Estado ou a conduta de uma pessoa ou entidade com poderes para exercer elementos de autoridade de governo será considerada um ato do Estado sob o Direito Internacional se o órgão, pessoa ou entidade agir dentro da capacidade delegada, mesmo se ela exceder a autoridade do Estado ou contradisser instruções¹¹⁵” (tradução livre).

Outro caso é o de indivíduos que o Cassese chama de “de facto State organs”, ou, em tradução livre, órgãos estatais de fato. Esses indivíduos são aqueles que não têm formalmente o status de Oficiais de Estado, mas na prática agem em nome do Estado, por exemplo, quando agem sob instruções do Estado ou quando estão sob o controle do Estado, e também quando na prática se comportam como Oficiais de Estado. Em todos esses casos, Cassese explica que é possível a atribuição da responsabilidade dos seus atos ao Estado que eles representam, embora não oficialmente, mas na prática¹¹⁶. Portanto, a ação de uma pessoa ou de um grupo de pessoas pode ser considerada como ação do Estado se essa pessoa ou grupo de pessoas está na prática sob o controle do Estado, isto é, agindo de acordo com as instruções e direções do Estado, especificamente na execução das condutas analisadas¹¹⁷.

¹¹² CASSESE, *Op. Cit.*, p. 246.

¹¹³ Ver: CDI, Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, par. 62., assim como CASSESE, *Op. Cit.*, p. 246.

¹¹⁴ CASSESE, Antonio, *Op. Cit.*, p. 246.

¹¹⁵ CDI, Draft Articles, p. 45-47.

¹¹⁶ CASSESE, Antônio, *Op. Cit.*, p. 248.

¹¹⁷ Um importante caso para a compreensão dessa norma é o julgamento da Corte Internacional de Justiça no caso Nicarágua. Nesse caso, a Corte estabeleceu que na guerra civil na Nicarágua, entre os rebeldes e as autoridades centrais, as violações aos direitos humanos perpetradas por alguns indivíduos deveriam ser atribuídas a três classes de indivíduos. Primeiro, haviam os membros do exército dos EUA, e os membros do Governo dos EUA, cujas ações sem dúvida podiam ser atribuídas aos EUA. Segundo, haviam grupos Latinos Americanos (chamados de UCLA – Unilaterally Controlled Latino Assets), cujas ações a CIJ também atribui aos EUA porque, além dos grupos estarem sendo pagos pelos EUA, eles receberam instruções específicas de Agentes dos EUA e estavam sob sua supervisão. Agentes dos EUA tinham participado do planejamento, direção, suporte e execução das operações dos ataques cometidos pelo UCLA. Terceiro, havia a categoria de contras. A

Quanto ao segundo elemento subjetivo da responsabilidade do Estado, a culpa, Cassese observa que se trata de uma atitude psicológica do Estado infrator, ou seja, a intenção do Estado de adotar conduta que acarrete em determinado resultado, ou sua imprudência, isto é, a consciência do Estado da existência de risco das consequências danosas acontecerem¹¹⁸. Cassese explica que as cortes internacionais geralmente não investigam se há o elemento da intenção ou da culpa, e que esse elemento somente ganha maior atenção quando o Estado infrator alega que houve motivo de força maior. Entretanto, em ao menos dois casos, o autor argumenta que o elemento da culpa – entendido como o conhecimento do Estado da possibilidade de o resultado danoso ocorrer - é de indispensável análise: Primeiro, quando um Estado dirige e controla outro Estado na prática de um ato internacionalmente ilícito por este último (nesse caso, o primeiro Estado será responsável se estiver consciente do ato internacionalmente ilícito); Segundo, quando um Estado coage outro Estado a cometer um ato¹¹⁹.

Quanto aos elementos objetivos da responsabilidade do Estado, Cassese traz, primeiro, o descumprimento de obrigação internacional; segundo, o dano material ou moral ao outro sujeito internacional; e terceiro, a falta de circunstância que exclua a responsabilidade.

O descumprimento de obrigação internacional se dá quando o Estado age contrariamente a obrigações decorrentes de regras e princípios de direito internacional aplicáveis e vigentes. Portanto, é necessário que a obrigação esteja em vigor quando violada (princípio do *tempus commissi delicti*), através de ação ou omissão, sendo que o dano pode ser tanto instantâneo quanto contínuo¹²⁰. Assim determinam os artigos 12, 13, 14 e 15 do Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional da ONU¹²¹:

“Article 12. Existence of a breach of an international obligation

There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.

Corte estabeleceu que para as violações dos contras serem atribuídas aos EUA, deveria ser provado que eles estavam sob o controle desse Estado, ou seja, que os EUA tivessem dado específicas instruções a esse grupo de pessoas. A CIJ pronunciou assim dois testes alternativos para a atribuição de condutas aos Estados: Primeiro, se os indivíduos eram ou não oficiais do Estado; segundo, se eles não eram oficiais do Estado, se eles estavam sob o controle do Estado, através do pagamento/financiamento pelo Estado, ou através da coordenação e supervisão pelo Estado de suas ações, ou através de instruções específicas do Estado quando às ações danosas. (CASSESE, Antônio. *International Law*, p. 249).

¹¹⁸ CASSESE, *Op. Cit.*, p. 250-251.

¹¹⁹ CASSESE, *Op. Cit.*, p. 251.

¹²⁰ CASSESE, *Op. Cit.*, p. 251.

¹²¹ CDI, Draft Articles, p. 54-64.

Article 13. International obligation in force for a State

An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs.

Article 14. Extension in time of the breach of an international obligation

- 1. The breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue.*
- 2. The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation.*
- 3. The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.*

Article 15. Breach consisting of a composite act

- 1. The breach of an international obligation by a State through a series of actions or omissions defined in aggregate as wrongful occurs when the action or omission occurs which, taken with the other actions or omissions, is sufficient to constitute the wrongful act.*
- 2. In such a case, the breach extends over the entire period starting with the first of the actions or omissions of the series and lasts for as long as these actions or omissions are repeated and remain not in conformity with the international obligation.*¹²²

Quanto ao dano, Cassese defende que o Estado lesado está legalmente autorizado a pedir reparação ao Estado infrator, inclusive mediante ação processual. Portanto, para este autor, para que haja essa autorização legal de reparação, deve haver o dano material ou

¹²² Tradução livre: Art. 12. Existência de uma violação de uma obrigação internacional. Haverá uma violação de uma obrigação internacional por um Estado quando um ato desse Estado não estiver em conformidade com o que é exigido dele por essas obrigações, independentemente da origem ou do caráter dessas obrigações. [Tradução livre: Art. 13. Obrigação Internacional em vigor para um Estado. Um ato de um Estado não constitui violação de obrigação internacional a menos que o Estado esteja vinculado pela obrigação em questão no tempo em que a ação acontecer. Art. 14. Extensão no tempo da violação de uma obrigação internacional. 1. A violação de uma obrigação internacional por um ato de um Estado que não tenha caráter contínuo ocorre no momento em que o ato é realizado, mesmo se os seus efeitos continuem. 2. A violação de uma obrigação internacional por um Estado que tenha caráter contínuo se estende por todo o período pelo qual o ato continua e permanece em desconformidade com a obrigação internacional. 3. A violação de uma obrigação internacional que exija do Estado a prevenção do acontecimento de determinado evento ocorre quando o evento acontece e se estende por todo o período durante o qual o evento continua e permanece em desconformidade com aquela obrigação. Art. 15. Violação consistindo em ato composto. 1. A violação de uma obrigação internacional por um Estado através de uma série de ações ou omissões definidas agregadamente como violação ocorre quando a ação ou omissão ocorre, a qual, considerada em conjunto com as outras ações ou omissões, é suficiente para constituir o ato lesivo. 2. Nesse caso, a violação se estende por todo o período começando com a primeira das ações ou omissões da série, e durando enquanto essas ações e omissões se repetirem e permanecerem em desconformidade com a obrigação internacional. (CDI, Projeto de Artigos, p. 54 a 64).

moral¹²³. De acordo com Cassese, dano material é qualquer dano causado aos interesses econômicos ou patrimoniais do Estado e de seus nacionais; e dano moral é qualquer violação à honra do Estado, ou à sua dignidade¹²⁴. Para alguns estudiosos, o dano não deveria ser um elemento da responsabilização, mas somente o fato de que houve violação da obrigação. O Projeto de Artigos, por exemplo, não fala da necessidade da ocorrência de danos para que seja devida reparação¹²⁵. Cassese defende, entretanto, que, apesar disso, é seguro dizer que o regime legal ordinário quanto à responsabilidade do Estado requer o elemento objetivo do dano material ou moral¹²⁶.

Quanto às circunstâncias excludentes de ilicitude, Cassese¹²⁷ explica que o Projeto de Artigos define seis principais: (i) consentimento do Estado lesado, que ocorre quando há permissão válida do Estado lesado para o Estado infrator executar atividades que, de outro modo, seriam ilegais; (ii) autodefesa e medida defensiva (contramedida, réplica) tomada em resposta ao ato lesivo, que ocorrem quando o Estado viola suas obrigações legais quando reage à ofensa feita por outro Estado; (iv) força maior, que ocorre quando uma força irresistível, imprevisível e incontrolável torna materialmente impossível o cumprimento da

¹²³ CASSESE, *Op. Cit.*, p. 252.

¹²⁴ *Idem*.

¹²⁵ A Comissão de Direito Internacional da ONU tem adotado o posicionamento segundo o qual há a Responsabilidade Internacional do Estado quando uma ação ou omissão: (i) é atribuível ao Estado conforme o Direito Internacional e (ii) constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado. Para a Comissão, esses dois elementos seriam suficientes, e o dano não seria um pressuposto da responsabilidade, mas somente uma consequência da violação. A doutrina explica que “a Comissão de Direito Internacional da ONU, ao retirar a expressão *dano* dos elementos da responsabilidade estatal, pretendeu, na realidade, dar maior amplitude ao termo em comento. Essencialmente porque, se a violação do Direito acarreta, pela nova teoria, a responsabilização internacional automática do Estado, a violação do Direito Internacional passou a ser em si mesma um prejuízo que dá ao sujeito lesado o direito de restabelecer a ordem jurídica vigente. Tanto é assim que, na hipótese do ato praticado ser eminentemente ilícito, caberá responsabilizar o Estado frente à sociedade internacional mesmo sem a prova da existência do dano, posto que, em o Estado-vítima tendo sofrido um prejuízo jurídico, haverá sempre a presunção *iuris tantum* de que este terá o interesse de ver o Direito Internacional respeitado (MELLO, 2004, p 525). Diferentemente ocorrerá no caso da prática de um ato não proibido pelo direito internacional, ocasião em que se farão indispensáveis, enquanto pressupostos da violação internacional, a prova da existência de dano efetivo e da recusa na sua compensação pelo ente estatal para, a partir de então, restar configurada a responsabilidade do Estado. Demais disso, independentemente de haver ou não um fato ilícito a ensejar a conduta estatal reparatória, o dano efetivamente causado ao ente vitimado deve ser entendido como o resultado não só de um dano material (aspecto patrimonial), mas também de uma ofensa ou violação moral ao Estado ou a seu nacional (aspecto moral).” (MADEIRA, João Bruno Farias. A Teoria da Responsabilidade Internacional do Estado: Definição, Desenvolvimento Histórico e Elementos Constitutivos de uma Efetiva Responsabilização do Estado na Esfera Internacional. *Conteúdo Jurídico*, 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.a-teoria-da-responsabilidade-internacional-do-estado-definicao-desenvolvimento-historico-e-elementos-constitut,48538.html>. Acessado em 26 de junho de 2016).

¹²⁶ CASSESE, *Op. Cit.*, p. 253.

¹²⁷ CASSESE, *Op. Cit.*, p. 253-256.

obrigação¹²⁸; (v) perigo, o qual ocorre quando o autor do ato, de outra forma ilegal, não tinha outro meio razoável, em uma situação de perigo, para salvar a própria vida, ou a vida de outras pessoas das quais o autor tinha o dever cuidado¹²⁹; (vi) estado de necessidade, que ocorre quando o ato do Estado é o único meio para ele proteger um interesse essencial contra um grave e iminente perigo e, ainda, não prejudique seriamente um interesse essencial do Estado ou Estados com quem a obrigação existe, ou da comunidade internacional como um todo¹³⁰.

Cassese observa que o *jus cogens*, de acordo com o artigo 26 do Projeto de Artigos, não pode ser afetado pelas excludentes de ilicitude. Assim, estas não podem ser invocadas para isentar o Estado do cumprimento de obrigações derivadas de normas imperativas¹³¹.

De acordo com o documento, no parágrafo 5 dos comentários feitos ao art. 26, o critério para identificar essas normas é sua aceitação clara e reconhecida como norma imperativa pela comunidade internacional como um todo. Como exemplo de normas imperativas reconhecidas pela comunidade internacional, o documento cita a proibição à agressão, o genocídio, a escravidão, a discriminação racial, crimes contra a humanidade, tortura, e crimes contra o direito à autodeterminação dos povos¹³², conforme parecer da Corte Internacional de Justiça no caso Timor Leste (Portugal vs. Austrália), em 1995, em conflito referente ao uso ou ameaça de uso de Armas Nucleares.

3.1.2. Aplicação do Modelo Clássico de Responsabilidade ao caso concreto

Por todo o exposto, é possível reconhecer que o pedido de reparações requerido pelo Grupo de Trabalho Apache-Ndé-Nneé sofre de algumas limitações dentro dos critérios correntes sobre responsabilidade internacional.

¹²⁸ Art. 23, (2), define que a força maior não se aplica se a situação de força maior é devida, isoladamente ou por uma combinação de fatores, à conduta do Estado que a invoca, ou se o Estado assumiu o risco de a situação ocorrer. CDI, Draft Articles, p. 76.

¹²⁹ Art. 24, (2), define que a situação de perigo não se aplica caso seja devida, isoladamente ou por uma combinação de fatores, à conduta do Estado que a invoca, ou se o ato em questão é capaz de criar perigo comparável ou maior. CDI, Draft Articles, p. 78-79.

¹³⁰ Art. 25 (1), Draft. Articles. Art. 25, (2), define que o estado de necessidade não pode ser alegado se a obrigação internacional em questão exclui a possibilidade de se alegar o estado de necessidade, e se o Estado contribuiu para o estado de necessidade. CDI, Draft Articles, p. 80.

¹³¹ CDI, Draft Articles, p. 84-85.

¹³² CDI, Draft Articles, p. 85.

Começemos então, por verificar se o ato alegado preenche os elementos subjetivos e objetivos do ato internacionalmente ilícito, de modo a atrair a responsabilização do Estado.

Os elementos subjetivos são, primeiro, a imputabilidade ao Estado pela conduta (ação ou omissão) contrária às suas obrigações internacionais; segundo, a culpa do Estado. Os elementos objetivos são, primeiro, a inconsistência da conduta particular com a obrigação internacional; segundo, o dano material ou moral ao outro sujeito internacional; e terceiro, a falta de circunstância que exclua a responsabilidade.

Vale lembrar que o descumprimento de obrigação internacional se dá quando o Estado age contrariamente a obrigações decorrentes de regras e princípios de direito internacional aplicáveis e vigentes. Portanto, é necessário que a obrigação esteja em vigor quando violada.

Estes elementos da responsabilidade dificultam a responsabilização da Santa Sé porque determinam que o Estado seja responsabilizado apenas pelas condutas praticadas por ele, na medida da conduta danosa praticada, e com base apenas na legislação vigente no momento do ato. Entretanto, no caso de danos históricos como, por exemplo, a escravidão, a responsabilidade da contribuição individual de donos de escravos e de adeptos da escravidão, a qual não era proibida na época, teria que ser imputada aos cidadãos contemporâneos (já que a responsabilização de um Estado onera todos os seus cidadãos), os quais não praticaram a escravidão individualmente e, assim, não incorreram em ato ilícito nos termos do direito internacional corrente. O mesmo vale para o sistema de colônias estabelecido por países europeus em territórios americanos, o qual também foi considerado legítimo pelo direito internacional por séculos¹³³. Todas essas ressalvas também afetam a constatação da culpa – a dificuldade em se constatar o nexo causal afeta a prova da culpa. É possível argumentar também que as vítimas dos crimes históricos praticados já estão há muito mortas, de modo que não há mais sujeito legítimo para requerer a reparação de danos – além do mais, como os efeitos sociais se expandiram indistintamente e somente indiretamente poderiam estar ligados a prejuízos presentes, o elemento objetivo do dano também não estaria presente.

¹³³ JOUANNET, *Op. Cit.*, p. 191. Neste sentido, também: “(...) the colonial confrontation was not a confrontation between two sovereign states, but between a sovereign European state and a non-European state which, according to the positivist jurisprudence of the time, was lacking in sovereignty. Such a confrontation poses no conceptual difficulties for the positivist jurist who basically resolves the issue by arguing that the sovereign state can do as it wishes with regard to the non-sovereign entity which lacks the legal personality to assert any legal opposition.” (ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 34).

Por essa lógica, não há o elemento da imputabilidade, pois os agentes dos crimes históricos não estão mais vivos, e não seria possível culpar os cidadãos contemporâneos por fatos que não foram causados por eles. Não há o elemento da culpa, pois os cidadãos contemporâneos não têm controle sobre as ações e decisões de agentes do passado. Não há violação de obrigação internacional, porque as ações históricas não eram proibidas no momento do ato, e a lei internacional não poderia retroagir. E, por fim, não há o elemento do dano, pois as vítimas dos crimes históricos já faleceram há gerações, de modo que não existiria mais sujeito legítimo para requerer a reparação.

Além disso, nos comentários ao artigo 13¹³⁴, no Projeto de Artigos, a Comissão de Direito Internacional especifica que mesmo quando uma norma de *jus cogens* surge (como por exemplo a proibição da escravidão e do colonialismo), ainda assim a lei não pode retroagir¹³⁵.

Portanto, pelo direito internacional corrente sobre Responsabilidade dos Estados, existe no máximo uma obrigação moral, mas não legal, para que os países que foram colonizadores tomem medidas apropriadas para erradicar as consequências danosas das práticas do colonialismo e da escravidão. O Estado pode voluntariamente consentir em admitir sua responsabilidade retroativa por condutas que não eram no tempo da ação uma violação ao direito internacional, através, por exemplo, de um tratado bilateral com a ex-colônia, ou através de reparações sociais internas, como no Canadá, que estabeleceu uma série de reparações aos povos indígenas dentro do seu território.

3.2. Propostas

"We will have to repent... not only for the vitriolic words and actions of the bad people, but for the appalling silence of the good people."

¹³⁴ ILC, Draft articles, Art 13, par. 5, p. 58

¹³⁵ É interessante indicar que existe a via argumentativa da "retroatividade temperada": os autores adeptos desta posição defendem que o art. 50 do Projeto de Artigos, que dispõe que "as partes devem eliminar o quanto possível as consequências de qualquer ato adotado na dependência de quaisquer disposições que conflitem com normas imperativas de direito internacional geral", estabelece um caso de retroatividade temperada, pois, embora o ato anterior ao advento na norma de *jus cogens* não tenha perdido a sua validade, o Projeto de Artigos estabelece que ele deverá ser executado de acordo com as novas normas imperativas. (RODAS, João Grandino, *The Doctrine of Non-Retroactivity of International Treaties*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1973, p. 353). Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66677/69287>. Acessado em 22 de junho de 2016.

Martin Luther King, Jr., *Letter from Birmingham City Jail*, in *REVOLUTION AND THE RULE OF LAW* 12, 21 (Edward Kent ed., 1971).

De acordo com Eric A. Posner, exemplos paradigmáticos de reparação ordinariamente discutidos na literatura relevante na teoria do direito, da política e da moral, tendem a concordar que as principais características de programas de reparação, no geral, são: (i) fornecer pagamento (em dinheiro ou de outro tipo) a um grande grupo de reclamantes, em geral descendentes das vítimas dos abusos, mas também em alguns casos esposas, (ii) com base em violações que eram admissíveis de acordo com a lei em vigor quando cometidos, (iii) em que a lei atual proíbe um remédio obrigatório pelo mal passado (em virtude da imunidade soberana, estatutos de limitações ou regras semelhantes), e (iv) no qual o pagamento é justificado por razões que se voltam para a análise do passado e, assim, pela busca de uma justiça corretiva, e/ou de compensação¹³⁶.

Posner defende que o pedido por reparação deve analisar a existência de três tipos de relacionamento: (i) a relação entre o agente infrator original e a vítima original; (ii) a relação entre o agente infrator original e o provável responsável pelo pagamento de reparação, e (iii) a relação entre a vítima original e o provável reclamante ou beneficiário da reparação¹³⁷.

Além disso, Posner observa que a natureza do relacionamento depende de duas questões morais distintas. A primeira se refere à obrigação moral que dá origem ao pedido de reparação: a maioria dos pedidos de reparação estão baseados na alegação de que um grupo de pessoas causou dano a outro grupo de pessoas, e por isso deve repará-lo na extensão do dano provocado; outros pedidos de reparação se baseiam na alegação de que um grupo de pessoas enriqueceu injustamente às custas de outro grupo de pessoas e, portanto, deve restituir o benefício obtido.

A segunda questão moral diz respeito à natureza da entidade que pode suportar a obrigação moral. Posner considera três posições: de acordo com o individualismo ético, somente indivíduos podem ter obrigações morais e direitos; de acordo com o individualismo ético “brando”, corporações também podem ter obrigações morais e direitos, inclusive em circunstâncias em que os indivíduos que compõem a corporação não têm a mesma obrigação; e, de acordo com o coletivismo ético, um grupo mais vagamente definido, como uma nação, pode ter obrigações e direitos. Nesse caso, até mesmo indivíduos que não escolheram fazer

¹³⁶ POSNER, Eric A; VERMEULE, Adrian. Reparations for Slavery and Other Historical Injustices. *Columbia Law Review*, vol. 103, (2003)., p. 691.

¹³⁷ POSNER *et al*, *Op. Cit.*, p. 698.

parte do grupo, ou aceitar os benefícios da adesão ao grupo, podem ser responsabilizados a responder por atos danosos cometidos pelo grupo¹³⁸.

De acordo com Posner, dependendo dos motivos da obrigação moral, e dependendo da natureza do titular da obrigação, é possível distinguir seis teorias distintas sobre reparação. Os sistemas de reparação existentes atualmente são frequentemente justificados com base em uma ou mais dessas teorias.

A primeira é a teoria compensatória¹³⁹, que considera que os pedidos de reparação estão baseados na alegação de que uma pessoa causou dano a outra pessoa, e por isso deve repará-lo na extensão do dano provocado, combinada com o individualismo ético, que requer uma relação de identidade entre o agente do dano e o pagador e uma relação de identidade entre a vítima do dano e o requerente da reparação: assim, somente o agente do dano, e ninguém mais, deve reparação à vítima, e somente a vítima, e ninguém mais, tem o direito de reclamar contra o infrator. Vale também dizer que outra premissa do individualismo ético é que o agente do dano e a vítima somente podem ser indivíduos. Deste modo, Posner observa que esta teoria raramente é utilizada em casos de pedidos de reparação por crimes históricos, os quais têm em geral casos de pedidos de reparação de grupos a grupos, ou de grupos a indivíduos, entre outros casos, e muito frequentemente os pedidos são de descendentes das vítimas.

A segunda teoria para justificar a reparação adota como motivo da obrigação moral a restituição pelo enriquecimento ilícito, com base no individualismo ético. Por exemplo, se um governo ilegitimamente expropria terras de um sujeito, e depois dá essas terras a um terceiro, considera-se que este terceiro enriqueceu ilícitamente, e que tem o dever de restituir as terras ao dono original. Também é admissível, por essa teoria, que os descendentes do proprietário original reclamem a restituição, pois tiveram sua herança lesada pelos danos causados ao patrimônio de seus ascendentes. Assim, o infrator e o restituidor não precisam ser a mesma pessoa, assim como a vítima original e o reclamante da restituição não precisam ser a mesma pessoa. Dadas essas conclusões, Posner observa que essa teoria, mesmo apenas admitindo a restituição entre indivíduos, consegue justificar melhor os pedidos de reparação por danos históricos que a teoria compensatória anteriormente explanada¹⁴⁰, já que consegue dar fundamento ao pedido dos descendentes.

¹³⁸ POSNER *et al*, *Op. Cit.*, p. 698-699.

¹³⁹ POSNER *et al*, *Op. Cit.*, p. 699.

¹⁴⁰ POSNER *et al*, *Op. Cit.*, p. 700-701.

Entretanto, esta teoria tem alguns problemas. Por exemplo: se o beneficiário das terras expropriadas não soubesse do dano causado ao proprietário original, seria injusto requerer que ele devolvesse as terras, pois ele seria terceiro de boa-fé, e poderia ter feito melhoramentos na propriedade, ou outros tipos de investimentos, ou mesmo utilizar as terras para a própria subsistência e de sua família. Outro empecilho é que a doutrina costuma defender que, com base nessa teoria, o reclamante da restituição precisa provar que teria recebido o benefício se a violação não tivesse ocorrido, e que não recebeu da vítima original algum outro benefício compensando o dano original¹⁴¹.

Posner observa que a teoria restitutória, combinada com o individualismo ético, enfrenta várias dificuldades empíricas. Por exemplo, os reclamantes terão dificuldades para provar, especialmente depois de uma ou duas gerações, que obteriam o valor roubado da vítima se o dano não tivesse sido causado, ou para provar que o valor ou o bem roubados foram obtidos através do infrator original. Outro problema é estabelecer precisamente os benefícios e danos do ato do roubo, por exemplo. Muitos teóricos, quanto a isso, defendem que os escravos se beneficiaram da escravidão porque a alternativa seria o abate por um inimigo. Outros teóricos defendem que muitos infratores, por exemplo os proprietários de escravos, tiveram descendentes que fizeram sacrifícios a favor da liberdade dos escravos, e que isso deveria ser avaliado para fins de cálculo das compensações devidas. Ainda, muitos teóricos contra a reparação defendem que os descendentes das vítimas originais não existiriam se os danos não tivessem sido causados, isto é, seus ascendentes somente foram reunidos por causa das infrações históricas¹⁴². Assim, avaliar individualmente os danos e benefícios é praticamente impossível.

Enfim, a teoria restitutória permite que o responsável pelo pagamento e o causador original do dano sejam pessoas diferentes, assim como que o reclamante da restituição e a vítima original do dano sejam pessoas diferentes, mas deve haver relação entre as pessoas nos dois casos: o responsável pelo pagamento precisa ter adquirido o ganho por meio do ato lesivo do infrator original, enquanto o reclamante da restituição precisa mostrar que dependia da vítima original, ou que teria obtido o benefício por meio da vítima se o dano não tivesse sido causado. Logo, também não é tão eficiente no caso de danos causados por crimes históricos.

¹⁴¹ POSNER *et al*, *Op. Cit.*, p. 701.

¹⁴² POSNER *et al*, *Op. Cit.*, p. 702.

A terceira teoria tem como fundamento o individualismo ético “brando”, e considera que programas de reparação podem responsabilizar corporações/sociedades, ou ter como beneficiários das reparações um órgão social, como por exemplo tribos indígenas. Nos dois casos, a teoria trata esses grupos como se eles fossem indivíduos, considerando que existe a chamada “culpa coletiva”, em algumas condições limitadas.

Uma parte dos adeptos dessa teoria defendem que uma pessoa pode ser responsabilizada pelos atos de outros à medida em que voluntariamente entra em certos relacionamentos com esses outros. De acordo com Posner, as pessoas entram em relacionamentos para obter os benefícios da ação coletiva e, no processo, elas se tornam responsáveis pelos danos que ocorrem como resultado dessa ação coletiva. Isso porque, de acordo com o autor, elas poderiam ter evitado entrar no relacionamento, e poderiam ter evitado dar apoio aos outros, que cometeram o ato lesivo¹⁴³. Assim, de acordo com essa teoria, acionistas são responsáveis pelas ações dos agentes da corporação, e também membros de outros grupos, como associações. Essa parte da teoria não se aplica muito bem aos casos de reparação por crimes históricos porque não é razoável afirmar que os membros de grupos como os cidadãos representados pela Santa Sé, por exemplo, voluntariamente escolheram fazer parte do grupo.

Outra parte dos adeptos da teoria do individualismo ético brando defendem que as corporações e órgãos sociais podem ser considerados pessoas para propósitos morais¹⁴⁴, ou agentes morais. Com base nessa concepção esses teóricos fundamentam que corporações sejam responsabilizadas pelos danos cometidos, sendo que os indivíduos que são membros das corporações são beneficiados ou prejudicados como consequência, mas suas causas são apenas incidentais ou derivadas/acessórias.

Posner observa que essa ideia é discutida em geral combinada com a justiça compensatória, que considera que os pedidos de reparação estão na ocorrência do dano. Assim, se uma corporação causa dano a alguém através da ação de seus agentes, não são eles os responsabilizados, mas a corporação em si¹⁴⁵. Posner argumenta que essas ideias são aplicáveis à teoria restitutória, no caso, por exemplo, de uma empresa se beneficiar da escravidão, e depois ser condenada pelo enriquecimento ilícito, mesmo se as pessoas que fazem parte da empresa não são mais as pessoas que se beneficiaram originalmente do dano.

¹⁴³ POSNER *et al*, *Op. Cit.*, p. 703-704.

¹⁴⁴ POSNER *et al*, *Op. Cit.*, p. 704.

¹⁴⁵ POSNER *et al*, *Op. Cit.*, p. 705.

Essa teoria acaba sendo um pouco útil para a doutrina sobre reparação por crimes históricos, considerando a possibilidade de reparar grupos pelos danos causados por indivíduos ou por outros grupos. No caso, por exemplo, de uma tribo indígena que teve uma propriedade injustamente expropriada por uma corporação, talvez fosse impossível que os membros da tribo individualmente provassem que eles estão em pior estado especificamente por causa do referido fato, como na teoria anterior. Mas no caso dessa teoria, a tribo como um todo pode ser considerada, de modo que se pode dizer que a expropriação do terreno, por exemplo, fez com que fosse menos próspera do que poderia ter sido, ou que destruiu parte de sua cultura – além do mais, tanto o dano da tribo quanto o enriquecimento ilícito da corporação podem ser alegados.

Entretanto, essas três teorias ainda são de certa forma marcadas pelo individualismo ético, o qual contesta a possibilidade de uma nação como um todo ser responsabilizada pela escravidão¹⁴⁶, pois considera que é possível individualizar as ações e seus efeitos, de modo a determinar exatamente quem causou qual dano a quem. Essas teorias, assim, ignoram que as ações dos indivíduos são influenciadas pelas ações dos outros indivíduos que estão ao seu redor, e que o efeito combinado de todas as ações de todos os indivíduos não é passível de ser dividido em contribuições individuais, como será explorado mais à frente.

A quarta teoria que fundamenta os pedidos de reparação é a teoria do coletivismo ético. De acordo com Posner, essa teoria defende que as ações do grupo não podem ser reduzidas às ações dos seus membros. Assim, por essa teoria, se o Grupo A, no tempo 1, causou dano injusto ao Grupo B, no tempo 2, o Grupo A deve reparações ao Grupo B, independente do fato de a identidade das pessoas em cada grupo permanecer ou não, e independente de os agentes envolvidos poderem ser relacionados ou não através de outro fator que não seja o próprio pertencimento ao grupo¹⁴⁷. Assim, contanto que cada grupo continue existindo do tempo 1 até o tempo 2, não importa se a identidade dos membros de cada grupo mudou. De acordo com essa teoria, embora o pagamento devido venha do bolso de membros com identidades diferentes (no caso do Grupo A, no tempo 2), eles não podem reclamar da obrigação.

Na teoria do coletivismo ético, quando um grupo B de pessoas, no tempo 2, é responsabilizado pelos atos do grupo A, no tempo 1, isto é justificado pelos efeitos

¹⁴⁶ SEPINWALL, Amy J. Responsibility for Historical Injustices: Reconceiving the Case for Reparations. *Journal of Law & Politics* Vol. 22, (2006), p. 193.

¹⁴⁷ POSNER *et al*, *Op. Cit.*, p. 706.

psicológicos ou concretos dos benefícios que a filiação ao grupo confere¹⁴⁸. Isso quer dizer que, por causa do benefício de fazer parte do grupo, não importa quando na história do grupo, os seus membros como um todo carregam os fardos do grupo, não importando quando na história do grupo os fardos foram adicionados. Quando à responsabilidade em razão dos benefícios da filiação ao grupo, alguns coletivistas explicam que se trata do acesso aos benefícios causados pela ação danosa; outros coletivistas defendem que se trata da identidade com o grupo, que faz o sujeito se orgulhar e se alegrar com os atos positivos do grupo. Assim, quando o grupo age negativamente, seria uma questão de consistência psicológica que os membros do grupo se organizassem para sanar ou reparar o dano.

A diferença entre as teorias apresentadas é o grau de responsabilidade: no caso do individualismo ético, somente o indivíduo que deu causa ao dano pode ser responsabilizado; por exemplo, somente o sujeito que praticou a escravidão. No caso do individualismo ético brando, a responsabilização se estende a corporações e órgãos sociais, mas de maneira muito limitada; por exemplo, a empresa que se beneficiou da escravidão. Já o coletivismo ético possibilita a responsabilização de pessoas que nem sequer se beneficiaram da escravidão individualmente, isto é, os descendentes dos infratores, como por exemplo as nações inteiras que adotaram a escravidão em seu território há gerações passadas.

De acordo com Posner¹⁴⁹, essa teoria precisa superar duas dificuldades: primeiro, a complexidade que é determinar qual é o grupo relevante. O conceito de nação, por exemplo, já é notoriamente difícil de utilizar, considerando todas as religiões, classes, etnias e línguas adotadas por povos numa mesma região, ou num mesmo país. A miscigenação também é outro ponto que dificulta a definição dos grupos¹⁵⁰. Segundo, a complexidade que é determinar quais são as obrigações devidas por um grupo a outro. No caso da escravidão de africanos, por exemplo, alguns autores se perguntam se a participação de africanos e árabes no tráfico afeta a culpa dos europeus, ou se o sacrifício de americanos brancos durante a Guerra Civil dos EUA deve ser considerado.

¹⁴⁸ SEPINWALL, *Op. Cit.*, p. 197.

¹⁴⁹ POSNER *et al*, *Op. Cit.*, p.707-708.

¹⁵⁰ Posner observa que atualmente não se argumenta mais sobre essência racial. O melhor argumento, de acordo com o autor, para superar o problema da miscigenação é que o estigma de escravos apenas está ligado a pessoas que são percebidas como negras, e não a pessoas que não são percebidas como negras. Esse argumento pode ser utilizado também no caso do preconceito contra indígenas, os quais também têm características físicas estereotípicas.

Ainda, quando aos benefícios da filiação ao grupo, Amy J. Sepinwall¹⁵¹ defende que a identidade psicológica e o fato de haver benefícios concretos não são suficientes para justificar a responsabilidade dos membros do grupo por ações do grupo. Ela argumenta que, no caso dos membros atuais se beneficiarem do dano, é possível que outros sujeitos e outros grupos também tenham se beneficiado por causa dele, de modo que esta não seria uma justificativa suficiente para a responsabilidade. Quanto à identidade psicológica, a autora observa que não é necessário ser membro do grupo para sentir uma conexão psicológica com o grupo, como é o caso, por exemplo, de um americano que fala francês e constantemente estuda a língua e a cultura deste outro país. Por isso ela acredita que esse elemento também não é suficiente para justificar a responsabilidade dos membros do grupo pelas ações dele, e que esta teoria é fraca para justificar os pedidos de reparação por crimes históricos.

A quinta é a teoria da “mancha moral”, ou “Moral Taint”, como é originalmente denominada por Eric Posner. Com base nessa teoria, se observa que as pessoas sentem um estigma, uma mácula moral, como resultado da associação com a ação danosa, mesmo se elas não tiveram controle sobre essa ação e, assim, sob a perspectiva tradicional individualista, não têm culpa por ela¹⁵². O exemplo clássico para explicar essa teoria é o do vendedor de facas, que sabe que o cliente vai usar a faca para matar outra pessoa, ou do vendedor que não sabia no momento da venda, mas veio a saber depois. No primeiro caso, o vendedor poderá se recusar a vender a faca, mesmo que a ação de vender facas não seja em si moralmente errada, para evitar o sentimento da culpa moral de saber que vendeu uma faca para um sujeito que iria matar outra pessoa. No segundo caso, mesmo que não soubesse da intenção do cliente, o vendedor poderá se sentir culpado por ter vendido o objeto ao assassino, mesmo que a sua ação não tenha sido em si ilegal.

Assim, nestes dois casos, por essa teoria, admite-se que as pessoas tomarão certas decisões para evitar esse sentimento de culpa moral, mesmo que elas saibam que não estão legalmente obrigadas a tomar essas decisões. Mesmo que elas não possam ser responsabilizadas pela conduta que causa nelas o sentimento de culpa, porque não tinham controle sobre essas condutas, as pessoas frequentemente sentem vergonha, ou são estigmatizadas pelos outros, como resultado da associação delas com a conduta danosa. Essa vergonha ou esse estigma podem parecer irracionais, se analisados do ponto de vista moral, mas os teóricos afirmam que são fatos sociais e psicológicos que têm consequências

¹⁵¹ SEPINWALL, *Op. Cit.*, p. 200.

¹⁵² POSNER *et al*, *Op. Cit.*, p. 709.

comportamentais, já que, para evitar esse sentimento, as pessoas vão mudar a sua conduta. Ainda, as pessoas também tentarão se livrar desse sentimento depois que ele ocorrer: de acordo com Posner, ferramentas que as pessoas frequentemente usam para se livrarem do sentimento de culpa moral são, por exemplo, pedir desculpas, fazer boas ações, ou pagar reparações aos sujeitos lesados¹⁵³.

Esse sentimento de culpa ou vergonha social, para os propósitos desse trabalho, deve ser melhor analisado da perspectiva da psicologia da culpa coletiva. Assim, por exemplo, da mesma forma como uma criança ilegítima pode se sentir envergonhada pela conduta de seus pais, os membros de um grupo também podem se sentir envergonhados, ou culpados, pelo comportamento de outros membros. Posner explica que programas de reparação podem ser explicados com base nessa teoria, porque, embora os sujeitos que causaram o dano diretamente ou que votaram nesses sujeitos, ou que os apoiaram de outra forma, estejam mortos, ainda assim muitos de seus descendentes se sentem culpados. Quando se trata por exemplo de danos causados por uma nação a outra, os sujeitos que fazem parte da nação infratora muitas vezes se sentem culpados. Isso porque esses sujeitos muitas vezes derivam seu sentimento de orgulho e bem-estar da associação com a ideia de pertencimento à nação, e esses sentimentos são diminuídos quando essa nação dá causa a injustiças. Assim, com base nessa teoria, desculpas, reparações e outras medidas semelhantes são mecanismos naturais para reafirmar o valor da nação e, portanto, para recuperar a autoestima dos seus participantes¹⁵⁴.

Enfim, a culpa moral conecta infratores passados com reparadores futuros, da mesma forma que conecta vítimas passadas com seus descendentes futuros, pois há o sentimento de que é apropriado desfazer o erro cometido, e reforçar a mensagem de desculpas. Mais ainda, Posner observa que o sentimento de que o destino das vítimas tem relação direta com o destino de seus descendentes também é observado entre os fatores que levam à culpa moral. Assim, a teoria da culpa moral funciona através da lógica da associação de indivíduos com uma injustiça histórica. É, entretanto, uma teoria limitada, e que não pode fundamentar uma teoria geral da responsabilidade, pois depende da ação dos próprios membros contemporâneos do grupo, os quais, num ato de consciência, decidem agir para reparar a injustiça, de modo que não funciona bem para fundamentar o pedido dos descendentes dos escravos indígenas, ou dos africanos.

¹⁵³ POSNER *et al*, *Op. Cit.*, p. 709.

¹⁵⁴ POSNER *et al*, *Op. Cit.*, p. 710.

A sexta teoria, e a que parece mais adequada ao caso dos Apache-Ndé-Nneé, é defendida por Amy J. Sepinwall, no contexto da escravidão de negros africanos nos EUA. Ela argumenta que o dano a ser reparado não é a escravidão em si, mas sim o fracasso contínuo dos grupos infratores em oferecer uma reparação, o que leva a um panorama de enriquecimento injusto para os “brancos”, e a efeitos devastadores no que diz respeito à vida contemporânea de negros. Sepinwall defende que os cidadãos contemporâneos são moralmente responsáveis por criar e perpetuar uma cultura de omissão na qual eles não somente falham em quitar as suas dívidas com os povos lesados, como também comunicam sua indiferença àqueles que legitimamente reivindicam reparação¹⁵⁵. Assim, ela considera que danos presentes e atuais são cometidos por todos os membros contemporâneos do grupo, - no caso os EUA, o qual praticou a escravidão em seu território -, através de contribuições indiretas cometidas individualmente, as quais ela considera conjuntamente como ação do grupo¹⁵⁶.

Para esta autora, o grupo pode ser considerado um centro de imputação devido ao fato de contar com características e objetivos próprios, os quais são definidos por uma decisão de seus integrantes em fundá-lo ou em dar continuidade a ele. Para explicar sua ontologia de grupos, ela usa os seguintes exemplos: em um primeiro caso hipotético, indivíduos se juntam para formar um grupo e, depois o extinguem. Indivíduos totalmente diferentes, então, se juntam para formar um grupo com o mesmo nome. Esse novo grupo expressamente repudia todos os propósitos e atividades do grupo antigo. Em um segundo caso hipotético, um grupo preexistente sofre uma completa mudança de agenda, mas não rejeita seus vínculos com o antigo grupo, ainda que somente adote alguns de seus propósitos e atividades. Somente no segundo caso é possível dizer que o primeiro grupo é contínuo o suficiente em relação ao antigo grupo para que se considere que eles sejam o mesmo grupo¹⁵⁷.

O que diferencia o primeiro caso do segundo é o seguinte: os membros do grupo, no primeiro caso, escolheram efetivamente extinguir o grupo, enquanto, no segundo caso, eles decidiram continuá-lo. Assim, Sepinwall conclui que a decisão dos membros sobre a identidade do grupo é o elemento essencial¹⁵⁸.

Ela observa que essa ideia também funciona se os membros do grupo não têm tanto controle quanto à sobrevivência do grupo – como é o caso, por exemplo, dos Estados., Nesse

¹⁵⁵ SEPINWALL, *Op. Cit.*, p. 191.

¹⁵⁶ SEPINWALL, *Op. Cit.*, p. 202.

¹⁵⁷ SEPINWALL, *Op. Cit.*, p. 203.

¹⁵⁸ Idem.

caso, porém, as pessoas de fora do grupo também têm um papel a desempenhar. Para explicar, ela utiliza os seguintes exemplos, os quais são contrastados a condutas de agentes externos ao grupo: No primeiro caso, um conjunto de indivíduos adota todas ou a maior parte das práticas de um grupo, mas dá a si mesmo um novo nome, e espera que o novo grupo seja considerado como uma entidade diferente do grupo antigo com o nome antigo. Para ilustrar, ela cita o caso em que Philip Morris decidiu mudar o nome do grupo para Altria no começo do litígio do tabaco. No segundo caso, os mesmos indivíduos que faziam parte de um antigo grupo decidem substituí-lo por um grupo com novas práticas (e talvez um novo nome), e eles também esperam que seu grupo seja tratado como uma entidade diferente. Para ilustrar, ela cita o caso da transição da Alemanha nazista para a Alemanha pós-guerra.

No primeiro caso, os estrangeiros podem insistir em tratar o novo grupo como se fosse apenas o antigo grupo com um novo nome. Isso estabelece, conforme Sepinwall, que as decisões dos membros do grupo quanto à persistência dele ao longo do tempo não são integralmente determinativas: na verdade, as percepções e expectativas de estrangeiros (pessoas de fora do grupo) também têm um papel relevante. De fato, em alguns casos os estrangeiros irão se recusar a reconhecer as mudanças ocorridas na identidade do grupo, por exemplo neste caso, quando as mudanças nas características essenciais do grupo são insignificantes. Mas no caso do segundo exemplo, ilustrado pela Alemanha, o grupo pode ter reescrito sua constituição e repudiado os seus atos passados, de modo que o novo grupo pode tentar convencer as pessoas de fora com sucesso que um novo regime foi adotado – isso tudo dependerá, porém, das expectativas dos membros externos ao grupo e o ônus de prová-lo cairá sobre os membros do grupo.

Até mesmo quando não se verifica a continuidade, Sepinwall argumenta que o novo grupodeve, por motivos de prudência, aderir às exigências por reparação: se um grupo constantemente se transforma, sem assumir os débitos antigos, ele não será respeitado pelos outros grupos porque seus impulsos transformadores vão estar sempre ligados à necessidade de negar a responsabilidade pelos erros do passado. Por esta razão, o novo grupo deve assumir os débitos do grupo antigo, como o preço para estabelecer a sua boa-fé perante os outros grupos¹⁵⁹. Esta é uma obrigação moral, a qual justifica o reconhecimento pelos membros posteriores de obrigações jurídicas assumidas pelos membros anteriores do grupo. Isso porque o grupo precisa estabelecer a confiança dos entes externos nas suas próprias ações, para que a convivência com esses entes seja viável; e porque o grupo, ao assumir que persistiu no tempo

¹⁵⁹ SEPINWALL, *Op. Cit.*, p. 204.

com a mesma identidade, reconhece que tem obrigações passadas, ou seja, que essas obrigações e débitos pelos erros do passado ainda têm validade. Entretanto, essa obrigação é uma somente moral, sem conteúdo jurídico. De acordo com Janna Thompson: ela se desenvolve em dois níveis: primeiro, através do desejo dos membros do grupo que seus compromissos morais sejam honrados no futuro, o que implica que, num segundo nível, esses membros precisam aceitar as obrigações morais que são geradas pelos seus antecessores¹⁶⁰.

Portanto, enquanto os membros do grupo têm certo controle sobre o conteúdo dos compromissos nucleares feitos por ele, estes membros não têm controle sobre o passado do grupo. Os membros não podem reescrever sozinhos a história do grupo, nem adotar *à la carte* somente trechos de seu passado, esperando que os estrangeiros lhes tratem como se fossem somente parcialmente o mesmo grupo anterior que persistiu ao longo do tempo¹⁶¹.

Assim, Sepinwall conclui que tanto os membros como os estrangeiros têm um papel para determinar se e de que forma o grupo persiste. É por isso que ela defende que o grupo somente persiste como tal, com sua tradição, cultura e valores, de modo a manter suas características típicas, através de uma corrente contínua de mentes individuais¹⁶².

Para a caracterização da ação como sendo do grupo, Sepinwall defende que é preciso, primeiro, que o grupo seja capaz de atuar no seu próprio nome. Para que este seja o caso, é claro que os membros do grupo é que terão que, de fato, agir. Mas os membros do grupo estabelecerão um conjunto de procedimentos, regras de reconhecimento, para que essas ações do membro sejam consideradas como representativas da ação do grupo, ou seja, como ações do grupo em si. Deste modo, mesmo que somente alguns membros participem diretamente do ato do grupo, todos os membros são responsáveis pelo ato, uma vez todos são responsáveis pelos procedimentos que permitem a atribuição do ato ao grupo em si mesmo, e não a um indivíduo em particular. O segundo elemento para que um ato seja considerado do grupo em si, é que o grupo exista através do tempo, ou seja, que o grupo persista ao longo do tempo, não seja transitório¹⁶³. Por exemplo, quando os membros têm a intenção de fazer seu grupo se comprometer com estrangeiros, de certa forma estão prometendo que o grupo persistirá até que esses compromissos sejam cumpridos.

¹⁶⁰ THOMPSON, Janna. *Taking Responsibility for the Past: Reparation and Historical Justice*. Cambridge: Polity Press, 2002.

¹⁶¹ SEPINWALL, *Op. Cit.*, p. 205.

¹⁶² Idem.

¹⁶³ SEPINWALL, *Op. Cit.*, p. 205-206.

Esses membros que asseguraram a persistência do grupo através do tempo e através de sua filiação ao grupo não são necessariamente os mesmos indivíduos que pertenciam ao grupo quando ele cometeu o ato lesivo. Entretanto, houve a decisão dos membros posteriores de estender a existência do grupo que cometeu o ato lesivo, e é por causa dessa decisão que é possível responsabilizar os membros do grupo independente da data de sua adesão a ele¹⁶⁴. Portanto, todos os membros do grupo são responsáveis pelas ações do grupo no tempo em que a ação ocorre, porque todos esses membros são responsáveis pelos procedimentos que permitem que as ações sejam reconhecidas como sendo do grupo. Da mesma forma, todos os membros posteriores são responsáveis pelas consequências das ações do grupo anterior, porque todos os membros posteriores são responsáveis por conferir poder de ação e reconhecimento ao grupo¹⁶⁵.

Portanto, essa teoria reconhece que a ação do grupo é um produto coletivo, permitindo que membros posteriores do grupo tenham responsabilidade por ações que o grupo cometeu quando eles ainda não faziam parte do grupo – o que é muito interessante no caso de crimes históricos como escravidão e colonização. A segunda vantagem dessa teoria é que a questão sobre a identidade da nação está bem simplificada: enquanto as alterações ocorridas na nação forem consistentes com os modos de alteração definidos no documento que fundou o grupo, e na medida em que os cidadãos tenham a intenção de continuar a nação, e, para este fim, tenham agido em seu nome, Sepinwall defende que será possível concluir que essa nação ou esse grupo, que, por exemplo, existiu ao tempo da escravidão, é o mesmo que existe hoje¹⁶⁶.

Essa teoria está fortemente baseada na ideia de que a escravidão foi um produto coletivo, e que sua prática não remonta somente aos indivíduos que possuíam escravos, mas também aos indivíduos que, apesar de não possuírem escravos, aceitavam a supremacia de uma raça sobre a outra de outras maneiras – institucionalizada pelo grupo. Sepinwall defende que esses dois grupos de indivíduos ajudaram a normalizar a inferioridade dos negros, no caso da escravidão de africanos, de modo a criar uma cultura na qual a escravidão pôde acontecer¹⁶⁷. Há quem critique essa posição, dizendo que nenhum indivíduo pode ser responsabilizado pela própria cultura, na medida em que ela vem antes dele, e assim o constitui antes mesmo que ele tenha consciência. Sepinwall responde a esse argumento dizendo que, conforme explicado sobre a decisão dos membros de continuar com o grupo ao

¹⁶⁴ SEPINWALL, *Op. Cit.*, p. 206.

¹⁶⁵ SEPINWALL, *Op. Cit.*, p. 207.

¹⁶⁶ SEPINWALL, *Op. Cit.*, p. 208.

¹⁶⁷ SEPINWALL, *Op. Cit.*, p 213.

longo do tempo, é possível que culturas desapareçam, o que sugere que a instituição e a solidificação de uma cultura não é suficiente para garantir a sua sobrevivência. Ao invés disso, a continuidade da cultura depende dos indivíduos, os quais agem em conformidade com suas normas. É a ação do indivíduo, portanto, que reforça a cultura, e que também comunica suas normas aos novos membros do grupo – como crianças, ou imigrantes. Por esses motivos, Sepinwall defende que, mesmo que os indivíduos derivem sua identidade da cultura, eles ainda são responsáveis por mantê-la firmada, e por transmiti-la às gerações futuras¹⁶⁸.

Dadas essas considerações iniciais da autora sobre ontologia do grupo, Sepinwall continua dizendo, no contexto dos EUA sobre escravidão, que todos os membros do grupo devem ser responsabilizados, na medida em que eles participam dos EUA de uma maneira normal e conseguem levar suas próprias vidas normais enquanto qualquer raça continua sendo atormentada e oprimida¹⁶⁹. Sua estratégia para responsabilizar os cidadãos contemporâneos dos EUA pelos débitos da escravidão é a seguinte: prolongando a existência da nação que participou da escravidão, os cidadãos contemporâneos chamam para si os débitos dessa nação. São responsáveis pela ação da nação. Isso porque, conforme dito anteriormente, o grupo só existe por causa dos indivíduos que concordam em agir em nome da nação, e mantê-la existindo ao longo do tempo. Esse grupo que os membros querem manter existindo possui uma história que tem tanto fases gloriosas, quanto fases sombrias. E não é possível, na posição de Amy Sepinwall, que as obrigações do passado coletivo do grupo sejam ignoradas, de modo que é sim apropriado responsabilizar os cidadãos contemporâneos dos EUA pela escravidão perpetrada em seu território contra os povos africanos. Essa lógica se aplica perfeitamente às tribos indígenas, as quais também foram escravizadas no passado dos EUA, e de outros grupos.

Sepinwall observa que há um dano presente no qual os cidadãos contemporâneos estão envolvidos, e pelos quais os negros contemporâneos podem pedir reparação, porque eles são as vítimas (ou os indígenas contemporâneos, por analogia). Para a professora, não é a escravidão em si que fundamentaria a reclamação dos indivíduos negros contemporâneos, mas sim o dano expressivo causado pela contínua incapacidade que a nação apresenta no que se refere a oferecer reparo¹⁷⁰.

¹⁶⁸ SEPINWALL, *Op. Cit.*, p. 214.

¹⁶⁹ SEPINWALL, *Op. Cit.*, p. 209.

¹⁷⁰ SEPINWALL, *Op. Cit.*, p. 216.

Para a professora, o fracasso da nação em oferecer reparo aos escravos libertos arruinou a efetiva possibilidade de emancipação dessas pessoas, na medida em que diminuiu o valor dos abusos que eles sofreram e perpetuou a cultura em que os negros são considerados inferiores¹⁷¹. Esses atos possibilitaram que a discriminação contra negros persistisse ao longo do tempo, desde a escravidão até hoje, dano pelo qual todos os membros contemporâneos dos EUA participaram, juntamente com todos os membros dos EUA desde a época da escravidão, e dano que todos os negros contemporâneos sofrem no presente, e pelo qual eles têm plena legitimidade para requerer reparação.

Os danos sofridos vão, por exemplo, desde a efetiva desigualdade de valor entre negros e brancos, até a pobreza dos negros contemporâneos, a qual pode ser conectada com o fato de que, na época da emancipação dos escravos, eles não tinham muitas habilidades valorizadas no mercado (pois foram escravos durante toda a sua vida), e não eram respeitados com a devida equidade pelos outros membros do grupo. Assim, a não reparação desde o início da emancipação já criou um dano material expressivo, pois sustentou uma desvantagem injusta e perpetuou uma concepção infundada de que os negros eram moralmente inferiores e incapazes. A não reparação desde a emancipação dos escravos também gerou danos aos seus descendentes, uma vez que, inseridos nesta cultura de desrespeito e discriminação, e também sem recursos materiais para transpor as disparidades concorrenciais no mercado de trabalho, esses descendentes conviveram com as mesmas injustiças de geração a geração¹⁷². Dessa forma é que os cidadãos negros vivem diariamente os danos causados pela escravidão, no presente, através de uma cultura de discriminação e de negação de seus direitos, a qual também persistiu ao longo do tempo até o presente. Sepinwall destaca que a omissão dos membros contemporâneos em reparar os danos também faz parte do panorama de discriminação, pois está fundamentada numa cultura de ignorar, negar, excluir e diminuir o sofrimento dos negros, ou seja, de não se compadecer com seus pedidos e reclamações, numa clara demonstração da desvalorização moral dos negros¹⁷³, de negligência e de indiferença.

Em resumo, Sepinwall defende que os negros contemporâneos sofrem um dano atual pelo qual os cidadãos contemporâneos dos EUA são culpados, não somente pela sua associação simbólica à nação, mas também pela negligência em pagar o débito com os povos

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² SEPINWALL, *Op. Cit.*, p. 227.

¹⁷³ Idem.

escravizados. Através dessa negação, Sepinwall defende que os membros contemporâneos repetem a transgressão que foi o destino dos afro-americanos desde a emancipação.

Essa teoria se adéqua perfeitamente ao caso apresentado dos Apache-Ndé-Nneé vs. Santa Sé: primeiramente, os dois grupos se mantiveram no tempo devido à ação dos seus membros, de modo que podem ser considerados como sendo o mesmo grupo que existia no tempo da colonização. Depois, de um lado, os Apache-Ndé-Nneé continuam convivendo com os danos e preconceitos da cultura de discriminação disseminada pelas ações da Igreja Católica, e, do outro lado, a Santa Sé continua negando o devido reconhecimento e reparo a esses danos.

Portanto, por esta teoria, os membros contemporâneos da Santa Sé podem ser responsabilizados pelo reparo, uma vez que, no presente, são responsáveis pela perpetuação de uma cultura que vira as costas para as suas obrigações morais, especialmente no que diz respeito aos indígenas. A Santa Sé, conforme dito anteriormente, se recusa sequer a reconhecer a legitimidade dos danos e das reclamações feitas pelos povos indígenas, e isso leva a um ciclo contínuo de indiferença e transgressão: os povos indígenas não têm suas reclamações devidamente consideradas, não têm sua cultura devidamente respeitada, e não têm sua dignidade devidamente reconhecida, desde a época da colonização até hoje.

CONCLUSÃO

O Direito Internacional precisa adotar mecanismos que possibilitem na prática que os povos indígenas obtenham reparo pelos danos ligados à responsabilidade histórica. Apesar dos avanços obtidos pela Conferência de Durban, e até por outros documentos como a Convenção 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas – e outras iniciativas da ONU como a Convenção para a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial –, os Estados colonizadores ainda não podem ser obrigados a oferecer reparo, conforme analisado acima, mas somente podem ser estimulados a reconhecer voluntariamente o dano.

A decisão do CERD, embora não seja vinculante, constitui mais um passo em direção à humanização do Direito Internacional, e contribui para a maior discussão da dívida histórica do colonialismo e das possibilidades e teorias sobre reparação no âmbito internacional.

Conforme dito anteriormente, a negação do reparo, e a negação do reconhecimento do passado de crimes históricos, constituem em si um dano presente aos povos colonizados e escravizados, como os Apache-Ndé-Nneé, de modo que a declaração do Comitê da ONU no contexto da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial pode ser vista com otimismo, uma vez que significa que a comunidade internacional tem ouvido, compreendido e tentado atender às reclamações dos povos indígenas, mesmo que ainda existam limites a esses povos para obter efetivo reparo.

Quanto às teorias existentes sobre responsabilidade, é possível concluir que elas em geral falham em estabelecer fundamento para reparar os povos que foram violados por crimes históricos, e em transitar da condenação moral à responsabilidade jurídica. Entretanto, é possível fundamentar a reparação, principalmente com base na teoria de que os membros contemporâneos dos grupos são responsáveis pela perpetuação de uma cultura de discriminação, desrespeito e negligência, de modo que, por isso, eles são os agentes do dano a ser reparado.

As recomendações feitas pelo CERD não poderiam ser mais acertadas. Elas refletem o compromisso do Comitê de cooperar para erradicar os efeitos passados e presentes da discriminação racial.

Felizmente, apesar de não reconhecer sua responsabilidade pelos reflexos atuais da Doutrina da Descoberta, a Santa Sé, na 88ª Sessão, se comprometeu a desenvolver diálogos com os povos indígenas Apache-Ndé-Nneé. Se esse primeiro passo isso já representa um avanço significativo para esses povos, imagine só no caso de contarem com regras claras para obterem reparações.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, A., *Exposé des motifs et Déclaration des grands principes du Droit international*. Paris: Éditions Internationales, 1938, 2ª Ed.

ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

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

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “Introdução à Edição em Língua Portuguesa: Os Princípios do Direito Internacional em um Mundo em Transformação”, em: Ian Browlie, *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O Direito internacional em um mundo em transformação (Ensaios, 1976-2001)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CASSESE, Antonio. *International Law*. New York: Oxford University Press Inc., 2005, 2ª Ed.

JOUANNET, Emmanuelle Tourme. *What is a Fair International Society? International Law Between Development and Recognition* (French Studies in International Law Book 5). Hart Publishing, Oxford, 2013.

MADEIRA, João Bruno Farias. A Teoria da Responsabilidade Internacional do Estado: Definição, Desenvolvimento Histórico e Elementos Constitutivos de uma Efetiva Responsabilização do Estado na Esfera Internacional. *Conteúdo Jurídico*, 2014.

HAZAN, Pierre. *Juger la guerre, juger l’histoire. Du bon usage des commissions Vérité et de la justice internationale*. Paris : PUF, 2007.

POSNER, Eric A. VERMEULE, Adrian. Reparations for Slavery and Other Historical Injustices. *Columbia Law Review*, vol. 103, (2003), p. 689-747.

RODAS, João Grandino. The Doctrine of Non-Retroactivity of International Treaties, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1973, p. 353. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66677/69287>. Acessado em 22 de junho de 2016.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, 15ª ed.

SEPINWALL, Amy J. *Responsability for Historical Injustices: Reconceiving the Case for Reparations*. *Journal of Law & Politics*, Vol. 22(2006), p. 193-227.

THOMPSON, Janna. *Taking Responsibility for the Past: Reparation and Historical Justice*. Cambridge: Polity Press, 2002.

VARELLA, Marcelo. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Documentos Internacionais

Grupo de Trabalho Apache Ndé-Nnée. *Shadow Report*. Preparado para a 88ª Sessão do Comitê das Nações Unidas para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, Novembro - Dezembro 2015.

Organização das Nações Unidas. *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. Adotada pela Assembléia Geral da ONU em 21 de Dezembro de 1965. Entrou em vigor em 4 de Janeiro 1969.

Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. *Recomendação Geral n.º 23: Povos Indígenas*. 51ª Sessão, 18 de agosto de 1997.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). *C169 – Indigenous and Tribal Peoples Convention*, 1989.

Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. *Concluding Observations on the combined sixteenth to twenty-third periodic reports of the Holy See*. Adotada pelo Comitê na 88ª Sessão (23 de Novembro – 11 de Dezembro).

Organização das Nações Unidas. *World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance*, 31 de Agosto – 8 de Setembro de 2001.

Nações Unidas, Comissão de Direito Internacional (CDI), *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally wrongful Acts, with commentaries*, 2001.