

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Direito internacional do
reconhecimento**

**The International Law of
Recognition**

Emmanuelle Tourme-Jouannet

Tradutor: Ademar Pozzatti Junior

VOLUME 17 • N. 2 • 2020

POPULISMO E DIREITO INTERNACIONAL /
POPULISM AND INTERNATIONAL LAW

Sumário

I. CRÔNICAS	1
A FAVOR DE UMA CORTE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA	3
Nitish Monebhurrn	
SOBRE A SOLUÇÃO JUDICIAL DE CONTROVÉRSIAS NA AMÉRICA LATINA	7
Lucas Carlos Lima	
A FAVOR DE UMA CORTE LATINO-AMERICANA DE JUSTIÇA - UMA REAÇÃO SOBRE A LEGALIDADE E A LEGITIMIDADE DE SEU DESENHO INSTITUCIONAL.....	15
Arthur Roberto Capella Giannattasio	
O ESTUDO DO DIREITO INTERNACIONAL SOB UMA NOVA PERSPECTIVA: NOSSA EXPERIÊNCIA NA PHILIP C. JESSUP INTERNATIONAL MOOT COURT COMPETITION	20
Ana Vitória Muniz Bokos, Igor Medeiros Maia, Jefferson Seidy Sonobe Hable, Gabriel de Oliveira Borba, Gilda Nogueira Paes Cambraia e Nayara Lima Rocha Da Cruz	
REVISIÓN DE LAUDOS DE ARBITRAJES DE INVERSIÓN 2019: I ENCUENTRO ANUAL (SANTIAGO DE CHILE, 25/06/2020)	31
Andrés Delgado Casteleiro e Ivette Esis	
II. DOSSIÊ: POPULISMO E DIREITO INTERNACIONAL / POPULISM AND INTERNATIONAL LAW	54
EDITORIAL: POPULISM AND INTERNATIONAL LAW: GLOBAL SOUTH PERSPECTIVES	56
Lucas Lixinski e Fabio Morosini	
EDITORIAL: POPULISMO E DIREITO INTERNACIONAL: PERSPECTIVAS DO SUL GLOBAL	61
Lucas Lixinski e Fabio Morosini	

BETWEEN SCIENCE AND POPULISM: THE BRAZILIAN RESPONSE TO COVID-19 FROM THE PERSPECTIVE OF THE LEGAL DETERMINANTS OF GLOBAL HEALTH	67
Deisy de Freitas Lima Ventura e Jameson Martins	
POPULISM, ENVIRONMENTAL LAW, AND THE POST-PANDEMIC ORDER.....	85
Alessandra Lehmen	
POPULISM AND THE EVANGELICAL CHURCH IN LATIN AMERICA: HOW ANTI-LGBTI FORCES TRIED TO STOP THE COLOMBIAN PEACE AGREEMENT	101
Julia Assmann de Freitas Macedo e Fabrízio Conte Jacobucci	
“DEUS EM DAVOS”: O DIREITO INTERNACIONAL ENTRE REACIONÁRIOS E NEOLIBERAIS NO GOVERNO BOLSONARO.....	121
Lucas Taschetto e João Roriz	
CHINESE POPULISM IN THE 1920s, EXTRATERRITORIALITY AND INTERNATIONAL LAW	139
Wanshu Cong	
CONCEPTUALIZING UNILATERALISM, FRAGMENTATIONISM AND STATISM IN A POPULISM CONTEXT: A RISE OF POPULIST INTERNATIONAL LAW?	162
Wei Shen e Carrie Shu Shang	
AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA SIN AUTONOMÍA POLÍTICA: LA APLICACIÓN DEL MODELO “UN PAÍS DOS SISTEMAS” EN HONG KONG	186
Juan Enrique Serrano Moreno	
III. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS.....	197
UM TWAILER ENTRE NÓS? AS CONTRIBUIÇÕES DE CELSO DUVIVIER DE ALBUQUERQUE MELLO PARA O DIREITO INTERNACIONAL (CRÍTICO) NO BRASIL	199
Fabio Morosini e Matheus Leichtweis	
DEMOCRACIES IN DANGER: ARE JUDICIAL DIALOGUES MEANS TO REFRAIN SETBACKS IN LATIN AMERICA?.....	224
Melina Girardi Fachin e Bruna Nowak	

MOVER (OU NÃO) AS LINHAS DE BASE: AS CONSEQUÊNCIAS DA ELEVAÇÃO DO NÍVEL DOS OCEANOS SOBRE AS ZONAS MARÍTIMAS DOS PEQUENOS ESTADOS INSULARES EM DESENVOLVIMENTO E AS ALTERNATIVAS JURÍDICAS PARA REDUZIR SEUS IMPACTOS	241
Alexandre Pereira da Silva	
A MINERAÇÃO EM ÁGUAS PROFUNDAS NO PACÍFICO	263
Pierre-Jean Bordahandy	
DUAL NATIONALITY AND INTERNATIONAL LAW IN TIMES OF GLOBALIZATION. CHALLENGES AND OPPORTUNITIES FOR CONSULAR ASSISTANCE AND DIPLOMATIC PROTECTION IN RECENT CASES.....	288
Walter Arevalo-Ramirez e Robert Joseph Blaise Maclean	
EXPULSION OF ALIENS: THE APPLICATION OF INTERNATIONAL LAW BY CHILEAN SUPERIOR COURTS	309
Regina Ingrid Díaz Tolosa	
O TIPO PENAL BRASILEIRO DE PROMOÇÃO DE MIGRAÇÃO ILEGAL E O PRINCÍPIO DA NÃO CRIMINALIZAÇÃO DA MOBILIDADE HUMANA	332
Regina Cândido Lima e Silva Santos e Deilton Ribeiro Brasil	
INDICADORES TRANSNACIONAIS DE CORRUPÇÃO AMBIENTAL: A OPACIDADE NA TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL	352
Márcio Ricardo Staffen	
SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: ANÁLISE DAS EXCEÇÕES AO RETORNO IMEDIATO DO MENOR À RESIDÊNCIA HABITUAL E CRÍTICA AO ENQUADRAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO FLEXIBILIDADE PERMISSIVA.....	365
Vivian Daniele Rocha Gabriel	
LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE O ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS PÓS-PROTOCOLO DE PALERMO (2000): ANÁLISE DO ESTADO DE MOÇAMBIQUE	383
Mercia Cardoso de Souza, Guirino Dinis José Nhatave e Francisco Horácio da Silva Frota	

IV. ARTIGOS TRADUZIDOS 402

DIREITO INTERNACIONAL DO RECONHECIMENTO 404

Emmanuelle Tourme-Jouannet e Tradutor: Ademar Pozzatti Junior

V. RESENHAS 423

Fabio Costa Morosini, Gabriel Lee Mac Fadden Santos, Valentina Fonseca da Luz e Vinicius Tejadas Maia

The International Law of Recognition

Emmanuelle Tourme-Jouannet**

Tradutor: Ademar Pozzatti Junior***

Resumo

Com o fim da Guerra Fria, a sociedade global foi confrontada com reivindicações de ordem cultural e identitária que instauraram uma nova tensão entre os princípios da igualdade jurídica e da diferença cultural. Os Estados desfavorecidos e aquelas minorias que se sentem estigmatizadas, como os povos autóctones, os grupos étnicos e as mulheres, agora aspiram ao reconhecimento da sua igual dignidade, mas também suas identidades e seus direitos particulares, sendo que algumas delas aspiram, inclusive, a reparação pelas injustiças decorrentes da violação das suas identidades e do confisco de seus bens e de suas terras. Para dar conta destes novos tipos de reivindicações, os atores da sociedade internacional desenvolveram um novo ramo do direito: o direito internacional do reconhecimento. O objetivo deste artigo é destacar esta evolução, identificar as práticas jurídicas relacionadas com este novo direito internacional do reconhecimento e submeter os seus pressupostos e implicações à análise crítica.

Palavras-chave: direito internacional; justiça global; reconhecimento; direitos humanos; diversidade cultural

Abstract

Following the cold war, the global society has had to face cultural and identity claims which have created new tensions within legal equality and cultural differences. Indeed, disadvantaged states, but also minorities of all kinds (natives, ethnic groups and women), feeling stigmatized, tend today to have their own dignity, their identity and also their specific rights acknowledged. Some of them are even looking for compensation arising from infringements of their identities and forfeiture of their properties. To provide an answer to those claims, subjects of the international society have built up a new area of law called the “international law of recognition”. The aim of this article is to give rise to such an evolvement and to spot legal practices related to this new right of recognition and to submit their presuppositions and their implications to a critical analysis.

Keywords: international law; global justice; recognition; human rights; cultural diversity

* Recebido em 00/00/2020

Aprovado em 00/00/2020

Texto originalmente publicado em francês na Revue Générale de Droit International Public, Tome CXVI, no 4, Octobre - Decembre 2012.

** Professeure, École de Droit de SciencesPo, Paris

*** Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (PPGD) e em Relações Internacionais (PPGRI) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/Brasil), onde coordena o NPPDI - Núcleo de Pesquisa e Práticas em Direito Internacional (CNPq/UFSM). Email: juniorpozzatti@gmail.com

A proposta desta investigação é mostrar que, desde o fim da Guerra Fria, um novo ramo do direito internacional tem emergido. Nós o denominamos como “direito internacional do reconhecimento”, o qual traduz a aparição do novo paradigma social e cultural do reconhecimento das identidades que está posto no plano nacional e internacional a partir dos anos 1990. O presente trabalho tem intenção de apresentar o contexto histórico e doutrinário do surgimento deste novo ramo do direito (I) antes de explicar alguns de seus desenvolvimentos jurídicos atuais mais representativos (II) e, após, terminar discutindo brevemente as dificuldades e as questões que ele levanta (III).

1 Contexto histórico e doutrinário do surgimento do direito internacional do reconhecimento

O fenômeno atual do reconhecimento do Outro, no que diz respeito a sua dignidade e identidade, está enraizado em um ambiente internacional que desde sempre tem sido heterogêneo e multicultural, mas que só recentemente acabou por aceitar plenamente esta realidade. Ele inclui todas as formas de reivindicação relacionadas a gênero, a nação, aos idiomas, a história, as culturas ou as religiões e atravessa todo o planeta, de Leste a Oeste e do Norte ao Sul. No entanto, a existência mais específica de um direito internacional relativa ao reconhecimento não é auto evidente e resulta de uma evolução gradual que nos convida a compreender que esse direito, da mesma forma que o reconhecimento que ele sustenta, abrange diversas concepções diferentes. Esta evolução enfatiza um caminho complexo e singular - em parte ligado ao complicado legado da colonização - em que a expectativa de reconhecimento a nível internacional foi traduzida antes da Guerra Fria por uma demanda por igualdade de status e de direitos, enquanto no novo contexto pós-Guerra fria, as expectativas de reconhecimento ganham formas de reivindicações específicas e se passaram a se traduzir em um direito à diferença. Essa dissociação de expectativas e respostas jurídicas que foram sucessivamente dadas pelo direito internacional não surpreende porque, de fato, é apenas o reflexo das diferentes modalidades possíveis de reconhecimento. Longe de ser, de fato, um processo homogêneo, o reconhecimento é um fenômeno que pode variar de acordo com as circunstâncias da sociedade internacional, as

expectativas daqueles atores que a constituem em uma determinada época e a natureza das negações do reconhecimento que se manifestam.

1.1 Do direito internacional das nações civilizadas ao direito internacional pós-colonial

Até a descolonização, o direito internacional era um estigmatizante em si mesmo, pois apenas refletia a distorção de poderes entre os Estados, o sentimento de superioridade de toda uma classe política e o racismo latente de toda uma época. Ele era por si mesmo um instrumento de negação do reconhecimento e de afirmação da dominação, porque se baseava inteiramente na distinção básica entre Estados civilizados e não civilizados. Mais especificamente, o direito internacional clássico estabeleceu a existência de um “padrão de civilização” ao qual tinha que se conformar qualquer povo que desejasse se tornar um sujeito do direito internacional, e este arquétipo não era outro senão o da civilização euro-americana¹. Além disso, é particularmente interessante notar que a possível inclusão de determinados Estados no círculo dos sujeitos de *direito das gentes* euro-americano foi então baseada na técnica jurídica do reconhecimento. O reconhecimento, neste contexto, era definido como o ato jurídico unilateral - individual ou coletivo - pelo qual os Estados civilizados atestavam o grau suficiente de civilização e, portanto, de maturidade, de uma entidade política para fazer parte da “comunidade de Estados civilizados”. Era a partir daí que ele poderia opor em seu favor a sua nova condição de Estado plenamente civilizado, plenamente soberano e plenamente sujeito do direito internacional². Em outras palavras, esse ato de reconhecimento colocava fim à situação de exclusão e desqualificação de uma entidade política, que antes era discriminada por ser insuficientemente civilizada³. O reconhecimento era, portanto, um ato absolutamente essencial do direito internacional clássico, o germe para a entrada no clube dos Estados

¹ Ver, por exemplo: J. LORIMER, *La doctrine de la reconnaissance, fondement du droit international*, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1884, V. 16, p. 335.

² Ver *Annuaire de l'Institut de droit international*, Ed. nouvelle abrégée (1928), Paris, Pedone, Session de La Haye, 1875, Vol. I, p. 70.

³ Ver, em particular, os três tipos de reconhecimento inventados por J. LORIMER, em *Principes de droit international*, Bruxelles, C. Muquardt et Paris, A. Marecq aîné, 1885, p. 104.

civilizados, sujeitos do direito internacional. Mas ele era restritivo e discriminatório, pois o ato de reconhecimento da época não significava o reconhecimento da diferença constitutiva do Outro e da sua identidade. Pelo contrário, era um ato de reconhecimento da semelhança de valores e do grau de civilização que havia sido alcançado por um Estado ou um povo que antes era considerado como diferente de um ponto de vista etnocultural. A integração na “comunidade de Estados civilizados” e a atribuição de igualdade de status e de direitos acontecia através da assimilação forçada e da uniformização, ou seja, quando o Estado recém-reconhecido tivesse apagado, pelo menos em aparência, as diferenças culturais e civilizacionais que o separavam dos Estados euro-americanos e apresentasse um grau aceitável de “consciência civilizada”⁴.

Por sua vez, após a descolonização, o reconhecimento de igual status para todos passou a ser a manifestação por excelência do reconhecimento da identidade de novos Estados. O movimento de independência provocou uma inserção quase generalizada dos antigos povos dominados e colonizados no círculo de sujeitos do direito internacional, baseado no direito à autodeterminação dos povos (Resolução 1514 da AG/ONU, de 14 de dezembro de 1960) e não no critério da civilização e na velha técnica jurídica do reconhecimento. Na condição de novos Estados, os povos descolonizados passaram a gozar automaticamente de personalidade e capacidade jurídicas, e a um status jurídico igual a de seus antigos Estados colonizadores. Ao fazê-lo, os efeitos estigmatizantes do direito internacional clássico, os quais eram induzidos pelas noções de Estado semicivilizado ou de povo não civilizado e não autônomo, foram desaparecendo. O simples fato de os antigos povos colonizados serem considerados como sujeitos do direito internacional e como sujeitos de direito iguais aos outros, especialmente os antigos colonizadores, tendo os mesmos direitos e obrigações, é, de fato, uma modalidade fundamental do reconhecimento de sua identidade, na medida em eles são finalmente considerados e tratados juridicamente como sendo de igual dignidade em relação aos outros⁵. Este reconhecimento de status, que põe

fim à discriminação do período colonial, não resulta na afirmação de um direito à diferença, mas em um direito à igualdade que ignora diferenças e é precisamente indiferente às diferenças.

No entanto, para além da independência política, o fato de os novos Estados continuarem dominados cultural e economicamente permaneceu um ponto de confronto contínuo com o Norte. A ambivalência trágica dos Estados descolonizados, ainda submetidos à hegemonia econômica do Ocidente, divididos entre o desejo de se modernizar e o de recuperar sua identidade, permanecerá uma constante do mundo pós-colonial contemporâneo. Esta é uma das razões pelas quais as suas demandas por reconhecimento vão evoluir ao longo do tempo para assumir a forma atual de um direito para preservar juridicamente as suas culturas, bem como, em alguns casos, demandar a reparação dos erros históricos infligidos às identidades machucadas e desprezadas pela colonização. Por isso mesmo, as suas novas reivindicações se inserem em um movimento bem mais amplo que vai afetar todo o conjunto da sociedade internacional pós-Guerra Fria e reside, desta vez, na reivindicação de um direito à diferença.

1.2 Um novo paradigma pós-Guerra Fria

O fim da Guerra Fria testemunhou o surgimento de um novo fenômeno que tem sido muito estudado nas ciências sociais. O despertar das identidades e as muitas aspirações contemporâneas ao reconhecimento chegaram a tal ponto depois de 1989 que se pode falar do surgimento de um verdadeiro paradigma do reconhecimento, ou seja, um novo sistema de representação que influencia e condiciona o modo como os atores internos e internacionais agem e reagem nessa temática. Não é de se surpreender que esse movimento tenha alcançado tamanhas proporções com o fim da Guerra Fria e com o advento do novo momento da globalização, pois, sejam quais forem as suas manifestações, ele reflete uma necessidade fundamental de reconhecimento que agora é considerada vital para indivíduos e grupos⁶. A necessidade de reconhecimento no contexto das sociedades

⁴ Ver, por exemplo P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, Paris, Rousseau, 1922, p. 30-31.

⁵ Sobre o processo fundamental de reconhecimento jurídico do outro como sendo igual a si mesmo, ver A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Cerf, 1992, p. 132, e Ch. TAYLOR, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1992, p. 44.

⁶ Ver T. TODOROV, *La peur des barbares. Au-delà du choc des civilisations*, Paris, R. Laffont, 2008, p. 129, e sobre as causas e manifestações desse fenômeno, do ponto de vista sociológico, nos referimos às diferentes contribuições disponíveis em A. CAILLE (dir), *La quête de la reconnaissance. Nouveau phénomène social total*, Paris, La découverte, 2007.

democráticas foi examinada e questionada na década de 1990 por vários escritores contemporâneos, os quais podem ser divididos em dois grupos: aqueles que viam o reconhecimento em termos de formulação de políticas que respeitassem as diferenças culturais no seio de sociedades multiculturais, e aqueles que defendiam a negações de qualquer reconhecimento em uma sociedade democrática atual. Em relação ao primeiro grupo, Charles Taylor, por exemplo, mostrou que as questões das identidades e diferenças culturais estava no centro das lutas por reconhecimento em sociedades cada vez mais diversificadas étnico-culturalmente, que estas questões alimentavam a maioria dos conflitos políticos e sociais e que era necessário uma política geral de reconhecimento que fosse “hospitaleira com as diferenças”⁷. Quanto ao segundo grupo, os trabalhos de Axel Honneth inauguraram uma reflexão de ordem geral fundada no desprezo e na falta de respeito⁸. Baseando-se em uma releitura de Hegel, Honneth mostrou que todos desejam fugir do desprezo e assegurar o verdadeiro reconhecimento do que cada um é, em três esferas distintas: na esfera privada e familiar, onde se busca o amor dos entes mais próximos; na esfera da cooperação ou do trabalho, onde se aspira a estima social que nos é devida pela nossa produtividade; e na esfera pública do direito e da política, onde se espera o respeito jurídico, isto é, pelo mesmo reconhecimento legal de nosso status e de nossos direitos⁹.

Outros autores reintroduziram ou aprofundaram a ideia de identidade ou a incorporaram a uma ideia de demanda por justiça. A necessidade de reconhecimento parece basear-se na ideia de que indivíduos ou grupos buscam o reconhecimento de suas identidades individuais e coletivas¹⁰, e que essas identidades são determinadas em parte por seus relacionamentos com os outros. O conceito de identidade refere-se a um sistema de representação mental de si e dos outros, que faz parte

da constituição de cada indivíduo e de cada grupo. Individualmente, a identidade implica que as pessoas são definidas não apenas abstratamente por uma identidade comum, com igual dignidade em relação aos outros, mas também por uma identidade específica determinada pelo pertencimento a culturas e a valores específicos. A identidade das pessoas está estreitamente ligada, então, com os sistemas culturais nos quais indivíduos e grupos vivem, com as mudanças pelas quais passam, e com a maneira como as particularidades culturais são transmitidas de geração em geração¹¹. A necessidade de que essa identidade seja reconhecida é examinada sociologicamente como uma exigência humana fundamental que não pode ser definida apenas pelo auto interesse e que não pode ser reduzida ao *homo economicus* dos utilitaristas, mas pelo fato de que as pessoas aspiram tanto quanto, se não mais, serem reconhecidas e estimadas pelos outros pelo que são¹².

Assim, para alguns observadores, existem injustiças específicas que são de ordem culturais, e não somente de ordem socioeconômica¹³. Elas surgem do que poderia ser chamado amplamente de “negações do reconhecimento”, nascidas do desprezo por uma identidade comum ou específica, do desprezo pelo valor de uma cultura, de um modo de vida, da dignidade dos indivíduos enquanto pessoas humanas, e dos atentados à sua integridade física¹⁴. Tais negações de reconhecimento frequentemente expressam tentativas de marginalizar, estigmatizar ou dominar culturalmente os outros. Isso significa que indivíduos, povos, minorias, comunidades ou mesmo certos Estados não apenas deixam de se sentir plenamente membros de uma sociedade, seja ela interna ou internacional, mas passam a sentir que não são mais respeitados em termos de sua identidade, pois não podem ser quem são ou viver e agir de acordo com suas preferências culturais. Essas negações provocam senti-

⁷ Ch. TAYLOR, *op. cit.*. Ver também P. SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je?, 2009.

⁸ A. HONNETH, *op. cit.*

⁹ A. HONNETH, *op. cit.*, p. 113. Ver também a interpretação dada por P. RICOEUR em *Parcours de la reconnaissance*, Paris, Gallimard, 2004, p. 293-340. As várias análises realizadas com base nesses trabalhos fundadores foram no marco da filosofia moral, política e social, mas também do ponto de vista sociológico, antropológico e psicanalítico.

¹⁰ B. OLLIER, « Les identités collectives : comment comprendre une question politique brûlante ? », em *Les identités collectives à l'heure de la mondialisation*, Paris, Les Essentiels d'Hermès, CNRS Editions, 2009, p. 08.

¹¹ S. HALL, *Identités et cultures. Politique des Cultural Studies*, Paris, Ed. Amsterdam, 2008.

¹² A. CAILLE, *Théorie anti-utilitariste de l'action. Fragments d'une sociologie générale*, Paris, La découverte, 2009, p. 05.

¹³ N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et distribution*, Paris, La découverte, 2005, p. 13.

¹⁴ O uso da negação do reconhecimento tornou-se tão banalizado hoje em dia que denota toda uma gama de experiências, injustiças e sofrimentos que podem parecer diferentes por natureza. Unimos voluntariamente aqui muitas dessas experiências que às vezes são consideradas de maneira diferente pelos autores e não necessariamente do ponto de vista da injustiça. Para vários pontos de vista v. por exemplo A. HONNETH, *op. cit.*, p. 161 e N. FRASER, *op. cit.*, p. 83.

mentos de indignação, falta de autoestima, humilhação e, finalmente, de injustiça, promovendo um sofrimento insuportável que pode se radicalizar, levando a conflitos extremamente violentos.

Para evitar isso e atender a demanda fundamental por reconhecimento da identidade, é preciso garantir que a identidade seja respeitada pelos outros e por toda a sociedade, o que, uma vez que se trata de ataques culturais, significa mudar as representações culturais e simbólicas da sociedade. Disso surge toda uma série de medidas que podem ser adotadas nos planos político e jurídico, o que envolve desde a concessão de igualdade de status jurídico até a reavaliação de identidades rejeitadas, passando pela modificação dos modos de comunicação e representação em uma direção favorável às identidades, e até mesmo a proteção ou promoção de produtos culturais de grupos ou indivíduos que são vítimas de discriminação.

E, assim, pode-se entender por que, internacionalmente, vários instrumentos jurídicos relacionados às identidades e às culturas foram adotados em resposta a diferentes tipos de negação de reconhecimento, com a intenção - mais ou menos claramente expressa - de abordar essas questões, o que evidencia uma notável evolução do direito internacional.

1.3 Um novo ramo do direito internacional

É assim que, em uma sociedade internacional pós-Guerra Fria cada vez mais complexa e menos estável, que é atravessada por múltiplas reivindicações de reconhecimento de identidades e culturas, surgiu um novo ramo do direito internacional relacionado ao reconhecimento. Ele ainda não é formulado internacionalmente como tal, mas ainda assim é claramente significativo e está presente entre nós, tanto nas muitas reivindicações indenitárias e culturais formuladas na linguagem do direito quanto nas várias soluções jurídicas propostas pelo direito internacional, as quais convergem nessa direção. O direito internacional do reconhecimento deve ser visto pelo que ele é, um conjunto de instituições, discursos, práticas e princípios jurídicos que até então não haviam sido adequadamente teorizados e compilados, embora abordem o mesmo assunto e se relacionem com a necessidade de reconhecimento. Consequentemente, o direito internacional do reconhecimento parece ser a contrapartida do direito internacional do desenvol-

vimento, formando o outro componente essencial do que poderia ser uma sociedade internacional justa, isto é, uma sociedade que não seja apenas equitativa em termos socioeconômicos, mas que também seja decente, isto é, baseada no respeito aos Outros.

Ainda assim, é necessário especificar com precisão o que consiste essa necessidade de reconhecimento, a qual o direito internacional atual tenta responder, porque trata-se de um processo diferente do primeiro estágio de reconhecimento que levou à descolonização e que foi baseado em uma política de “igual dignidade”, fundada na perspectiva da igualdade de status e de direitos entre os Estados. Hoje, como diz Alain Touraine, povos, Estados, comunidades e minorias querem ser reconhecidos pelo direito internacional como “iguais, mas diferentes”¹⁵. Eles não estão apenas reivindicando uma igualdade formal que estabeleça um mesmo status jurídico apesar de todas as diferenças, como fizeram os Estados descolonizados, mas o reconhecimento jurídico de certas peculiaridades que mantêm justamente a sua diferença. Dito de outra forma, eles não se contentam mais em apenas serem reconhecidos como iguais pelo direito internacional, mas demandam ser respeitados como diferentes, como pertencentes a culturas ou grupos que são reconhecidos como específicos e que formam a base de sua identidade, e que pode implicar a atribuição de direitos diferentes¹⁶. Ao contrário do direito internacional do desenvolvimento, em que as medidas são provisórias e projetadas para garantir certo nivelamento, que, uma vez atingido, implicaria no fim dessas medidas, no direito internacional do reconhecimento as medidas são projetadas para consagrar permanentemente as diferenças existentes. À luz dessas distinções, pode-se ver que essa nova forma de reconhecimento implica uma representação completamente diferente da identidade, a qual não é mais uma identidade compartilhada através de status igual que é reivindicado, mas uma identidade específica, que faz com que os Estados, os povos ou os indivíduos se considerem verdadeiramente únicos¹⁷. Enquanto o direito internacional pós-colonial da época da Guerra Fria foi baseado exclusivamente nos princípios liberais abstratos da igualdade formal e da igualda-

¹⁵ A. TOURAINE, *Pourrons-nous vivre ensemble ? Egaux et différents*, Paris, Fayard, 1997.

¹⁶ Nesta distinção entre os dois processos de reconhecimento, ver Ch. TAYLOR, *Le multiculturalisme*, op. cit., p. 56.

¹⁷ Somos inspirados aqui pelos desenvolvimentos mais esclarecedores de S. MESURE e A. RENAUT em *Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Flammarion, 1999, p. 09.

de de direitos, o direito internacional pós-Guerra Fria é menos abstrato e está progressivamente ratificando uma política internacional de reconhecimento, baseada no direito à diferença e no direito de preservar a própria identidade cultural.

2 O campo de aplicação do direito internacional do reconhecimento

É necessário, então, proceder com um estudo detalhado da prática jurídica existente para mostrar de que maneira e por quais razões o direito tem sido mobilizado internacionalmente em alguns casos concretos para dar uma resposta às questões identitárias e culturais e às suas aspirações por reconhecimento. Sem poder ser exaustivo, nos limites deste artigo, é preciso atentar para três frentes que fazem parte do direito internacional do reconhecimento, e que se relacionam com três elementos essenciais à preservação de identidades e culturas. A primeira frente de atuação é a positivação do reconhecimento da diversidade cultural, que visa combater os fenômenos de dominação cultural associados à globalização. A segunda frente se relaciona à concessão de direitos específicos pelos quais se busca preservar a identidade de grupos ou indivíduos. A terceira frente diz respeito ao reconhecimento de danos cometidos no passado e a reparação dos crimes históricos, o que importa a (re)construção das identidades no tempo, e não no espaço, ilustrando como nações, povos ou indivíduos se esforçam para reconstruir sua “narrativa identitária”. Ao se debruçar sobre estas frentes, fica evidente que está sendo gradualmente estabelecido no direito internacional um regime jurídico da diferença, ao lado do regime jurídico da igualdade, e que essa evolução é uma resposta a uma necessidade profunda da contemporaneidade.

2.1 O direito relativo à diversidade cultural

O pluralismo etnocultural é um fato remoto da história da humanidade, uma vez que as sociedades humanas sempre foram portadoras de milhares de culturas diferentes devido à miscigenação e ao movimento das populações, as trocas comerciais e também dos inúmeros conflitos que as opuseram. É essa diversidade, intrínseca à espécie humana, que finalmente foi levada em conta pelo direito internacional depois da Guerra Fria,

devido a um consenso que se formou em torno da nova convicção de que é necessário proteger o “patrimônio humano” na sua totalidade. Esse amplo consenso foi alcançado através do poder de atração do paradigma do reconhecimento e da necessidade absoluta de proteger as culturas e, através delas, identidades, algumas das quais pareciam estar em perigo de extinção. Este consenso é evidenciado notadamente pela Convenção da UNESCO de 2005 sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. De fato, não se pode equivococar, a Convenção não reflete somente a preocupação em salvaguardar os interesses econômicos no domínio da cultura, mesmo que tais interesses, é claro, tenham resguardado seu lugar. Ela reflete também a necessidade de se adaptar a um mundo que, desde o fim da Guerra Fria, vem se deslocando do domínio da política para o domínio da cultura, presenciando o entrelaçamento de questões identitárias, culturais e econômicas, e que está tornando o respeito pelas identidades culturais um novo requisito das políticas mundiais.

A UNESCO sempre considerou a pluralidade de culturas como um fato inescapável no qual sua ação é baseada, mas é particularmente interessante ver como isso transformou progressivamente o *fato* da pluralidade em um *princípio jurídico* da diversidade. A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, realizada em Estocolmo, associou o tema da biodiversidade natural com o da diversidade cultural, considerando que ambos estavam sob ameaça frente ao modelo Ocidental de crescimento econômico. Nesse mesmo ano, a UNESCO adotou a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, também conhecida como Recomendação de Paris, inaugurando uma política muito ativa da Organização para proteger a propriedade cultural dos povos. Vinte anos depois, na Cúpula da Terra, no Rio de Janeiro, foi introduzido o conceito curioso, mas altamente sugestivo, de preservação do equilíbrio dos “ecossistemas culturais”. Nessa oportunidade foi adotada a Convenção sobre Diversidade Biológica, de 1992, sendo que a Convenção de 2005 sobre Diversidade de Expressões Culturais foi concebida no seu eco.

Em 1995, a UNESCO inovou com conceito de “diversidade criativa”, que visava “o florescimento da existência humana em suas diversas formas e como um todo”¹⁸. Acima de tudo, esclareceu-se e consolidou-se

¹⁸ Relatório da comissão mundial da cultura e do desenvolvimento:

o conceito de “diversidade cultural” que, devido aos temores causados pelo progresso da globalização nos anos 2000, foi declarado solenemente como “patrimônio comum da humanidade” (Artigo 1) pela Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, adotada por unanimidade pela Conferência da UNESCO de 2001, texto que se tornou referência no campo do reconhecimento¹⁹. A analogia com a natureza e o mundo vivo é patente, uma vez que a Declaração considera que a diversidade cultural é tão vital “para a humanidade quanto à biodiversidade é para a natureza”. Mesmo que seja dúvida em termos de princípios²⁰, a comparação entre a diversidade de culturas e a diversidade de organismos vivos serve a um propósito estratégico: tornar-nos conscientes de que, embora nos preocupemos com a ameaça a alguns animais e plantas, somos totalmente despreocupados com as ameaças às artes e línguas minoritárias que afetam o patrimônio cultural da humanidade. Ainda em 2001, a ONU declarou o dia 21 de maio como o Dia Mundial da Diversidade Cultural para o Diálogo e o Desenvolvimento. Em 2004, o PNUD dedicou o seu relatório anual a “Liberdade cultural em um mundo diversificado” e fez da diversidade cultural “um dos principais desafios do nosso tempo”²¹. Todos esses desenvolvimentos culminaram na adoção pela UNESCO, em 20 de outubro de 2005, da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (que entrou em vigor em 18 de março de 2007).

A Convenção está longe de ser insignificante em seu escopo, visto que a diversidade de expressões culturais se torna uma norma a ser cumprida internacionalmente. A pluralidade etnocultural era um fato aceito, mas a novidade é que agora ela passa a ser uma norma, um princípio jurídico da “diversidade” que visa preservar e promover a “pluralidade”, o que gera novos direitos e obrigações que se estendem muito além da simples “exceção cultural”. O princípio da “diversidade de expressões culturais”²² relativiza o princípio da “exceção cultu-

ral”, mesmo que este último ainda tenha efeitos dentro do contexto da OMC. Embora haja continuidade entre os dois princípios, eles não estão no mesmo plano, sendo um muito mais restritivo que o outro. O princípio da diversidade cultural, ou da diversidade das expressões culturais é, acima de tudo, baseado na necessidade de salvaguardar as culturas e as políticas culturais de cada país contra o possível domínio de um único modelo cultural, devido à crescente liberalização do mercado. Como o princípio da exceção cultural, ele também se encaixa na lógica da necessidade de os Estados lutarem contra a importação excessivamente liberalizada de produtos culturais, porque a hegemonia das nações industrializadas ou emergentes nos mercados dos países pobres é cada vez mais uma ameaça à diversidade de suas expressões culturais. O princípio também é baseado na ideia de que os produtos e os bens culturais não são mercadorias como as outras e, portanto, não devem ser governados pelas regras ordinárias do comércio.

Mesmo assim, o princípio da diversidade cultural ainda é muito diferente do princípio da exceção cultural em muitos aspectos, especialmente em sua natureza e abrangência, de forma que as questões relacionadas a eles devem ser analisadas de maneiras diferentes. Sem dúvida, o mais significativo a esse respeito é notar que, encampando a filosofia da Declaração Universal de 2001 (Artigo 1), o texto da Convenção ancora o princípio da diversidade de expressões culturais em uma concepção ampla de cultura, a qual deve estar relacionada às identidades de indivíduos e grupos²³. E, assim, indica inequivocamente que qualquer dominação de uma cultura por outra compromete seriamente o caráter único e a preciosa singularidade de indivíduos e grupos. O conceito de “propriedade cultural”, definido pouco depois, confirma a conexão fundamental entre cultura e identidade, visto ser definida como propriedade que simbolicamente transmite “identidade, valores e significado” (Preâmbulo e Artigo 1, g), da mesma forma que o conteúdo cultural é definido em relação às identidades (Artigo 4.2). O vasto campo de aplicação do princípio (Artigo 3) revela suas perspectivas quase infinitas, quando se considera que a cultura é encontrada em tudo. Longe de se limitar às obras audiovisuais e ao cinema,

“diversidade cultural” e “diversidade de expressões culturais”, uma vez que os dois conceitos estão definidos na Convenção de 2005, mas apenas o segundo é o assunto direto da Convenção. Por conveniência, vamos usá-los como sinônimos aqui.

²³ URL: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919f.pdf>

nossa diversidade criativa, Paris, Ed. UNESCO, 1996. URL: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000129882>

¹⁹ URL: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000127160>

²⁰ J. HABERMAS, *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1996, p. 226. Também é particularmente problemático, pois sugere o evolucionismo das culturas semelhante ao evolucionismo biológico das espécies: C. LEVI-STRAUSS, *Anthropologie structurale deusx*, 2nd ed., Paris, Plon, 1996, p. 385.

²¹ Relatório do PNUD, *A liberdade cultural em um mundo diversificado*, 2004. URL: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2004-portuguese.pdf>

²² No contexto deste estudo geral, não faremos a distinção entre

abrange todas as “expressões culturais”, um termo particularmente abrangente que se refere a uma interpretação inevitavelmente subjetiva e potencialmente muito ampla do objeto da Convenção. No que diz respeito ao regime jurídico especificado pela Convenção, ao contrário do princípio da exceção cultural, o princípio da diversidade das expressões culturais não é uma exceção dentro de um sistema de liberalização comercial, mas de fato tem o status de uma regra geral. Enquanto a exceção cultural traduz uma luta pelo protecionismo direcionado, a diversidade cultural deve ser amplamente aplicável. Existem três elementos específicos neste regime jurídico geral que são bastante significativos.

Primeiro, é o princípio fundamental em torno do qual se articulam os direitos e as obrigações decorrentes da Convenção: o da igual dignidade e igual respeito por cada cultura (Artigo 2.3). O segundo elemento, como afirma o título da Convenção, diz respeito aos dois objetivos perseguidos: não apenas para preservar a diversidade das expressões culturais, mas também para promover essa diversidade. A possibilidade de preservar as diferentes expressões culturais torna lícitas as medidas nacionais postas em prática pelos Estados para proteger suas criações, bens e produtos culturais, o que vai de encontro aos pressupostos da igualdade de tratamento encontrado na liberalização comercial. Mas o objetivo de promover a diversidade vai ainda mais longe, pois ele pressupõe que a diversidade é intrinsecamente benéfica em si, e obriga os Estados a encorajar cada vez mais a diversidade, a heterogeneidade e a multiplicidade em termos culturais. Quanto ao terceiro elemento, os Estados são obrigados a aplicar em seu próprio território o princípio da diversidade que desejam ver aplicado no plano das relações internacionais (Artigo 5.2)²⁴. Externamente, o princípio da diversidade obriga a um tratamento igualitário das culturas de cada Estado e o direito de cada um deles em ser respeitado naquilo que o torna único. Os Estados também têm o direito, que é justamente o que eles querem acima de tudo, de estabelecer livremente suas próprias políticas culturais e de poder as preservar. Ou seja, um Estado tem a possibilidade jurídica, dentro dos limites do respeito pelos direitos humanos fundamentais, de limitar o acesso de seus cidadãos a culturas estrangeiras, a fim de proteger sua própria cultura. Mas, no plano doméstico, os Estados também têm

²⁴ Ver também os artigos 6, 7, 8, 10 e 11. Observe, no entanto, que o artigo 5,2 estipula uma obrigação de “compatibilidade” e não de “conformidade” com as disposições da Convenção.

obrigações jurídicas de proteger e promover a diversidade dentro de seu território e, assim, respeitar as culturas subnacionais ou indígenas e de promover a liberdade individual de criação e expressão cultural.

Significativamente, a Convenção de 2005 assegura que artistas, produtores culturais e cidadãos em todo o mundo possam criar, produzir, disseminar e desfrutar de uma ampla gama de bens, serviços e atividades culturais, incluindo os seus próprios²⁵. Encontra-se aqui uma mudança bastante clara no direito internacional em favor dos direitos das pessoas, e mais amplamente, para uma concepção de seres humanos como livres, ou seja, a quem deve-se oferecer a possibilidade de fazer “escolhas” (Artigo 2.1).

De qualquer forma, o princípio da diversidade cultural (e da diversidade das expressões culturais) sem dúvida adquire aqui a natureza de um princípio fundamental do direito internacional e reflete o novo paradigma de reconhecimento. Diante do caráter exponencial de uma globalização homogeneizante, o princípio consagra por si só a diversidade e a singularidade e evita a repetição idêntica de um determinado modelo cultural. É claro que o princípio da diversidade também está no centro da defesa dos Estados de seus próprios interesses econômicos e de suas indústrias culturais, mas isso não afeta de maneira alguma a sua dimensão forte e essencial, cujos efeitos também podem ser medidos em particular no que diz respeito à história colonial e pós-colonial do direito internacional.

A consagração do princípio da diversidade cultural tende a encerrar séculos de negação do reconhecimento dos costumes, culturas e tradições de certos povos que durante tanto tempo foram dominados e marginalizados. Isto faz com que a Convenção de 2005 seja um instrumento jurídico decisivo que, se devidamente aplicado, pode mudar significativamente as formas de auto-representação e as estruturas de avaliação cultural e simbólica que ainda prevalecem em todo o mundo. Não há mais nenhuma possibilidade de se aceitar passivamente a dominação de qualquer modelo cultural, nem de avançar para uma cultura universal, pois o próprio princípio da diversidade consagra a pluralidade de todas as culturas existentes. Da mesma forma, a afirmação de qualquer indivíduo ou grupo sobre sua identidade dentro de sua cultura se torna significativa. Imaginando que,

²⁵ Ver o site da UNESCO: <https://es.unesco.org/creativity/convention>

em virtude dos direitos particulares conferidos a determinadas minorias ou dos direitos culturais específicos, qualquer ser humano poderia afirmar sua identidade cultural, qual seria o real valor dessa possibilidade em um contexto que fosse culturalmente dominado? Trata-se de um ponto de inflexão que começa a operar, pelo menos no direito, e que envolve todo o direito do reconhecimento como sendo um remédio para tratar um tipo particular de injustiça que o direito internacional clássico, liberal, pluralista e formal, era incapaz de tratar de maneira satisfatória.

A pretensa “neutralidade” do direito internacional clássico em questões culturais, baseado na igualdade de liberdade soberana entre os Estados em questões de cultura e economia, não funciona, e tem permitido que uma ou mais culturas dominantes (e, portanto, uma ou mais identidades culturais dominantes) sejam impostas de fato. O resultado é que, com essa inversão de perspectivas, o reconhecimento jurídico da diversidade cultural vai permitir materializar a igualdade soberana dos Estados no que se refere as questões culturais, às quais foi dado um tratamento pouco substancial pelo formalismo do direito internacional liberal clássico. Dito de outra forma, a consagração jurídica do princípio da diversidade cultural torna-se o instrumento de maior igualdade entre os estados.

2.2 O reconhecimento baseado em direitos específicos

Na sociedade internacional pós-colonial e pós-Guerra Fria, o direito internacional do reconhecimento não se limita à consagração jurídica do princípio objetivo da diversidade cultural. Ele também assume a forma de direitos individuais ou coletivos que devem ser assegurados dentro dos Estados e que permitem preservar e promover a identidade de indivíduos ou grupos e acabar com as diversas formas de estigmatização e marginalização²⁶. Esses direitos são o complemento indispensável do direito à diversidade cultural, essencial para o seu exercício efetivo²⁷. A garantia jurídica da diversidade

cultural não é suficiente por si só para assegurar o reconhecimento de indivíduos e grupos em termos de sua dignidade e de sua especificidade. Essa garantia deve ser acompanhada da concessão de direitos individuais que dotem cada pessoa de direitos próprios oponíveis a seu Estado, mas que também confirmam aos grupos mais vulneráveis (minorias, povos indígenas) os meios legais para preservar sua identidade diante dos grupos majoritários dos Estados²⁸.

Toda a dinâmica dos direitos particulares é operacional e se abre a novas perspectivas, bem como novas dificuldades. Mais especificamente, existem várias categorias de direitos que, quando diferenciadas, lançam luz sobre uma série de questões inesperadas. Primeiro, tem-se os direitos conferidos a grupos específicos ou a indivíduos como membros desses grupos: são os direitos das minorias e dos povos indígenas. Em seguida, pode-se identificar os direitos concedidos aos indivíduos, independentemente de pertencerem ou não a um grupo, mas de acordo com hipóteses muito variadas: são os direitos culturais, direitos humanos ou direitos das mulheres. Todas essas categorias de direitos fornecem uma imagem vívida da diversidade de práticas relacionadas ao reconhecimento e do modo como os instrumentos jurídicos respondem às suas aspirações, alternando constantemente entre a preocupação em respeitar as diferenças entre indivíduos e grupos e a preocupação em preservar sua igual dignidade. Como essas categorias todas não podem ser examinadas aqui, então vou me concentrar nos direitos das minorias como um exemplo de direitos de indivíduos pertencentes a um grupo cultural²⁹.

Desde o fim da Guerra Fria, houve um aumento no número de instrumentos jurídicos que garantem os direitos das minorias. Depois de 1945, apenas os direitos

dades fundamentais dos seres humanos. Isso levaria novamente ao espiral regressivo do confinamento cultural. Sobre isto, ver: A. SEN, *Identité et violence*, Paris, O. Jacob, 2007, p. 159.

²⁶ O reconhecimento de direitos é um processo de reconhecimento que foi analisado por Honneth et Ricoeur, mas os dois autores enfatizaram os direitos comuns a todos (civis, políticos, econômicos e sociais por exemplo) e os direitos específicos. Ver A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, op. cit, p. 133, e P. RICOEUR, *Parcours de la reconnaissance*, Paris, Gallimard, 2004, p. 311.

²⁷ Sujeito à interpretação dada acima do princípio da diversidade cultural, que não pode ser invocado para violar os direitos e liber-

²⁸ Ao fazer isso, o objetivo subjacente é também dar-lhes maior autonomia na busca de seus projetos pessoais ou em grupo, o que está alinhado com as ideias teorizadas por alguns pensadores. Ver A. HONNETH, *La société du mépris. Vers une nouvelle théorie critique*, Paris, La découverte, 2006, p. 254 e A. CAILLE, *Théorie anti-utilitariste de l'action. Fragments d'une sociologie générale*, op. cit, p. 167-168. Isso mostra que, no nível internacional, o problema dos direitos à diferença não é necessariamente contrário aos direitos humanos, mas pode complementar seu objetivo de autonomia da pessoa e, portanto, as “capacidades” dos seres humanos.

²⁹ Para uma análise dos outros direitos particulares, ver *Qu'est-ce qu'une société internationale juste?*, op. cit, p. 208.

humanos foram reconhecidos nas convenções internacionais como aptos a permitir garantir as especificidades das minorias, em particular através do princípio da não discriminação. Mas a partir de 1990, percebeu-se que as minorias haviam permanecido particularmente vulneráveis e estigmatizadas. As majorias dentro dos Estados, praticamente em todos os lugares, tinham imposto seus modelos culturais, marginalizando minorias e oprimindo as suas reivindicações baseadas em identidade. Portanto, não é de surpreender que, de acordo com os novos valores relacionados ao reconhecimento, uma reação tenha ocorrido na Europa, e também a nível global, depois de 1989. Vários instrumentos jurídicos internacionais foram adotados, consagrando direitos particulares para membros de minorias, baseados no reconhecimento explícito de sua identidade cultural. Eles têm um escopo vinculativo variável e, na maior parte, pelo menos por enquanto, são textos europeus. Dentre eles, incluem-se o Documento de Copenhague, da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE), de 1990, a Declaração da ONU Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992, a Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias, de 1992, os Critérios de Copenhague estabelecidos em 1993 como condições para o ingresso de novos países na União Europeia, e ainda a Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, de 1995, firmado no âmbito do Conselho da Europa.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992, foi adotada graças aos novos Estados da Europa do Leste que se uniram à ONU, visto que eles estavam particularmente interessados em lidar com esses problemas após a Guerra Fria. Essa Declaração permanece como o único texto de alcance geral sobre o assunto³⁰. Aderindo plenamente ao paradigma do reconhecimento do pós-Guerra Fria, esta resolução situa a questão das minorias em termos de respeito a suas identidades (Artigo 1), sendo os Esta-

dos obrigados a respeitar e promover essas identidades. O texto estabelece direitos particulares a serem reconhecidos aos membros das minorias, de modo a preservar suas identidades. Dentre esses direitos, incluem-se, desde o período entre guerras, os direitos à língua, à religião e ao desfrute de sua própria cultura (Artigo 2). Imediatamente após a Declaração, em 1993, a Assembleia Geral encarregou o Alto Comissariado para os Direitos Humanos de promover e proteger os direitos das minorias consagrados na Declaração e iniciar um diálogo com os Estados sobre o assunto, e a Subcomissão de Luta contra as Medidas Discriminatórias e para a Proteção das Minorias criou um grupo de trabalho que se tornou um fórum particularmente ativo sobre o assunto. Além disso, o Comitê de Direitos Humanos desenvolveu uma interpretação do Artigo 27 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos que também está evoluindo nessa direção e acompanhando sua progressiva implantação mundial.

A verdade é que a maioria dos instrumentos jurídicos foi adotada em nível europeu³¹. De acordo com os experimentos do período entre guerras, os Estados europeus desenvolveram, no espaço de uma década, toda uma gama de instrumentos jurídicos definindo os direitos específicos dos membros minoritários de seus países. Resumindo a essência do novo paradigma do reconhecimento de identidades, o Preâmbulo da Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, de 1995, afirma:

Uma sociedade pluralista e genuinamente democrática não deve apenas respeitar a identidade étnica, cultural, linguística e religiosa de cada pessoa pertencente a uma minoria nacional, mas também criar condições adequadas que lhes permitam expressar, preservar e desenvolver essa identidade³².

O Documento de Copenhague foi um dos primeiros textos pós-Guerra Fria a estabelecer o conteúdo dos direitos particulares das minorias, sendo que estes direitos foram retomados em convenções vinculantes posteriores³³. A Parte IV do Documento estabelece que

³⁰ Esta Declaração foi redigida em 15 dias, graças aos novos países do Leste, enquanto fazia mais de quatorze anos que as Nações Unidas não conseguiam chegar a um texto comum. No entanto, ela guarda um caráter muito geral e o uso frequente do tempo verbal condicional reforça seu caráter não obrigatório. Resolução AG/47/135 de 18 de dezembro de 1992, Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas. URL: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Minorities.aspx>

³¹ O que, obviamente, não significa que outros países do mundo não estejam tentando proteger suas minorias ou conceder-lhes direitos específicos. Ver, por exemplo, R. MANCHANDA, *The No Non Sense Guide to Minority Rights in South Asia*, Sage Publications India Pvt Ltd, 2009 e A. AXELROD, *Minority Rights in America*, CQ Press, 2002.

³² URL: <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/157.htm>. No entanto, a Convenção-Quadro reduz o escopo de proteção às minorias nacionais, enquanto a Declaração de 1992 também se estende às minorias étnicas, religiosas e linguísticas.

³³ Documento da reunião de Copenhague da Conferência sobre a

o princípio da não discriminação é um direito humano que deve ser aplicado aos membros das minorias. Mas ele completa o anúncio desse direito elencando uma série de direitos específicos para membros de minorias que os Estados têm de respeitar, em particular o direito “de expressar, preservar e desenvolver a sua identidade étnica, cultural, linguística ou religiosa e manter e desenvolver a sua cultura em todos os seus aspectos” (Artigo 32.2), o direito de utilizar a sua língua materna (Artigo 32.1 e 3), o direito de criar e manter as suas próprias instituições “educacionais, culturais e religiosas” e de receber assistência pública para tanto e ainda o direito de “professar e praticar a sua religião” (Artigo 32.3). Para cada um desses direitos corresponde uma obrigação positiva para os Estados implementarem e garantirem todos esses direitos, o que envolve levar em conta seus aspectos econômicos e sociais.

O alcance de tais direitos e a escala da mudança jurídica que eles refletem não devem ser subestimados. Em primeiro lugar, o novo direito internacional das minorias reaviva o direito europeu do período entre guerras sobre, mas o faz o integrando-o de forma decisiva no novo paradigma de reconhecimento. Embora os direitos das minorias tenham sido positivados após 1918, isso aconteceu principalmente devido à nova redistribuição territorial efetuada na época, e não para preservar qualquer direito de ser diferente. Depois vieram as mudanças de 1945 (Carta das Nações Unidas) e 1948 (Declaração Universal dos Direitos Humanos). Ao contrário do que foi tentado depois de 1945, e que muitas vezes resultou de uma intenção implícita de assimilação dos outros, o objetivo agora não é mais preservar as minorias concedendo os mesmos direitos a todos, indiscriminadamente, mas preservando-as conferindo direitos específicos aos membros de minorias, precisamente porque são membros de minorias. Esses novos direitos garantem a especificidade de uma minoria e, portanto, ainda mais fundamentalmente, o direito de seus membros serem diferentes e viverem de maneira diferente de acordo com sua própria cultura. Em outras palavras, eles oficialmente consagram o direito de serem diferentes na igualdade.

Em 1945 e 1948, pensava-se que o exercício dos direitos individuais de liberdade de expressão, opinião, religião e reunião para todos, sem discriminação, seria

suficiente para que as minorias vivessem como quisessem. No entanto, depois de 1989 houve uma mudança na estratégia jurídica e optou-se por adotar direitos que, para além das liberdades formais reconhecidas a todos, garantissem diretamente o exercício daquilo que constitui sua diferença cultural e, portanto, que define sua identidade. Por exemplo, mesmo que o direito à liberdade de expressão possa ser aplicado sem discriminação, a experiência mostra que ele não responde à preocupação das minorias linguísticas em preservar suas línguas minoritárias³⁴. No entanto, a existência de um direito especial de ensinar e expressar-se em uma determinada língua irá preservá-lo de forma duradoura, porque cria as circunstâncias para seu uso efetivo ao longo do tempo. A este respeito, o preâmbulo da Carta Europeia para as Línguas Regionais ou Minoritárias, de 1992, chega ao ponto de afirmar que a utilização de uma língua regional ou minoritária na vida pública e privada é um “direito inalienável”³⁵. Estas alterações fizeram com que o princípio da não discriminação fosse objeto de novas interpretações que convergem nessa direção, visto que levam muito mais em conta a diversidade das circunstâncias culturais reais dos indivíduos, com o resultado de que agora são feitas tentativas de não tratar igualmente pessoas diferentes, mas tratar as pessoas de maneira diferente, porque pertencem a uma minoria³⁶. Não obstante, permanece uma questão difícil saber encontrar uma articulação satisfatória da combinação entre o princípio da não discriminação (que é sempre afirmado em primeiro lugar) e os direitos particulares das minorias. Esta questão nunca foi e não é claramente definida, o que pode levantar sérios problemas de interpretação e aplicação. Mas o que torna o reconhecimento uma questão difícil e sutil é a necessidade de poder navegar entre a igualdade e a diferença, caso a caso, sem calar as minorias em sua diferença cultural, mas reconhecê-las como “iguais e diferentes”. Isso significa, em última instância,

³⁴ Pode-se lembrar que essa já era o entendimento da Corte Permanente de Justiça Internacional durante o período entre as guerras, exatamente no momento em que finalmente foram concedidos direitos específicos a membros de minorias. Ver : CPJI, *AVIS CONSULTATIF DU 6 AVRIL 1936, Affaire des Ecoles minoritaires en Albanie, Rec. C.P.J.I., 1936, série A/B*, p. 17.

³⁵ URL : <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/148.htm>

³⁶ Comitê dos Direitos Humanos, observação geral 23 (1994) no artigo 27 (Direitos das minorias), § 6.2: “Às vezes, os Estados também precisam tomar medidas positivas para proteger a identidade das minorias e os direitos dos membros das minorias de preservar sua cultura e idioma e praticar sua religião, em comum com os outros membros do seu grupo”.

dimensão humana da CSCE, 29 de Junho de 1990. URL: <https://www.osce.org/es/odihr/elections/14304?download=true>

reforçar sua posição de igualdade com as “maiorias”, contrariando o formalismo da lei anterior, que, longe de ser neutra e não-discriminatória, favorecia constantemente grupos majoritários.

2.3 A reparação dos danos históricos

Nos últimos anos, assistimos ao surgimento de um outro tipo de reivindicação contemporânea baseada no reconhecimento, na forma de pedidos de reparação por crimes históricos cometidos por razões de racismo, colonialismo e imperialismo. O reconhecimento do Outro no seio da sociedade pós-colonial não implica na aceitação de uma história comum que lança luz sobre séculos de negação do outro e na necessidade de reparações por erros históricos?

Reclamações desse tipo foram feitas pelos países do dito terceiro mundo na época das suas independências, inclusive como parte das estratégias da Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI), mas é incontestável que depois da Guerra Fria elas tomaram maiores proporções. Prova disso é a forma como essas reivindicações por reconhecimento se multiplicaram, mas também se tornaram mais diversas, em consonância com os diferentes erros históricos invocados: elas variam de novas reivindicações por reparação para vítimas da Alemanha nazista na Europa Oriental e dos japoneses pelo imperialismo na Ásia, reivindicações de povos nativos como os Maoris da Nova Zelândia ou os Aborígenes australianos, passando pelas reivindicações dos africanos em razão da escravidão e do tráfico de escravos e da colonização, etc. Enquanto a história parece ter confirmado o fato consumado dessa destruição e dessa escravização, os diversos grupos se organizaram e agora querem que os Estados reconheçam sua responsabilidade pelos crimes históricos cometidos contra eles e lhes concedam reparações.

Mas até que ponto se pode acomodar tais pedidos de reparação por crimes do passado, com suas incontáveis vítimas e seus descendentes em busca de reconhecimento? A história pode ser reparada, pergunta Antoine Garapon³⁷? Existe, hoje, um direito internacional à reparação dos crimes históricos, ou mesmo um direito à reparação? À essas questões decisivas - pois apresentam o problema da possibilidade de reparação da história e

das identidades feridas -, a Conferência de Durban de 2001 (revisitada em 2009, em Genebra) tentou fornecer respostas políticas e jurídicas com as quais buscou desvelar as questões essenciais por trás de tais reivindicações em matéria de reconhecimento, bem como as aporias e os limites do recurso ao direito internacional.

Vários princípios da Declaração de 2001 são dignos de nota, sobretudo três dos quais foram declarados após muitos compromissos e atestam algum movimento nesta área: (1) o princípio de que “a escravidão e o tráfico de escravos são um crime contra a humanidade e sempre deveriam ter sido assim compreendidos” (Ponto 13); (2) o reconhecimento oficial de que “essas injustiças históricas (escravidão e colonialismo) inegavelmente contribuíram para a pobreza, o subdesenvolvimento, a marginalização, a exclusão social, as disparidades econômicas, a instabilidade e a insegurança que afetam muitas pessoas em diferentes partes do mundo, em particular nos países em desenvolvimento”; e (3) o princípio de que os “Estados interessados” devem “honrar a memória das vítimas de tragédias passadas» (Ponto 99). A esse respeito, a Declaração observa que “alguns Estados tomaram a iniciativa de pedir desculpas e pagar pela reparação, quando apropriado, por graves e maciças violações cometidas” (Ponto 100) e convida outros países que ainda não contribuíram a encontrar “formas adequadas de o fazerem, e repararem a dignidade das vítimas” (Ponto 101)³⁸.

Os princípios adotados em Durban e Genebra não têm força vinculante e a Declaração de 2001 expressamente diz que os Estados envolvidos têm “uma obrigação moral”, e não legal, de tomar as medidas apropriadas para pôr fim às consequências danosas de práticas passadas do colonialismo e da escravidão. Sendo assim, eles permitem identificar a orientação dada pela maioria dos Estados a essas questões e os possíveis caminhos legais que podem ser implementados. Uma vez que a maioria das reivindicações feitas nesta ocasião se refere à violação de normas do direito internacional, é necessário fazer referência ao grau de desenvolvimento do direito internacional na época dos crimes históricos, para avaliar as diretrizes de Durban no contexto da solução de disputas futuras.

Uma primeira questão é saber se é possível classificar como crime, ou mesmo como crime contra a huma-

³⁷ A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Paris, O. Jacob, 2008.

³⁸ URL: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_durban.pdf

nidade, a escravidão dos séculos passados, quando ela era inteiramente compatível com o direito internacional e as leis nacionais da época. Os Estados podem ser responsabilizados sobre este fundamento? O mesmo vale para o sistema colonial, que, por séculos, o direito internacional euro-americano considerou lícito. Esta é uma questão da aplicabilidade da lei no tempo, e a resposta clássica no direito internacional é que a nova lei não pode ser aplicada retroativamente, de forma a não haver responsabilidade retroativa. O comportamento de um Estado constitui um fato ilícito, desencadeando a sua responsabilidade internacional, somente se ele não cumprir uma obrigação internacional já existente no momento em que o fato ocorreu. Daí a redação adotada na Declaração de 2001 por meio do compromisso de que “a escravidão e o tráfico de escravos são um crime contra a humanidade e sempre deveriam ter sido assim compreendidos” (Ponto 13). O Artigo 13 do último Relatório sobre a Responsabilidade Internacional do Estado realizada pela Comissão de Direito Internacional (CDI) da ONU emitido em 2001 confirma esse entendimento da aplicação do direito ao afirmar que há uma violação de uma obrigação jurídica internacional somente se o Estado estiver vinculado por essa obrigação no momento dos fatos em questão. Em seu comentário sobre o Artigo 13, a CDI afirma que, mesmo quando surge uma nova norma de *jus cogens* (à qual a proibição da escravidão e talvez do colonialismo pode ser comparada), não pode haver nenhuma responsabilidade retroativa³⁹. Da mesma forma, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, não prevê responsabilidade retroativa. Na verdade, embora o argumento seja incontroverso, do ponto de vista formal, como regra geral, não deve ser menosprezado que o princípio da não retroatividade, claramente positivado no direito internacional, encontrou exceções memoráveis nos tribunais de Nuremberg, de Tóquio e em alguns dos tribunais penais internacionais de hoje⁴⁰.

³⁹ CDI, Projeto de artigos sobre a responsabilidade dos estados por fatos internacionalmente ilícitos, 2001, Art. 13, §5, p. 143. URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

⁴⁰ D. ZOLO, *La justice des vainqueurs. De Nuremberg à Bagdad*, Paris, Actes Sud, 2009, p. 188. Algumas atrocidades cometidas no passado são comparáveis a genocídios ou crimes contra a humanidade desde o advento do mundo moderno. Ver as possibilidades e os limites dessas comparações em R. GELLATELY, B. KIERNAN, (dir), *The Specter of Genocide. Mass Murder in Historical Perspective*, Cambridge UP, 2003.

A única possibilidade admitida hoje é que o Estado voluntariamente consinta em aceitar sua responsabilidade retroativamente “por atos que, no momento em que ocorreram, não estavam violando uma obrigação internacional” (Artigo 13 do Relatório da CDI, 2001)⁴¹. Os instrumentos jurídicos internacionais podem estabelecer o reconhecimento voluntário de crimes passados e acordar reparações, como, por exemplo, em um tratado bilateral entre um país antes colonizado e seu antigo colonizador. Este foi o caso do Tratado de Amizade, de 30 de agosto de 2008, assinado entre a Itália e a Líbia, que por enquanto é o único do seu gênero. É também o caso da solução da disputa histórica entre os Sioux e o governo dos EUA e de setenta acordos firmados entre os governos provinciais do Canadá, o governo federal e os representantes dos povos originários, sobre o reconhecimento da espoliação do passado e a afirmação de um novo status para essas populações.

Outra questão é de saber como reivindicar esse tipo de responsabilidade? E em relação a que tipo de dano? Os atos de violação exemplificados em Durban são de vários tipos: morte, escravidão, trabalho forçado, pilhagem de recursos naturais, confisco de terras, destruição de culturas e modos de vida e subdesenvolvimento contemporâneo, mas a qualificação jurídica desses atos de espoliação ainda não está bem definida. A partir de tendências mais gerais e do texto da Declaração, duas formas de dano podem ser identificadas: um dano moral resultante de séculos de humilhação e a negação do reconhecimento a que tantas comunidades estiveram sujeitas. Esse dano moral está associado a um dano material associado à pilhagem de recursos, ao sistema escravagista e, depois, o sistema colonial de exploração e espoliação de terras que em grande medida explica o atual estado de subdesenvolvimento dos antigos países colonizados e dos povos originários. A Declaração de Durban afirma que a colonização engendrou não apenas erros passados, mas também “desigualdades sociais e econômicas duradouras em muitas partes do mundo hoje” (Ponto 14). Isto resulta, então, que o dano atual seja intrinsecamente relacionado ao dano passado. No entanto, várias dificuldades surgem aqui. Como se pode avaliar até que ponto o dano presente está relacionado aos danos passados? E como isso pode ser provado? Por exemplo, o subdesenvolvimento em alguns países é apresentado como consequência da colonização passa-

⁴¹ CDI, *op. cit.*, §6, p. 144.

da, mas isso também não resulta de fatores que envolvem a responsabilidade dos próprios Estados pós-coloniais? E as dificuldades são ainda maiores quando o dano passado deve ser definido. Como se pode provar, em especial para a escravidão e a colonização, a ocorrência de atos específicos diretamente atribuíveis ao Estado, quando estes foram generalizados e baseados em sistemas de exploração em larga escala, com muitas causas e envolvendo muitos atores? É verdade que essas questões estão relacionadas a argumentos estritamente formalistas, mas são relevantes e complicam qualquer tentativa de implementação de responsabilidade jurídica por crimes históricos.

A forma de reparação também levanta problemas. Que tipo de reparação pode ser concedida? E como aqueles que têm direito à reparação podem ser identificados, com o passar das gerações? O problema foi simplificado em Durban porque o que estava em questão era o da responsabilidade de um Estado em relação ao outro, de modo que o beneficiário é simplesmente o antigo Estado colonizado e a responsabilidade recai sobre o antigo Estado colonizador. No caso dos povos autóctones, são geralmente os indivíduos que são considerados beneficiários de reparações e os Estados como devedores das reparações. A questão é ainda muito mais complexa quando o autor dano é uma empresa privada e os reclamantes são indivíduos que alegam ser descendentes de gerações que foram espoliadas e discriminadas, por exemplo.

Em termos de meios de reparação, o direito internacional da responsabilidade oferece uma gama de possibilidades: restituição, compensação financeira e satisfação. Todas elas foram invocadas, seja no contexto da Declaração de Durban ou em outros casos específicos. A restituição evoca especialmente ações para a devolução de bens culturais roubados, as vezes até restos humanos mumificados que ocorreram em alguns casos⁴². Sob legislação especial de 6 de março de 2002, a França devolveu ao povo Khoisan, da África do Sul, os restos de Saartje Baartman, conhecido como a Vênus Hoten-

⁴² Essa compensação na forma de restituição está expressamente declarada no Artigo 11.2 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. URL: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Por um longo período, o debate se concentrou na restituição de bens culturais, incluindo a criação de um Comitê Intergovernamental na UNESCO para esse fim.

tote, que foram enterrados em 2002 de acordo com os ritos tradicionais de seu povo. A proliferação desse tipo de reivindicação por restos humanos alojados em museus ocidentais é mais uma indicação do grande aumento dos pedidos de reconhecimento de identidades feridas pela história, baseadas no respeito igual a qualquer ser humano e na aceitação de sua diferença.

No entanto, são as outras duas formas de reparação que geralmente são invocadas. A compensação financeira é a mais recorrente, e se refere à perda econômica decorrente do dano, mas também, quando possível, aos danos morais relacionados aos danos materiais. Mas como a compensação financeira adequada pode ser avaliada quando a perda resulta de vários séculos de exploração econômica e negação da identidade das pessoas? Como pode ser avaliado quando se considera o dano como persistente e causador do subdesenvolvimento? As dificuldades são enormes e a ideia mais realista é provavelmente chegar a um acordo negociado sobre o reforço da ajuda ao desenvolvimento. Isto foi feito através do Tratado entre a Itália e a Líbia, de 2008, onde a Itália pediu desculpas pelos 30 anos de colonização italiana e comprometeu-se a pagar US\$ 5 bilhões em indenização na forma de investimento nos próximos 25 anos. Neste caso, as medidas financeiras são explicitamente consideradas como reparações por danos históricos sofridos, o que é diferente do ponto de vista simbólico (e jurídico), do auxílio concedido por antigas potências coloniais através de compromissos unilaterais ou convencionais. Situar a ajuda financeira numa perspectiva de reconhecimento de responsabilidade pelos erros históricos torna-a uma forma simbólica de reparação de identidades feridas que podem, assim, ser retomadas à trama da história⁴³.

Mas a compensação financeira pode ser considerada insuficiente ou totalmente inadequada, tendo em vista o tipo de perda ou dano histórico praticado, sendo que alguns Estados ou vítimas rejeitam qualquer sugestão de compensação financeira. Os Estados africanos, portanto, rejeitam como degradante qualquer ideia de pagar dinheiro para compensar o comércio de escravos e o

⁴³ É por isso que o primeiro processo de compensação estabelecido pelo rei de Marrocos, Mohammed VI, em 1999, contra as vítimas de tortura e “desaparecimentos” não funcionou efetivamente, visto que forneceu apenas uma compensação “seca” pelos crimes do regime, mas sem estabelecê-los ou reconhecê-los. Um segundo processo mais satisfatório teve que ser instituído. Ver A. GARAPON, *Peut-on réparer l'histoire?*, *op. cit.*, p. 214-217.

colonialismo, e é também por isso que os índios Lakota recusaram a compensação proposta em 1980 pelo governo americano pela posse ilegal das Black Hills, porque aceitar, segundo eles, seria o mesmo que consentir com o roubo de suas terras sagradas. O fato é que, se for solicitada, a compensação financeira pode ajudar a reparar os danos históricos das identidades, desde que acompanhadas de um discurso que dê sentido a esta indenização, relacionando-a a um “discurso de justiça”⁴⁴ e ao reconhecimento da negação da identidade das pessoas em uma escala maciça.

No entanto, é certo que a satisfação como forma de reparação pode parecer mais apropriada quando se trata de danos imateriais de tal gravidade e natureza, porque visa diretamente a reparação simbólica do dano. Ela pode assumir formas extremamente variadas, incluindo, por exemplo, o reconhecimento de responsabilidade, a expressão de arrependimento, um pedido formal de desculpas ou um pedido de perdão. Foi assim que, em 2007, o estado da Virgínia foi o primeiro dos estados americanos a pedir desculpas e a expressar publicamente o seu “profundo arrependimento” pela escravização dos negros e a exploração de povos nativos, assim como pela violação de seus direitos mais fundamentais. Da mesma forma, a Alemanha pediu desculpas oficialmente em Durban por sua política colonial. Conforme ordenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em vários casos relativos aos povos originários da América Latina, pode-se adotar medidas menos ordinárias, mas provavelmente mais eficazes, como a organização de eventos culturais, a criação de fundações, pedras memoriais, dias ou museus para lembrar ou ainda associações para ajudar as populações indígenas⁴⁵.

Como se pode ver, o que lança luz sobre as forças motrizes por trás de tais alegações, e que talvez possa levar à identificação da resposta mais apropriada para dar a elas, é o fato de que elas fazem parte do paradigma contemporâneo de reconhecimento. Isso explica por que todas as reivindicações relacionadas à história se tornaram tão proeminentes hoje em dia, ao passo que antes eram habitualmente resolvidas pelo silêncio e

pela passagem do tempo. No que se tornou um discurso famoso, feito em 1992, o primeiro-ministro australiano expressou essa nova atitude em relação aos Aborígenes:

Começa, penso, com esse ato de reconhecimento. Reconhecimento de que fomos nós que causamos o desapossamento. Nós nos apropriamos das terras tradicionais e destruimos o modo de vida tradicional (...) Nós cometemos os crimes (...) Uma parte da nação pede desculpas e expressa sua aflição e seus sinceros arrependimentos pelas injustiças do passado, para que a outra aceite suas desculpas e perdoe⁴⁶.

A demanda de que crimes históricos sejam reconhecidos não é completamente nova, visto que existem exemplos desse tipo no passado. Há, obviamente, outros pontos para explicar a disseminação desse tipo de ação, em particular a extensão do discurso sobre os direitos humanos e a intenção de punir crimes que “se enquadram na categoria do injustificável”, e que são considerados imprescritíveis⁴⁷. Mas a demanda por reconhecimento de crimes históricos é consideravelmente reforçada aqui pela nova percepção das identidades dos povos, comunidades e indivíduos e pela nova maneira pela qual eles se veem através da história e da passagem do tempo. Eles se definem não apenas em termos de seu status atual e de suas culturas, mas através da história e da memória de seu grupo, seu Estado ou sua comunidade⁴⁸. Segundo Paul Ricoeur, trata-se de identidades individuais que são formadas no nível coletivo em uma dimensão temporal em que estão integradas “discriminações contra esses grupos que podem ser seculares”⁴⁹. A dimensão temporal da identidade de pessoas e grupos significa que eles não são apenas sua própria história, ou seja, que a sua história não se reduz ao relato narrativo de sua própria existência, mas que ela é também tecida a partir de histórias herdadas do passado e da memória comum transmitida pelas gerações. E assim indivíduos, comunidades e povos experimentam os efeitos atuais dos crimes em massa do passado, baseados na negação de identidades e indivíduos, interiorizando uma imagem

⁴⁶ Declaração de reconciliação. Projeto de texto adotado em 1999 pelo Conselho de Reconciliação Aborígine. Citado em M. PIQUET, *Australie plurielle. Gestion de la diversité ethnique en Australie de 1788 à nos jours*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 215-216.

⁴⁷ P. RICOEUR, *La mémoire, l'histoire et l'oubli*, Paris, 2000, p. 609.

⁴⁸ O elo entre identidade e memória é uma ideia adotada e aprofundada hoje por filósofos, sociólogos e antropólogos contemporâneos. Ver J. CANDAU, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000, p. 9.

⁴⁹ P. RICOEUR, *Parcours de la reconnaissance*, Paris, Gallimard, 2004, p. 331.

⁴⁴ *ibidem*, p. 229

⁴⁵ Isso também é defendido na Resolução 2002/5 da Subcomissão de Proteção e Promoção dos Direitos Humanos (Item 6): Reconhecimento de responsabilidade e reparação por violações graves e maciças dos direitos humanos como crimes contra a humanidade que ocorreram durante o período de escravidão, colonialismo e guerras de conquista. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/472224?ln=en>

de si que é depreciativa ou difamatória e, portanto, sofrendo de uma profunda negação de reconhecimento que é passada adiante pelas gerações, e isso não é reparado de forma alguma⁵⁰.

A tomada de consciência dessa negação que ainda pesa sobre as vítimas ou seus descendentes é hoje transformada em um chamado por justiça, isto é, em um apelo à responsabilidade do Estado e a um pedido de reparação pelos crimes cometidos que funcionam como um processo de reconhecimento do Outro. O reconhecimento da responsabilidade e reparação deve acabar com o sentimento geral de desvalorização e estigmatização que durou ao longo do tempo, designando o culpado, revelando a amplitude dos crimes cometidos, honrando a memória das vítimas e reabilitando as pessoas em termos de igual dignidade e de respeito pela sua diferença etnocultural.

Não há como voltar atrás nessas questões. A entrada da nossa época no paradigma do reconhecimento faz com que não possamos mais ignorar a questão dos danos históricos relacionado aos crimes em massa ocorridos no passado, baseados na negação de identidades e a consequente produção de efeitos no presente. Alguns autores têm dificuldade em compreender o que está por trás do paradigma do reconhecimento e desprezam o arrependimento, enquanto alguns Estados e governos às vezes deixam de perceber que essa demanda simbólica por reconhecimento histórico se tornou inevitável por causa dos novos valores paradigmáticos de nossos tempos e a demanda por justiça no pós-Guerra Fria. E é verdade que não há solução fácil. Durban é um bom exemplo disso.

Hoje compreende-se que a fixação de objetivos excessivamente ambiciosos em relação ao reconhecimento no âmbito de uma única conferência internacional provavelmente foi um erro, e que seria melhor optar por outros acordos nacionais, bilaterais e regionais com esse mesmo fim. Tudo depende do contexto e da amplitude dos danos causados e do modo como a violação da identidade e a reparação do dano imaterial foram tratadas. Os limites do que o direito internacional pode fazer também devem ser considerados, na medida em que o reconhecimento não é apenas uma questão de justiça e de direito, mas também de amor, autoestima, educação e moralidade. Esse é um aspecto essencial a ser observado a partir desse exame de algumas áreas em que o

direito ao reconhecimento foi ilustrado.

A noção de reconhecimento alcança certas expectativas que nem o direito e nem a justiça poderão alcançar completamente, porque ela significa aceitar o Outro pelo que ele é e isso não pode ser calculado ou medido apenas pela lei⁵¹. Além disso, os principais crimes históricos em questão têm tamanha importância política, moral e histórica, de forma que a lei não pode ou deve ser a única resposta adequada aos pedidos de reconhecimento. A solução para crimes históricos não é apenas jurídica, mas social, política, educacional e cultural. Para além da justiça feita em um caso concreto, para um crime histórico específico, ou além do que o direito pode encampar através do formalismo de um texto legal sobre o reconhecimento geral de responsabilidade, somente a educação ou a criação de novas instituições podem permitir à próxima geração de ex-colonizados e de ex-colonizadores extrair as lições dos erros e crimes do passado, ajudando a desconstruir as estruturas políticas e morais e as representações culturais subjacentes que tornaram esses crimes possíveis, livrando-se da perpetuação de regras, práticas e instituições estigmatizantes. Nessa perspectiva, deve-se fazer uma distinção entre, de um lado, o discurso do direito internacional que contém o reconhecimento oficial relativo a uma decisão judicial ou um ato de arrependimento ou responsabilidade, e, de outro lado, o trabalho histórico, educacional e cultural de desconstrução e reabilitação, que não pode tomar a forma de um texto legal ou uma judicial⁵².

3 Dificuldades e interrogações sobre o novo direito internacional do reconhecimento

O novo direito internacional do reconhecimento inevitavelmente suscita muitas dificuldades e interrogações. Trata-se de um ramo novo do direito que traduz

⁵¹ O objetivo de Honneth e Ricœur é mostrar, através de um esquema tripartido das “ordens de reconhecimento intersubjetivo”, que existem estruturas de reconhecimento que antecipam ou excedem o direito. Ver, por exemplo, P. RICOEUR, *Parcours de la reconnaissance*, *op. cit.*, p. 295.

⁵² Sujeito às limitações relacionadas ao revisionismo de crimes em massa, embora essas reservas também sejam contestadas. Ver J. MICHEL, *Gouverner les mémoires. Les politiques mémorielles en France*, Paris, PUF, 2010, p. 135. Ver o paralelo com os tribunais penais internacionais em M. KOSKENNIEMI, *La politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007, p. 227.

⁵⁰ *ibidem*, p. 332

a necessidade, no âmbito do direito internacional, de reconhecer não apenas a igual dignidade de todos, mas também a importância da cultura, diversidade e identidades, de modo a respeitar o que torna significativas as vidas e histórias de indivíduos, mulheres, comunidades e povos, e, para tanto, importa acabar com as inúmeras negações de reconhecimento que os acometem. O direito do reconhecimento atende às demandas em termos simbólicos e culturais e não mais em termos de interesses materiais racionalmente definidos, como a maior parte do direito relativo ao desenvolvimento. Isso sugere que uma significativa redistribuição dos requisitos da justiça ocorreu internacional e domesticamente nos últimos vinte anos⁵³. Mas essa mudança é particularmente complexa em alguns aspectos e levanta muitos questionamentos que não foram necessariamente resolvidas e que tem vários lados obscuros. Como satisfazer juridicamente a demanda contemporânea por reconhecimento em nível internacional? Como identificar as identidades a serem reconhecidas e protegidas? As identidades de quem? Porque todos desejam ser reconhecidos, todas as culturas e identidades devem ser legalmente consagradas? Como a tutela jurídica de certas culturas e identidades pode ser compatibilizada com outros ramos do direito, incluindo os direitos humanos e o direito internacional econômico?

O fato é que, a “sede de reconhecimento” que caracteriza o nosso tempo tem efeitos ambivalentes. Ela reflete aspirações ao reconhecimento que são legítimas, provenientes de comunidades, povos, Estados ou indivíduos há muito estigmatizados, e encontra uma possível solução no âmbito do direito internacional. Mas às vezes também ela expressa a necessidade de certeza social a qualquer preço, em um mundo globalizado que priva indivíduos, comunidades ou povos de seus propósitos, mesmo no seio de sociedades mais comunitárias. Isso poderia levar a “sede por reconhecimento” a manipular certas regras do direito do reconhecimento, de modo a assegurar a proclamação de identidades radicais e fundamentalistas que infringem diretamente os direitos fundamentais dos indivíduos⁵⁴.

⁵³ A. CAILLE, « Introduction », in A. CAILLE (dir), *La quête de la reconnaissance. Nouveau phénomène social total*, Paris, La découverte, 2007, p. 5.

⁵⁴ Ver em particular três obras notáveis: A. MAALOUF, *Les identités meurtrières*, Paris, Grasset, 1992 ; A. SEN, *Identité et violence*, Paris, O. Jacob, 2010 et A. APPADURAI, *Géographie de la colère. La violence à l'âge de la globalisation*, Paris, Poche, 2009.

Tomemos o exemplo do princípio da igual dignidade das culturas, que sustenta o princípio da diversidade estabelecido na Convenção de 2005 e em outros textos internacionais e que ainda levanta um problema geral a este respeito. Esse princípio estabelece uma estrita equivalência internacional entre culturas, o que é problemático, pois está longe de ser certo que todas as práticas culturais podem ser consideradas equivalentes e com igual dignidade. Citando alguns exemplos bastante conhecidos e que são particularmente esclarecedores aqui: pode-se considerar que uma prática cultural como a mutilação genital de meninas é tão digna quanto às outras? Como Charles Taylor aponta, responder afirmativamente a esta questão é cair novamente no culturalismo estrito, hiperbólico e particularmente questionável⁵⁵. Há, portanto, um limite para salvaguardar a integridade de cada prática cultural e que deve ser encontrado na observância aos direitos fundamentais de cada pessoa. Isto é, com respeito, não pela igual dignidade das culturas, mas pela igual dignidade dos seres humanos, que em última análise é a base de todo o edifício pelo qual se busca e constrói o reconhecimento. Isto é o que reflete, entre outras coisas, e particularmente com força no que diz respeito ao exemplo que escolhemos, no Protocolo Adicional à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, adotado em 2003, no que diz respeito aos direitos das mulheres na África. O protocolo proíbe práticas tradicionais “nefastas”, especialmente a mutilação genital, como contrárias aos direitos humanos das mulheres (Artigo 5, b)⁵⁶. Em outras palavras, o que podemos chamar de argumentos culturalistas “fortes” - isto é, argumentos estritamente particularistas - são claramente negados aqui pela própria existência de tal instrumento legal regional. E isto é precisamente o que é indicado na Declaração Universal de 2001 (Artigo 4) e na Convenção de 2005 (Artigo 4), uma vez que eles estabelecem claramente que nenhum argumento pode ser feito com base na diversidade cultural para infringir os direitos humanos.

Questões ainda podem surgir em relação ao tema, por causa da interpretação cultural dos direitos humanos, de acordo com argumentos culturalistas “fracos”. Em última análise, isso nos remete à necessidade de entender o papel exato desempenhado pelos direitos humanos no plano internacional, para se questionar até

⁵⁵ Ch. TAYLOR, *Le multiculturalisme*, op. cit., p. 61.

⁵⁶ Entrou em vigor em 2005. URL: <https://www.achpr.org/legal-instruments/detail?id=37>

que ponto eles, por sua vez, são uma forma de imperialismo cultural. Sem poder aprofundar isso aqui, deve-se notar que a questão da igual dignidade das culturas deve ser distinguida da questão mais específica e particular da igual dignidade das práticas ou expressões culturais. Ora, uma cultura não pode ser reduzida a uma ou duas práticas culturais desenvolvidas dentro dela, e seria particularmente reducionista e contrário ao espírito de novos textos internacionais desqualificar qualquer cultura simplesmente denunciando uma de suas práticas ou expressões culturais. Este ponto é raramente enfrentado, embora pareça ser capital para salvaguardar o que torna toda a força singular e nova do princípio jurídico da igual dignidade das culturas no mundo pós-Guerra Fria e pós-colonial fundado no reconhecimento. Este princípio não compromete a igual dignidade das pessoas e também não abandona a ideia de que uma cultura não pode mais, dentro da legalidade, assumir um papel superior às outras e voltar-se a uma política hegemônica contra a qual o próprio princípio da diversidade foi levantado. Algumas práticas ou expressões culturais, tanto no Norte quanto no Sul, são estrategicamente denunciadas como degradantes por alguns autores, para desacreditar as culturas como um todo e para questionar o princípio da igual dignidade das culturas, bem como a legítima necessidade de adaptar os direitos humanos a essas culturas⁵⁷.

Algo deve ser dito sobre a subordinação *de fato* (e não *de jure*) do direito internacional do reconhecimento ao direito internacional econômico por causa da indiferença desses dois regimes jurídicos entre eles. Por enquanto, a interação de regras continua a confirmar a dominação econômica e cultural dos mais poderosos, e especialmente dos principais operadores econômicos privados, em detrimento das regras do reconhecimento. De que valem as regras da Convenção de 2005 se elas não preveem sua primazia, ou pelo menos sua compatibilidade, com relação às regras da OMC? O que acontece com o princípio da diversidade de expressões culturais adotado em 2005 na UNESCO se na OMC o único regime jurídico aplicável é o extremamente restritivo da exceção cultural? E se os EUA, como potência econômica mundial, usam sistematicamente a técnica de acordos bilaterais para contornar as regras do re-

conhecimento em benefício do livre comércio? Desde a adoção da Convenção de 2005, os Estados Unidos “sequestraram” o princípio da diversidade por meio de uma série de acordos bilaterais com Estados do dito terceiro mundo, condicionando a concessão de vantagens econômicas ao abandono de medidas internas de proteção e promoção das culturas nacionais protegidas pela Convenção. O cinismo de uma política como esta destrói tudo o que foi simbolicamente tão decisivo em termos de reconhecimento cultural e de respeito pelas identidades. Para citar outro exemplo: de que valem os direitos das minorias e dos povos autóctones, a preservação de seu patrimônio, de suas artes tradicionais, suas florestas e suas terras ancestrais, se o interesse nacional e transnacional de atores econômicos privados, das empresas de petróleo, mineradoras e madeireiras pode se impor a eles de forma perfeitamente lícita, especialmente através de contratos de investimento que favorecem excessivamente o investidor⁵⁸? Na América Latina, por exemplo, várias empresas têm vindo a abrir novos mercados graças a globalização e ao sistema neoliberal que promove a desregulamentação do investimento, mas isso obviamente em detrimento dos direitos dos povos autóctones⁵⁹. Várias dentre elas tem sido questionadas por esse motivo, como Glamis Gold e Montana, na Guatemala, Repsol, na Bolívia e no Peru, e Texaco, no Equador. No entanto, em todos estes casos, tem havido pouca oportunidade de dar prioridade aos direitos sociais, aos direitos dos povos originários ou aos direitos humanos para combater as atividades que são tornadas lícitas pelo direito internacional de investimento.

A questão das relações entre esses regimes distintos foi discutida durante a negociação da Convenção sobre a Diversidade das Expressões Culturais, de 2005. Os negociadores estavam plenamente conscientes de que o princípio da diversidade de expressões culturais seria uma letra morta devido ao desequilíbrio do poder econômico Norte-Sul - e agora também Sul-Sul -, se o direito da concorrência prevalecesse sobre o direito da diversidade cultural⁶⁰. Buscou-se fazer concessões para

⁵⁷ Ver a este respeito C. NYAMU, « How Should Human Rights and Development Respond to Cultural Hierarchy in Developing Countries ? », *Harvard International Law Journal*, 2000, V. 41, n°2, p. 381-419.

⁵⁸ Ver por exemplo sobre esse assunto: F. DEROCHE, J. BURGER, *Les peuples autochtones et leur relation à la terre : un questionnement pour l'ordre mondial*, Paris, L'Harmattan, 2008.

⁵⁹ Ver por exemplo: J. WARDEN-FERNANDEZ, « Indigenous Communities' Rights and Mineral Development », *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 23, n 4, 2005, p. 417.

⁶⁰ Ver: E. COMBY, « Quel type de coopération peut être engagé entre pays du Nord et pays du Sud », in H. RUIZ FABRI, (dir), *La convention de l'UNESCO sur la promotion et la protection de la diversité des*

os diferentes padrões de desenvolvimento dos Estados, mas também para adequar as regras da Convenção ao direito internacional econômico. No documento, há uma série de dispositivos sobre o desenvolvimento, que introduzem os princípios de cooperação, tratamento preferencial e a criação de um fundo de apoio para países em desenvolvimento (Artigo 2.4 e Artigos 13 à 18). Mas o fundo atualmente é apenas modestamente dotado e, como afirma Hélène Ruiz-Fabri⁶¹, se as disposições sobre cooperação forem usadas pelos países ricos condicionalmente para influenciar a orientação cultural dos países em desenvolvimento, elas podem fornecer um caminho para restabelecer um novo imperialismo cultural pela porta dos fundos. O novo direito pode, portanto, ter efeitos ambivalentes e ser usado como uma nova subordinação dos países pobres. Além disso, a Convenção estabelece relações com os demais instrumentos convencionais dos Estados-Partes (Artigos 20 e 21), incluindo seus compromissos econômicos e financeiros. O artigo 20º estipula que estas relações devem ser de três tipos: “apoio mútuo, complementaridade e não subordinação”. Em razão da não subordinação, os Estados não podem subordinar a Convenção de 2005 a outros tratados internacionais, mas tampouco podem usar a Convenção como argumento para alterar seus outros compromissos baseados em tratados. Esta é uma aplicação clássica do direito dos tratados, que deixa o “apoio mútuo” e a “complementaridade” como hipótese de uma possível solução de compatibilidade entre as disposições do tratado. Embora a compatibilidade de regras - e da ação das instituições envolvidas - pode, de fato, permitir encontrar uma solução econômica comum para tornar efetivo o princípio jurídico da diversidade, é preciso reconhecer que não há como dizer de que forma a relação entre as regras para promover a diversidade cultural e as regras do direito internacional econômico serão resolvidas de fato. Todos os sinais são, por enquanto, no sentido de que o direito internacional econômico da OMC prevalecerá, como de fato já acontece na sua relação com outros regimes.

O direito internacional do reconhecimento pode revelar-se ineficaz em algumas de suas frentes e em grande parte poderá fracassar na tentativa de reparar a violação de culturas e identidades, a menos que possa pôr fim às situações de dominação econômica e cultural

que prejudicam a diversidade das culturas e impedem o florescimento de identidades. Este seria um lado obscuro particularmente preocupante, e um aspecto altamente retórico que poderia nutrir ceticismo sobre essas evoluções jurídicas, uma vez que o direito do reconhecimento como um todo poderia ser visto como servindo de forma indireta e subjacente para subjugar ainda mais Estados, comunidades e indivíduos marginalizados à ordem mundial dominante neoliberal, aos quais seria dada apenas a impressão de ser mais respeitado. Poderia haver uma mudança generalizada no propósito original desses instrumentos jurídicos e eles poderiam ser paradoxalmente desviados de seus propósitos com promessas de reconhecimento, promovendo realmente “formas de submissão voluntária” à ordem existente, à própria ordem que esses instrumentos deveriam redirecionar e reformar.

expressions culturelles. Premier bilan et défis juridiques, Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 255-266

⁶¹ H. RUIZ FABRI, « Conclusion à deux voix », *op. cit.*, p. 276

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.