

NICO HORN

Diretor Executivo do Centro de Documentação e Direitos Humanos da Faculdade de Direito, Universidade da Namíbia, e editor do *Namibian Online Human Rights Journal*.

## RESUMO

O que há de comum entre as pequenas Ilhas Murray, no Estreito de Torres, ao largo da costa da Austrália, com menos de 9 km<sup>2</sup> de extensão, e a Namíbia? Por certo não é a geografia, nem a história da ocupação. Mesmo assim, ambos os povos compartilham uma história de submissão a um poder colonial e, embora tenham sido autorizados a permanecer em sua terra ancestral, jamais lhes foi informado que haviam sido colonizados. Graças a uma ação movida pelo povo das Ilhas Murray, no chamado “caso Mabo”, acabou sendo abandonada uma das mais antigas justificativas para a ocupação de terras habitadas, a chamada regra da *terra nullius*. O exemplo do caso Mabo possibilitou que o programa de reforma agrária da Namíbia fosse olhado sob uma nova perspectiva, pelo menos nas regiões central e sul do país. A Constituição da Namíbia garante direitos de propriedade privada. No entanto, a idéia de que pode existir mais de um direito sobre uma propriedade está presente tanto no *common law* quanto no direito codificado do país. Neste artigo, o autor apresenta o processo em que são adotadas diversas estratégias para alcançar o objetivo final: uma distribuição justa da terra a todos os povos da Namíbia, de modo a contribuir para a paz, a prosperidade e a estabilidade. [Artigo original em inglês.]

## PALAVRAS-CHAVE

Direitos sobre a terra – Direitos coloniais – *Res nullius* – A questão agrária na Namíbia – Genocídio dos hererós

# EDDIE MABO E A NAMÍBIA: REFORMA AGRÁRIA E DIREITOS PRÉ-COLONIAIS À POSSE DA TERRA

Nico Horn

As ações e os eventos por meio dos quais a teoria jurídica da desapropriação foi posta em prática compõem o aspecto mais sombrio da história desta nação. A nação como um todo permanecerá diminuída enquanto não houver o reconhecimento das injustiças do passado e sua retratação. Nessas circunstâncias, não há dúvida de que a Corte tem obrigação de reexaminar as duas questões. Por razões que já apresentei, tal reexame impõe a rejeição de ambas. As terras deste continente não eram *terra nullius* ou “praticamente não-ocupadas” em 1788. A propriedade da Coroa no território de New South Wales era, sob o *common law* que passou a vigorar a partir do estabelecimento da colônia, em 1788, delimitada ou restringida pelo direito consuetudinário de propriedade das tribos e dos clãs aborígenes às áreas em que eles viviam ou utilizavam para fins tradicionais.<sup>1</sup>

As pequenas Ilhas Murray, conhecidas como Ilhas Mer por seus habitantes, estão situadas no Estreito de Torres, ao largo da Costa de Queensland, na Austrália. Com sua área de menos de 9 km<sup>2</sup>, o que podem ter em comum com a Namíbia? Por certo não é a geografia, nem a história da ocupação. Ao contrário das sangrentas guerras dos colonizadores alemães contra os hererós e namas, nenhum tiro foi disparado quando o governo de Sua Majestade, em Queensland, assumiu as Ilhas Murray como colônia do Império Britânico, em 1879.

---

1. Juízes Deane e Gaudron em Eddie Mabo e Outros vs Estado de Queensland, decisão do Tribunal Superior da Austrália, FC 92/014, proferida em 2 jun. 1992, item 9.

O governador de Queenstown já exercia algum poder sobre as ilhas desde 1870, embora elas ainda não fizessem parte da colônia. Em 1878, a Rainha Vitória assinou Cartas de Privilégio, incluindo as ilhas que os ingleses denominaram Murray (bem como outras do Estreito de Torres) na colônia de Queenstown. O povo meriam, que ali vivia, ficou sabendo de sua nova condição de súditos britânicos em setembro de 1879.

De acordo com a legislação colonial da época, quando um território se tornava parte dos domínios da Coroa, as leis da Inglaterra, sempre que fosse possível ajustá-las às condições coloniais, passavam a reger o território. E foi isso que ocorreu com as Ilhas Murray. Sua Majestade tornou-se proprietária absoluta de todas as terras ali localizadas. Nem o povo meriam, nem os indivíduos que viviam nas ilhas detinham qualquer direito sobre terra alguma no território: apenas a Coroa tinha o poder de conferir posse ou propriedade a quem quer que fosse.<sup>2</sup>

Já a ocupação da Namíbia, ao contrário do que ocorreu nas Ilhas Murray, foi um ato sangrento. Como na maioria dos países africanos, as fronteiras da Namíbia foram definidas pelas potências coloniais européias, no final do século 19. Antes da ocupação alemã, a população da Namíbia resumia-se a cerca de doze tribos, de costumes bem distintos, e a autoridade de reis tribais se impunha sobre áreas vagamente demarcadas.

Entre 1884 e 1890, a Namíbia estendia-se do Rio Orange, na fronteira meridional com a África do Sul, aos rios Kunene e Okavango, ao norte; e do Oceano Atlântico, no oeste, ao paralelo 21, a leste. Mais tarde, as autoridades coloniais alemãs obtiveram uma faixa de terra acompanhando o Rio Zambeze. A Baía de Walvis não fazia parte da Namíbia, pois havia sido ocupada pela Grã-Bretanha.

As sociedades missionárias européias iniciaram seus trabalhos na Namíbia na década de 1840. Mas foi a partir de 1890 que as forças alemãs encetaram uma vigorosa cruzada para sujeitar as tribos nativas, resultando no

---

**2.** Princípio confirmado pelos tribunais da Coroa por mais de um século, começando pelo caso da Procuradoria-Geral vs Brown (1847), 1 Legge 312, e confirmado sistematicamente ao longo dos anos. Ver R. vs Kidman (1915) 20 CLR 425; Liquidators of Maritime Bank of Canada vs Receiver-General (New Brunswick, 1892), AC 437; Commonwealth vs New South Wales (1923) 33 CLR 1.

**3.** Ver Mabo e Outros vs Queensland (n. 2, 1992) 175 CLR 1 F.C. 92/014, item 20: "Sem nos delongarmos em uma investigação acerca das bases jurídicas para o 'sistema de autogoverno' instituído por Douglas ou para a jurisdição do Tribunal da Ilha, tudo indica que o povo meriam acabou em grande medida acatando pacificamente o controle por parte das autoridades de Queensland e que os funcionários do governo de Queensland se acostumaram a exercer sua autoridade administrativa sobre as Ilhas Murray. A anexação formal foi seguida pelo exercício efetivo do poder administrativo por parte do governo de Queensland".

extermínio de 75% da população hereró, e de 50% dos namas e dos damaras.

Os dois povos têm, portanto, uma história comum de submissão a um poder colonial. A autoridade britânica sobre os merians, em Queensland, permitiu que continuassem a viver na terra ancestral, sem jamais informar-lhes que haviam sido colonizados, com o pretexto de estar ali para ajudar a população.<sup>3</sup> Já a dominação colonial imposta pelos alemães aos namíbios estava decidida a expulsar os hererós de sua terra natal, ou exterminá-los.<sup>4</sup>

Os dois povos também compartilharam os efeitos resultantes da interpretação freqüente da lei ocidental, no sentido de negar seus direitos à terra ancestral. Na determinação dos direitos de propriedade, pouco importava se a terra havia sido ocupada, cedida ou conquistada.<sup>5</sup> De acordo com a lógica do direito colonial do século 19 e início do século 20, toda “terra não-descoberta”, ou seja, onde os europeus não haviam se estabelecido, era considerada *res nullius*. Era irrelevante o fato de um povo nativo haver ocupado a terra previamente.

Por mais arrogante que a mentalidade colonial do século 19 possa parecer, faz sentido classificar a terra inabitada como *res nullius*, pelo menos no contexto jurídico. Entretanto, não há lógica alguma em se chamar de *res nullius* a terra habitada há séculos. Para dar sentido a tal despropósito, os juristas tiveram de conferir ao termo uma definição que transcendesse a clareza e a lógica de seu significado. Inicialmente, o termo foi ampliado para incluir o solo não-cultivado pelos habitantes nativos.<sup>6</sup> No entanto, nem mesmo essa definição se aplicava aos povos da Namíbia ou das Ilhas Murray, já que em ambos os casos, o solo havia sido cultivado.<sup>7</sup>

Outros filósofos teorizavam com base no pressuposto da supremacia das

4. O decreto do General Lothar von Trotha é bem conhecido: “O povo hereró terá de deixar o país. Caso contrário, precisarei forçá-los com o uso de armas. Cada hereró encontrado dentro das fronteiras alemãs, armado ou desarmado, com bens semoventes ou não, será morto. Não aceitarei mais mulheres nem crianças. Irei mandá-los de volta para seu povo – caso contrário, darei ordens para que sejam executados. Assinado: o Grande General do Poderoso Imperador, von Trotha”.

5. E. Evatt, “The Acquisition of Territory in Australia and New Zealand”, em *Grotian Society Papers* (1968), p 16.

6. Vattel, *The Law of Nations*, Livro I, pp. 100-101 (1797). Ver também Castles, *An Australian Legal History* (1982), pp. 16-17, citado no caso Mabo, item 33.

7. Trata-se de argumento utilizado com freqüência na Namíbia. Ver Horn, *Land Claims and History* (palestra não-publicada proferida em *Seis Farmers Community*) em março de 2003. Entretanto, embora a terra não estivesse cultivada no sentido ocidental do termo, os povos hereró e nama eram conhecidos pela criação de gado, atividade na qual eram muito bem-sucedidos.

nações européias sobre os territórios das nações atrasadas.<sup>8</sup> Essa teoria foi revestida de moralidade pelos juristas, que chamavam a atenção para os benefícios que o cristianismo, a cultura e a civilização levariam a esses povos atrasados.<sup>9</sup>

Já na primeira metade do século 19, os filósofos do direito questionavam a moralidade existente em matar, massacrar e destruir as comunidades locais, para depois classificar seus territórios como *res nullius*.<sup>10</sup> Não era possível a reconciliação entre os ideais morais de cristianizar e civilizar os povos atrasados da África e o édito perverso e sádico do General von Trotha.

Entretanto, por mais ilógica que a teoria possa parecer, acabou dando origem a outra ficção jurídica no direito colonial britânico: todas as terras coloniais adquiridas pelos súditos das potências européias pertenciam ao soberano ou à Coroa da potência colonial. Os tribunais determinaram, ainda, que tal posse deveria incluir tanto a titularidade sobre a terra quanto o governo soberano. Em outras palavras, após a colonização, independentemente da forma, o soberano europeu se tornava senhorio político e proprietário *de facto* de todas as terras do país. Significava também que o ponto de partida do representante do soberano era uma tábula rasa, como se as terras incorporadas fossem, de fato, *res nullius*. Em consequência, apenas os direitos de propriedade reconhecidos pelo soberano eram considerados válidos. E, como norma, seus representantes só outorgavam títulos de propriedade a colonos europeus.<sup>11</sup>

Por mais de um século, os tribunais britânicos e coloniais seguiram a ficção do poder e da titularidade supremos nos países colonizados.<sup>12</sup> Apesar de a Inglaterra ter ocupado e administrado a Baía de Walvis como parte de suas colônias sul-africanas, não houve um só caso de reivindicação pelos nativos

**8.** Ver Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law* (1926), capítulos III e IV, citados pelo juiz Brennan em Mabo e Outros, op. cit., item 47.

**9.** *Johnson vs McIntosh* (1823) 8 Wheat 543, p. 573 (21 US 240, p. 253).

**1.** J. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1830), 17. edição, Livro II, capítulo 1, p. 7: “[...] desde que se restrinja à pastagem e ao cultivo de países desertos, mantendo-se estritamente nos limites da lei da natureza. Porém, até que ponto a captura de países já povoados e a expulsão ou massacre de nativos inocentes e indefesos, apenas porque diferem de seus invasores em idioma, religião, costumes, governo ou cor; até que ponto tal conduta era condizente com a natureza, a razão ou o cristianismo, merece ser avaliado por aqueles que imortalizaram seus nomes ao civilizar assim a humanidade”.

**11.** Ver em *Attorney-General vs Brown* um exemplo de como os tribunais controlados pelos britânicos lidavam com os desafios à autoridade da Coroa sobre as terras em suas colônias.

**12.** Ver *New South Wales vs Commonwealth* (1975) 135 CLR 337; *Wade vs New South Wales Rutile Mining Co. Pty. Ltd.* (1969) 121 CLR 177; e *Randwick Corporation vs Rutledge* (1959) 102 CLR 54, para detalhes sobre julgamentos referentes ao caso *Attorney-General vs Brown*.

namíbios contra a Inglaterra nos tribunais da África do Sul.<sup>13</sup> Talvez o que mais se aproxime da Namíbia seja o caso da Rodésia do Sul, em 1919.<sup>14</sup> Nesse processo, a justiça, assim como os tribunais de outras partes da Comunidade Britânica, se basearam na premissa da irreconciliabilidade dos sistemas tribal e colonial:

*Determinar até onde vão os direitos das tribos aborígenes é uma tarefa inerentemente árdua. Algumas tribos ocupam uma posição tão baixa na escala da organização social que não há como conciliar seus costumes e suas concepções de direitos e deveres com as instituições, ou com os princípios jurídicos da sociedade civilizada. Não há como transpor tal abismo. Seria inútil imputar a esses povos qualquer sombra dos direitos reconhecidos por nossa legislação, para depois transmutá-la na essência daquilo que entendemos por direitos transferíveis de propriedade.<sup>15</sup>*

Em conseqüência, a questão não era exatamente saber se os povos nativos tinham direito às terras, mas sim se tais direitos se aproximavam daquilo que o direito britânico definia como terra e como posse. Se, por qualquer motivo, os povos nativos não passassem na segunda parte desse teste, não teriam direito à terra. O que prejudicava em particular os demandantes era o fato de possuírem uma organização social tão precária “que não havia como conciliar seus costumes e suas concepções de direitos e deveres com as instituições, ou com os princípios jurídicos da sociedade civilizada. Não há como transpor tal abismo”.

Os tribunais superiores rejeitaram a reivindicação dos demandantes, que afirmavam ser “proprietários de terras não-alienadas muito antes de a Companhia ou a Coroa se importarem com elas e desde tempos imemoriais [...] e que as terras não-alienadas ainda lhes pertenciam”, pois a manutenção de tais direitos era incompatível com a ocupação pelos brancos e com o sistema que levava ao desenvolvimento do país. Em conseqüência, o sistema aborígene foi substituído por outro.<sup>16</sup>

---

13. J. Sarkin, *O advento das ações movidas no Sul pela reparação por abusos dos direitos humanos*, em *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos* n. 1 (São Paulo: SUR – Rede Universitária de Direitos Humanos, 2004), pp. 88-89, enfatiza que apenas em 2001, onze anos após a independência da Namíbia, a Herero People's Corporation moveu a primeira ação que se remetia ao período colonial, contra o Deutsche Bank, a Terex Corporation e a Woermann Line pelas atrocidades decorrentes da lei colonial.

14. *In re Rodésia do Sul* (1919) AC 211.

15. *Id.*, pp. 233-234.

16. *Id.*, *ibid.*

A irreconciliabilidade dos direitos dos nativos com a noção jurídica de direito de propriedade ocidental prevaleceu como padrão, em especial no *common law* britânico e na legislação colonial, por mais de um século.

## Os precursores de Mabo

Enquanto os tribunais da Comunidade Britânica praticamente ignoraram as mudanças radicais nas relações internacionais, iniciadas com a formação das Nações Unidas após a Segunda Guerra Mundial, e que ganharam ímpeto com a independência das colônias africanas e asiáticas nos anos 50 e 60, o direito internacional deu seus primeiros passos para avaliar o significado de descolonização.

O Tribunal Superior da Austrália reconheceu o direito internacional, em particular o parecer da Corte Internacional de Justiça para o Saara Ocidental.<sup>17</sup> Neste caso, o voto majoritário definiu o conceito de *terra nullius* como um território que não pertence a ninguém,<sup>18</sup> e que somente nesse caso poderia haver uma ocupação juridicamente válida, além dos casos de cessão ou sucessão.<sup>19</sup>

No caso Mabo (item 40), o juiz Brennan resume o parecer sobre o Saara Ocidental da seguinte forma:

*Sejam quais forem as divergências de opinião entre os juristas, a prática do Estado, no período em questão, indica que os territórios habitados por tribos ou povos com alguma organização social e política não eram considerados terra nullius. Mostra como, no caso desses territórios, a obtenção da soberania não era em geral considerada como efetuada de forma unilateral mediante a “ocupação” de terra nullius com titularidade original, mas sim por meio de acordos estabelecidos com governantes locais. Às vezes, é verdade, o termo “ocupação” foi utilizado em seu sentido não-técnico, denotando simplesmente a aquisição de soberania. Não significou, porém, que a obtenção da soberania por meio de tais acordos com as autoridades locais fosse considerada a “ocupação” de uma “terra nullius”, no sentido estrito desse termo. Ao contrário: esses acordos com governantes locais, independentemente de serem considerados uma “cessão” real do território, eram vistos como derivados de raízes de titularidade, e não como direitos de propriedade originais obtidos pela ocupação de terra nullius.*

17. *International Criminal Justice Review* (ICJR, 1975).

18. Ver também *Legal Status of Eastern Greenland, P.C.I.J.*, Séries A/B, n. 53, pp. 44 e 63.

19. ICJR, 1975, op. cit., p. 39.

Os juízes foram unânimes na decisão de que o Saara Ocidental não era *res nullius* ao ser ocupado pela Espanha, em 1884.<sup>20</sup>

## O julgamento no caso Mabo

Com um voto divergente, os sete magistrados do Tribunal Superior da Austrália decidiram a favor da parte reclamante. Eddie Mabo havia falecido antes do julgamento, porém o direito às Ilhas Murray foi outorgado aos outros dois demandantes, representantes do povo meriam. Seus títulos específicos de propriedade deveriam ser determinados segundo as leis ou costumes tradicionais.<sup>21</sup>

Não é importante, para os propósitos deste artigo, apresentar todos os detalhes do julgamento. A essência do processo consiste no reconhecimento, por parte do Tribunal Superior da Austrália, de que os direitos dos aborígenes sobre as terras pré-coloniais não apenas sobreviveram ao colonialismo, mas são impostos pela lei. Na medida em que o juiz Brennan, que redigiu o voto majoritário, confiou plenamente na evolução do direito internacional, a sentença foi taxativa quanto à exequibilidade desses direitos nos tribunais municipais da Austrália.

Conforme mencionado anteriormente, o parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça no caso do Saara Ocidental exerceu papel decisivo na argumentação do tribunal. Ainda mais interessante é o fato de os dois juízes reconhecerem separadamente a avaliação positiva do vice-presidente Ammoun.<sup>22</sup> O vice-presidente Ammoun havia se referido de modo afirmativo a um dos argumentos das partes no sentido de que a essência dos direitos dos povos nativos à terra está no vínculo espiritual e “ancestral entre a terra, ou

**20.** ICJR, 1975, op. cit., p. 86.

**21.** O Acórdão estabelece: “(1) que as terras das Ilhas Murray não pertencem à Coroa na interpretação do termo em S. 5 da Lei de Terras de 1962-1988 (Q.); (2) que o povo das Ilhas Murray detém o direito, oponível contra o resto do mundo, de possuir, ocupar, utilizar e desfrutar a Ilha de Mer, exceto na área arrendada aos Fiduciários do Conselho Australiano de Missões e os pequenos lotes de terra (se existentes) que foram validamente apropriados para uso e fins administrativos, sendo tal uso incompatível com a fruição contínua dos direitos e privilégios do povo meriam nos termos do direito de propriedade nativo; (3) que o direito de propriedade do povo meriam está sujeito ao poder do Parlamento de Queensland e ao poder do Governador no Conselho de Queensland para extinguir o direito pelo exercício válido de seus respectivos poderes, desde que qualquer exercício de tais poderes não seja incompatível com as leis da Comunidade Britânica”.

**22.** Itens 40 e 41 do voto do juiz Brennan e item 19 do voto do juiz Toohey.

‘mãe natureza’, e o homem nela gerado que permanece ligado a ela e deve, um dia, a ela retornar para se reunir com seus ancestrais”.<sup>23</sup> E prosseguiu:

*Isso corresponde a negar o próprio conceito de terra nullius no sentido de uma terra que pode ser apropriada por alguém não gerado por ela. Trata-se da condenação do conceito moderno, definido por Pasquale Fiore, que considera terrae nullius os territórios habitados por populações cuja civilização, no sentido do direito público da Europa, é atrasada, e cuja organização política não foi criada com base nas normas ocidentais.*

A importância do caso do Saara Ocidental está na exclusão da possibilidade de considerar a terra habitada como *terra nullius* com base em critérios técnicos ou em alguma prova de civilização. Segundo o juiz Brennan, se o conceito de *terra nullius* como terra habitada já não é corroborado pelo direito internacional, então as doutrinas desenvolvidas pela justiça para defendê-lo também devem ser abandonadas. A posição no caso da Rodésia,<sup>24</sup> considerando que os povos nativos estão “tão baixo na escala da organização social” que é impossível outorgar-lhes o direito de propriedade nos termos da legislação ocidental, obviamente não se alinha ao direito internacional. O *common law* não é estático e, já no passado, acompanhou a evolução do direito internacional; portanto, nada o impede de corrigir o pensamento ilógico do passado.<sup>25</sup>

Os juízes Deane e Gaudron chamaram a atenção para o fato de que, até mesmo de acordo com a conservadora jurisprudência da Comunidade Britânica, ao menos alguns direitos de propriedade dos povos nativos foram não só reconhecidos, mas também protegidos pelo novo poder colonial.<sup>26</sup>

*Assim, em In re Rodésia do Sul,<sup>27</sup> o Conselho Privado reconheceu explicitamente que existem “direitos de propriedade privada”, como o interesse na propriedade da terra, de uma categoria tal que “em uma conquista é possível presumir que, na ausência de confisco expresso ou de uma lei de desapropriação subsequente, tais direitos tenham sido respeitados pelo conquistador, abstendo-se de qualquer ação para restringi-los ou modificá-los”. Por analogia, em Amodu Tijani vs*

---

23. ICJR, 1975, op. cit., pp. 85-86.

24. *In re Rodésia do Sul* (1919) AC, pp. 233-234.

25. Voto do juiz Brennan, item 41.

26. Juízes Deane e Gaudron, item 10.

27. Id. (1919) AC 211, p. 233.

*Secretário, Nigéria do Sul (“Amodu Tijani”),<sup>28</sup> o Conselho Privado afirmou e fez uso do princípio “comum”, “nos termos da lei britânica [...]”, segundo o qual “os direitos de propriedade dos habitantes (devem) ser totalmente respeitados” nos casos de ocupação por cessão.*

Embora não se tenha dado o reconhecimento pleno do direito à titularidade, mas sim sob a forma de ocupação usufrutuária, a Coroa respeitou tais direitos. No caso *Adeyinka Oyekan vs Musendiku Adele*,<sup>29</sup> o Conselho Privado declarou que os tribunais nas colônias partiam do pressuposto de que a Coroa respeitaria os direitos de propriedade dos nativos e os indenizaria pelas terras desapropriadas.

O tribunal considerou ainda algumas restrições ao que entendia por titularidade nativa, mas não é necessário, para os fins deste artigo, esmiuçar os detalhes. Entretanto, tais direitos conferidos aos povos nativos das colônias britânicas tinham pouca importância, uma vez que era praticamente impossível para eles defender tais direitos nos tribunais.<sup>30</sup> No entanto, tais direitos não eram de todo irrelevantes para os magistrados:<sup>31</sup>

*A incapacidade prática de os habitantes nativos de uma colônia britânica defenderem qualquer titularidade nos termos do common law por meio de ações legais, no caso de ameaça ou contravenção real por parte da Coroa ou de seus agentes, não significa, porém, que o reconhecimento desse direito pelo common law seja irrelevante do ponto de vista prático. Os direitos pessoais à titularidade não eram ilusórios: poderiam, por exemplo, ser assegurados por meio de defesa, tanto em processos penais quanto cíveis (por exemplo, o suposto furto de produtos, ou esbulho possessório após pretensa extinção do direito pela Coroa, por meio de simples aviso, se distingue de uma outorga inconsistente ou outra negociação). O mais importante é que, se a lei interna de uma colônia britânica reconhecesse e protegesse as reivindicações legítimas de habitantes nativos por seus territórios tradicionais, o próprio fato restringiria, de certa forma, as ações da Coroa e de seus agentes, mesmo que os habitantes nativos estivessem essencialmente desamparados, que sua titularidade tivesse sido erroneamente extinta, ou que sua posse ou seu usufruto fossem encerrados com violência.*

---

28. (1921) 2 AC 399, p. 407.

29. (1957) 1 WLR 876, p. 880.

30. Item VI do voto dos juízes Deane e Gaudron.

31. Id., item 30.

Os juízes Deane e Gaudron avaliaram aquilo que denominavam Desapropriação dos Habitantes Originais.<sup>32</sup> Seu voto, após analisarem a desapropriação histórica dos aborígenes e sua exclusão do Parlamento britânico, baseou-se na teoria de que, de acordo com a lei, New South Wales era *terra nullius* ao ser ocupada em 1788, e a ela não se aplicava qualquer titularidade nativa.

O caso Mabo é importante para os povos nativos destituídos de suas terras nas antigas colônias européias no mundo todo. Basicamente, por uma razão: o Tribunal Superior da Austrália não só reconheceu os significativos avanços em prol da justiça obtidos pelo direito internacional, mas de fato alterou o *common law* australiano, alinhando-o aos princípios internacionais de justiça. Nesse processo, renunciou-se à regra de *terra nullius*, uma das mais antigas justificativas para a ocupação de terras habitadas.

Além disso, ao reconhecer a existência de direitos pré-coloniais à posse da terra, tornou possível àqueles que haviam sido destituídos de suas terras defender seus direitos nos tribunais. Em consequência, não servem mais como justificativa para o não-reconhecimento dos direitos pré-coloniais as teorias racistas que haviam introduzido questões e conceitos do direito ocidental, como a categoria de “direito à propriedade privada”; ou a idéia de que “os nativos estão em uma posição tão baixa na escala da organização social que não há como conciliar seus costumes e suas concepções de direitos e deveres com as instituições, ou com os princípios jurídicos da sociedade civilizada”.<sup>33</sup>

### Críticas ao processo Mabo<sup>34</sup>

O processo Mabo não permaneceu incontestado, e as críticas são familiares para os estudiosos da Namíbia. Cooray considera que foi muito mais um édito do que uma decisão judicial. Galligan também acusa o Tribunal Superior de formular leis, mas acrescenta que, no fundo, sempre fez isso.<sup>35</sup> Cooray compara os resultados do caso Mabo ao *apartheid*:

*Isso será análogo às famigeradas homelands da África do Sul. Mas haverá diferenças em relação à experiência sul-africana, no sentido de que os habitantes*

32. Id., item X.

33. Id. (1919) AC 211.

34. Este capítulo se baseia no artigo de L. Cooray, “The High Court In Mabo – Legalist or L’égotiste” (1992). Disponível em <[www.users.bigpond.com/smartboard/mabo/index.htm](http://www.users.bigpond.com/smartboard/mabo/index.htm)>. Acesso em 28 out. 2005.

35. B. Galligan, “The Power of Seven” (*The Weekend Australian*, 17-18 jul. 1993).

*dos territórios da Austrália estarão sobre vastos recursos econômicos e de mineração. O solo agrícola produtivo e as áreas ricas em minérios estavam fora das homelands sul-africanas. Na Austrália, os beneficiários serão uma pequena minoria e os excluídos serão a grande maioria do povo. No apartheid da África do Sul, os beneficiários eram uma pequena minoria e os excluídos constituíam a vasta maioria.*

Marchant critica os juízes e os acusa de serem desonestos com a história.<sup>36</sup> Ele se preocupa principalmente com a possibilidade de uma decisão relativa a um grupo de fazendeiros das Ilhas Murray vir a ser aplicável aos povos aborígenes do continente australiano.

Brunton reproduz a visão tipicamente paternalista de que o povo nativo deveria ser grato pela desapropriação, uma vez que os conquistadores haviam trazido consigo as vantagens da civilização ocidental.<sup>37</sup>

*Como viveriam os aborígenes se a Austrália não tivesse sido conquistada? Será que sua situação econômica seria melhor? Será que a lei e os costumes tribais seriam superiores à mescla de common law e lei escrita que prevalece nos dias de hoje? Será que teriam desenvolvido a terra da mesma forma? O bom senso e a lógica levam-me a responder negativamente às três últimas perguntas.*

Cooray argumenta que a abordagem constitucional contemplada pelo juiz Brennan<sup>38</sup> confere aos magistrados uma função mais política que jurídica.

A crítica parece revelar que os opositores à decisão do caso Mabo temiam que os direitos dos atuais detentores da propriedade (no final das contas, todos brancos) fossem afetados pela decisão e que pudessem vir a ser, afinal, desapropriados. Como os aborígenes constituem uma minoria pobre na Austrália, tais temores parecem infundados e praticamente impossíveis para um observador da Namíbia. Entretanto, se o Tribunal Superior da Namíbia

---

**36.** L. Marchant, *Law of Nations and European Annexation of Australia* (1993), do manuscrito inédito de livro a ser publicado, citado por B. Galligan, op. cit. (não conferido pelo autor).

**37.** R. Brunton, "Mabo and Reconciliation" (*IPA Review*, vol. 46, n. 2, 1993).

**38.** Juiz F. Brennan, "The High Court of Australia in Mabo AMEC Leederville" (trabalho inédito, apresentado em Camberra em 16 jul. 1992 durante uma Conferência sobre Direitos Humanos e mencionado em P. Connolly & S. Hulme, 1993, citado por Cooray, 1992, op. cit.). O juiz alegou que uma Declaração de Direitos e Garantias incluiria os tribunais no processo político como nova força dominante. "Uma vez definido o direito, o tribunal deve pesar o interesse coletivo contra o direito individual. Trata-se de uma questão política, porém uma Declaração de Direitos e Garantias pretende transformar o debate político em jurídico e considerar questões políticas e morais à luz da justiça".

chegar a aplicar algo semelhante, o temor de uma apropriação não-judiciosa sem dúvida poderá ameaçar os filhos e filhas dos colonos europeus.

## A Namíbia e Eddie Mabo

A Constituição da Namíbia garante direitos de propriedade privada.<sup>39</sup> O governo sempre se comprometeu a obedecer a Constituição em qualquer programa de reforma agrária. No entanto, nem sempre o debate transcorreu em um nível de mútua aceitação de *bona fides*. Uma das principais razões para tanto é possivelmente o fato de o governo adotar uma premissa bem específica, no sentido de que a reforma agrária deveria ter por objetivo devolver aos habitantes originais as terras que hoje estão em poder dos brancos.

Um exemplo é a entrevista dada por Sam Nujoma, presidente da Namíbia, a Baffour Ankomah, editor da revista *New African*. Nujoma afirma que os princípios constitucionais foram introduzidos por americanos e britânicos “para favorecer os interesses dos colonizadores brancos que, ‘por bem ou por mal’, haviam adquirido e ocupado o território da Namíbia durante o período colonial”. O presidente prosseguiu insistindo que a cláusula da espontaneidade [*willing buyer/willing seller*] estabelecida pela Constituição, jamais esteve alinhada com o plano político da SWAPO (South West African People’s Organization) para lidar com a questão agrária.

Por outro lado, os fazendeiros brancos enfatizaram seus direitos constitucionais nos termos do Artigo 16. Entretanto, nenhuma das partes tentou, até agora, situar seus pontos de partida no contexto histórico. Para o governo, falar dos habitantes originais da terra é referir-se a um povo anteriormente desfavorecido. Os fazendeiros brancos, por sua vez, ainda não chegaram a fazer algum esforço para considerar que possam existir outros direitos sobre suas propriedades.

Na Namíbia, a possibilidade de existir mais de um direito sobre uma mesma propriedade não é um conceito novo nem no *common law* nem no direito codificado. Os direitos de um fazendeiro sobre suas terras, por exemplo, podem ser restringidos por um contrato de arrendamento vigente na ocasião

---

**39.** O Artigo 16 tem a seguinte redação: “ (1) Todo indivíduo terá direito, em qualquer parte da Namíbia, a adquirir, possuir e vender todos os tipos de bens móveis ou imóveis, individualmente ou associado a terceiros, e legar seus bens a seus herdeiros ou legatários, ressalvado que o Parlamento poderá, por lei, proibir ou regulamentar a seu critério o direito a aquisição de bens por indivíduos que não sejam cidadãos da Namíbia. (2) O Estado ou um órgão competente ou autorizado por lei poderá desapropriar uma propriedade no interesse público, mediante pagamento de uma compensação justa, de acordo com os requisitos e procedimentos a serem determinados por Lei aprovada pelo Parlamento”.

da compra.<sup>40</sup> Os direitos de mineração não estão incluídos entre os direitos de um proprietário de terras agrícolas.

O exemplo do caso Mabo permite analisar o programa de reforma agrária sob uma perspectiva diferente, ao menos nas regiões central e meridional do país. Não vou questionar se a guerra entre os alemães e os hererós foi um ato de genocídio.<sup>41</sup> Para os objetivos deste artigo, pode-se dizer que a Namíbia, tal como o Saara Ocidental, não era *terra nullius* quando da ocupação alemã. Além do mais, aceito a essa altura que as evidências confirmam os direitos de propriedade dos povos hereró e nama à época da ocupação alemã.<sup>42</sup>

Se os direitos dos hererós e namas puderem ser demonstrados ao menos para algumas partes do território, o debate pode ser elevado a um novo patamar, permitindo identificar os povos que sofreram sob as regras coloniais. Segundo o vice-presidente Ammoun, da Corte Internacional de Justiça, eles podem ser reconhecidos pelos fazendeiros brancos, atuais proprietários das terras, ou mesmo pelo governo que, em última instância, decidirá o futuro das terras como pessoas que possuem “vínculos ancestrais com a terra, ou ‘mãe natureza’, e o povo nela gerado, que permanece ligado a ela e deve, um dia, a ela retornar para se reunir com seus ancestrais”.<sup>43</sup>

Um tribunal pode ser instalado para ouvir as demandas específicas de pessoas ou povos. A Lei da Reforma Agrária já prevê o estabelecimento desse tribunal. Pequenas emendas à Lei permitirão que o tribunal trate de reivindicações decorrentes das guerras de 1904. Um tribunal que trata de reivindicações referentes a questões de terra já funciona na África do Sul há vários anos e pode ser um exemplo útil.

Se uma reivindicação for provada, o governo poderá encaminhar o processo de acordo com um programa preestabelecido, sem deixar de reconhecer, ao mesmo tempo, os direitos constitucionais dos atuais proprietários. Embora os direitos pré-coloniais tenham sobrevivido ao colonialismo, deve-se sublinhar

---

**40.** O dito do *common law*, “*huur gaat voor koop*” (o arrendamento prevalece sobre a compra), em regra é cumprido pelos tribunais da Namíbia.

**41.** Concordo em grande parte com um trabalho de J. Sarkin ainda não publicado: embora o termo genocídio não fosse conhecido em 1904, os atos das forças alemãs e as comunicações do comandante, General L. von Trotha, podem ser avaliados a partir da definição que se tornou parte do direito internacional. Ver também o artigo já citado (Sarkin, 2004, nota 12), pp. 67-126; e M. Hinz “One Hundred Years Later: Germany on Trial in the USA – The Herero Reparations Claim for Genocide” (*Namibian Human Rights Online Journal*, vol. 1, n. 1, 2003).

**42.** Tais pressuposições se baseiam em discussões preliminares com autoridades tradicionais dos povos nama e hereró em *workshops* realizados em Windhoek e Keetmanshoop (2004).

**43.** ICJR, 1975, op. cit., note 17, pp. 85-86.

que tais direitos não podem simplesmente destruir os atuais direitos de propriedade garantidos pela Constituição, assim como a colonização não pôde destruir os direitos de propriedade dos povos nativos.

Entretanto, a prova do direito às terras nativas não deixa de ter sentido. O governo (ou mesmo o tribunal) pode começar a negociar com o atual proprietário, com base no princípio de espontaneidade (*willing buyer/willing seller*). Se o governo e o atual proprietário chegarem a um acordo, a única questão em aberto será o valor a ser pago pela propriedade. Como as demandas serão individuais, ou às vezes tribais, é bem provável que extrapolem as atuais provisões orçamentárias do governo (50 milhões de dólares namíbios, no último ano fiscal). Contudo, pode ser solicitada a ajuda financeira de vários países doadores, e até mesmo da União Européia, nessa parte do processo. No passado, tanto a União Européia quanto a Alemanha se mostraram dispostas a auxiliar a Namíbia no programa de reforma agrária.

É bem verdade que, na prática, o processo pode não ser tão tranquilo quanto parece no papel. O que aconteceria se o atual proprietário não fosse mais um indivíduo branco, e sim alguém de um grupo anteriormente desfavorecido? Ou qual será a atitude do governo se o atual proprietário se recusar a negociar ou, após a negociação, se recusar a vender sua propriedade? Quais seriam as consequências se mais de um grupo reivindicasse a mesma terra?

Não cabe aqui discutir em detalhe cada uma das questões acima. Basta lembrar que, sob determinadas circunstâncias, o governo pode ser convencido de que a desapropriação atenderá melhor aos interesses nacionais, ao passo que as partes prejudicadas sempre terão o direito de levar a questão a juízo. O legislador talvez queira recorrer a um tribunal superior, ou simplesmente determinar que o Tribunal Superior, ou a Suprema Corte, seja o órgão responsável pelo julgamento dos recursos. Se não for encontrado um doador, o governo pode optar por realocar nesse projeto parte da verba originariamente destinada à reforma agrária.

## Conclusão

Com certeza os princípios estabelecidos no caso Mabo não constituirão o único processo capaz de fazer a reforma agrária avançar. O reconhecimento dos direitos pré-coloniais trará uma série de vantagens. Criará um mecanismo para lidar com algumas das páginas mais tristes da história da Namíbia. Também levará justiça a povos que quase foram extintos pelas mãos dos colonizadores europeus. E recuperará os direitos territoriais da segunda e da terceira gerações de descendentes dos proprietários pré-coloniais.

É óbvio que não há programa capaz de reparar todas as injustiças do passado. Os que se opõem à recuperação dos direitos sobre terras pré-coloniais

podem alegar que tal reparação não tratará igualmente todas as pessoas do país que sofreram as conseqüências da ocupação sul-africana e do *apartheid*.<sup>44</sup> Infelizmente, esse programa não trata da segunda grande injustiça cometida contra o povo da Namíbia, mas não se pode negar o fato de que permitirá lidar de forma efetiva com a injustiça cometida em 1904.

Alguns argumentarão que o programa não tratará das injustiças das guerras pré-coloniais entre os grupos do sul e do centro do país, enquanto outros vão querer saber como um tribunal abordaria as injustiças cometidas antes, durante e após a colonização, contra grupos nômades, como os san e os himbas.

Mas, não é intenção deste trabalho recomendar a restauração dos direitos pré-coloniais como a melhor, ou única, possibilidade para a reforma agrária na Namíbia, mas sim propor um processo que inclui várias estratégias para atingir uma meta final: a distribuição justa de terra entre todos os povos da Namíbia, de modo a contribuir para a paz, a prosperidade e a estabilidade do país.

Portanto, de acordo com a cláusula da espontaneidade (*willing buyer/willing seller*), o programa pode prosseguir, ao mesmo tempo que o governo dá andamento a seus projetos de desapropriação de propriedades de fazendeiros estrangeiros ausentes e de outras terras, na medida em que for de interesse nacional.<sup>45</sup>

Um tribunal de terras para lidar com os direitos perdidos durante a colonização alemã poderá dar uma nova dimensão à questão da reforma agrária.

---

44. Ver Sarkin, op. cit., nota 12, pp. 92-93.

45. Como o programa ainda se encontra em fase de planejamento, teremos de aguardar que o governo defina o interesse nacional, ou inicie o processo, antes de discutirmos os prós e contras da questão.