

DIREITO PROCESSUAL E PLURALISMO. GRUPOS DESFAVORECIDOS DE PESSOAS E UMA ABORDAGEM AO PROCESSO JUDICIAL DERIVADO DO ESBULHO POSSESSÓRIO E DO DESLOCAMENTO FORÇADO. COMO RESOLVER DISPUTAS PRIVADAS (QUE NÃO ENVOLVEM O ESTADO) SOBRE A TERRA QUE ENVOLVEM MEMBROS DE GRUPOS EM DESVANTAGEM, A EXEMPLO DOS INDÍGENAS, DE UMA FORMA JUSTA E GARANTINDO O DEVIDO PROCESSO LEGAL? RELATÓRIO GERAL¹⁻²

PROCEDURAL LAW AND PLURALISM. DISADVANTAGED GROUPS OF PEOPLE AND AN APPROACH TO LITIGATION STEMMING FROM LAND DISPOSSESSION AND FORCED DISPLACEMENT. HOW TO SETTLE PRIVATE (NON-STATE) LAND DISPUTES INVOLVING MEMBERS OF INDIGENOUS AND OTHER DISADVANTAGED GROUPS IN A JUST WAY WHILE GUARANTEEING DUE PROCESS OF LAW? GENERAL REPORT

Alan Uzelac

Professor da Universidade de Zagreb, Croácia, e diretor do Departamento de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da mesma Universidade. Doutor em Direito e Ciências Sociais pela Universidade de Zagreb. Investigador convidado de numerosas universidades a nível mundial. Membro ativo da Associação Internacional de Direito Processual e da Associação Alemã para o Direito Processual Internacional.
auzelac@gmail.com

¹ Artigo recebido em 26/04/2017, sob dispensa de revisão.

² Publicado originalmente como: UZELAC, Alan. *Procedural law and pluralism. Disadvantaged groups of people and an approach to litigation stemming from land dispossession and forced displacement. How to settle private (non-state) land disputes involving members of indigenous and other disadvantaged groups in a just way while guaranteeing due process of law? General Report*. International Association of Civil Procedure (IAPL). Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Universidad Externado de Colombia. Colloquium "Procedural Law and Reconciliation" / "Reconciliación y Derecho Procesal". Bogotá, Colombia: 5 a 7 de outubro de 2016. BEJARANO, Ramiro Guzmán; CRUZ, Pablo Moreno; MEJÍA, Marcela Rodríguez. (Editores). Traduzido por Pedro Gomes de Queiroz. Doutorando e mestre em Direito Processual pela UERJ. Especialista em Direito processual Civil pela PUC-Rio. Bacharel em Direito pela PUC-Rio. Advogado.

RESUMO: O autor defende o estabelecimento, pela lei, de órgãos jurisdicionais e de procedimentos especiais para o processo e julgamento de demandas judiciais derivadas do esbulho possessório e do deslocamento forçado sofrido por povos indígenas e por outros grupos desfavorecidos, considerando as especificidades legais, culturais e linguísticas desses casos, como forma de garantir o devido processo legal e uma decisão justa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual, pluralismo, esbulho possessório, deslocamento forçado, indígenas, grupos desfavorecidos, estruturas especiais das cortes, procedimentos especiais.

ABSTRACT: The author advocates the establishment, by the law, of special courts and procedures for the prosecution and adjudication of legal claims arising from land dispossession and forced displacement suffered by indigenous peoples and other disadvantaged groups, considering the legal, cultural and linguistic specificities of these cases, as a way to guarantee the due process of law and a fair decision.

KEYWORDS: Procedural Law, pluralism, land dispossession, forced displacement, indigenous peoples, disadvantaged groups, special court structures, special proceedings.

SUMÁRIO: I. Introdução; II. Escopo e metodologia da pesquisa; Grupos desfavorecidos e indígenas incluídos nesse relatório e os antecedentes históricos e legais do esbulho possessório e do deslocamento forçado praticados contra eles; a. Observações gerais; b. Austrália; c. Noruega; d. África do Sul; e. Brasil; f. Argentina; g. Peru; h. Rússia; i. Itália; j. Grupos desfavorecidos e indígenas em outras jurisdições não cobertas por este relatório; IV. Tentativas de reverter ou de mitigar os efeitos dos esbulhos possessórios e dos deslocamentos forçados: legislação e políticas que reconhecem a injustiça e se destinam a saná-la; a. Tipologia geral de situações relacionadas ao esbulho possessório e ao deslocamento forçado; Políticas direcionadas ao esbulho possessório nas jurisdições analisadas. V. O processo judicial como uma ferramenta para corrigir injustiças do passado em relação ao esbulho possessório e ao deslocamento forçado; a. Cortes civis e suas decisões como catalisadores de mudança; b. Estruturas de cortes e procedimentos especiais; c. Direito

internacional e tribunais internacionais e seu impacto nos processos judiciais relacionados ao direito à terra dos povos indígenas e de outros grupos desfavorecidos; d. Processos civis regulares sobre esbulho possessório e expulsão de grupos desfavorecidos; VI. Conclusões: o papel do processo judicial em resolver disputas complexas sobre a terra, e como aumentar a efetividade e a acessibilidade aos processos judiciais; Anexo 1: Questionário para os relatores nacionais; Anexo 2: Literatura e fontes.

I. Introdução

Os conflitos e as injustiças do passado formaram as controvérsias presentes de muitos países. As nações-Estado que experimentaram um passado colonial, e as sociedades pós-guerra nas quais um grande grupo de pessoas experimentou um período traumático de privação coletiva, esbulho possessório, expulsões e deslocamento, ainda enfrentam um difícil desafio - o desafio da restauração coletiva e individual da paz e da justiça. O desafio maior é alcançar estabilidade através de um processo de reconciliação, mas apesar de poder haver um consenso político sobre o objetivo geral, a verdadeira questão reside na seleção de ferramentas apropriadas e de métodos para alcançá-lo.

Pode o Direito Processual contribuir para os objetivos de conciliação? O processo legal, a exemplo do processo judicial, que tem sido tradicionalmente usado como método padrão e subsidiário para resolver as disputas individuais, é capaz de enfrentar, de forma bem sucedida, problemas difíceis decorrentes de uma história sistemática e persistente de discriminação e de opressão que agora precisa ser remediada e neutralizada? Os membros dos grupos desfavorecidos, como os povos indígenas cujos direitos básicos à posse de suas terras nativas e casas foram sistematicamente negados, podem alcançar proteção legal efetiva através dos procedimentos convencionais das cortes? Deveriam os meios convencionais de litigância ser suplementados por estruturas institucionais especiais, procedimentos especiais ou por regras especiais adaptados aos requisitos especiais dos litígios decorrentes da deposição de terras e do deslocamento forçado de grandes grupos de pessoas? Essas difíceis questões são a razão e o tema essencial deste relatório geral.

A tarefa atribuída aos relatores nacionais procurou abordar um território não mapeado do processo civil comparado. Enquanto o processo coletivo e os procedimentos

civis multipartes começaram a ganhar considerável atenção global entre os estudiosos na última década, muito pouco, se algo dessa discussão lida com questões cobertas por este relatório geral. Para o Direito Processual Civil Comparado, a correção de injustiças do passado para grupos desfavorecidos foi largamente uma não questão, um assunto que, se de qualquer modo relevante, passou abaixo do radar. Por outro lado, um significativo corpo de literatura produzido por estudiosos, ONG's e organizações internacionais sobre as questões da restituição de terras para populações indígenas e da restauração do direito à moradia, à terra e à propriedade para membros de grupos desfavorecidos, geralmente tem pouca ou nenhuma relevância para o Processo Civil. As principais perspectivas abordadas são as da antropologia, das políticas governamentais, do combate internacional à pobreza e à discriminação, dos direitos humanos e dos estudos sócio-econômicos. Lidar com a forma pela qual essas políticas afetam os procedimentos judiciais foi e ainda é uma rara perspectiva.

As palavras-chave usadas nesse relatório geral também foram uma parte da tarefa atribuída aos relatores nacionais pelos organizadores da conferência da IAPL de Bogotá. Elas são indicadas no título, e elas combinam vários aspectos do assunto, que podem ser especialmente interessantes para a audiência colombiana e para a audiência sul-americana como um todo. Vindo de uma parte diferente do mundo, eu gostaria de iniciar com uma explicação do meu entendimento dessas palavras-chave, de modo a facilitar a compreensão da estrutura e composição deste relatório geral.

“Direito processual e pluralismo”: o Direito Processual Civil convencional é o reino da resolução de disputas entre indivíduos supostamente iguais e racionais no contexto de sociedades governadas por regras jurídicas relativamente homogêneas, que operam no interior de uma tradição legal. Além disso, na linguagem aristotélica, o processo civil clássico está preocupado com "justiça comutativa" (*iustitia commutativa*), e não com a "justiça distributiva" (*iustitia distributive*), sem falar da "justiça corretiva" (*iustitia correctiva, aequitas*). Se existe um elemento de pluralismo - como pluralismo de percepções da lei, culturas, tradições e crenças, status social e étnico e riqueza econômica - este elemento é geralmente susceptível de ser intencionalmente desconsiderado por tribunais e juízes, que tendem a fingir que todos os elementos com exceção daqueles estritamente especificados nas normas legais aplicáveis não existem de forma alguma. Nessa medida, parar de fingir que o pluralismo de leis, tradições, culturas e crenças não existe e tomá-lo como um elemento

relevante para a tomada de decisão em processos judiciais individuais e coletivos muda significativamente a filosofia do processo civil.

O pluralismo político é um desafio difícil para o Direito Processual, porque ele pode contestar alguns dos postulados básicos do processo legal - direitos iguais das partes e a estrita neutralidade em relação aos litigantes. Portanto, a palavra-chave "devido processo" indicada no subtítulo. O dilema subjacente é se a resolução judicial individual de conflitos que surge de relações individuais, mas conectada a políticas públicas de restituição e reconciliação, também conhecidas como políticas de justiça restaurativa, pode manter as garantias fundamentais do processo contidas na noção de devido processo legal. Esse dilema surge especialmente se as garantias do devido processo legal levam a resultados que são incompatíveis com as políticas públicas advogadas nos mais altos níveis políticos.

Finalmente, as palavras-chave “grupos desfavorecidos”, “povos indígenas” e “esbulho possessório de terra e deslocamento forçado”: todas essas noções indicadas no título servem para delimitar um tema potencialmente vasto e o conectam a exemplos concretos em diferentes jurisdições em todo o mundo. Seu entendimento e definição serão explicados no próximo capítulo.

II. Escopo e metodologia da pesquisa

Esse relatório é baseado em várias fontes. Escrito como um relatório geral para o seminário da IAPL, ele é primariamente baseado no conhecimento compilado dos relatórios de vários especialistas chave que contribuíram com as perspectivas nacionais das jurisdições selecionadas. Fontes secundárias foram livros, artigos e relatórios de organizações internacionais escritos sobre assuntos ligados às experiências nacionais com esbulhos possessórios de terras e deslocamentos forçados (entretanto, como já dito, elas raramente enfrentam questões relacionadas à litigância privada).

De acordo com o Princípio Anna Karenina, famílias felizes são todas iguais – mas cada família infeliz é infeliz do seu próprio jeito. O mesmo se aplica a episódios infelizes nos quais colonizadores ou vencedores de guerras esbulharam e deslocaram grandes grupos de pessoas. Cada episódio desse tipo mereceria um estudo de caso em separado. Mas o formato desse relatório e as limitações de tempo e espaço determinaram uma abordagem

seletiva. Os relatores nacionais cobriram somente um limitado número de jurisdições, selecionadas para serem ilustrações de situações específicas de áreas bem diferentes do mundo. Embora parcial e limitada, eu espero que esta seleção ainda dê uma boa visão geral dos destaques e contrastes, e que ela inclua experiências de algumas das jurisdições mais importantes para as principais questões cobertas por este relatório.

Algumas poucas palavras adicionais sobre os critérios para a seleção dos relatores nacionais e jurisdições cobertas.

Em primeiro lugar, os relatores nacionais foram selecionados dentre especialistas em processo civil, e não dentre especialistas em esbulho possessório de terras e deslocamento forçado. Isso foi feito em razão do desejo de colocar na vanguarda a perspectiva do processo civil, e a análise de sua reação e transformação quando usado como uma ferramenta para os altos objetivos sociais de reconciliação e restauração para a injustiça do passado.

Em segundo lugar, os relatórios tiveram que focar as questões mais antigas e complexas relacionadas às experiências dos povos indígenas que sofreram a mais intensa e duradoura denegação de direitos e privação de bens essenciais, tais como terra e moradia. Outros grupos desfavorecidos – embora suas experiências possam ser também muito interessantes e relevantes – foram apenas um secundário e incidental alvo de pesquisa. Entretanto, como eu venho de uma região da ex-Iugoslávia que recentemente experimentou deslocamentos, expulsões e esbulho de terra, parte dessa experiência também é incorporada nesse relatório.

Em terceiro lugar, como esse relatório comparativo foi escrito para ser apresentado para uma audiência predominantemente colombiana que tem um conhecimento muito mais completo e detalhado da situação local do que este autor, uma decisão consciente foi tomada de não incluir a Colômbia e os detalhes já conhecidos por esta audiência, mas de apresentar à audiência colombiana as experiências de outros cantos do mundo.

Consequentemente, na preparação desse relatório, oito relatórios nacionais foram coletados. Eles cobrem as seguintes jurisdições:

- Austrália, pelo Professor David Bamford (Flinders Law School, Flinders University, Adelaide);

- Argentina, pelos Professores Eduardo Oteiza e Francisco Verbic (Ciencias Juridicas e Sociales, Universidade Nacional de La Plata);
- Brasil, pela Professora Teresa Arruda Alvim Wambier (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo);
- Itália, pela Professora Elisabetta Silvestri (Departamento de Jurisprudência, Universidade de Pávia);
- Noruega pelo Professor Magne Strandberg (Det juridiske fakultet, Universidade de Bergen);
- Peru, pelo Professor Christian Alex Delgado Suárez (Pontifícia Universidade Católica do Peru, Lima);
- Rússia, pelo Professor Dmitry Maleshin (Departamento de Direito, Universidade Estatal de Moscou Lomonosov); e
- África do Sul, por Rashri Baboolal-Frank (Conferencista no Departamento de Direito Processual, Universidade de Pretória).

Embora a série de relatórios coletados contenha exemplos de cinco continentes (América do Sul, Europa, Ásia, África e Austrália), ela não é, de nenhuma forma, exaustiva. Muitos outros exemplos foram deixados de fora. Algo da literatura relevante sobre outras jurisdições (tal como Canadá, Romênia, México, e os Estados Unidos) foi consultado e está contido na lista de literatura relevante e fontes no Anexo II. De qualquer forma, este relatório não pretende ser exaustivo, mas levantar algumas questões importantes relacionadas aos esforços globais para restaurar a justiça através do processo judicial após conflitos que levaram a esbulhos possessórios e deslocamentos em larga escala de grupos particulares da população.

A base para os relatórios submetidos pelos relatores nacionais foi um questionário (anexo I) que solicitou comentários sobre os seguintes assuntos:

1. Indígenas e outros grupos desfavorecidos que sofreram esbulho possessório de terras e deslocamento forçado (sua definição e relação com a população em geral);

2. Sistema jurídico e contexto em que os esbulhos possessórios e as expulsões ocorreram no passado, e a situação atual (incluindo sistema jurídico) que é a base para a restituição de propriedade/posse que foram retiradas;
3. Jurisdição para ações atuais de restituição, com uma ênfase especial na divisão de trabalho entre os ramos judicial e executivo do governo, e a especialização destes corpos para determinadas ações de povos indígenas;
4. Detalhes de procedimentos nacionais judiciais e administrativos destinados a enfrentar os problemas do esbulho possessório de terras e do deslocamento forçado, e uma descrição de casos-guia de ações de restituição;
5. Papel e influência das fontes de Direito internacional e dos tribunais internacionais;
6. Natureza dos direitos que as populações indígenas e outros membros de grupos desfavorecidos tiveram sobre a terra; e
7. Efetividade e justiça dos procedimentos de restituição disponíveis, incluindo a importância do seu uso, a disponibilidade de remédios adequados, duração dos procedimentos e acesso às cortes e aos demais tribunais.

Os relatores nacionais também foram convidados a dar sua opinião e a avaliar a situação presente e os possíveis desenvolvimentos futuros de ações oriundas de esbulho possessório, expulsões e deslocamentos forçados de grandes grupos de populações indígenas.

III. Grupos desfavorecidos e indígenas incluídos neste relatório e os antecedentes históricos e legais de seu esbulho possessório e deslocamento

a. Observações gerais

A história das modernas sociedades industriais se baseia, ao menos em parte, em expulsões em larga escala. Como arguido por Fay e James, o esbulho possessório de terras é uma das questões centrais para a criação do capitalismo moderno³. Essa foi uma característica que acompanhou a expansão colonial, e em muitas instâncias ela facilitou a conversão de antigas formas de uso coletivo e posse da terra para novas formas de uso da terra baseadas na propriedade privada e economia de mercado. Entretanto, os períodos históricos, formas e circunstâncias do esbulho possessório de terras não podem ser reduzidos ao denominador comum do passado colonial. Esbulhos possessórios em larga escala ocorreram, sob regime socialista, nos países do Bloco Oriental, e grandes migrações e deslocamentos forçados de enormes grupos de pessoas também acompanharam guerras e conflitos armados do passado e do presente. Esbulhos possessórios e expulsões, desta vez por outros motivos, continuaram no período de transição nos países pós-comunistas, até a presente data.

Uma lista completa de países e territórios que merecem atenção da perspectiva do assunto desse relatório seria bem longa, e precisaria de constante atualização. Uma das relativamente novas pesquisas sobre os mais importantes padrões internacionais, regionais e nacionais e as decisões judiciais dirigidas aos problemas atuais de restituição de terras e propriedade relacionados aos refugiados a às pessoas deslocadas, publicadas pelo diretor executivo de uma das mais importantes ONG's globais para questões de direitos à moradia e expulsões (COHRE)⁴, lista documentos relacionados a aproximadamente cinquenta países e territórios. Mesmo não exaustiva, aqui está a lista alfabética que pode ser compilada desta e de outras fontes: Abecásia, Afeganistão, Albânia, Argélia, Angola, Armênia, Azerbaijão, Butão, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Burundi, Camboja, Colômbia, República Democrática do Congo, Croácia, Chipre, República Tcheca, Timor Leste, Estônia, Geórgia, Alemanha, Índia, Irã, Israel, Kosovo, Kuwait, Libéria, Lituânia, México, Oriente Médio, Moçambique, Myanmar (Birmânia), Oriente Próximo, Palestina, Polônia, Peru, România,

³ Cf. FAY, Derick e JAMES, Deborah (eds.). *The rights and wrongs of Land Restitution. Restoring What Was Ours*. Routledge-Cavendish, Oxon, 2009, p. 1.

⁴ LECKIE, Scott (ed.). *Housing, Land and Property Restitution Rights of Refugees and Displaced Persons. Laws, Cases and Materials*. Cambridge, 2007. Cf., ainda, LECKIE, Scott; HUGGINGS, Chris. *Conflicts and Housing, Land and Property Rights. A handbook on Issues, Frameworks, and Solutions*. Cambridge University Press, 2011.

Federação Russa, Ruanda, África do Sul, Sudão, Síria, Tadjiquistão, Turquia, Uganda, Vietnã, antiga Iugoslávia e Zâmbia.

Os exemplos específicos de esbulho possessório e de esforços de restituição incluídos nesse relatório são muito menos numerosos e em parte se referem às melhores práticas para se lidar com injustiças do passado que se provaram suficientemente. Que se revelaram suficientemente eficazes para satisfazer qualquer necessidade de atenção e intervenção internacional em relação aos direitos humanos.

b. Austrália

A forma como a Austrália lida com as suas populações indígenas é talvez o melhor exemplo de uma política de restituição abrangente e efetiva que muito pouco monitoramento e engajamento internacional tem sido necessário hoje em dia.

Os grupos indígenas na Austrália se referem a dois grupos distintos – a população aborígene da terra principal da Austrália e da Tasmânia, e os ilhéus do Estreito de Torres do grupo de ilhas localizadas dentro e em torno do estreito que separa Papua-Nova Guiné da Austrália⁵. A definição desses dois grupos como povos indígenas foi adotada pelo governo na década de 1980⁶, e foi depois reconhecido pela jurisprudência das cortes superiores⁷. Em 2011, esses grupos indígenas totalizavam aproximadamente 3% (ou aproximadamente 669.000 pessoas) da população nacional.

A história do esbulho possessório e do deslocamento das populações indígenas da Austrália remonta ao início da ocupação permanente dos brancos em 1788. Os povos indígenas foram efetivamente retirados da maioria de suas terras por colonizadores brancos. Os governos coloniais desempenharam um papel ambíguo, em parte permitindo conflitos violentos e massacres de povos indígenas, em parte adotando políticas formais de “proteção” deles, impondo um sistema de “protetorado” no qual funcionários públicos eram indicados

⁵ BAMFORD, David. *Relatório Nacional Austrália. (RN Austrália)*, at 1, p. 1.

⁶ GARDINER-GARDEN. *The Definition of Aboriginality: Research Note 18*, 2000-01 (2000) Parliament of Austrália, 2000, 2. In: BAMFORD, David. *Relatório Nacional Austrália. (RN Austrália)*, at 1, p. 1, *Ibidem*.

⁷ Cf. *Mabo v. Queensland (n.º 2)*, High Court of Austrália (1992) 175 Commonwealth Law Reports I, 70 (Brennan J).

como guardiões e controladores de grupos indígenas, que foram deslocados para terras do governo designadas como reservas, onde eles eram submetidos a um controle quase total⁸.

Como arguido pelo Professor Bamford:

A combinação de Darwinismo social e teorias raciais levou, nos primeiros anos do século XX, à crença difusa de que povos de ascendência puramente indígena não sobreviveriam e que uma crescente população mestiça precisava ser separada deles para que pudesse se beneficiar da “civilização”. Essa história da separação forçada dessas crianças de seus pais continuou até a década de 1960, com consequências devastadoras para muitas famílias e crianças⁹.

O fundamento jurídico para o esbulho possessório das populações indígenas foi o princípio prevalecente no *Common Law* de que a terra colonizada era *terra nullius* – propriedade de ninguém ou terra desabitada. Uma vez que um país desabitado é descoberto e colonizado por sujeitos ingleses, as leis inglesas estão imediatamente em vigor lá¹⁰. Mas, como descrito no próximo capítulo (veja infra em IV, b), nos últimos cinquenta anos as cortes Austrálicas vêm reconhecendo os direitos dos nativos, mesmo ao custo de abandonar princípios bem estabelecidos da *Common Law*.

c. Noruega

Outro exemplo de relacionamento bem sucedido com o passado pode ser encontrado na Noruega. Nesse país, o grupo indígena oficialmente reconhecido que sofreu com esbulhos possessórios no passado é o povo Sami um grupo indígena de pessoas de origem Fino-Úgrica que habita a área do Ártico. Eles são o povo indígena mais ao norte da Europa e do mundo. Na Noruega, os Sami habitam, principalmente a área da Finamarca, no norte do país. Outro grupo similar, mas não reconhecido oficialmente como indígenas, são os Kvens - um povo de origem finlandesa no norte da Noruega¹¹.

⁸ Cf. a declaração de 1997 da Comissão de Direitos Humanos e de Igualdade de Oportunidade. In: BAMFORD, David. *Relatório Nacional Austrália. (RN Austrália)*, at II, p. 2.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ De acordo com William Blackstone em seu Comentários sobre as Leis da Inglaterra de 1765.

¹¹ Cf. STRANDBERG, Magne. *Relatório Nacional Noruega. (RN Noruega)*, at 1, p. 1.

A exata população Sami não é exatamente conhecida, mas na Noruega eles totalizam de 50.000 a 65.000 pessoas, o que constitui aproximadamente 1% do total da população atual da Noruega.

A história do relacionamento entre a população Sami e o restante da população norueguesa é descrito por Magne Strandberg como "altamente complexa"¹². Políticas oficiais norueguesas da década de 1850 em diante encorajaram a assimilação da população Sami. Isso foi acompanhado pelo esbulho possessório de partes das terras dos Sami por autoridades norueguesas e colonizadores noruegueses. Em particular, no período 1900-1940, a Noruega investiu consideráveis recursos financeiros e esforços para eliminar a cultura Sami¹³. A situação somente começou a mudar a partir das décadas de 1970 e 1980, e, desde então, a identidade Sami tem sido reconhecida, e seu direito à terra afirmado.

d. África do Sul

Na África do Sul, grupos indígenas incluem várias tribos etnicamente nômades que se originaram dentro da África do Sul, tais como a tribo Khoe-San e outras tribos que são governadas por direito costumeiro. Embora não exista mais clareza sobre a exata definição de grupos indígenas, essa noção se refere principalmente a povos negros indígenas para a África do Sul, àqueles que nutrem liderança tribal tradicional e têm estruturas tradicionais tribais¹⁴. Nesse sentido, as populações indígenas totalizam pouco mais de um por cento do número total de sul-africanos¹⁵.

Entretanto, em razão das políticas do Apartheid, a noção de grupos desfavorecidos costumava ser mais ampla, já que a população não branca constitui a grande maioria entre os 54 milhões de habitantes da África do Sul. De acordo com estatísticas de 2014, a população da África do Sul é 80,2% negra, 8,8% mestiça, 2,5% indiana e asiática, e 8,4% branca. Legalmente, todos aqueles que sofreram discriminação em razão de leis do passado

¹² Op. cit., at II, p. 2.

¹³ Cf. *Ibidem*.

¹⁴ Cf. BABOOLAL-FRANK, Rashri. Relatório Nacional África do Sul (RN África do Sul), at I, p. 1.

¹⁵ Cf. informações do International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA). In: *Ibidem*.

são considerados membros de grupos desfavorecidos que, em princípio, têm direito à restituição de terras¹⁶.

Historicamente, até 1994, quando a África do Sul se tornou uma democracia constitucional, políticas de segregação racial de vários grupos étnicos (também conhecidas como apartheid) vigoravam. Desde 1913, pessoas negras eram impedidas de ter a propriedade de terras¹⁷. Pessoas de diferentes raças eram segregadas, isto é, elas eram exigidas a viver em diferentes áreas e comunidades. Se o governo do apartheid decidisse modificar as áreas designadas, os membros dos grupos discriminados perdiam as suas propriedades¹⁸. Várias leis que foram promulgadas durante a era do apartheid aplicaram princípios de segregação, e tiveram impacto no esbulho possessório e no deslocamento de grupos raciais e étnicos discriminados¹⁹.

e. Brasil

A população indígena brasileira compreende, de acordo com dados oficiais, 305 grupos étnicos indígenas diferentes que falam mais de 274 línguas diferentes (além disso, 17,5% da população indígena não fala português como sua língua oficial)²⁰. No total, o número de indígenas é de 900.000, o que corresponde a aproximadamente meio por cento (0,47%) da população nacional. Alguns dos povos indígenas que vivem na Amazônia brasileira estão, ainda hoje, quase totalmente isolados do resto do país e seu número e

¹⁶ Veja o preâmbulo do *Restitution of Land Rights Act* 22 de 1994.

¹⁷ Cf. KLOPPERS, HJ, e PIENAAR, GJ. *The Historical Context of Land Reform in África do Sul and Early Policies*. PER 2014 (17) 2680. In: *Ibidem*. Cf., ainda, *Natives' (Black) Land Act n.º 27 of 19 June 1913* que impediu as pessoas negras de serem proprietárias ou arrendatárias de terras fora das reservas. Disponível em: <<http://www.sahistory.org.za/politics-and-society/apartheid/legislation-1850-1970s>>. De acordo com o *Natives' Land Act*, apenas 8% da terra foi destinado para a ocupação negra.

¹⁸ Ver, para este efeito, *Group Areas Act n.º 41* de 1950.

¹⁹ Veja-se, *inter alia*: *Durban Land Alienation Ordinance*, n.º 14 de 1922 (proibindo a propriedade de imóveis aos indianos nas áreas brancas designadas; *Nativos (Áreas urbanas) Act No 18* de 1936 (regulando o número de africanos em áreas urbanas); *Development Trust and Land Act of 1936* (expandindo as reservas para 6% da terra na África do Sul e autorizando a eliminação de "Pontos Negros", i. e. de terra de propriedade de negros cercada por terras de propriedade de brancos); *Native Trust and Land Act de 1936* (formalizando a segregação das áreas urbanas brancas das áreas urbanas negras); *Bantu Authorities Act 68* de 1951 (proibindo permanentemente a população negra de residir em áreas urbanas brancas); *Prevention of Illegal Squatting Act No 19* de 1954 (autorizando a polícia a "remover africanos de qualquer área dentro ou próxima do distrito magisterial de Johannesburg"); *Bantu Homelands Citizens Act de 1970* (desqualificando a população negra para obter a nacionalidade sul-africana); *Black (Urban Areas) Amendment Act No 97* de 1978 (introduzindo um arrendamento de 99 anos de modo que a propriedade plena não pudesse ser adquirida).

²⁰ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Relatório Nacional Brasil* (RN Brasil). Cf., também: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-nos-brasil/quem-sao>>.

costumes são largamente indeterminados e, portanto, não estão incluídos em pesquisas estatísticas.

A população indígena foi sistematicamente esbulhada de suas terras desde o início da colonização portuguesa no Brasil. Durante o período colonial, Portugal realmente declarou guerra a alguns grupos indígenas. Nesse período, mais de dois milhões de pessoas foram mortas e muitos foram submetidos a condições análogas as de escravo. Mais tarde, a principal política do governo foi a "integrar" os povos indígenas à "civilização" o que efetivamente significou motivá-los a abandonar suas tradições e costumes que eram vistos como primitivos²¹. O Código Civil Brasileiro²² espelhou essa atitude prevendo que os nativos da América do Sul eram "relativamente incompetentes" para a prática dos atos da vida civil (celebrar contratos, etc) até que eles tivessem se adaptado à civilização do país²³.

Além das populações indígenas, existem outros dois grupos desfavorecidos que estavam envolvidos em controvérsias em relação ao esbulho possessório e expulsões forçadas. Um é composto por pequenos produtores rurais que se tornaram sem-terra em razão da expansão de grandes fazendas na segunda metade do século XX. Sua perda de propriedade da terra gerou um movimento sócio político denominado MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra), que promove a reforma agrária. Outro grupo é constituído por habitantes sem teto das cidades que, em razão de dificuldades econômicas e desemprego, vivem em acampamentos-ocupação e favelas, que são irregulares e, em grande parte, ilegais, já que eles ocupam propriedade pública e privada nas cidades. De acordo com dados oficiais²⁴, aproximadamente 6% da população (11,4 milhões de pessoas) vivem em "aglomerações subnormais", sob constante ameaça de sofrerem esbulho possessório.

f. Argentina

²¹ Idem, *ibidem*, p. 11.

²² Lei federal n.º 3.071, 01 de janeiro de 1916.

²³ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Relatório Nacional Brasil* (RN Brasil). Op. cit. De acordo com a lei de terras de 1850, as terras no Brasil somente poderiam ser ocupadas por aqueles que as compraram ou que receberam a autorização do rei. Além disso, pela mesma lei, todas as terras se tornaram propriedade do Estado que poderia vendê-las por leilão.

²⁴ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Relatório Nacional Brasil* (RN Brasil). *Ibidem*. Citando informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A população indígena na Argentina compreende cerca de um milhão de habitantes (955.032 de 43 milhões de habitantes em 2010). Ela é composta por 32 diferentes grupos étnicos. De acordo com informações de um registro nacional, existem 1359 comunidades indígenas. Similarmente ao que ocorre em outros países latino americanos, a população indígena, em grande parte, pertence a grupos sociais particularmente vulneráveis que costumavam ser discriminados no passado e que atualmente experimentam problemas com habitação adequada e posse de terras²⁵. A primeira constituição argentina, promulgada em 1853, se referiu aos povos indígenas como “índios” e promoveu a sua conversão ao catolicismo²⁶.

Os povos indígenas constituem apenas parte da população argentina que vive na extrema pobreza (estimada em aproximadamente dois milhões de habitantes da Argentina). Além disso, algumas fontes estimam que cerca de 11 milhões de pessoas na Argentina experimentam problemas de habitação, e que cerca de meio milhão vivem em ocupações (*Villas miseria*)²⁷.

g. Peru

O Peru também tem uma considerável população indígena. Estatísticas nacionais para 2009 listam 173.000 homens indígenas e 159.000 mulheres indígenas. Entre as tribos indígenas, as maiores são os *Asháninkas* e os *Aguaruna*. Eles também compartilham a história de outras comunidades indígenas sul-americanas, tendo sofrido esbulho possessório e deslocamento forçado no passado. Como destacado pelo relator nacional, desde o início da colonização espanhola, os povos indígenas foram sistematicamente aniquilados, escravizados ou deslocados de suas terras, resultando na transformação do Peru em um país completamente dominado pelos descendentes dos colonos europeus²⁸.

Uma significativa parte dos esbulhos possessórios e deslocamentos, em particular relacionados a comunidades que vivem na área peruana dos Andes, foram relativamente

²⁵ Cf. OTEIZA, Eduardo; VERBIC, Francisco. *Relatório Nacional Argentina*. (RN Argentina), p. 2.

²⁶ Cf. art. 67, §15.

²⁷ Cf. ROLNIK, Raquel. report, A/HRC/19/53/Add. 1, 2011. In: OTEIZA, Eduardo; VERBIC, Francisco. *Relatório Nacional Argentina*. (RN Argentina), p. 2.

²⁸ DELGADO, Christian. *Relatório Nacional Peru*. (RN Peru), II, p. 2.

recentes e estão relacionados à situação de conflitos armados e terrorismo entre 1985 e 2001, quando, de acordo com o Professor Delgado, o deslocamento dos povos indígenas foi o único meio para eles sobreviverem em meio aos conflitos entre o exército e grupos guerrilheiros como o Sendero Luminoso e o Túpac Amaru. O resultado foi um grande deslocamento interno (e em parte externo) além das fronteiras de suas terras e territórios nativos.

Após o fim dos conflitos armados, o retorno aos territórios indígenas foi impedido pelas políticas econômicas que deram aos investidores estrangeiros (em particular: companhias de mineração e energia) largos direitos de explorar recursos naturais nas terras indígenas.

h. Rússia

A Rússia é um dos países mais etnicamente diversos no mundo. Entretanto, a legislação russa somente reconhece como povos indígenas os assim chamados “povos indígenas numericamente pequenos”, isto é, comunidades étnicas que vivem em territórios tradicionalmente habitados por seus ancestrais, mantêm um modo de vida tradicional e tem uma população inferior a 50.000 pessoas²⁹. Existem oficialmente 46 grupos tradicionais desse tipo, variando de menos de 300 membros a mais de 40.000 pessoas. No total, esses grupos compreendem 244.000 pessoas em 28 unidades administrativas, principalmente no norte, na Sibéria e o extremo oriente da Rússia³⁰.

Os problemas das populações indígenas na Rússia têm sido similares àqueles experimentados pelas comunidades indígenas nos países escandinavos. Na era czarista, o “Regulamento da População Indígena” de 1822 reconheceu as comunidades indígenas e até proibiu os russos de se estabelecer nos territórios dos povos indígenas sem a permissão de seus líderes. Entretanto, as comunidades indígenas ainda sofriam muitos efeitos da “colonização, conflitos militares, perda de autonomia e terras, e taxaço pesada”³¹. Depois

²⁹ MALESHIN, Dimitry. Relatório Nacional Rússia. (RN Rússia), p. r.

³⁰ Cf. UN Special Rapporteur CR Rússia, p. 5. Algumas comunidades étnicas que formalmente não satisfazem as condições para “povos indígenas pouco numerosos” em razão de um tamanho maior (e. g. Altai Kezhi na República Altai) compartilham características similares com os grupos indígenas reconhecidos.

³¹ *Ibidem*.

de 1917, a revolução Socialista trouxe experiências ainda mais traumáticas para as populações indígenas na Rússia:

[Apesar] dos líderes soviéticos serem conhecidos por terem orgulho da diversidade étnica e cultural da União Soviética (...) as estruturas de liderança e as comunidades indígenas, sua religião, direito costumeiro e medicina tradicional, e sua capacidade de resistência própria e de subsistência econômica construídos ao longo de centenas de anos foram radicalmente afetados pela administração paternalista e intrusiva e pelo controle, integração forçada, e pela coletivização, durante o comunismo³².

A situação dos povos indígenas não melhorou muito durante a *Perestroyka*. Ao contrário, como relatado pelo relator especial da ONU, James Anaya, eles estavam em uma situação particularmente vulnerável, já que as comunidades indígenas "experimentaram algo como um vácuo organizacional, na falta da antiga estrutura imposta pelo governo comunista, sendo ainda incapazes de moldar ou de definir seu novo papel em uma atmosfera que mudava de forma dramática". Tudo isso levou a um alto desemprego, pobreza e alcoolismo nas comunidades indígenas³³.

i. Itália

Como um exemplo de uma jurisdição que atualmente não possui uma população indígena, mas que, não obstante, tem questões com esbulhos possessórios e expulsões, esse relatório inclui informações providas pela relatora italiana Elisabetta Silvestri. De fato, como ela afirma, "a possibilidade de identificar italianos indígenas provavelmente terminou ao tempo da Roma Antiga"³⁴. Entretanto, a Itália tem um certo número de minorias nacionais, e, particularmente, em tempos recentes, ela tem sido submetida a imigração massiva do Norte da África, Europa Oriental e América do Sul.

As questões sobre esbulho possessório de terras e expulsões na Itália, entretanto, não nascem de uma específica posição ou discriminação de nenhuma minoria em particular, mas acontecem em relação a todos os membros de grupos desfavorecidos em razão da persistente e progressiva crise econômica. As expulsões afetam um grande número de pessoas, e esse

³² Cf. UN Special Rapporteur CR Rússia, *Ibidem*, pp. 5-6.

³³ Cf. *Ibidem*, p. 6.

³⁴ SILVESTRI, Elisabetta. *Relatório Nacional Itália*. (RN Itália), p. 2.

número está crescendo: enquanto, em 2005, existia uma família expulsa para cada 515 famílias, em 2014 a taxa oficial cresceu para uma a cada 334. A causa da expulsão, em 89,3% dos casos é o não pagamento do aluguel³⁵. A base legal das expulsões são procedimentos ordinários ou sumários iniciados por proprietários para despejar locatários. Em menor extensão, esbulho possessório e expulsão é baseada em provisões relativas à expropriação, quando a autoridade executiva exercita o seu poder de domínio eminente (*espropriazione per pubblica utilità*).

Nesse relatório, o exemplo italiano será usado como um indicador de problemas que acompanham os litígios relacionados a esbulhos possessórios e expulsões da terra de larga escala, desconectados de questões especiais adicionais relacionadas a um grupo particular. Alguns desses problemas causaram a reação de tribunais internacionais, tal como o encontro de violações de direitos humanos pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

j. Grupos desfavorecidos e indígenas em outras jurisdições não cobertas por este relatório

Muitos outros grupos indígenas e desfavorecidos poderiam e deveriam ser incluídos nesse relatório. Entretanto, em razão de limitações de espaço e tempo, uma seleção estreita teve que ser feita. Para uma futura continuação e expansão deste relatório pode ser necessário expandir e a lista e os exemplos dados aqui. Aqui estão apenas alguns poucos desses exemplos de grupos indígenas e desfavorecidos que têm sofrido com esbulho possessório ou com deslocamento forçado que, infelizmente, tiveram que ser deixados de fora:

- Ancestrais dos Inuit que imigraram para Labrador no norte do Canadá a cerca de 1000 anos atrás³⁶.

- Árabes beduínos cidadãos de Israel, habitantes do Deserto de Naqab (Negev), que têm habitado este território desde o século XVII³⁷;

³⁵ SILVESTRI, Elisabetta. *Relatório Nacional Itália*. (RN Itália). Op. cit., at VII.

³⁶ PLAICE, Evie. *Identity politics and the Canadian land claims process in Labrador*, in FAY, Derick and JAMES, Deborah (eds.). *The Rights and Wrongs of Land Restitution. Restoring What Was Ours*. Roulledge-Cavendish, Oxon, 2009, p. 67-84.

³⁷ Cf. ADALAH - *Legal Center for Arab Minority Rights in Israel*. "Demolition and Eviction of Bedouin Citizens of Israel in the Naqab (Negev) - The Praver plan", 2013.

- Nativos americanos nos Estados Unidos, que ainda causam raiva por suas reivindicações por terras e pedem "reservas e mais reservas"³⁸;
- Fazendeiros tribais em Andhra Pradesh, Índia cuja terra foi submetida a aquisição forçada para zonas econômicas especiais³⁹;
- Rarámuri e outros grupos indígenas no norte do México, em particular na Sierra Tarahumara no Estado de Chihuahua⁴⁰;
- Populações pertencentes a, ao menos, três ondas de imigração histórica no Timor Leste, com reivindicações sobrepostas de títulos de terra e posse⁴¹;
- Vítimas de complicadas questões de habitação e propriedade relacionadas ao conflito da Geórgia e da Ossétia⁴²;
- Povo Rohingya e outros povos internamente deslocados e refugiados de Burma (Mianmar), cuja terra foi confiscada pelo *Tatmadaw* (Exército)⁴³;

³⁸ BLANCKE, Brian. We'll never give in to the Indians: Opposition to restitution in New York State, in FAY, Derrick and JAMES, Deborah (eds.). *The Rights and Wrongs of Land Restitution. Restoring What Was Ours*. Routledge-Cavendish, Oxon, 2009, p. 235.

³⁹ RAMACHANDRAIAH, C.; VENKATESWARLU, A., Dispossessing Tribals and the Poor from Lands: Land Laws and Administration in Andhra Pradesh, India, Report Submitted to the IS Academy Land Governance at Utrecht University, The Netherlands, 2011. Disponível em: <http://www.landgovernance.org/assets/2014/07/India_Andhra-Pradesh_CESS.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

⁴⁰ ALCALDE, Horacio Almanza. Land Dispossession and Juridical Land Disputes of Indigenous Peoples in Northern Mexico: A Structural Domination Approach, diss. (University of East Anglia), 2014, <https://ueaeprints.uea.ac.uk/48039/> (Alcalde 2014). Sobre a situação do México, cf, também, TIEDJE, Kristina, "Que sucede con PROCEDE? The end of land restitution in rural Mexico", in: Fay & James, 2009, p. 209-234.

⁴¹ DU PLESSIS, J., "Slow Start on a Long Journey: Land Restitution Issues in East Timor, 1999–2001", in: *Returning Home: Housing and Property Restitution Rights of Refugees and Displaced Persons* – Volume 1. New York: Transnational Publishers 2003.

⁴² LECKIE, Scott. "Housing and Property Restitution Issues in the Context of Return to and Within Georgia: An International Legal Perspective", UNHCR, July 1998.

⁴³ COHRE *Country Report, Displacement and Dispossession. Forced Migration and Land Rights in Burma*, Centre on Housing Rights and Eviction (COHRE), Geneva, 2007.

- Complicados processos pós-comunistas de desnacionalização da propriedade confiscada ou nacionalizada no passado, mas também processos de privatização que afetaram negativamente segmentos de populações não privilegiadas e seu uso tradicional da terra e de recursos naturais, (e. g. as minorias étnicas Roma e Rudari na Romênia)⁴⁴;

- Povos deslocados em razão de conflitos armados continuados em muitos países do mundo, desde a Abkhazia e Nagorno Karabakh to Síria e Iraque;

IV - Tentativas de reverter ou mitigar os efeitos do esbulho possessório de terras e do deslocamento forçado: legislação e política reconhecendo a injustiça e destinadas a saná-la.

a. Geral - tipologia de situações relacionadas ao esbulho possessório de terras e às expulsões

Atualmente, muitos programas nacionais e internacionais e iniciativas tentam reverter os efeitos das injustiças do passado, reconhecer violações de direitos de indígenas e de outros grupos vulneráveis e desfavorecidos, e garantir o seu direito à terra e a casas, realizando a compensação e a restituição onde possível. Algumas organizações internacionais, como a UNHCR e a ILO, e ONG's internacionais, como a COHRE, contribuíram significativamente para o reconhecimento das violações aos direitos à terra e à habitação ao redor de todo o mundo e à necessidade de remediá-los. Como as situações nos diferentes países e em casos particulares podem variar grandemente, pelo menos quatro diferentes tipos-modelo de situação podem ser distinguidos.

O primeiro tipo relacionado ao esbulho possessório de terras e às expulsões se relaciona aos direitos dos povos indígenas que foram esbulhados principalmente durante o período da colonização. Em tempos pós-coloniais, os direitos dessas populações indígenas (incluindo direitos específicos relacionados a sua tradição e cultura) estão sendo reconhecidos e suas violações passadas estão sendo enfrentadas por uma série de medidas econômicas e políticas. Esse tipo de situação (que eu chamarei de restituição pós-colonial)

⁴⁴ DORONDEL, Stefan. “*They should be killed*’: Forest restitution, ethnic groups and patronage in post-socialist Romania”, in: Fay & James, 2009, p. 43-65.

pode ter origem remota (e. g. esbulho possessório da população aborígine da Austrália), ou pode se estender a tempos relativamente recentes, onde se mistura a outros elementos (e. g. o apartheid na África do Sul e seus efeitos sobre os direitos a terra não somente das populações indígenas, mas também da maioria não branca).

O segundo tipo se relaciona à restituição pós-conflito, onde esbulhos possessórios e expulsões são um subproduto do deslocamento forçado no contexto de guerras ou conflitos armados, algumas vezes (como na antiga Iugoslávia, Geórgia, Sudão ou Índia) unido à dissolução de estados compostos ou agendas separatistas. O pano de fundo do conflito é frequentemente conectado com os elementos étnicos, e os grupos desfavorecidos afetados frequentemente (mas nem sempre) pertencem a uma específica minoria étnica. Depois do fim dos conflitos, como uma parte das políticas de reconciliação, programas de retorno dos refugiados e de pessoas internamente deslocadas objetivou algum tipo de restituição de sua terra e direitos.

O terceiro tipo se relaciona com a transformação de economias socialistas de antigos países comunistas de volta à economia capitalista de mercado baseada na propriedade privada (também com relação à terra e à habitação). Eu chamarei este tipo de restituição de transição. Em países de transição, as questões de esbulho possessório são tipicamente duplas. Por um lado, o objeto da restituição são os direitos das pessoas, cujas propriedades foram nacionalizadas ou confiscadas ao tempo do governo comunista. Por outro lado, existem questões que surgem da transformação geral da antiga estrutura de propriedade sobre a terra e a habitação. Na transformação da propriedade estatal ou social em propriedade privada, limitações à restituição baseada na impossibilidade de restituição ou interesse público criaram complicadas questões de reparação parcial (ou de reparação para apenas alguns), que criou novos grupos desfavorecidos e um sentimento de injustiça entre aqueles que foram excluídos da compensação plena.

Finalmente, o quarto tipo é aquele que geralmente não tem base em nenhuma injustiça histórica, conflito ou transformação do sistema social ou político, mas acontece como um produto de uma crise econômica, acelerados processos de industrialização e desastres naturais de larga escala (tais como aquecimento global e níveis do mar crescentes). Esse conjunto de situações que pode ser rotulado como emergências de terra e de habitação provocadas por crises, requer uma abordagem diferente, uma que não é baseada em

restituição no sentido estrito da palavra (já que a perda de terra é o resultado da falta de sorte ou de uma ação legal legítima). Ao invés, a abordagem a emergências geradas por crises exige reformas agrária e habitacional abrangentes e esforços para prevenir ou mitigar as consequências sociais de migrações e esbulhos possessórios de larga escala, assegurando um direito humano geral a condições adequadas e dignas de vida e de meio-ambiente.

Na prática, essas quatro situações-modelo podem sobrepor-se: por exemplo, membros de populações indígenas cujos ancestrais sofreram esbulho possessório no passado podem estar envolvidos em conflitos armados que causem mais migrações forçadas, enquanto as causas do conflito podem estar conectadas a interesses econômicos subjacentes que estão forçando a industrialização e urbanização de uma área previamente rural (um cenário não muito distante das realidades de alguns territórios sul-americanos). Ou a transição em países pós-comunistas pode estar acompanhada de conflitos armados, dissolução de Estados e guerra entre diferentes grupos étnicos, como na antiga Iugoslávia. De fato, todas essas variações e combinações fazem as questões de reconciliação e restituição de terras ainda mais complexas e difíceis.

b. Políticas direcionadas ao esbulho possessório nas jurisdições analisadas

Na Austrália, as políticas direcionadas às populações indígenas mudaram gradualmente no período 1960-1980. Depois da rejeição das primeiras ações para o reconhecimento do título comunal nativo⁴⁵, em várias partes da Austrália os governos locais tentaram reparar o esbulho possessório promulgando legislação garantidora de direito de propriedade plena para povos indígenas⁴⁶. Em 1976, a Lei de Direito à Terra dos Aborígenes (Território do Norte) permitiu a concessão de direitos à terra à população indígena, que tem aproximadamente 49% dessa área que cobre 771.747 quilômetros quadrados⁴⁷. Esta legislação prevê também a acumulação de fundos que permitiriam aos povos indígenas

⁴⁵ Cf., em particular, o caso *Milurpin* (1971), iniciado depois que o governo se recusou a impedir o uso de algumas terras tradicionais do povo Yolgnu por uma mina de bauxita em 1963. Cf. RN Austrália, p. 3.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁷ A propriedade da terra (na maior parte sob a forma de propriedade comunal) é controlada pelo Conselho da Terra Central, que representa cerca de 24 mil aborígenes de quinze grupos linguísticos diferentes. Legislação semelhante foi promulgada em outras partes da Austrália, e. g. no Estado de *South Austrália* em 1981 e de *New South Wales* em 1983.

comprar terras em regime de propriedade plena no mercado aberto. A grande mudança na abordagem legal dos direitos da população indígena ocorreu em 1992 quando a Suprema Corte da Austrália derrubou o princípio *terra nullius*, reconhecendo o título nativo para reivindicadores indígenas que mantiveram uma relação contínua com a terra sob o direito consuetudinário⁴⁸. Na sequência dessa decisão marco, a Lei do Título Nativo de 1993 foi aprovada, definindo como o título nativo pode ser identificado, usado e extinto. Várias ambiguidades em relação aos direitos sobre a terra nativa foram posteriormente resolvidas por outra decisão principal em 1996 que proporcionou maiores oportunidades para reivindicações indígenas ao título nativo⁴⁹.

As políticas direcionadas aos povos indígenas na Noruega começaram a mudar na década de 1970 e se desenvolveram rapidamente a partir da década de 1980, facilitadas por uma disputa de alto nível em 1979, que colocou os direitos dos Sami na agenda política⁵⁰. Em 1988, a Constituição foi alterada por uma disposição que concedeu à população Sami o direito à língua, à cultura e à vida social, e no mesmo ano foi aprovada a Lei Sami, concedendo direitos políticos e culturais a esse grupo indígena. A fonte mais importante para os direitos de terras indígenas é a *Finnmark Act* de 2005, que é aplicável à maior área no norte dominada pela cultura Sami. Em parte incorporando a Convenção 169 da OIT, a Lei Finnmark transferiu o direito de administrar áreas de terra anteriormente consideradas propriedade estatal para o parlamento Sami e para o Conselho Provincial de Finnmark, que agora preserva 96 por cento da área provincial para o uso da população da província⁵¹.

As políticas relativas aos grupos indígenas e aos seus direitos à terra no Brasil também começaram a mudar na década de 1970. Desde 1973, o "Estatuto do Índio" reconhece que as comunidades indígenas têm "posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes"⁵². A Constituição estabeleceu em 1988 o princípio de que os sul-americanos nativos são os primeiros e naturais os proprietários da terra⁵³. Têm direito a esta independentemente de reconhecimento formal; entretanto, o governo, embora

⁴⁸ *Mabo v. Queensland No. 2* (1992) 175 Commonwealth Law Reports 1.

⁴⁹ *Wik Peoples v. Queensland* (1996) 187 Commonwealth Law Reports 1. See RN Austrália, p. 3-4.

⁵⁰ A disputa dizia respeito à construção de uma usina hidrelétrica em Alta. RN Noruega, II, p. 2.

⁵¹ *Ibid.*, p. 3.

⁵² Art. 2, IX. See RN Brasil, II, p. 3-4.

⁵³ Art. 231.

reconhecendo os direitos originais dos nativos, foi constitucionalmente obrigado a "demarcar" as terras indígenas como tais por um ato de administração dentro de cinco anos da promulgação da Constituição. Esta demarcação, no entanto, não foi totalmente realizada até hoje, já que a legislação de implementação foi adiada, e o governo tem estado inativo sobre esta matéria por anos. Enquanto isso, muitas terras indígenas foram invadidas por mineiros, pescadores, caçadores, madeireiros e posseiros, e isso continuou mesmo quando a demarcação foi eventualmente efetuada⁵⁴. O governo tentou enfrentar os problemas de terra e habitação de vários grupos (sem-teto, trabalhadores rurais) por ambiciosos planos de reforma agrária, enfrentando desigualdades e possível redistribuição das vastas áreas de terra que foram dadas aos proprietários como latifúndios, mas os resultados foram menos que espetaculares⁵⁵. Os textos legais bem-sonoros não eram, muitas vezes, adequadamente implementados, de modo que, de acordo com Teresa Wambier, "a falta de políticas públicas que sejam sérias e comprometidas com a resolução de problemas de habitação ... resultou na ocupação de espaços urbanos vagos, Áreas, há algumas décadas, que geram conflitos de grande escala, gerando inclusive violência"⁵⁶.

Na Argentina, a Lei de Política Indígena foi promulgada em 1985, criando também um Instituto Nacional de Assuntos Indígenas (INAI). Em 1992, a Convenção 169 da OIT foi adotada como lei nacional e a reforma constitucional de 1994 reconheceu a preexistência étnica e cultural das comunidades indígenas, estabelecendo a obrigação do Estado de respeitar a identidade indígena e os direitos culturais, econômicos e linguísticos dos povos indígenas. Indígenas, incluindo seu direito à posse comunal de terras que tradicionalmente ocupavam⁵⁷. Legislação posterior implementou esses direitos: em 2006, foi declarada a situação de emergência com relação à posse da terra e à propriedade em territórios tradicionalmente ocupados por povos indígenas. O direito dos povos indígenas à posse da terra e à propriedade comunal é reconhecido também no novo Código de Comércio de 2015, e também nos regulamentos de várias províncias federais⁵⁸.

⁵⁴ RN Brasil, p. 3.

⁵⁵ Sobre as experiências com reformas agrárias no Brasil no contexto da redução da pobreza, ver também Deere / de Medeiros, 2007.

⁵⁶ Assim, Wambier, RN Brasil, p. 7.

⁵⁷ Art. 75, para. 17. Cf. RN Argentina, p. 2.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 3-4.

Depois de um longo período de neoliberalismo econômico, que promoveu o desenvolvimento econômico a qualquer preço, as políticas de proteção dos direitos à terra dos povos indígenas somente mudaram no Peru nos últimos tempos, quando - após uma onda de protestos violentos - a primeira tentativa efetiva de proteger os direitos à terra da população indígena foi introduzida. Tentando mitigar o impacto negativo do investimento estrangeiro nos setores de mineração e energia, foi promulgada, em 2011, uma lei que prevê consultas prévias para a exploração de recursos naturais em terras indígenas (Lei de Consulta Prévia). De acordo com esta Lei, que cumpre integralmente as normas da Convenção 169 da OIT, o governo, pela primeira vez, é obrigado a consultar e negociar com os grupos indígenas sobre projetos de desenvolvimento e exploração de recursos naturais em seus territórios nativos.

A abordagem para o desapossamento da terra na África do Sul melhorou depois de 1994, quando as políticas de segregação racial foram abolidas e o país tornou-se uma democracia constitucional⁵⁹. No mesmo ano, foi aprovada a Lei de Restituição de Direitos à Terra, que permite ao governo oferecer restituição ou indenização a pessoas físicas e comunidades pela injustiça de desapropriações causadas por leis discriminatórias. Outras leis relevantes promulgadas após 1994 incluem a Lei de Prevenção de Desocupação Ilegal e de Ocupação Ilícita de Terras de 1998 (PIE), que trata de expulsões de imóveis residenciais e a Extensão da Lei de Proteção da Posse de 1997 (ESTA), que trata da expulsão de trabalhadores agrícolas quando eles trabalham em terras agrícolas⁶⁰. Entretanto, como afirmado por *Rashri Baboolal-Frank*, a reforma agrária que enfrenta destituições passadas é "uma tarefa gigantesca"⁶¹. Uma declaração da sociedade civil adotada em 2013 pela Assembléia do Povo apontou a existência contínua de "geografia rural do apartheid" (Bantustans e África do Sul branca) e argumentou que "quase vinte anos depois do fim do apartheid, a Lei de Terras dos Nativos de 1913 continua a assombrar o campo da África do

⁵⁹ RN África do Sul, p. 7-8. O artigo 25 da Constituição concede direitos de terra a todas as pessoas, sujeito a implementação em legislação especial.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 8.

⁶¹ *Ibid.*, p. 13.

Sul", enquanto a "questão da terra, que era central para a luta contra o apartheid, permanece sem solução"⁶².

Na Rússia, as políticas para as populações indígenas desenvolveram-se através de uma rede de atos legislativos nacionais e locais, começando com as três leis estruturais especificamente dirigidas aos povos indígenas que foram promulgadas no período 1999-2001⁶³. Houve também uma série de iniciativas de financiamento dirigidas às comunidades indígenas. Houve também uma série de iniciativas de financiamento dirigidas às comunidades indígenas. Em 2009, o governo federal adotou um documento conceitual sobre o desenvolvimento sustentável dos povos indígenas, definindo políticas no período 2009-2025. Entre seus objetivos, essas políticas também têm a proteção do uso tradicional da terra e dos recursos naturais. Entre seus objetivos, essas políticas também têm a proteção do uso tradicional da terra e dos recursos naturais. Enquanto algumas regiões da Rússia estão mais avançadas na proteção dos direitos dos povos indígenas (por exemplo, a região Khanti-Mansiyeveski), em geral, a avaliação de observadores externos é que "o gozo efetivo dos direitos [indígenas] permanece precário em muitos, se não na maioria das situações"⁶⁴.

Para tipos muito diferentes de questões, relativas a emergências de terras e habitação criadas por crises descritas acima, a Itália utiliza políticas diferentes. Por um lado, um grande número de despejos de pessoas devido ao não pagamento de aluguel é abordado através da introdução de um procedimento especial sumário (*convalida di sfratto*) que é supostamente mais eficaz do que o ordinário. No entanto, o limite social do despejo de terras e de habitação é suavizado por regras que permitem aos inquilinos pedir períodos de carência se eles experimentarem "dificuldades bem fundamentadas". Tais circunstâncias incluem perda de emprego, desemprego prolongado, condições médicas graves, etc. Os locatários pertencentes a grupos economicamente desfavorecidos têm igualmente acesso a um fundo público especial criado em 2013 (*Fondo destinato agli inquilini morosi incolpevoli*) do qual

⁶² Conforme publicado pelo Instituto de Estudos sobre a Pobreza, a Terra e a Agricultura (PLAAS), ver <<http://www.plaas.org.za/news/declaration-landrancenation-peoplesassembly>>. Sobre resultados ambíguos do programa de restituição de terras na África do Sul, ver também Walker 2008.

⁶³ "Sobre Garantias dos Direitos dos Povos Indígenas Numericamente Pequenos da Federação Russa", 1999; "Sobre os Territórios de Utilização Tradicional da Natureza dos Povos Indígenas Numericamente Pequenos do Norte, da Sibéria e do Extremo Oriente da Federação Russa" 2001; E "Sobre os Princípios Gerais de Organização da Obshchina de Povos Indígenas Numericamente Pequenos do Norte, Sibéria e Extremo Oriente da Federação Russa", 2000.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 9.

podem receber um máximo de € 8.000 para pagamento de aluguéis em atraso e renegociação do arrendamento com os proprietários. No entanto, de acordo com Silvestri, parece que a gestão deste fundo experimenta dificuldades: de € 83 milhões, "apenas as 'migalhas' acabam nos bolsos de indivíduos sob ameaça de despejo"⁶⁵.

V. Litígio como ferramenta para corrigir injustiças passadas em relação ao esbulho possessório da terra e ao deslocamento forçado

a. Os tribunais civis e suas decisões como catalisadores da mudança

A história das mudanças na atitude em relação ao esbulho possessório de povos indígenas e de outros grupos desfavorecidos nos países analisados mostra que, pelo menos em alguns casos, os tribunais desempenharam um papel decisivo e contribuíram grandemente para catalisar a evolução social e política em favor do reconhecimento dos direitos à terra, à habitação e à propriedade das partes vulneráveis da sociedade. Dessa forma, grandes passos foram dados na evolução dos conceitos jurídicos. Um bom exemplo é a decisão-chave no caso Austrálico Mabo, em que a Suprema Corte abandonou a doutrina bem estabelecida do *common law* e deu precedência às exigências dos tempos modernos e aos padrões internacionais recentemente desenvolvidos:

Qualquer que seja a justificação adiantada nos dias anteriores para se recusar a reconhecer os direitos e interesses na terra dos habitantes indígenas das colônias estabelecidas, uma doutrina injusta e discriminatória desse tipo não pode mais ser aceita. The expectations of the international community accord in this respect with the contemporary values of the Australian people. ... Uma doutrina de *common law* baseada na discriminação injusta no gozo dos direitos civis e políticos exige uma reconsideração. É contrário tanto aos padrões internacionais quanto aos valores fundamentais do nosso *common law* que se estabeleça uma regra discriminatória que, por causa da suposta posição na escala da organização social dos habitantes indígenas de uma colônia estabelecida, lhes nega o direito de ocupar suas terras tradicionais⁶⁶.

⁶⁵ RN Itália, p. 7.

⁶⁶ (1992) 175 Commonwealth Law Reports 1, 42. Cf. RN Austrália, at IV.

De igual modo, o Tribunal Supremo da Noruega, em dois casos decididos em 2001, segundo Strandberg, contribuiu para uma "mudança de paradigma em relação aos direitos dos Sami à terra", na medida em que eles, apoiando-se na natureza oral da cultura Sami, suavizaram os critérios para estabelecer seus direitos legais à terra como resultado do uso consistente e prolongado, em comparação com outros grupos e culturas⁶⁷. Na África do Sul, uma decisão do Tribunal Constitucional constatou que "a Constituição reconhece a originalidade e distinção do direito indígena como uma fonte independente de direito" e concluiu que "como resultado, a lei indígena alimenta, nutre, funde-se e torna-se parte do amálgama do direito sul-africano" ⁶⁸.

No entanto, parece que o nível de intervenção dos tribunais e a sua contribuição para a evolução dos direitos dos grupos desfavorecidos varia muito de um país para outro. Em geral, como era de se esperar, as jurisdições de *common law* tiveram tribunais mais ativos na formulação de políticas do que as jurisdições de *civil law*. A composição dos tribunais nacionais e a abertura das mais altas instâncias às reformas também desempenham um papel importante, uma vez que tribunais supremos e constitucionais conservadores e tradicionalistas tendem menos a adotar novas tendências e a estabelecer o ritmo de novas políticas.

Em tempos recentes, as tendências podem estar mudando, pelo menos em alguns lugares. Em parte sob a influência do direito internacional e dos casos de tribunais internacionais, alguns dos mais altos tribunais dos países de *common law* também assumem uma postura mais ativista e progressista. Por exemplo, seguindo a prática da CIDH⁶⁹, o Supremo Tribunal Federal da Argentina proferiu nos casos Eben Ezer, Qom Potae Napocna Navogoh e Mapuche "Las Huaytekas" decisões em favor das comunidades indígenas, afirmando seus direitos coletivos (comunitários) sobre determinados territórios que surgem de sua relação especial com a terra natal que faz parte de sua identidade cultural⁷⁰.

⁶⁷ RN Noruega, p. 3 (citando Norsk Retsidende 2001/769 e 2001/1229).

⁶⁸ *Alexcor Ltd and Another v. Richtersveld Community and Others*, 2003 (12) BCLR 1301 (CC). RN África do Sul, p. 9.

⁶⁹ Cf. mais abaixo, em c.

⁷⁰ FSCJ, *Comunidade Indígena Eben Ezer v. Província de Salta* Sentença, 2008; *Comunidade Qom Potae Navogoh v. Província Formosa*, 2015; *Comunidade Mapuche 'Las Huaytekas'*, parecer do Procurador-Geral de 24 de fevereiro de 2015. Ver RN Argentina, p. 6-8.

b. Estruturas e procedimentos judiciais especiais

Há boas razões para estabelecer órgãos e procedimentos especiais, ajustados a demandas legais, culturais, antropológicas e linguísticas específicas de casos que tratam de terras específicas e outros direitos das comunidades indígenas. No entanto, apenas algumas das jurisdições analisadas têm de fato esses órgãos e procedimentos.

Um bom exemplo de um nível relativamente elevado de ajustamento às necessidades específicas dos casos de direitos fundiários pode ser encontrado na Austrália. Sob a Lei do Título Nativo de 1993, uma divisão especial do Título Nativo designada para a determinação de reivindicações de título nativo foi estabelecida no Tribunal Federal. A mesma Lei também estabeleceu um Registrador de Títulos Nativos e o Tribunal Nacional de Títulos Nativos. Enquanto o primeiro ajuda na filtragem dos casos⁷¹, este último auxilia a corte e media as reivindicações. Ao lado dos órgãos judiciais, existem órgãos administrativos especiais nas unidades federais (por exemplo, o Comissário da Terra Aborígine no Território do Norte ou o Ministro das Terras em New South Wales) que fazem a determinação inicial das reivindicações de terras⁷². Suas decisões podem ser objeto de recurso perante órgãos judiciais, como o Tribunal de Terra e Meio Ambiente. O registro de ações de título nativo concede aos os reclamantes indígenas o direito de serem notificados e consultados sobre quaisquer pedidos de mineração ou exploração de minerais na terra em disputa. Além disso, as ações de título nativo são anunciadas publicamente, e qualquer pessoa que possa ser afetada pelo pedido pode pedir para se tornar parte e participar do processo dentro de três meses. Em geral, os casos são inicialmente submetidos à mediação. Se todas as partes chegarem a um acordo, o Tribunal Federal o homologará por sentença. Caso contrário, é agendada audiência e posterior sentença para a solução do caso. Essa parte do processo também é especialmente ajustada para a participação indígena. Como destacado por David Bamford:

O Tribunal Federal desenvolveu uma série de procedimentos para a produção da prova oral em casos de títulos nativos que tentam enfrentar,

⁷¹ A tarefa do escrivão é considerar se o pedido cumpre as 12 condições da NTA antes de inseri-lo no Registro de Ações de Títulos Nativos.

⁷² RN Austrália, p. 4-5. Em junho de 2015, havia 28.019 ações para terras governamentais aguardando decisão, sendo a mais antiga iniciada em 1984 (ibid.).

em certa medida, as dificuldades interculturais e outras que surgem. ... A história aborígine é oral e as cortes têm tradicionalmente privilegiado a tradição escrita. [Hoje, muito] da evidência em casos de título nativo, envolve peritos historiadores e antropólogos, bem como a de anciãos indígenas relatando a história oral dos requerentes⁷³.

Desde as mudanças constitucionais em 2004, algumas estruturas judiciais especializadas também existem no Brasil, com competência limitada às questões agrárias. Os Tribunais Agrários especializados atualmente fazem parte de 11 dos 27 Tribunais de Justiça estaduais e de 2 dos 5 Tribunais Regionais Federais⁷⁴. Elas decidem, dentre outras, ações coletivas possessórias e ações de desapropriação relacionadas à reforma agrária. Quanto aos procedimentos especializados, pode-se observar que no processo de demarcação de terras indígenas (que é essencialmente de natureza administrativa) os fatos relacionados à ocupação indígena devem ser estabelecidos por antropólogos com qualificações credenciadas, auxiliados por "estudos complementares de étnico-históricos, sociológicos, jurídicos, cartográficos e ambientais, bem como levantamentos de terra, se necessários para a delimitação"⁷⁵.

O Peru não possui tribunais especializados para os direitos à terra de pessoas desfavorecidas, mas toda comunidade indígena tem sua Justiça de Paz (*Juzgado de Paz*), que é competente para resolver questões relativas aos direitos dos grupos indígenas⁷⁶.

Desde setembro de 2014, a Noruega também tem um tribunal especializado que é relevante para os direitos à terra da população indígena. Trata-se do Tribunal da Terra Finnmark, criado sob a Lei Finnmark. Este tribunal tem competência para os litígios relativos aos direitos de terras Sami nativas que permanecem após as investigações e determinações da Comissão Finnmark. Este tribunal é composto por um presidente, um vice-presidente, três membros e dois suplentes. Eles são juízes de alto nível (cumprindo critérios para juízes da Suprema Corte) que executam seu trabalho para o Tribunal de Terra em tempo parcial. O tribunal tem a sua sede em Tromsø, mas as audiências podem ter lugar em qualquer local conveniente em Finnmark. Suas decisões podem ser recorridas diretamente ao Supremo Tribunal. Como este é um tribunal novo, ainda não houve casos-guia. No entanto, existem

⁷³ Ibid., p. 6.

⁷⁴ Cf. RN Brasil citando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

⁷⁵ RN Brasil, citando o Decreto n.º 1.775 de 8 de janeiro de 1996.

⁷⁶ RN Peru, p. 3.

algumas regras processuais especiais na Lei Finnmark. Por exemplo, qualquer pessoa que reivindicar um direito de terra pode iniciar um processo no Tribunal de Terra dentro de um ano e meio após a publicação do Relatório da Comissão Finnmark se ele ou ela não está satisfeito com as suas conclusões. O Tribunal tem a obrigação de considerar *ex officio* as informações contidas nesse relatório. A África do Sul também tem órgãos que lidam com ações de esbulho possessório e deslocamento da terra: a Comissão de Reivindicações de Terras e o Tribunal de Ações de Terras.

A África do Sul também tem órgãos que lidam com reivindicações de esbulho possessório e deslocamento da terra: a Comissão de Reivindicações de Terras e o Tribunal de Ações de Terras. Este último, criado em 1995, tem o mesmo status dos tribunais superiores. É competente para ações resultantes da Lei de Restituição de Direitos de Terra de 1994 e para outras relacionadas com a reforma agrária e restituição para pessoas e comunidades que tinham sofrido esbulho possessório em razão da legislação de apartheid de 1913.

Pode-se notar que um dos primeiros tribunais de terra especializados para assuntos indígenas foi estabelecido em 1865 na Nova Zelândia - o Tribunal de Terra Nativa (que mais tarde foi rebatizado de Tribunal de Terra Māori). Embora exista até hoje, sua função original era oposta à atual política de tribunais especializados para os povos indígenas. Estabelecido sob a Lei das Terras Nativas, seu objetivo principal era incentivar a individualização da terra ancestral Māori, convertendo ações de terra costumeiras em títulos de terra convencionais reconhecíveis pela lei *common law*, a fim de permitir a venda e a transferência da terra aos colonos brancos (Pakeha). Desta forma, em 1939 a população maori indígena manteve a posse de apenas 1% da Ilha do Sul e 9% da Ilha do Norte. Atualmente, o mesmo tribunal tem uma política alterada, buscando preservar e proteger os restantes 1,47 milhões de hectares de terra indígena e consuetudinária:

[A] Corte e sua administração reconhecem o vínculo especial que o povo maori tem com esta terra. Assim, a manutenção e preservação do registro do Tribunal (que contém inestimáveis informações consuetudinárias, incluindo o whakapapa ou a genealogia) continua a ser uma característica fundamental do trabalho do Tribunal⁷⁷.

⁷⁷ Cf.: <<http://www.justice.govt.nz/courts/maori-land-court>>.

c. Direito internacional e tribunais internacionais e seu impacto em litígios relativos a direitos à terra de povos indígenas e outros grupos desfavorecidos

O direito internacional e as organizações internacionais têm desempenhado um papel importante no reconhecimento e proteção dos direitos dos povos indígenas. As organizações mais importantes a nível global que contribuíram para a promoção e expansão dos direitos indígenas são a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização das Nações Unidas (ONU). A mais importante conquista da OIT foi a adoção da Convenção sobre os Direitos dos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes (Convenção OIT, OIT-C169). Esta Convenção, que até hoje é o instrumento internacional mais importante que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas, é atualmente ratificada por 22 países, entre eles a maioria dos países da América do Sul, além do México, Espanha, Holanda e Noruega. A Convenção da OIT foi muito importante em alguns dos países analisados que, ou a implementaram diretamente (e. g. Argentina e Peru)⁷⁸ ou basearam sua legislação nacional em suas disposições (e. g. Noruega)⁷⁹. A Convenção da OIT também serviu de base para a formação de órgãos nacionais de políticas indígenas, como a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) no Brasil⁸⁰. As disposições da Convenção da OIT foram mencionadas em alguns casos importantes de tribunais nacionais, por exemplo nos casos Aymara e Atacama, sobre o direito das comunidades de usar as fontes de água em suas terras indígenas, no Chile em 2009⁸¹. Embora as Nações Unidas tenham começado a desenvolver suas atividades na área dos direitos indígenas já na década de 1980⁸², suas ações mais importantes neste campo aconteceram somente nos anos 2000. A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas

⁷⁸ Na Argentina, a Lei n.º 24.071/1992 reconheceu a OIT-C169 como lei nacional (RN Argentina, p. 4). Como tal, tem um status supra-legal. No Peru, a OIT-C169 foi a base para o reconhecimento legislativo do direito dos povos indígenas a consultas prévias em 2011 (Lei de Consulta Prévia) - ver supra em IV.b.

⁷⁹ Uma parte importante da Lei Finnmark na Noruega baseava-se na OIT-C169).

⁸⁰ RN Brasil, p. 1.

⁸¹ Cf. Corte Suprema, Santiago, Chile, *Agua Mineral Chusmiza v. Comunidad Indígena de Chusmiza Usmagama*, Nov. 2009.

⁸² Por exemplo, o Grupo de Trabalho sobre População Indígena (WGIP) foi criado em 1982 como um órgão subsidiário sob os auspícios da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. Mesmo antes de sua abordagem especializada aos povos indígenas, os direitos humanos importantes para eles faziam parte de outros instrumentos de direitos humanos da ONU; cf., e. g., o art. 27 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, ou as disposições do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC).

criou em 2000 o Fórum Permanente das Nações Unidas para as Questões Indígenas (FPQI) como órgão consultivo do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), com o mandato de rever as questões indígenas. Além disso, nomeou em 2001 um Relator Especial sobre os direitos dos povos indígenas, para informar sobre a situação dos povos indígenas em países selecionados e para promover boas práticas, incluindo novas leis como um mecanismo para implementar normas internacionais relativas aos direitos indígenas. Até o momento, a Relatora Especial publicou uma série de relatórios de países sobre os direitos dos povos indígenas⁸³.

A década de 2004 a 2014 foi declarada pela Assembleia Geral como a década internacional dos povos indígenas do mundo. Mas, a conquista mais importante a nível das Nações Unidas foi a adoção, após várias décadas de trabalho, da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas em 2007, que afirmou direitos básicos dos povos indígenas em várias áreas, incluindo o direito sobre terras, territórios e recursos naturais, o direito ao autogoverno e à autonomia e o direito ao consentimento livre, prévio e informado⁸⁴. Embora a Declaração fosse um instrumento não vinculativo, inicialmente deu origem a reservas de alguns membros importantes das Nações Unidas com populações indígenas significativas, como EUA, Canadá, Nova Zelândia e Austrália, que posteriormente mudaram seus pontos de vista e endossaram a Declaração⁸⁵.

No que diz respeito aos litígios e outras formas de proteção judicial dos direitos indígenas, o artigo 27 da Declaração da ONU proclama a obrigação dos Estados de estabelecer e implementar, em conjunto com os povos indígenas interessados, "um processo justo, independente, imparcial, aberto e transparente, reconhecendo devidamente as leis,

⁸³ Entre outros, sobre a situação na Guatemala, nas Filipinas, no México, no Chile, na Colômbia, no Canadá, na África do Sul, na Nova Zelândia, no Equador, no Quênia, na Bolívia, no Brasil, no Nepal, em Botswana, no Chile, na Austrália, na Federação Russa, na Noruega, na Suécia, na Argentina, nos EUA, no Congo, em El Salvador, na Namíbia, no Peru e no Panamá, cf.: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/SRIIndigenousPeoples/Pages/CountryReports.aspx>>.

⁸⁴ No que se refere às questões fundiárias, são de particular importância as disposições do art. 10 e arts. 25-30 da declaração das nações unidas. eles fornecem os direitos indígenas à terra, tais como: direito ao relacionamento espiritual com a terra tradicionalmente possuída ou ocupada; direito de controlá-la por meio da propriedade tradicional; direito ao respeito pelas leis, tradições, costumes e sistemas de posse da terra indígena; direito à restituição e outras formas de reparação pelos esbulho possessório e deslocamento; direito ao consentimento livre, prévio e informado sobre o uso de terras tradicionais, a proteção do meio ambiente nas terras tradicionais, a proibição de atividades militares em territórios indígenas; etc.

⁸⁵ Cf. mais sobre a Declaração em: <<https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.htm>>.

tradições, costumes e sistemas de posse da terra dos povos indígenas, para reconhecer e julgar os direitos dos povos indígenas pertencentes às suas terras, territórios e recursos, incluindo aqueles tradicionalmente apropriados ou, de outra forma, ocupados ou utilizados". Parece que a Declaração, que foi adotada há apenas oito anos, ainda não provocou mudanças significativas nos processos judiciais nacionais, mas o seu potencial é significativo. De qualquer forma, as normas internacionais estabelecidas pelo artigo 27.º (incluindo a transparência, o direito ao reconhecimento dos direitos tradicionais e o direito à consulta) regerão a avaliação dos procedimentos nacionais que vierem a envolver esbulhos possessórios e expulsões de grupos indígenas nas próximas décadas.

Para problemas mais gerais relacionados com o despojo da terra e desalojamentos forçados de grupos desfavorecidos, o trabalho de outros órgãos da ONU de direitos humanos, em particular daqueles relacionados aos direitos dos refugiados e das pessoas deslocadas, também merece menção. O ACNUR liderou e coordenou os esforços destinados a proteger os refugiados, esforços que incluem projetos que apoiaram litígios judiciais estratégicos em questões de terras⁸⁶. No nível normativo, em 2005, a Subcomissão das Nações Unidas para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos adotou os Princípios sobre a Restituição de Habitação e Propriedade para Refugiados e Pessoas Deslocadas (Princípios de Pinheiro). Os Princípios reconhecem o direito à moradia e à restituição da terra e da propriedade como um elemento do direito internacional, concedendo a todos os refugiados e pessoas deslocadas o direito à restituição de suas terras e bens, de que foram arbitrariamente ou ilegalmente privados, e o direito de ser compensado quando essa restauração não é possível. Os Princípios de Pinheiro garantem também os procedimentos perante um órgão independente e imparcial em matéria de ações de restituição e afirmam o direito à repatriação e à restituição com base em programas realizados com consultas adequadas aos grupos e comunidades afetados, incluindo mulheres, povos indígenas e minorias raciais e étnicas⁸⁷. Alguns casos relativos a expulsões e esbulhos possessórios também ocorreram perante o Comitê de

⁸⁶ Por exemplo, o ACNUR apoiou uma série de projectos de assistência jurídica para a assistência a refugiados e deslocados internos na Croácia. Ver também Memorandos do Escritório do ACNUR sobre Repatriamento Voluntário e o Direito à Moradia Adequada e A Conclusão nº 101 do EXCOM - Questões de Segurança Jurídica no Contexto da Repatriação Voluntária de Refugiados (2004).

⁸⁷ Cf.: <<http://www.unhcr.org/50f94d849.html>>. Cf., também, COHRE Report Burma 2007, p. 28.

Direitos Humanos estabelecido nos termos do Artigo 28 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁸⁸.

Além dos instrumentos internacionais globais, alguns instrumentos internacionais regionais e a jurisprudência dos tribunais regionais também contribuíram para o desenvolvimento de sentenças nacionais em ações indígenas pela terra. Por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) proferiu um caso-guia relativo aos direitos da comunidade Yakye Axa no Paraguai⁸⁹. Este caso, juntamente com outros casos como Sawhoyamaxa⁹⁰ e Xákmok Kásek⁹¹, afirmou os direitos indígenas à terra, e utilizou para esse propósito as disposições da OIT-C169. A jurisprudência da CIDH influenciou significativamente algumas decisões dos tribunais nacionais. Assim, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal da Argentina baseou-se nesta ao julgar os casos Eben Ezer e Qom Potae Napocna Navogoh⁹².

De forma semelhante, mas com relação a questões mais amplas relativas aos direitos à habitação e à terra dos grupos desfavorecidos, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) também teve um impacto na identificação de problemas substantivos e processuais no tratamento das questões de esbulho possessório de terras e de expulsão em vários países do Conselho da Europa. Uma longa lista destes casos inclui Scordino v. Itália⁹³, Broniowski

⁸⁸ Ver uma série de processos contra a República Checa no período de 1995-2001; Ver LECKIE, Scott (ed.), *Housing, Le, e Property Restitution Rights of Refugees e Displaced Persons. Laws, Cases, e Materials*, Cambridge, 2007, p. 362-387.

⁸⁹ Corte IDH, Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai, 17 de junho de 2005. Série C n.º 125. Cf.: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf>.

⁹⁰ Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai. 29 de março de 2006. Série C n.º 146.

⁹¹ Comunidade Indígena Xákmok Kásek v. Paraguai. 24 de agosto de 2010. Série C n.º 214.

⁹² Cf. RN Argentina, p. 7.

⁹³ 36813/97, CEDH 29 de Julho de 2004 e 29 de Março de 2006 (Grande Seção). No caso Scordino, o TEDH encontrou uma violação do art. 6 § 1 (direito a um julgamento justo) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, em virtude da aplicação da Lei n. 359/1992, que estabeleceu critérios para o cálculo da indenização por expropriação. Também constatou uma violação do art. 1 do Protocolo nº 1 (direito ao gozo pacífico de bens) em razão da incapacidade de obter uma compensação por expropriação "razoavelmente relacionada ao valor do imóvel". Dado que várias dezenas de casos semelhantes já tinham sido submetidos ao TEDH, este concluiu que essas violações eram o resultado de um problema sistêmico e ordenou à Itália que eliminasse todos os obstáculos à concessão de uma compensação adequada para a expropriação.

v. Polônia⁹⁴, Brumarescu v. Romênia⁹⁵, Bilgin v. Turquia⁹⁶, Valová, Slezák e Slezák v. Eslováquia⁹⁷ e Blečić v. Croácia⁹⁸, para citar apenas alguns dos mais importantes.

É difícil tirar conclusões gerais de um número cada vez maior de casos de tribunais internacionais em relação a situações de diversos contextos jurídicos, sociais e históricos ligados apenas ao contexto comum de violação de direitos à terra e de moradia de grupos sociais desfavorecidos. Mas é indiscutível que o direito internacional e a jurisprudência das instâncias judiciais internacionais ganharam importância significativa quando se tratava dos casos de desapropriações em grande escala e de expulsões. Tornaram-se também as principais fontes de inspiração para a decisão de muitos tribunais nacionais, em particular os que estão no mais alto nível das hierarquias judiciais.

Apesar da divergência de casos submetidos a tribunais internacionais, podem ser dadas algumas lições adicionais sobre os problemas comuns específicos em procedimentos especiais judiciais e outros destinados a reparar injustiças causadas por esbulhos possessórios de terras e expulsões:

- Os procedimentos estabelecidos pelas autoridades nacionais são frequentemente ineficazes;
- Os direitos coletivos específicos e as formas não convencionais (tradicionais, históricas) de posse e de propriedade causam problemas significativos quando avaliados e adjudicados num contexto administrativo e judicial convencional;
- A duração total do processo é regularmente muito longa e, frequentemente, excessiva;

⁹⁴ 31443/96, CEDH, 22 de Junho de 2004. Este caso tratava do direito das pessoas repatriadas após as mudanças pós-Segunda Guerra Mundial para as fronteiras orientais da Polónia de receber compensação por terras e bens abandonados após o seu deslocamento da área para além do Rio Bug. No período de 1944-53, cerca de 1,24 milhões de pessoas foram repatriadas, mas até 2003 um número significativo de pessoas ainda não tinha recebido uma compensação adequada sob a forma de terra ou equivalente pecuniário, uma vez que o Estado falhou, de forma continuada, em cumprir o seu dever legislativo de regular o assunto de forma adequada e oportuna, promulgando leis que tornaram praticamente impossível uma compensação adequada. Este foi o primeiro caso decidido no chamado procedimento piloto, uma vez que todas as ações similares foram suspensas até a decisão deste caso principal.

⁹⁵ 28342/95, CEDH, de 28 de Outubro de 1999. O caso tratava da falta de restituição relativamente à casa dos antecessores da recorrente durante a década de 1950.

⁹⁶ 25659/94, CEDH, de 17 de Janeiro de 2001. O pedido dizia respeito às alegações do requerente de que a sua casa e outros bens em Yukarigören haviam sido destruídos pelas forças de segurança.

⁹⁷ 44925/98, CEDH, de 1 de Junho de 2004. O caso tratava da restituição de bens de terras expropriadas.

⁹⁸ 59532/00, CEDH, 8 de março de 2006. O caso tratava da restituição de arrendamento especialmente protegido de um apartamento que foi temporariamente desocupado pelo locatário durante o conflito armado na Croácia (finalmente rejeitado por maioria devido a inadmissibilidade *ratione temporis*).

- A restituição dos bens é muitas vezes difícil ou impossível, e as formas de reparação insuficientes ou inadequadas, em particular para os grandes grupos de requerentes;
- Quando são tomadas decisões sobre restituição ou reparação, os membros de grupos específicos são frequentemente discriminados por motivos arbitrários ou inadequados;
- Os casos individuais decididos pelos mais altos tribunais revelam regularmente problemas sistêmicos para os quais é necessário um conjunto de medidas e políticas e uma abordagem multidisciplinar persistente e coerente;
- Alguns governos, involuntariamente ou incompletamente, cumprem suas obrigações, mesmo quando impostas pelo direito nacional, instrumentos internacionais ou jurisprudência de tribunais nacionais ou internacionais.

Algumas dessas lições também são aplicáveis ao procedimento cível comum quando é usado no lugar de procedimentos especiais. O procedimento civil comum em casos de direitos de terra é o tema da próxima seção.

d. Procedimento civil comum em casos de esbulho possessório e expulsão envolvendo grupos desfavorecidos

A maioria dos relatores nacionais enfatizou em seus relatórios que, além dos procedimentos especiais ocasionais (ver *supra* b), o litígio nos casos de esbulho possessório e expulsão é regido pelas regras regulares do processo civil e aplicado em processos perante os tribunais civis ordinários⁹⁹. Nesse contexto, parece que a jurisprudência dos poucos tribunais especializados e os casos-guia ocasionais dos mais altos órgãos jurisdicionais constituem apenas a ponta do iceberg. Como os processos de esbulho possessório e de expulsão que tramitam nos tribunais ordinários sobre casos relativos a grupos vulneráveis se interseccionam com outras categorias de casos, são difíceis de separar, analisar e resumir. Os repórteres nacionais eram regularmente incapazes de fornecer dados exatos sobre o número

⁹⁹ O relatório nacional da Rússia, por exemplo, aponta para uma situação em que praticamente não há órgãos judiciais ou processos judiciais especializados. Ver também RN Argentina (p. 5) e Brasil (p. 8 - não há órgãos jurisdicionais especializados para disputas sobre desapropriação em áreas urbanas).

e a duração dos processos em casos de esbulho possessório de terras, embora sua suposição culta fosse de que foram necessários "anos" para concluí-los¹⁰⁰.

De um modo geral, os mecanismos jurídicos para a proteção dos direitos fundiários e de habitação que afetam vários grupos desfavorecidos ocorrem sob a forma de processos múltiplos. Eles podem ser melhor distinguidos por sua função. Alguns procedimentos, particularmente importantes para os direitos das populações indígenas, referem-se à identificação e demarcação das terras e territórios tradicionais. Esses processos são muitas vezes de natureza administrativa, com maior ou menor envolvimento dos tribunais (os tribunais servem principalmente de meios de controle e de revisão das decisões tomadas a nível administrativo). O (r)estabelecimento de direitos coletivos (comunais) geralmente necessita de procedimentos especiais híbridos ajustados à natureza específica dos costumes e das culturas jurídicas indígenas. No caso de comunidades ou classes de pessoas que sofrem violência e ameaça de esbulho possessório ou de expulsão, procedimentos legais comuns geralmente oferecem alguma forma de ações possessórias, eventualmente complementadas pelo reconhecimento do desforço imediato legalmente permitido. Porém, como a proteção possessória raramente é eficaz para grandes distúrbios e migrações forçadas causadas por conflitos armados ou desastres naturais, a função mais frequente do processo civil é conceder restituição, reparação ou compensação pela perda de propriedade ou de posse. A proteção jurídica pode então ser assegurada através de ações coletivas de reconhecimento ou reinstituição de propriedade de terrenos e outros bens, ou através de ações compensatórias, quer sob a forma de restituição em espécie quer de ações de indenização (que podem ser regidas por legislação especial ou por regras gerais de direito civil). Se o título não for contestado, mas a situação de esbulho possessório persistir (por exemplo, devido à sensibilidade política do assunto ou às dificuldades factuais), o foco da proteção jurídica se move para a efetividade dos procedimentos de execução, enfrentando as causas do atraso na implementação ou da não-aplicação de decisões judiciais ou outras. A restituição de posse somente pode ser realizada dessa forma se estiverem disponíveis instrumentos eficazes de desocupação lícita de ocupantes ilegais. Mas, como os ocupantes ilegais podem eles próprios

¹⁰⁰ RN África do Sul, p. 5. Se um país está em geral sofrendo com o "problema endêmico" em relação à duração dos processos judiciais, a situação com a duração desses casos é ainda mais crítica (ver RN Argentina, p.14).

pertencer a grupos desfavorecidos, podem ser necessários procedimentos adicionais que tratem de seus direitos sociais - direitos à habitação e subsistência apropriadas e à dignidade.

A enumeração acima das funções e a multiplicidade de procedimentos interligados que devem ser implementados e que precisam ser coordenados demonstram a complexidade das questões processuais relativas a todas as formas de reparação de esbulhos possessórios e expulsões do passado. O segmento de litígio é apenas um dos aspectos e, por si só, não pode funcionar bem, a menos que esteja inserido num sistema bem planejado e abrangente de políticas e medidas administrativas. Este deve ser sincronizado com toda uma rede de processos não contenciosos e com várias opções para a solução pacífica de disputas (incluindo disponibilidade de consultas e negociações coletivas e individuais e opções para mediação de direitos e interesses conflitantes). Infelizmente, as informações coletadas mostram que tais políticas abrangentes e um sistema bem-pensado de procedimentos raramente estão presentes.

No final, a avaliação da qualidade e eficiência das práticas contenciosas existentes parece depender da eficácia e qualidade geral do sistema nacional de justiça civil. Assim, por exemplo, os relatores nacionais da Austrália, da Noruega e da África do Sul - países que parecem ter um alto nível de confiança em seus sistemas de justiça - deram avaliações mais favoráveis do litígio judicial nas matérias de esbulho possessório de terras e expulsão nessas jurisdições¹⁰¹. But, even there, the Relatório Nacionalers pointed to factual obstacles regarding the effectiveness of legal procedures.

Um conjunto de obstáculos está ligado a dificuldades probatórias. Para estabelecer títulos nativos originais e definir limites de terras que eram possuídas por proprietários indígenas ou outros desfavorecidos, é necessário encontrar provas apropriadas, o que frequentemente é muito difícil por razões externas (um tribunal precisa estabelecer o que foi Acontecendo durante um longo período de tempo a toda uma classe de pessoas, muitas vezes em lugares isolados e em circunstâncias caóticas, envolvendo uma população que tem escasso conhecimento legal e geral). Uma das formas pelas quais essas dificuldades estão sendo enfrentadas é a criação de estruturas especiais, que incluem não só advogados, mas também uma equipe interdisciplinar de pesquisadores que inclui historiadores e cientistas

¹⁰¹ Por exemplo, o relatório sul-africano descreve os procedimentos legais existentes como "satisfatórios e adequados"; O relatório norueguês fala de "melhorias dramáticas" nos últimos 30 ou 40 anos (na VII).

sociais¹⁰². As regras relativas à avaliação das provas e à apreciação dos fatos também podem ter de ser ajustadas. If, for instance, the law regularly requires written evidence, or if the courts assign to such evidence an increased evidentiary value, the approach should be changed in the cases involving indigenous right to land¹⁰³.

O segundo conjunto de obstáculos refere-se a problemas que as populações indígenas e os membros de outros grupos desfavorecidos podem ter ao acessar os órgãos jurisdicionais civis e outros organismos competentes para a proteção de seus direitos. Por definição, as capacidades dos demandantes indígenas e desfavorecidos para entender e utilizar procedimentos legais são limitadas. Muitos deles vivem em áreas rurais, em locais distantes da sede dos órgãos jurisdicionais regulares, de modo que o acesso a estes é literalmente difícil, exigindo tempo e despesas consideráveis. A prestação de assistência jurídica e judiciária suficientes às partes nestes processos é de extrema importância, em especial quando os procedimentos são organizados de forma contraditória. Impedimentos incluem também confiança na cultura comunitária, falta de orientação sobre o sistema legal, padrões de discriminação e barreiras linguísticas¹⁰⁴.

Existem vários exemplos de melhores práticas para lidar com os obstáculos mencionados. Por exemplo, a fim de superar dificuldades físicas no acesso aos tribunais, audiências judiciais em casos de direitos de terras indígenas podem ser realizadas em qualquer local que seja mais conveniente¹⁰⁵. Na Austrália, os órgãos estatais especializados, como os Conselhos de Terras, ajudam os demandantes de títulos nativos com uma grande equipe especializada de seus próprios advogados e também existem alguns serviços jurídicos privados que fornecem aos grupos indígenas equipes compostas por um advogado sênior, um ou mais advogados adicionais, um antropólogo, um historiador e um oficial de ligação da comunidade¹⁰⁶. Na Noruega, levar um caso para o tribunal de terra é gratuito, e legislação especializada prevê que o Estado também cobre todos os custos legais necessários¹⁰⁷. Se os custos não são cobertos pelo Estado, é concedida assistência judiciária para os autores¹⁰⁸.

¹⁰² Cf. supra, nota 71 (um exemplo da Austrália).

¹⁰³ Cf. supra, nota 65 (um exemplo da Noruega).

¹⁰⁴ Cf. RN Argentina, p. 12.

¹⁰⁵ E.g. RN Noruega, p. 3.

¹⁰⁶ RN Austrália, p. 10.

¹⁰⁷ Cf. Lei Finnmark § 43.

¹⁰⁸ RN Noruega, p. 6.

Em alguns países, é prática comum que a assistência jurídica e de outros tipos provenha de ONGs e grupos de interesse público que estão próximos de comunidades indígenas¹⁰⁹.

Mas, no total, todos os exemplos de melhores práticas demonstram que os meios regulares do processo civil não são inteiramente adequados para lidar com os difíceis problemas de esbulho possessório de terra e expulsões. Para muitas situações, é necessário divergir dos princípios processuais convencionais e dos procedimentos regulares para oferecer, pelo menos, alguma chance de solução justa, equitativa e oportuna dos casos individuais. A conclusão que se segue vai dar um passo adiante e discutir, em geral, a eficácia e a acessibilidade dos instrumentos existentes de processo civil e as condições prévias para torná-los adequados para resolver disputas de terra envolvendo um grande número de grupos e de pessoas desfavorecidos.

VI. Conclusões: o papel do processo judicial na resolução de disputas complexas sobre a terra e como aumentar a eficácia e a acessibilidade dos procedimentos judiciais existentes

Este relatório tem em seu subtítulo uma pergunta: Como resolver disputas de terras privadas (não estatais) envolvendo membros de grupos indígenas e de outros grupos desfavorecidos de uma maneira justa, garantindo o devido processo legal?. Após a análise de algumas experiências globais com litígios decorrentes de esbulhos possessórios de terra em grande escala e expulsões, em resposta a esta questão várias conclusões cautelosas podem ser tiradas.

1. Embora as disputas de terras envolvendo grupos desfavorecidos possam assumir a forma de litígios privados, em sua essência elas raramente são privadas, uma vez que frequentemente envolvem direitos coletivos, problemas coletivos e muitas questões de interesse eminentemente público. Nesse sentido, uma resolução justa dos conflitos relacionados à terra, causados por injustiças passadas, não deve ser submetida aos órgãos jurisdicionais ordinários, ser decidida em procedimentos judiciais comuns, isoladamente das políticas públicas abrangentes que visam abordar as causas fundamentais do problema.

¹⁰⁹ Cf. RN Argentina, p. 13.

Embora os tribunais e juízes sejam importantes como garantes independentes e imparciais dos direitos fundamentais e do devido processo, suas habilidades não devem ser superestimadas¹¹⁰.

2. Para que o processo judicial sobre disputas de terras atinja os objetivos políticos desejados, ele deve ser cuidadosamente coordenado com outros procedimentos e políticas. A jurisdição sobreposta tem de ser evitada e todos os organismos envolvidos têm de partilhar honesta e sinceramente a mesma visão (por exemplo, a visão da reconciliação) e os mesmos objetivos de política nacional (por exemplo, justa restituição e compensação para um determinado grupo)¹¹¹.

3. As controvérsias envolvendo interesses coletivos são melhor decididas por meio de procedimentos ajustados ao seu caráter coletivo, ou seja, em alguma forma de procedimento coletivo. No entanto, o litígio coletivo e as ações coletivas são um tópico muito novo para o processo civil na maioria dos países (com a notável exceção dos EUA e, em parte, do Brasil) e as tentativas mais recentes de introduzir formas de alívio coletivo geralmente não funcionaram bem¹¹². Os professores Oteiza e Verbic observaram com razão que a falta de dispositivos processuais coletivos adequados aos direitos dos povos indígenas causa problemas particulares, devido à "sua inerente dinâmica social coletiva e a inerente incapacidade do sistema judicial de incluir todas as vozes no processo"¹¹³. Até que sejam encontrados mecanismos coletivos adequados, os únicos casos judiciais com impacto coletivo significativo são aqueles que são feitos sob a forma de precedentes (ou julgamentos-guia) nos níveis mais altos das hierarquias judiciais, por tribunais supremos e constitucionais - desde que eles compartilhem das visões políticas gerais e adotem uma postura progressista.

¹¹⁰ RN Itália, p. 8.

¹¹¹ Alguns exemplos de situações em que essas condições prévias não foram cumpridas: no Peru, o governo não consultou os povos indígenas quando adotou os procedimentos para consultas e efetivamente minou esse direito ao estabelecer prazos irrealistas (RN Peru, p.5). Na Croácia, quando o governo, após negociações com a comunidade internacional, aprovou, em 1998, o programa de regresso de refugiados (principalmente sérvios) que fugiram após a reconquista dos territórios croatas ocupados em 1995, a sua previsão sobre o controle judicial de decisões administrativas causou confusão em relação à competência para a Restituição da posse de terras e casas, impedindo a restituição efetiva e o retorno ao invés de acelerá-lo. Ver HRW Reports 2003 e 2006.

¹¹² Cf. Harsagi/van Rhee 2014 (para experiências europeias).

¹¹³ RN Argentina, p. 13-14.

Para este propósito, a jurisprudência dos tribunais internacionais e o desenvolvimento do direito internacional podem servir de catalisadores - mas não podem substituir a falta de mecanismos de reparação coletiva apropriados (que, neste momento, só podem ser concedidos na maioria dos países de *civil law* como parte de medidas administrativas governamentais abrangentes).

4. Embora o processo civil não seja o instrumento ideal para conflitos sociais de natureza coletiva, alguns de seus elementos ainda podem ser melhorados e ajustados, tanto quanto possível, às necessidades de disputas de direitos fundiários envolvendo grupos desfavorecidos. Esses elementos incluem a extensão de regras sobre locus standi (deve ser encontrada uma representação adequada de interesses coletivos, permitindo que grupos ou tribos atuem como partes); Intervenção de terceiros (direito mais amplo das organizações ou indivíduos de intervir como *amici curiae*); (dando mais peso à prova oral e às fases orais do processo); o local onde os atos processuais são praticados (estimulando reuniões e audiências em lugares convenientes para as partes indígenas e desfavorecidas); (garantindo efetivamente o direito das partes de compreenderem e utilizarem a sua língua nativa e/ou a língua do processo); o ônus da prova e o standard probatório (introduzindo regras justas que efetivamente permitam às partes provar o seu título de propriedade); custas (que não devem ser excessivas e, otimamente, devem ser cobertas por fundos estatais); etc. A composição dos tribunais que tratam destas matérias e sua competência devem ser adequadas, assegurando as habilidades e conhecimentos especializados suficientes dos juízes, peritos, intérpretes e outros participantes. Mesmo que a especialização dos procedimentos judiciais traga, por vezes, mais problemas do que benefícios¹¹⁴, os procedimentos em casos de direitos fundiários relativos a grandes grupos e seus membros são uma das poucas áreas onde a especialização é indiscutivelmente desejável.

5. As melhores soluções para situações complexas, em que a correção de uma injustiça quase inevitavelmente causa outra, são aquelas baseadas em consultas, acordo e consenso de todas as partes. Assim como as decisões de política geral relativas aos remédios para o esbulho

¹¹⁴ Cf. UZELAC, Alan. “Mixed Blessing of Judicial Specialisation: the Devil is in the Detail”, *Russian Law Journal* 2 (2014), 4, p. 146-164.

possessório da terra e as expulsões têm que ser tomadas pelo governo com base em consultas, os processos judiciais em casos individuais precisam ter uma abordagem multiportas, abrindo ao longo do processo opções para a solução direta ou mediada de alguns ou de todos os elementos da disputa. Tais acordos devem permitir uma ampla participação de todos os lados interessados e prestar a devida atenção à natureza sistêmica da disputa e à necessidade de adotar soluções que não discriminem outros membros dos grupos afetados. Regras, instalações e pessoal adequados devem estar disponíveis para processos de negociação e de mediação eficazes e adequados a nível individual e coletivo.

6. Uma pré-condição para uma solução justa de disputas de terras é o conhecimento adequado e a capacidade de fazer uso dos direitos concedidos pela lei. Por conseguinte, os litígios relativos a esbulhos possessórios e expulsões somente podem ser realmente justos se as necessárias informações jurídicas, assistência, aconselhamento e ajuda forem fornecidas. As formas de apoio jurídico aos grupos indígenas e desfavorecidos devem ser diversificadas e versáteis, envolvendo iniciativas educativas mais amplas, envolvendo ONGs e seus centros de aconselhamento jurídico, clínicas jurídicas móveis, aconselhamento através de gabinetes governamentais e advogados e regimes de assistência jurídica suficientemente generosos¹¹⁵.

7. Um dos principais inimigos da eficácia no contencioso judicial é a duração excessiva do processo. Por várias razões, os processos em casos relacionados com a restituição de direitos à terra duram regularmente mais tempo do que outros processos civis. Quanto mais numerosos forem aqueles que buscam que seus direitos sejam reconhecidos e julgados, mais longa será a duração média de seus processos. Esta duração também aumenta com o tempo decorrido desde que o esbulho possessório original ocorreu e com as consequências econômicas e o potencial de lobby de pessoas cujos interesses seriam afetados negativamente pela restauração da justiça. Para resolver alguns dilemas fundamentais, longos períodos de gestação em processos perante tribunais independentes e imparciais podem ser justificados, mas para centenas e milhares de autores desfavorecidos e não privilegiados, cada dia de privação adicional de direitos só agrava o prejuízo. A duração

¹¹⁵ Compare a avaliação do relatório sul-africano, que também sugere o apoio a clínicas de educação por satélite e iniciativas governamentais para educar os jovens. RN África do Sul, p. 15.

excessiva dos processos administrativos e judiciais leva a violações da obrigação dos direitos humanos dos Estados de garantir o devido processo e o exercício efetivo dos direitos das comunidades indígenas¹¹⁶.

8. Finalmente, se a restituição de terras, territórios e recursos que foram tomados, ocupados, utilizados ou danificados deve ser eficaz, os remédios concedidos para o mal feito precisa ser realista e eficaz, e não inoperantes e ilusórios. Uma reparação eficaz só pode ser concedida se as decisões judiciais forem respeitadas e executadas. A execução ineficaz e tardia compromete todo o processo. Infelizmente, muitos governos estão dispostos a colocar as batatas quentes nas mãos dos tribunais, mas relutam em reconhecer e implementar suas decisões se forem politicamente sensíveis ou caras para o orçamento nacional¹¹⁷.

Estes não são os únicos desafios no processo de estabelecimento de um "processo justo, independente, imparcial, aberto e transparente" no que se refere ao "reconhecimento e adjudicação" dos direitos dos povos indígenas, como exige o artigo 27 da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas. Devido ao surgimento de novos conflitos armados e crises contínuas em muitas áreas do mundo, novas ondas de deslocamento e esbulho possessório em massa estão ocorrendo. Em comparação com as questões levantadas por esses novos desastres, os desafios da proteção adequada dos direitos indígenas parecem falhas pequenas e triviais. E embora as comunidades indígenas sejam importantes em parte também porque elas podem servir como exemplo de que a restauração da justiça é, no final, viável, quando e se isso for demonstrado, através de processos judiciais ou de outra forma, os casos de restituição pós-conflito e transição terão de ser enfrentadas em seguida, com dezenas ou centenas de vezes mais vítimas em potencial. E seu número ainda é pequeno em comparação com o número de pessoas desfavorecidas devido a crises econômicas persistentes e à pobreza

¹¹⁶ Cf. o caso *Yakye Axa* da CIDH, cit. supra nota 87, parágrafos 86 e similares (constatando que o atraso prolongado constituiu em si uma violação do direito a um julgamento justo).

¹¹⁷ Muitos casos do TEDH encontraram violações de direitos de julgamento justo por causa da não execução de decisões judiciais finais e executáveis. Começando com o caso *Hornsby*, a fim de avaliar o cumprimento do direito a um julgamento justo dentro de um prazo razoável, a execução eficaz e tempestiva é considerada parte integrante do processo judicial. *Hornsby v. Grécia*, 18357/91, CEDH, 19 de março de 1997, § 40. Muitos casos de não-execução trataram do fracasso em expulsar ocupantes ilegais na tentativa de restabelecer os direitos de propriedade imobiliária - ver, por exemplo, *Ilić v. Sérvia*, 30132/04, 9 de Outubro de 2007; *Majski v. Croácia*, n.º 33593/03, CEDH, 1 de Junho de 2006; *Pibernik v. Croácia*, 75139/01, CEDH, 4 de Março de 2004.

endêmica¹¹⁸. Para esses desafios, nem mesmo as melhores políticas nacionais e os sistemas e procedimentos judiciais mais eficazes serão suficientes, a menos que sejam combinados com os esforços globais orquestrados das nações e apoiados por um consenso local, nacional e internacional e uma vontade comum de mudar as coisas para melhor.

Prof. Dr. Alan Uzelac

Universidade de Zagreb, Croácia

Abril de 2016

Anexo I

QUESTIONÁRIO PARA RELATORES NACIONAIS

I. DEFINIÇÃO DE GRUPOS INDÍGENAS E DE GRUPOS DESFAVORECIDOS EM UM CONTEXTO NACIONAL

Como são definidos os grupos indígenas no seu país?

Qual é a sua parcela da população em geral?

Quais grupos de pessoas desfavorecidas são relevantes para as questões de desapropriação de terras e deslocamento?

II. ANTECEDENTES E QUADRO LEGAL NACIONAL RELEVANTE

Descreva o contexto histórico dos problemas relacionados com o esbulho possessório da terra e/ou o deslocamento forçado de determinados grupos desfavorecidos e descreva

¹¹⁸ Como argumentam os pesquisadores, "a falta de acesso à terra está fortemente relacionada à pobreza e à desigualdade", e, portanto, a resolução das questões fundiárias é uma condição prévia na campanha global contra a pobreza (cf. BORRAS, S.M.; KAY, C. Haroon Akram-Lodhi, "Agrarian reform e rural development: historical overview e current issues", in: Haroon Akram-Lodhi et al., 2007, p. 1). No entanto, em muito poucos países (sendo o Vietnã um deles) a atual política neoliberal de reforma agrária promoveu uma rápida redução das taxas de pobreza (AKRAM-LODHI, H.A.; BORRAS, S.M.; KAY, C., MCKINLEY, T.. "Neoliberal globalization, le e poverty: implications for public action", in: Haroon Akram-Lodhi et al., 2007, p. 385).

brevemente os desenvolvimentos ocorridos no passado. Existia uma base jurídica específica (por exemplo, uma lei) sob a qual o esbulho possessório e deslocamento ocorreram?

Por favor, apresente fontes jurídicas nacionais (leis, estatutos, precedentes) que são atualmente relevantes para questões de esbulho possessório e deslocamento forçado.

III. ÓRGÃOS JURISDICIONAIS NACIONAIS, TRIBUNAIS NACIONAIS E FORUMS QUE TEM JURISDIÇÃO EM CASOS DE ESBULHO POSSESSÓRIO DE TERRAS E DESLOCAMENTO FORÇADO

Existem tribunais especializados para casos de violação dos direitos à terra de grupos desfavorecidos de pessoas no seu país? Descreva sua origem, composição e jurisdição. Eles pertencem ao poder judicial ou ao poder executivo?

Existem outros órgãos jurisdicionais, tribunais ou fóruns que lidam com casos de esbulho possessório de terra e de deslocamento forçado?

IV. PROCEDIMENTOS LEGAIS NACIONAIS E JURISPRUDÊNCIA

Que procedimentos legais são fornecidos para a tomada de decisões nos casos atuais que buscam enfrentar questões de desapropriação de terra e de deslocamento forçado? Por favor, descreva as suas principais características. Quem tem *ius standi* perante o tribunal? Existem alguns terceiros envolvidos no processo como intervenientes ou *amici curiae* (ONGs, organizações nacionais ou internacionais, mediadores, etc.)? Direito de solicitar tutela provisória (medidas temporárias, etc.)? Quaisquer outras regras processuais especiais que se afastem dos procedimentos legais regulares?

Descreva os casos-guia atuais que tratam das conseqüências dos esbulhos possessórios da terra e das expulsões do passado. Foi concedida uma tutela eficaz aos litigantes nestes casos?

V. QUADRO JURÍDICO E ABORDAGEM INTERNACIONAL

Que fontes de direito internacional desempenham ou desempenharam um papel no seu país (por exemplo, Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Convenção da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais)? Estas influenciaram a legislação e a jurisprudência do seu país?

Existem tribunais internacionais que trataram das questões de esbulho possessório e de deslocamento forçado na sua região?

VI. POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIOS DE TERRAS PASSADOS E ATUAIS

Que tipo de direitos legais à terra tinham os grupos indígenas/desfavorecidos antes que essa terra lhes fosse tirada? Como esses direitos eram exercidos na prática?

Como foi adquirida a propriedade dos terrenos de seus habitantes originais e/ou proprietários?

Qual é o atual status legal dos proprietários? Quais são as opiniões deles sobre os problemas relacionados com a restituição de terras? De que forma o processo judicial nos casos atuais de restituição de terras afeta seus direitos?

VII. EQUIDADE E EFICÁCIA DO(S) PROCEDIMENTO(S)

Existem obstáculos legais e/ou factuais no acesso a procedimentos legais em casos de esbulho possessório de terra ou de expulsão? É possível obter assistência jurídica ou representação gratuita para os membros de grupos indígenas/desfavorecidos?

Que tipo de provimento pode ser concedido no processo? Restituição natural ou compensação? A compensação corresponde ao verdadeiro valor da terra? Outro provimento (por exemplo, alugar para o uso da terra ou juros, dor e sofrimento)?

A imparcialidade e o devido processo legal estão devidamente garantidos nos processos? Há algum problema a esse respeito?

Qual é a duração do processo em casos de esbulho possessório de terras? Avalie a duração total e a duração de cada fase do processo (adjudicação em primeira instância, fases de recurso, se disponível).

As decisões nesses casos são respeitadas? É efetiva a execução de decisões em casos de esbulho possessório de terras e de expulsão?

VIII. OPINIÃO DO RELATOR NACIONAL

Qual é a sua avaliação pessoal da situação existente em matéria de esbulho possessório de terras e expulsão de grupos desfavorecidos de pessoas? Novas injustiças estão sendo criadas? Um justo e equitativo equilíbrio de interesses de todas as partes interessadas é alcançado na prática?

Qual é a sua opinião sobre os remédios e procedimentos legais existentes? Pontos fortes e fracos? Necessidade de mudança? Avaliar, em particular, o papel desempenhado pelos processos civis nos casos de esbulho possessório de terras, à luz do devido processo legal, da proteção dos direitos humanos e da necessidade de encontrar uma solução pacífica duradoura para os problemas subjacentes.

Previsões para desenvolvimento futuro? Como melhorar a situação?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Relatórios nacionais

BABOOLAL-FRANK, Rashri. Relatório Nacional África do Sul (citado como: RN África do Sul)

BAMFORD, David. Relatório Nacional Austrália (citado como: RN Austrália)

DELGADO, Christian. Relatório Nacional Peru (citado como: RN Peru)

MALESHIN, Dmitry. Relatório Nacional Rússia (citado como: RN Rússia)

OTEIZA, Eduardo and VERBIC, Francisco, Relatório Nacional Argentina (citado como: RN Argentina)

SILVESTRI, Elisabetta. Relatório Nacional Itália (citado como: RN Itália)

STREBERG, Magne. Relatório Nacional Noruega (citado como: RN Noruega)

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Relatório Nacional Brasil (citado como: RN Brasil)

Artigos e livros

ADALAH – Legal Center for Arab Minority Rights in Israel, "*Demolition e Eviction of Bedouin Citizens of Israel in the Naqab (Negev) - The Praver Plan*". Disponível em: <<http://www.adalah.org/en/content/view/7589>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

AKRAM-LODHI, H.A.; BORRAS, S.M.; KAY, C., MCKINLEY, T.. “Neoliberal globalization, le e poverty: implications for public action”, in: Akram-Lodhi; Haroon et al., 2007, p. 383-398.

AKRAM-LODHI, HAROON et al. (eds.). *Land, Poverty and Livelihoods in an Era of Globalization. Perspectives from developing and transition countries*, Routledge, 2007.

ALCALDE, Horacio Almanza. *Le Dispossession e Juridical Le Disputes of Indigenous Peoples in Northern Mexico: A Structural Domination Approach*, diss. (University of East Anglia), 2014. Disponível em: <<https://ueaeprints.uea.ac.uk/48039/>>. Disponível em: 25 abr. 2017.

BLANCKE, Brian. “**We’ll never give in to the Indians’: Opposition to restitution in New York State**”, in: Fay & James, 2009, p. 235-253.

BORRAS, S.M.; KAY, C. Haroon Akram-Lodhi, “**Agrarian reform e rural development: historical overview e current issues**”, in: Haroon Akram-Lodhi et al., 2007, 1-40.

COHRE Country Report, *Displacement e Dispossession. Forced Migration e Le Rights in Burma*, Centre on Housing Rights e Eviction (COHRE), Geneva, 2007.

DEERE, C.D.; MEDEIROS, L. S. de, “**Agrarian reform e poverty reduction: lessons from Brasil**”, in: Haroon Akram-Lodhi et al., 2007, p. 80-118.

DORONDEL, Stefan. “**‘They should be killed’: Forest restitution, ethnic groups e patronage in post-socialist Romania**”, in: Fay & James, 2009, p. 43-65.

DU PLESSIS, J.. “Slow Start on a Long Journey: Le Restitution Issues in East Timor, 1999–2001”, in: **Returning Home: Housing e Property Restitution Rights of Refugees e Displaced Persons** – Volume 1. New York: Transnational Publishers 2003.

FAY, Derick e JAMES, Deborah (eds.), *The Rights e Wrongs of Le Restitution. ‘Restoring What Was Ours’*, Routledge-Cavendish, Oxon 2009.

HARSAGI, V. e VAN RHEE, C.H. (eds.), *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*, Intersentia, 2014.

Human Rights Watch Report, “*Broken Promises. Impediments to Refugee Return to Croatia*”, 2003. Disponível em: <<http://www.hrw.org/publications>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

Human Rights Watch Report, “*Croatia: A Decade of Disappointment*”, 2006. Disponível em: <<http://www.hrw.org/publications>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

LECKIE, Scott. “**Housing e Property Restitution Issues in the Context of Return to e Within Georgia: An International Legal Perspective**”, UNHCR, July 1998.

LECKIE, Scott (ed.), *Housing, Le, e Property Restitution Rights of Refugees e Displaced Persons. Laws, Cases, e Materials*, Cambridge, 2007.

LECKIE, Scott e HUGGINS, Chris. *Conflict e Housing, Le e Property Rights. A Hebook on Issues, Frameworks, e Solutions*, Cambridge University Press, 2011.

PLAICE, Evie. “*Identity politics e the Canadian le claims process in Labrador*”, in: Fay & James, 2009, p. 67-84.

RAMACHERAIAH, C.; VENKATESWARLU, A.. *Dispossessing Tribals e the Poor from Les: Le Laws e Administration in Ehra Pradesh, India, Report Submitted to the IS Academy Le Governance at Utrecht University*, The Netherlands, 2011. Disponível em: <http://www.landgovernance.org/assets/2014/07/India_Andhra-Pradesh_CESS.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

TIEDJE, Kristina. “*Que sucede con PROCEDE? The end of le restitution in rural Mexico*”, in: Fay & James, 2009, p. 209-234.

UZELAC, Alan. *Mixed Blessing of Judicial Specialisation: the Devil is in the Detail*. Russian Journal Law, v. 2, n. 4, 2014, p. 146-164.

WALKER, Cheryl. *Lemarked. Le Claims & Le Restitution in South Africa*, Ohio University Press, 2008.