AFRICAN UNION

UNION AFRICAINE

الاتحاد الأفريقي

UNIÃO AFRICANA

AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS

COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS

C.

REPÚBLICA DO QUÉNIA

PROCESSO N.º 006/2012

ACÓRDÃO

28 E SETEMBRO DE /2017

O Tribunal, constituído pelos Venerandos Juízes: Sylvain ORÉ, Presidente, Gérard NIYUNGEKO, Augustino S.L. RAMADHANI, Duncan TAMBALA, Elsie N. THOMPSON, El Hadji GUISSE, Rafâa Ben ACHOUR, Solomy B. BOSSA, Ângelo V. MATUSSE: Juízes; e Robert ENO, Escrivão.

Nos termos do art.º 22.° do Protocolo da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos relativo à Criação de um Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos (doravante designado por «o Protocolo») e do n.º 2 do art.º 8.° do Regulamento do Tribunal (doravante designado por «o Regulamento»), o Juiz Ben KIOKO, cidadão do Quénia, se absteve de participar da deliberação sobre a Petição Inicial.

Processo que envolve:

A Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos

representada por:

1. Hon. Professor Pacifique MANIRAKIZA - Comissário
2. Sr. Bahame Tom NYANDUGA - Assessor Jurídico
3. Sr. Donald Deya, Assessor Jurídico
4. Sr. Selemani Kinyunyu, Assessor Jurídico

c.

A República do Quénia

representada por:

1. Sra. Muthoni KIMANI - Procuradora-Geral Adjunta Sénior
2. Mr. Emmanuel BITTA - Assessor Jurídico Principal de Contencioso
3. Sr. Peter NGUMI - Assessor Jurídico de Contencioso

Feitas as deliberações,

profere o seguinte Acórdão:

I. DAS PARTES

1. A Requerente é a Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (doravante designada por «a Requerente» ou «a Comissão»). A Requerente apresentou esta Petição ao abrigo do n.º 1 do art.º 5.º do Protocolo.

2. O Requerido é a República do Quénia (doravante designada por «o Requerido»). O Requerido tornou-se Parte na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (doravante designada por «a Carta»), em 25 de Julho de 2000, no Protocolo em 4 de Fevereiro de 2004, e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (doravante designado por «o ICCPR») e no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (doravante designado por «o ICESCR») em 23 de Março de 1976.

II. DO OBJECTO DA PETIÇÃO

3. Em 14 de Novembro de 2009, a Comissão recebeu uma Comunicação do Centro para o Desenvolvimento dos Direitos das Minorias (CEMIRIDE), acompanhado pelo grupo de defesa das minorias Minority Rights Group International (MRGI), ambos agindo em representação da Comunidade Ogiek da Floresta de Mau. A Comunicação dizia respeito ao aviso de despejo proveniente da Autoridade Florestal do Quénia, em Outubro de 2009, que notificou à Comunidade Ogiek e demais ocupantes a abandonarem a área no prazo de 30 dias.

4. Em 23 de Novembro de 2009, a Comissão, citando as implicações de enorme alcance para a sobrevivência política, social e económica da Comunidade Ogiek e os seus potenciais danos irreparáveis caso a notificação de despejo se efectivasse, emitiu um despacho judicial sobre medidas provisórias, solicitando ao Requerido para que suspendesse a execução do aviso de despejo.

5. Em 12 de Julho de 2012, face à falta de contestação por parte do Requerido, a Comissão remeteu o processo ao venerável Tribunal através da presente Petição, ao abrigo do disposto na alínea (a) do n.º 1 do art. 5.° do Protocolo.

A. Dos Factos Inerentes ao Processo

6. A Petição está relacionada com a Comunidade Ogiek da Floresta de Mau. A Requerente alega que a população Ogiek é um grupo étnico minoritário autóctone do Quénia que integra cerca de 20.000 membros, dos quais 15.000 habitam o Complexo Florestal de Mau Grande, uma massa de terra que abarca cerca de 400.000 hectares e atravessa cerca de sete distritos administrativos do território do Estado Requerido.

7. De acordo com a Requerente, em Outubro de 2009, por intermédio dos Serviços Florestais do Quénia, o Requerido emitiu um aviso de despejo com um prazo de 30 dias à população Ogiek e demais ocupantes da Floresta de Mau, exigindo que abandonassem a floresta.

8. A Requerente afirma que o aviso de despejo foi emitido tendo como fundamento o facto de que a floresta constitui uma zona hidrográfica reservada e era, de qualquer modo, parte da terra do Estado ao abrigo do art.º 4.° da Lei de Terras do Estado. A Requerente afirma ainda que a acção levada a cabo pelos Serviços Florestais não teve em consideração a importância da Floresta de Mau para a sobrevivência da população Ogiek e que esta não tomou parte do processo de tomada de decisão para o despejo. A Requerente sustenta que a população Ogiek foi sujeita a várias medidas de despejo, desde a era colonial, que prosseguiram após a independência do Estado Requerido. De acordo com a Requerente, o aviso de despejo de Outubro de 2009 perpetua as injustiças históricas sofridas pela população Ogiek.

9. A Requerente alega igualmente que a população Ogiek levantou continuamente objecções a estes despejos através das administrações locais e nacionais, grupos e comissões de trabalho e intentou acção judicial, mas sem êxito.

B. Violações Alegadas pela Requerente

10. Face ao enunciado supra, a Requerente alega a violação dos art.s 1.°, 2.°, 4.°, 8.°, 14.°, n.^{os} 2 e 3 do art.° 17.°, dos art.s 21.° e 22.° da Carta.

III. DA TRAMITAÇÃO DO PROCESSO PERANTE O TRIBUNAL

11. A Petição foi apresentada ao venerável Tribunal em 12 de Julho de 2012 e comunicada ao Requerido mediante notificação datada de 25 de Setembro de 2012.

12. Em 14 de Dezembro de 2012, o Requerido submeteu a sua contestação à Petição na qual suscita várias Excepções Prejudiciais, que foram transmitidas à Requerente, por intermédio de ofício datado de 16 de Janeiro de 2013.

13. Em 28 de Dezembro de 2012, a Requerente solicitou ao venerável Tribunal para que emitisse um Despacho Judicial sobre medidas provisórias destinadas a travar a execução da directiva emitida pelo Ministério das Terras do Requerido em 9 de Novembro de 2012, que limita as restrições a transacções para a medição de terrenos com dimensão não superior a cinco acres dentro da Área do Complexo Florestal de Mau.

14. Por ofício datado de 23 de Janeiro de 2013, a Sr.ª Lucy Claridge, Responsável pelos Assuntos de Direito, MRGI, o Sr. Korir Sing'oei, Assessor para as Áreas de Estratégia e Jurídica, o CEMIRIDE e o Sr. Daniel Kobei, Director Executivo do Programa de Desenvolvimento da População Ogiek (OPDP) requereram autorização para intervirem e serem ouvidos na qualidade de autores iniciais perante a Comissão em conformidade com o disposto na alínea (c) do n.° 3 do art.° 29.° do Regulamento.

15. Em 15 de Março de 2013, a Requerente apresentou a sua Réplica às Excepções Prejudiciais suscitadas pelo Requerido, que foi transmitida ao Requerido, por intermédio de ofício datado de 18 de Março de 2013.

16. Em 15 de Março de 2013, o venerável Tribunal emitiu um Despacho sobre Medidas Provisórias contra o Requerido tendo como base o facto de que havia uma situação de extrema gravidade e urgência, bem como um risco de dano irreparável à comunidade Ogiek. O Despacho enunciava as seguintes medidas:

> «1) O Requerido deve restituir as restrições que havia imposto às transacções de terra no Complexo Florestal de Mau e coibir-se de levar a cabo todo e qualquer acto ou acção que prejudicaria ou seria capaz de comprometer irreparavelmente a Petição principal perante o Tribunal, até à determinação final sobre a referida Petição;
>
> 2) O Requerido deve comunicar ao venerável Tribunal, no prazo de quinze (15) dias, a contar da data de recepção do presente Despacho, as medidas por si tomadas para fazer cumprir o presente Despacho».

17. Por ofício datado de 30 de Abril de 2013, o Requerido comunicou as medidas que havia tomado em cumprimento do Despacho de Medidas Provisórias.

18. Por ofício datado de 14 de Maio de 2013, o Cartório transmitiu à Requerente o relatório do Requerido relativo à execução das Medidas Provisórias.

19. Durante a sua 29.ª Sessão Ordinária, realizada de 3 a 21 de Junho de 2013, o Tribunal declarou encerrada a fase de apresentação de peças processuais e decidiu realizar uma Audição Pública em Março de 2014.

20. Por ofício recebido no Cartório em 31 de Julho de 2013, a Requerente solicitou autorização para apresentar articulados e elementos de prova complementares e para que lhe fosse concedida uma prorrogação do prazo de 5 meses para o fazer. Por ofício datado de 2 de Setembro de 2013, o pedido da Requerente foi dado provimento por via de um despacho judicial com instruções para apresentar os articulados até 11 de Dezembro de 2013.

21. Por ofícios datados de 20 e 26 de Setembro de 2013 e 3 de Fevereiro de 2014, a Requerente notificou o venerável Tribunal dos alegados actos de incumprimento

por parte do Requerido do Despacho de Medidas Provisórias de 15 de Março de 2013.

22. Por ofício datado de 26 de Setembro de 2013, o Cartório transmitiu ao Requerido as alegações de incumprimento do Despacho de Medidas Provisórias. Até à data, o Requerido não respondeu às alegações.

23. As Observações Complementares sobre a Admissibilidade e os Méritos da Requerente foram apresentadas em 11 de Dezembro de 2013 e transmitidas ao Requerido mediante notificação datada de 12 de Dezembro de 2013 que concedia a este último sessenta (60) dias para apresentar a sua resposta.

24. Por ofício datado de 21 de Janeiro de 2014, as Partes foram informadas que a Audiência Pública sobre as excepções prejudiciais e os méritos teria lugar nos dias 13 e 14 de Março de 2014.

25. Por ofício datado de 17 de Fevereiro de 2014, redigido em virtude do art.º 50.° do Regulamento, o Requerido pediu autorização para apresentar os argumentos e os elementos de prova sobre os méritos do processo e solicitou uma prorrogação do prazo em 5 meses para o fazer. Por ofício datado de 4 de Março de 2014, o Requerido foi informado de que a autorização solicitada tinha sido concedida e foi orientado para submeter as suas observações no prazo de 60 dias.

26. Em 12 de Maio de 2014, o Requerido submeteu as observações complementares sobre os méritos, que foram notificadas à Requerente, por ofício datado de 15 de Maio de 2014, convidando a Requerente a submeter quaisquer observações a respeito das mesmas no prazo de 30 dias a contar da data de recepção do ofício. Em 30 de Junho de 2014, a Requerente submeteu a sua Tréplica às observações complementares do Requerido sobre os méritos.

27. Em 24 de Setembro de 2014, em resposta à Petição submetida em 23 de Janeiro de 2013, o Cartório endereçou um ofício à Sr.ª Lucy Claridge, Responsável pelos

Assuntos de Direito, MRGI, informando-a de que o Tribunal a tinha concedido autorização para intervir.

28. Durante a sua 35.ª Sessão Ordinária, que teve lugar em Adis-Abeba, Etiópia, o Tribunal realizou a sua audiência pública em 27 e 28 de Novembro de 2014. Todas as partes fizeram-se representar, tendo as respectivas testemunhas comparecido às mesmas, conforme se segue:

Representantes Legais da Requerente

1. Ilustre Professor Pacifique MANIRAKIZA - Comissário
2. Sr. Bahame Tom NYANDUGA - Assessor Jurídico
3. Sr. Donald DEYA - Assessor Jurídico
4. Sr. Selemani KINYUNYU - Assessor Jurídico

Testemunhas da Requerente

1. Sra. Mary JEPKEMEI - Membro da Comunidade Ogiek
2. Sr. Patrick KURESOI - Membro da Comunidade Ogeik

Testemunhas Periciais da Requerente

1. Dra. Liz Alden WILY - International Land
   Especialista em questões relacionadas com a propriedade de Terra

Representantes Legais do Requerido

1. Sra. Muthoni KIMANI - Procuradora-Geral Adjunta Sénior
2. Sr. Emmanuel BITTA - Assessor Jurídico Principal de Contencioso
3. Sr. Peter NGUMI - Assessor Jurídico de Contencioso

29. Em virtude do n.º 1 do art.º 45.º e da alínea (c) do n.º 1 do art.º 29.º do Regulamento, durante a audiência pública, o Tribunal ouviu as declarações da Sr.ª

Lucy Claridge, Responsável pelos Assuntos de Direito, MRGI, uma das autoras iniciais da Comunicação apresentada à Comissão.

30. O Tribunal colocou questões às Partes, que as mesmas responderam.

31. Durante a sua 36.ª Sessão Ordinária, realizada de 9 a 27 de Março de 2015, o Tribunal decidiu propor às Partes que iniciassem um processo de resolução amigável, ao abrigo do disposto no art.º 9.° do Protocolo e no art.º 57.° do Regulamento.

32. Um ofício, datado de 28 de Abril de 2015, foi enviado às Partes a solicitar que respondessem à proposta de resolução amigável até 27 de Maio de 2015 e que identificassem as questões a serem debatidas, que seriam, posteriormente, trocadas entre si.

33. Por ofício datado de 27 de Maio de 2015, a Requerente precisou que concordava com a solução amigável do processo.

34. Por ofício datado de 27 de Maio de 2015, o Requerido enumerou as questões a serem debatidas, que foram transmitidas à Requerente por ofício datado de 28 de Maio de 2015.

35. Por ofício datado de 17 de Junho de 2015, as Partes foram informadas que o Tribunal tinha concedido uma prorrogação de 60 dias do prazo para apresentarem as questões para a solução amigável.

36. Em 18 de Agosto de 2015, o Cartório recebeu as condições da Requerente para a solução amigável, que foram comunicadas ao Requerido em 21 de Setembro de 2015. O Requerido foi convidado a apresentar a sua reacção às mesmas, o mais tardar, até 31 de Outubro de 2015.

37. Em 10 de Novembro de 2015, o Requerido submeteu a sua contestação sobre as condições e as questões para a solução amigável que foram transmitidas à Requerente por ofício datado de 20 de Novembro de 2015.

38. Em 13 de Janeiro de 2016, a Requerente dirigiu um ofício ao venerável Tribunal em resposta às condições propostas pelo Requerido. A Requerente referiu que não estava satisfeita com as mesmas, tendo solicitado ao venerável Tribunal que avançasse com o processo e proferisse um Acórdão. O pedido da Requerente foi transmitido ao Requerido por via de notificação datada de 14 de Janeiro de 2016. O Requerido não reagiu à notificação.

39. Uma vez que a tentativa de resolução do diferendo de forma amigável não foi bem-sucedida, durante a sua 40.ª Sessão Ordinária, realizada de 29 de Fevereiro a 18 de Março de 2016, o venerável Tribunal decidiu proceder à apreciação da Petição Inicial e proferir o presente Acórdão.

40. Por ofício datado de 7 de Março de 2016, as Partes foram informadas que o Tribunal ia prosseguir com a deliberação do processo.

IV. DOS PEDIDOS FORMULADOS PELAS PARTES

A. Pedidos da Requerente

41. Na sua Petição Inicial, a Requerente pleiteia que o venerável Tribunal condene o Requerido a:

> «1. Pôr termo à acção de despejo da população Ogiek da Floresta de Mau Este e abster-se de actos de assédio, intimidação ou interferência nos meios de subsistência tradicionais da comunidade;
> 2. Reconhecer a terra histórica da população Ogiek e conferir a esta o título de propriedade, num processo que seja antecedido da demarcação do terreno pelo Governo e pela Comunidade Ogiek e para que o Estado Requerido proceda à revisão da sua legislação de modo a incorporar no ordenamento a titularidade comunitária de propriedade; e

3. Ressarcir a comunidade Ogiek por todos os danos sofridos com a perda da sua propriedade, do desenvolvimento, dos recursos naturais, bem assim como da liberdade de professar a sua religião e cultura».

42. Nas Observações Complementares sobre a Admissibilidade, a Requerente formulou o seguinte pedido específico:

> «A Requerente alega que a Petição Inicial reúne os requisitos previstos no art. 56.° da Carta Africana relativamente aos requisitos de Admissibilidade e, por conseguinte, pede ao venerável Tribunal para que declare a mesma Admissível».

43. Nas observações sobre o Mérito, a Requerente pede para que o Tribunal se digne emitir os seguintes Despachos Judiciais:

«A. Adjudicar e declarar que o Estado Requerido violou os art.s 1.°, 2.°, 4.°, 8.°, 14.°, os n.^{os} 2 e 3 do art.^{o} 17.°, os art.^{s} 21.° e 22.° da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos;

B. Declarar que a Floresta de Mau tem, desde tempos imemoriais, sido casa ancestral da população Ogiek, e que a sua ocupação pela população Ogiek é vital para a sua sobrevivência, para o exercício da sua cultura, hábitos e costumes, tradições e religião, bem assim para o bem-estar da sua comunidade.

C. Declarar que a ocupação da Floresta de Mau desde tempos imemoriais pela população Ogiek e o uso dos seus vários recursos naturais, inclusive a flora e a fauna, tais como o mel, as plantas, as árvores e os animais selvagens da Floresta de Mau, para satisfazer as necessidades de alimentação, vestuário, medicamentos, abrigo e outras, é sustentável e não resulta em destruição maciça, nem na desarborização da Floresta de Mau.

D. Determinar que a cessão, pelo Estado Requerido, de direitos, tais como os títulos de posse de terra e concessões na Floresta de Mau, em distintas etapas, a membros, indivíduos e entidades empresariais não pertencentes à comunidade Ogiek, concorreu para a destruição da Floresta de Mau e não beneficiou a população Ogiek, o que equivale à violação do n.º 2 do art. 21.° da Carta Africana.

E. Que, além dos despachos judiciais referidos em (A), (B), (C) e (D), supra, e por via de um acórdão distinto do venerável Tribunal, ao abrigo do art.º 63.° do Regulamento do Tribunal, que o venerável Tribunal condene o Estado Requerido a implementar medidas legislativas, administrativas e outras necessárias para a indemnização da comunidade Ogiek, através das seguintes medidas[1]:

(i) Restituição da terra ancestral da comunidade Ogiek, através do seguinte:

(a) a adopção no seu ordenamento jurídico nacional, e por via, de consultas bem esclarecidas com a comunidade Ogiek, de medidas legislativas, administrativas e outras necessárias para delimitar, demarcar e conceder título ou, de outro modo, clarificar e proteger o território em relação ao qual a comunidade Ogiek goza de direitos de propriedade comunitária, nos termos preceituados nas práticas costumeiras de uso da terra e sem prejuízo às outras comunidades autóctones;

(b) implementar medidas tendentes a: (i) delimitar, demarcar e conceder título ou, de outro modo, esclarecer e proteger as terras contíguas da comunidade Ogiek, sem detrimento de outras comunidades autóctones; e (ii) antes da execução dessas medidas, abster-se de quaisquer actos capazes de levar os agentes do Estado, ou terceiros, que actuam com o seu consentimento ou tolerância, a influenciar a existência, o valor, o uso ou o usufruto da propriedade localizada na área geográfica ocupada e utilizada pela comunidade Ogiek; e

(c) a revogação de todos os títulos e concessões considerados como tendo sido atribuídos ilegalmente a respeito da terra ancestral da comunidade Ogiek; que essa terra seja restituída à comunidade Ogiek com um título comum para cada local, para que os membros dessa comunidade a utilizem como bem entenderem;

(ii) Indemnização à comunidade Ogiek por todos os danos sofridos em consequência dessas violações, incluindo através do seguinte:

[1] A Requerente assevera que esta lista não é exaustiva e que o venerável Tribunal é cordialmente convidado a complementar estes métodos de indemnização com exigências adicionais.

(a) a nomeação de um avaliador independente para decidir sobre o nível adequado de indemnização e para definir a modalidade em que a indemnização é paga e a quem, devendo essa nomeação ocorrer de mútuo acordo entre as partes;

(b) o ressarcimento dos danos patrimoniais deve corresponder à perda da sua propriedade, do desenvolvimento e dos recursos naturais;

(c) o ressarcimento dos danos não patrimoniais deve incluir a perda da sua liberdade de professar a sua religião e cultura, bem como a ameaça aos seus meios de subsistência;

(d) a criação de um fundo de desenvolvimento comunitário para beneficiar a comunidade Ogiek, para fins de saúde, habitacionais, educacionais, agrícolas e outras finalidades pertinentes;

(e) o de taxas de exploração decorrentes das actividades económicas locais na Floresta de Mau; e

(f) assegurar que a comunidade Ogiek beneficia de quaisquer oportunidades de emprego disponíveis na Floresta de Mau;

(iii) Adopção de medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para reconhecer e garantir o direito da comunidade Ogiek a ser devidamente consultada, em consonância com as suas tradições e costumes e/ou com o direito a dar ou receber o consentimento livre, prévio e esclarecido, relativamente aos projectos de desenvolvimento, conservação ou investimento na terra ancestral da comunidade Ogiek na Floresta de Mau e fazer cumprir as protecções adequadas para atenuar os efeitos prejudiciais que esses projectos podem ter para a sobrevivência social, económica e cultural da comunidade Ogiek;

(iv) Que seja emitido um pedido de desculpa público pelo Estado Requerido à comunidade Ogiek por todas as violações cometidas;

(v) Que seja erguido um monumento público em reconhecimento da violação dos direitos da comunidade Ogiek na Floresta de Mau pelo Estado Requerido, num local de importância significativa para a comunidade Ogiek e escolhido por esta;

(vi) Reconhecimento pleno da comunidade Ogiek como uma população autóctone do Quénia, incluindo, entre outros, o reconhecimento da língua Ogiek e das práticas culturais e religiosas da população Ogiek; a prestação de serviços de saúde, sociais e de educação à comunidade

Ogiek; e a promulgação de medidas positivas tendentes a assegurar a representatividade política da comunidade Ogiek a nível nacional e local;

(vii) O processo legislativo especificado nas subalíneas (i) e (iii), supra, deve ser concluído no prazo de um ano a contar da data da pronúncia do acórdão;

(viii) O processo de demarcação especificado na subalínea (i), supra, deve ser concluído no prazo de três anos a contar da data da pronúncia do Acórdão;

(ix) O avaliador independente da indemnização deve ser nomeado no prazo de três meses a contar da data da pronúncia do Acórdão; os direitos de exploração e o fundo de desenvolvimento comunitário devem ser objecto acordo no prazo de um ano a contar da data da pronúncia do Acórdão e o pagamento deve ser efectuado no prazo de dezoito meses a contar da data da pronúncia do Acórdão;

(x) O pedido de desculpa deve ser feito no prazo de três meses a contar da data da pronúncia do Acórdão;

(xi) O monumento deve ser erguido no prazo máximo de seis meses a contar da data da pronúncia do Acórdão;

F. Emitir quaisquer outros despachos judiciais que o Tribunal julgar necessários nas circunstâncias prevalecentes.

44. Que, na sequência dos Despachos Judiciais referidos em A, B, C, D, E e F, supra, que o Tribunal condene o Estado Requerido a apresentar ao Tribunal um relatório sobre a execução destes recursos, incluindo a apresentação de um relatório trimestral sobre o processo de execução, que deve ser remetido à Comissão e deve ter o parecer desta, até que os despachos judiciais constantes do Acórdão sejam cumpridos na íntegra a contento do Tribunal, da Comissão, do Conselho Executivo e de qualquer outro órgão da União Africana, que o Tribunal e a Comissão considerem apropriado».

45. A Requerente reiterou estes pedidos durante a Audiência Pública.

B. Pedidos do Requerido

46. Na sua Contestação, o Estado Requerido pleiteia ao Tribunal que determine que a Petição Inicial não é admissível e que decrete que a mesma seja devolvida ao Estado Requerido para resolução, propriamente, através de uma resolução amigável, visando uma solução pacífica e duradoura. O Requerido também fez observações sobre o mérito, descrevendo detalhadamente a sua posição sobre o mesmo e pediu ao Tribunal para pôr à prova rigorosa para justificar as mesmas e decida que não houve quaisquer violações dos direitos dos Ogiek, conforme alega a Requerente. Na sua Contestação, o Estado Requerido não fez quaisquer pedidos específicos.

V. DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

47. Em conformidade com o n.° 1 do art.° 39.° do Regulamento, o Tribunal procede a um exame prévio da sua competência antes de analisar os méritos da Petição.

A. Competência Material

Excepção Arguida pelo Estado Requerido

48. O Estado Requerido defende que, ao invés de apresentar a Petição Inicial ao Tribunal, a Comissão deve ter chamado a atenção da Assembleia dos Chefes de Estado e de Governo da União Africana (UA), quando ficou persuadida de que a comunicação diante de si diz respeito a um processo especial que revela a existência de «uma série de violações graves ou maciças dos direitos humanos e dos povos», conforme prescreve o art.° 58.° da Carta.

49. O Estado Requerido alega ainda que o Tribunal não se dignou em efectuar um exame prévio da sua competência, por força do art.° 39.° do seu Regulamento, em conformidade com o art.° 50.° da Carta, e que não cumpriu com a disposição supra prevista na Carta.

Alegações Arguidas pela Requerente

50. A Requerente alega que levar à atenção da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da União Africana um processo especial que revela a existência de uma série de violações graves ou maciças dos direitos humanos, não é um pré-requisito para que o processo seja remetido à apreciação do Tribunal e é apenas um recurso nos termos previstos no art.° 58.° da Carta. A este respeito, a Requerente defende que com a criação do Tribunal, conta agora com uma opção adicional para remeter processos ao Tribunal, porquanto o Tribunal complementa o mandato de protecção da Comissão, ao abrigo do art.° 2.° do Tribunal. Quanto à disputa por parte do Requerido de que o Tribunal deveria ter efectuado um exame prévio da sua competência, a respeito da Petição Inicial, em conformidade com o art.° 50.° da Carta, a Requerente observa que a disposição relacionada com o exame prévio da competência do Tribunal é o art.° 39.°, e não o art.° 40.° do Regulamento, conforme referiu o Requerido.

Apreciação do Tribunal

51. O Tribunal observa que o n.° 1 do art.° 3.° do Protocolo e a alínea (a) do n.° 1 do art.° 26.° do seu Regulamento regulam a sua competência material, independentemente de se a Petição é ou não apresentada por indivíduos, pela Comissão ou pelos Estados. Nos termos das disposições supra, a competência material do Tribunal é extensiva a «todos os casos e diferendos que lhe sejam apresentados e que digam respeito à interpretação e aplicação da Carta, [do seu] Protocolo e de qualquer outro instrumento pertinente sobre os direitos humanos ratificado pelos Estados em causa.» A única consideração pertinente que o Tribunal deve ter na aferição da sua competência material, em conformidade com o n.° 1 do art. 3.° do Protocolo e da alínea (a) do n.° 1 do art.° 26.° do Regulamento consiste em determinar se uma Petição está relacionada com uma alegada violação dos direitos protegidos pela Carta ou por outros instrumentos de direitos humanos nos quais o Requerido é Parte. No mesmo modo, o Tribunal concluiu que «contanto que os direitos presumivelmente violados estejam protegidos nos termos da Carta ou de quaisquer outros instrumentos dos direitos humanos ratificados pelo Estado em causa, o Tribunal tem competência para se pronunciar sobre a matéria.[2]

[2] Consultar *Alex Thomas c. República Unida da Tanzânia* (Acórdão sobre os Méritos) parágrafo 45, de 20 de Novembro de 2015 (doravante designado por Processo de Alex Thomas) e *Mohamed Abubakari*

52. Na Petição Inicial vertente, a Requerente alega a violação de vários direitos e liberdades garantidos no âmbito da Carta e de outros instrumentos de direitos humanos ratificados pelo Requerido, de modo particular, o PIDCP e o ICESR. Por consequência, a Petição Inicial satisfaz os requisitos previstos no n.° 1 do art. 3.° do Protocolo.

53. Nos casos em que a Comissão intente uma acção perante o Tribunal, nos termos da al. a), n.º 1 do art. 5.º do Protocolo, do n.° 1 do art.° 3.° do mesmo, não prevê quaisquer requisitos adicionais a serem respeitados antes deste Tribunal exercer a sua competência. O art.° 58.° da Carta estabelece que a Comissão deve informar a Conferência dos Chefes de Estado e de Governo sobre os casos em que as comunicações que lhe sejam apresentadas revelem casos de uma série de violações graves ou maciças dos direitos humanos e dos povos. Com a criação do Tribunal, e aplicando o princípio da complementaridade consagrado no art.° 2.° do Protocolo, a Comissão pode agora referir qualquer matéria ao Tribunal, incluindo questões que revelem uma série de violações graves ou maciças dos direitos humanos.[3] A objecção prejudicial do Requerido, segundo a qual a Comissão não respeitou o disposto no art.° 58.° da Carta, passa, portanto, a ser irrelevante no que diz respeito à competência material do Tribunal.

54. No que se refere à análise preliminar da sua competência, nos termos do art.° 40.° do Regulamento e do art.° 50.° da Carta, o Tribunal constata que estas duas disposições não versam sobre a competência do Tribunal, mas sim sobre questões de admissibilidade; de modo particular, a questão relativa à exaustão dos recursos do direito disponíveis internamente, que o Tribunal irá abordar posteriormente no presente Acórdão. De qualquer modo, e de acordo com o seu Regulamento, a decisão final do Tribunal relativamente à questão da competência só pode ser tomada após a recepção e análise dos articulados das partes. Por conseguinte, a excepção do Estado Requerido a este respeito é improcedente.

---

c. República Unida da Tanzânia (Acórdão sobre os Méritos), parágrafos 28 e 35, de 3 de Junho de 2016 (doravante designado por Processo de Mohamed Abubakari).

[3] Consultar também o n.° 3 do art.° 118.° do Regulamento Interno da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

55. Do exposto supra, o Tribunal considera que tem competência material para conhecer do caso.

B. Competência em Razão do Sujeito

Excepção Arguida pelo Estado Requerido

56. O Estado Requerido alega que a denúncia inicial perante a Comissão carece de legitimidade para invocar a competência da Comissão, pois esta não tem a autoridade para representar legalmente a comunidade Ogiek, nem sequer estava a agir em nome dessa comunidade.

Alegações Arguidas pela Requerente

57. A Requerente, citando a sua própria jurisprudência, alega que adoptou a doutrina *actio popularis*, que permite a qualquer pessoa apresentar uma denúncia ao Tribunal, em nome das vítimas sem necessariamente obter o consentimento destas. Por essa razão, a Comissão foi interpelada com a Comunicação, apresentada por dois dos autores da denúncia, em Novembro de 2009: a CEMIRIDE e a OPDP, que são Organizações Não-Governamentais (ONGs) formalmente constituídas no Quénia. A Requerente afirma que esta última dedica-se especialmente à promoção dos direitos da comunidade Ogiek, enquanto a primeira goza do estatuto de observador junto da Comissão e, como tal, ambas são competentes para invocar a competência da Comissão.

Apreciação do Tribunal

58. A competência pessoal do Tribunal rege-se pelo dispositivo do n.° 1 do art.° 5.° do Protocolo, que enumera as entidades, incluindo a Requerente, com direito a remeter processos perante o Tribunal. Por força desse dispositivo, o Tribunal tem competência em razão do sujeito no que diz respeito a esta Petição Inicial. O argumento apresentado pelo Requerido, segundo o qual os autores iniciais da denúncia não tinham legitimidade para apresentar a Comunicação à Comissão e agir em nome da comunidade Ogiek é irrelevante para determinar a competência em razão do sujeito do Tribunal, porque os autores iniciais das denúncias que

compareceram perante a Comissão não são Partes na Petição Inicial perante este Tribunal. O Tribunal não é obrigado a examinar a competência da Comissão.

59. Quanto à sua competência no que respeita ao Estado Requerido, o Tribunal recorda que o Estado Requerido é Estado Parte na Carta e no Protocolo. Em face disso, o Tribunal entende que tem competência em razão do sujeito no que diz respeito ao Estado Requerido.

60. É igualmente importante que o Tribunal reafirme o facto de que, sendo que a Petição Inicial que é chamado a apreciar foi apresentada pela Comissão, nos termos do art.° 2.° e da alínea (a) do n.° 1 do art.° 5.° do Protocolo, não se levanta a questão de se o Requerido fez ou não a declaração ao abrigo do n.° 6 do art.° 34.° do Protocolo. Tal é o caso porque, contrariamente a indivíduos particulares e ONGs, o Protocolo não obriga que o Estado Requerido tenha feito a declaração nos ternos do n.° 6 do art.° 34.° para que a Comissão apresente Petições ao Tribunal.[4]

61. Em face disso, o Tribunal entende que tem competência em razão do sujeito no que diz respeito à presente Petição.

C. Competência em Razão do Tempo

Excepção Arguida pelo Estado Requerido

62. O Estado Requerido sustenta que a Carta, tal como qualquer outro tratado, não pode ser aplicado retroactivamente a situações e circunstâncias que tenham ocorrido antes da sua entrada em vigor. O Estado Requerido cita o art.° 28.° da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que prescreve o seguinte: «Salvo se o contrário resultar do tratado ou tenha sido de outro modo estabelecido, as disposições de um tratado não vinculam uma Parte no que se refere a um acto ou facto anterior ou a qualquer situação que tenha deixado de existir à data da entrada em vigor do tratado relativamente a essa Parte.». O

[4] Consultar *Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos c. Líbia* (Acórdão sobre os Méritos), 3 de Junho de 2016, parágrafo 51.

Estado Requerido alega, mais adiante, que se tornou Parte na Carta em 10 de Fevereiro de 1992 e que é a partir de 10 de Fevereiro de 1992 que as obrigações por si assumidas, nos termos da Carta, ganharam força executiva. O Estado Requerido adianta que algumas das alegações de violações feitas pela Requerente relacionam-se com actividades decorridas antes de o Estado Requerido ratificar a Carta e, como tal, o Tribunal não pode pronunciar-se sobre as mesmas, senão apenas sobre matérias ocorridas depois de 1992.

Alegações Arguidas pela Requerente

63. A Requerente alega que reconhece o princípio da não retroactividade dos tratados internacionais. A Requerente defende, não obstante, que depende ainda do princípio estabelecido do direito internacional dos direitos humanos, segundo o qual o Requerido é responsável por violações que decorreram antes da ratificação da Carta, nas circunstâncias em que os efeitos dessas violações, ou nos casos em que o Requerido continuou a perpetrar as referidas violações ou não as corrigiu, como sucedeu à comunidade Ogiek.

Apreciação do Tribunal

64. O venerável Tribunal decidiu que as datas pertinentes para a aplicação da sua competência temporal são as datas em que o Requerido se tornou Parte na Carta e no Protocolo e, quando se justifique, a data do depósito da declaração a reconhecer a competência do Tribunal para conhecer de Petições apresentadas por pessoas singulares e ONGs contra o Requerido.[5]

65. O Tribunal constata que o Requerido tornou-se Parte na Carta em 10 de Fevereiro de 1992 e no Protocolo em 4 de Fevereiro de 2004. O Tribunal constata ainda que, embora os despejos realizados pelo Estado Requerido que deram origem às alegadas violações tenham iniciado antes das datas supracitadas, eles continuam. A este respeito, o Tribunal constata, em particular, as ameaças de despejos feitas

[5] Consultar *Beneficiários do falecido Norberto Zongo, Abdoulaye Nikiema aliás Ablasse, Ernest Zongo e Blaise Ilboudo e Movimento Burquinabe de Direitos Humanos e dos Povos c. Burquina Faso* (doravante designado por *Processo de Norbert Zongo*) (Decisão sobre Objecções Prejudiciais), 21 de Junho de 2013, parágrafos 61 a 64.

em 2005 e a notificação de desocupação da Reserva Florestal do Sudoeste de Mau, emitida em 26 de Outubro de 2009, pelo Director dos Serviços Florestais do Quénia. O Tribunal entende que as alegadas violações cometidas pelo Estado Requerido das suas obrigações internacionais, inseridas no âmbito da Carta permanecem imparáveis, e, como tal, a matéria recai no âmbito da competência temporal do Tribunal.

66. Do exposto supra, o Tribunal considera que tem competência material para conhecer do caso.

D. Competência em Razão do Território

67. A competência territorial do Tribunal não foi contestada pelo Requerido, embora se deva estipular que, uma vez que as alegadas violações ocorreram dentro do território do Estado Requerido, que é um Estado Membro da União Africana que ratificou o Protocolo, o Tribunal tem competência para julgar esta matéria.

68. Com base no enunciado supra, o Tribunal conclui que tem competência para apreciar esta Petição.

VI. DA ADMISSIBILIDADE

69. O Requerido suscita dois conjuntos de excepções quanto à admissibilidade da Petição. O primeiro conjunto diz respeito a excepções relacionadas com os processos preliminares perante a Comissão Africana, enquanto o segundo tem a ver com excepções que têm como base o incumprimento dos requisitos de admissibilidade consagrados na Carta e no Regulamento.

A. Excepções relativas a alguns procedimentos preliminares

70. O Requerido levantou duas excepções no âmbito deste subtítulo, nomeadamente que a Petição Inicial continua pendente junto da Comissão e que o Tribunal não efectuou um exame preliminar da sua admissibilidade em consonância com o art.° 39.° do seu Regulamento.

i. Excepção baseada na alegação de que a Petição está a correr os seus trâmites junto da Comissão

Excepção Arguida pelo Estado Requerido

71. O Requerido sustenta que está um processo a correr os seus trâmites perante a Comissão entre a comunidade Ogiek e o Estado Requerido sobre os mesmos factos e matérias que os articulados na presente Petição. O Requerido defende que a Petição perante o Tribunal está a procurar obter despachos judiciais substantivos, quando o mesmo processo corre os seus trâmites perante a Comissão e, por conseguinte, a competência do Tribunal não pode ser invocada pela Requerente.

Alegações Arguidas pela Requerente

72. A Requerente argumenta que a competência do Tribunal foi devidamente invocada e alega que o processo foi remetido ao Tribunal pela Comissão por força da al. a), n.° 1 do art. 5.° do Protocolo, da al. a), n.° 1 do art. 33.° do Regulamento e dos n.°s 2 e 3 do art.° 118.° do Regulamento Interno da Comissão. De acordo com a Requerente, tendo remetido a matéria ao Tribunal, fica sem efeito o argumento de que a mesma corre os seus trâmites perante a Comissão.

Apreciação do Tribunal

73. Relativamente à excepção invocada pelo Requerido de que a matéria corre os seus trâmites perante a Comissão, o Tribunal constata que a Requerente na petição em apreço é a Comissão, que remeteu a matéria ao Tribunal, em conformidade com o n.° 1 do artigo 5.° do Protocolo.

74. Tendo remetido a matéria ao Tribunal, a Comissão decidiu não examinar a petição ela própria. A submissão da matéria ao Tribunal pela Comissão significa, com efeito, que a mesma deixou de correr os seus trâmites perante a Comissão, não

havendo, por conseguinte, qualquer processo paralelo junto da Comissão, por um lado, e do Tribunal, por outro.

75. Fica indeferida a excepção invocada pelo Requerido a respeito da admissibilidade tendo como fundamento o facto de esta matéria estar a correr os seus trâmites junto da Comissão.

ii. Excepção invocada a respeito da não realização do exame prévio da sua Admissibilidade

Excepção Arguida pelo Estado Requerido

76. O Estado Requerido alega que o Tribunal se absteve de conduzir um exame prévio da admissibilidade da Petição, por força dos art.^{os} 50.° e 56.° da Carta e do art.° 40.° do Regulamento, e que não deviam ser emitidos despachos judiciais adversos contra o mesmo sem que se lhe dê a oportunidade de ser ouvido.

Alegações Arguidas pela Requerente

77. A Requerente alega que a Petição reúne todos os requisitos de admissibilidade previstos no art.° 56.° da Carta, por ter sido submetida ao Tribunal por força da al. a), n.° 1 do art. 5.° do Protocolo contra o Estado Parte, tanto no Protocolo como na Carta, por alegadas violações que ocorreram dentro do território do Estado Requerido. A Requerente alega ainda que o art.° 50.° da Carta não se aplica à presente Petição porque diz respeito apenas a procedimentos de admissibilidade relativos a «Comunicações originadas por Estados», enquanto a Petição em apreço no caso vertente não é dessa natureza. A Requerente sustenta que foi dada ao Requerido a oportunidade para ser ouvido perante a Comissão, quando a Comissão lhe remeteu a denúncia inicial contra si e este apresentou as observações sobre a respectiva admissibilidade.

Apreciação do Tribunal

78. O Tribunal observa que, embora as regras de admissibilidade aplicadas pela Comissão e por este Tribunal sejam substancialmente similares, os procedimentos de admissibilidade relativos a uma Comunicação apresentada à Comissão e a uma Petição apresentada a este Tribunal são distintos e não devem ser confundidos. Em face disso, o Tribunal é do parecer que a admissibilidade e outros procedimentos relativos a uma denúncia perante a Comissão não são necessariamente relevantes para determinar a admissibilidade de uma Petição apresentada a este Tribunal.

79. De qualquer modo, como ocorre em relação à sua competência jurisdicional, o Tribunal pode adjudicar sobre a admissibilidade de uma Petição que lhe seja apresentada apenas depois de ter ouvido as Partes.

80. A excepção suscitada pelo Requerido não é, por conseguinte, válida.

B. Excepções relativas à Admissibilidade com base nos Requisitos previstos na Carta e no Regulamento

81. No âmbito deste subtítulo, o Requerido suscitou duas excepções, nomeadamente o insucesso em identificar a Requerente e a não exaustão dos recursos judiciais disponíveis internamente.

82. Ao determinar a admissibilidade de uma Petição, o Tribunal orienta-se pelo n.° 2 do art. 6.° do Protocolo, que prevê que o Tribunal tem em conta as disposições previstas no art.° 56.° da Carta. As disposições previstas neste artigo estão reiteradas no art.° 40.° do Regulamento nos seguintes termos:

> «Segundo as disposições do art.° 56.° da Carta ao qual o n.° 2 do art.° 6.° do Protocolo se refere, qualquer Requerimento apresentado ao Tribunal deve obedecer às seguintes condições:
>
> 1. Divulgar a identidade do Requerente mesmo que este tenha pedido ao Tribunal para permanecer anónimo;
> 2. Ser compatível com o Acto Constitutivo da União e com a Carta;
> 3. Não conter qualquer linguagem depreciativa ou insultuosa;
> 4. Não se fundamentar exclusivamente em notícias disseminadas pelos órgãos de comunicação social;

5. Ser apenas apresentado após a utilização de todos os recursos do direito interno, a não ser que seja óbvio que este processo seja indevidamente prolongado;
6. Ser apresentado dentro de um prazo razoável a partir da data do esgotamento de todos os recursos do direito interno ou da data estabelecida pelo Tribunal como sendo o início do prazo ao fim do qual deverá apropriar-se da questão; e
7. Não levantar qualquer questão ou assuntos anteriormente resolvidos pelas partes de acordo com os princípios da Carta das Nações Unidas, do Acto Constitutivo da União Africana, das disposições da Carta ou de qualquer instrumento jurídico da União Africana.»

83. O Requerido suscitou excepções a respeito das condições de admissibilidade em virtude do n.° 1 do art.° 40.° e do n.° 5 do art.° 40.° do Regulamento. O Tribunal vai proceder ao exame da admissibilidade da Petição começando com as condições de admissibilidade que estão em litígio.

i. Excepção relativa ao Incumprimento do n.° 1 do art.° 40.° do Regulamento (Identidade da Requerente)

Excepção Arguida pelo Estado Requerido

84. O Requerido argumenta que os autores iniciais perante a Comissão não submeteram uma lista dos membros lesados da comunidade Ogiek em nome dos quais a Comunicação foi apresentada e não apresentaram documentos que os autorizam a representar a Comunidade Ogiek conforme obriga o n.° 1 do art.° 40.° do Regulamento. O Requerido alega ainda que a CEMIRIDE não apresentou elementos de prova do seu Estatuto de Observador junto da Comissão.

85. O Requerido alega ainda que os autores iniciais da denúncia apresentada à Comissão não demonstraram que são vítimas da alegada violação, conforme determina a jurisprudência da Comissão.

Alegações Arguidas pela Requerente

86. A Requerente alega que a Comunicação a si apresentada cita claramente os autores como sendo CEMIRIDE, MRGI e OPDP, em nome da comunidade Ogiek, e que os seus detalhes de contacto encontram-se claramente enunciados.

87. A Requerente alega mais adiante que apresentou a Petição ao Tribunal em virtude do disposto na al. (a) do n.° 1 do art. 5.° do Protocolo, que lhe confere o direito de o fazer contra um Estado que tenha ratificado a Carta e o Protocolo. O Regulamento Interno da Comissão (2010) prevê, entre outros elementos, que a Comissão pode remeter processos ao Tribunal «tendo como fundamento violações graves e maciças dos direitos humanos». A Requerente argumenta ainda que a interpela;ão do do Tribunal pela Comissão pode ocorrer em qualquer fase da apreciação de uma Comunicação se a Comissão o considerar necessário.

Apreciação do Tribunal

88. O Tribunal reitera que, nos termos da al. (a) do n.º 1 do art. 5.º do Protocolo, a Comissão é a entidade jurídica reconhecida perante este Tribunal como uma Requerente e tem o direito de apresentar esta Petição. Dado que a Comissão, e não os autores da denúncia inicial perante a Comissão, é a Requerente perante este Tribunal, este não tem a necessidade de se preocupar com a identidade dos autores da denúncia inicial perante a Comissão na determinação da admissibilidade da Petição. Por conseguinte, a alegação de que os autores da denúncia inicial não divulgaram a identidade dos membros da comunidade Ogiek que se consideravam lesados é desprovida de mérito. Por conseguinte, o estatuto de observador dos autores da denúncia inicial e se foram ou não mandatados para representar a população Ogiek perante a Comissão também são irrelevantes para a determinação, pelo Tribunal, da legitimidade da Requerente para apresentar esta Petição perante este Tribunal.

89. Por conseguinte, o Tribunal conclui que a excepção suscitada pelo Requerido a respeito deste ponto é desprovida de mérito e é julgada improcedente.

ii. Excepção relativa ao Incumprimento do n.° 5 do art.° 40.° do Regulamento (Exaurição dos recursos do direito interno)

Excepção Arguida pelo Estado Requerido

90. O Requerido refuta a admissibilidade da Petição tendo como fundamento o facto de que a mesma não respeita o disposto no n.° 5 do art. 40.° do Regulamento, que obriga os Requerentes perante o Tribunal a exaurirem os recursos judiciais disponíveis localmente antes de invocarem a sua competência. O Requerido alega que os seus tribunais nacionais são competentes para dirimir quaisquer casos de alegadas violações apresentadas pela comunidade Ogiek, pois os referidos recursos do direito interno estão disponíveis, são eficazes e adequados para produzir os resultados pretendidos e que podem ser prosseguidos sem impedimentos. O Requerido alega que os processos judiciais no Quénia se fundam por natureza no princípio do contraditório e a duração dos processos depende das partes, que devem solicitar aos Tribunais para fixarem as datas de audiências de instrução e decretar as medidas de ressarcimento. O Requerido alega que, embora alguns despachos judiciais emitidos pelos tribunais do Requerido não tenham sido respeitados, essa inadimplência foi cometida por um Conselho Municipal específico e não deve ser atribuída ao Requerido. O Requerido afirma que nem a Requerente, nem os autores iniciais da denúncia perante a Comissão submeteram qualquer processo nos tribunais do Requerido sobre esta matéria. O Requerido defende que os processos que a Requerente alega ter interposto perante os seus tribunais foram apresentados por outras entidades. Outrossim, o Requerido afirma que, além de submeter o seu processo aos tribunais nacionais, os autores das denúncias poderiam ter recorrido à Comissão Nacional dos Direitos Humanos para obterem reparação das alegadas violações antes de remeter esta Petição ao Tribunal.

Alegações Arguidas pela Requerente

91. A Requerente alega que a regra de exaustão dos recursos do direito interno é aplicável apenas a respeito dos recursos «disponíveis», «eficazes» e «adequados» e, caso os recursos do direito interno não reúnam esses critérios, este requisito de admissibilidade pode-se considerar supérfluo. A Requerente argumenta que a regra

também não se aplica a circunstâncias em que os recursos do direito interno se prolonguem desnecessariamente ou em que haja um grande número de vítimas de alegadas violações graves dos direitos humanos. ⊤

92. A Requerente defende que o Requerido tem conhecimento da alegada violação dos direitos da comunidade Ogiek desde a década de 1960 e apesar da contínua resistência contra o seu despejo da sua terra ancestral, o Requerido não se dignou a responder às suas reivindicações, tendo optado pelo recurso à violência para travar as suas manifestações e adoptado acções para frustrar as tentativas de busca de uma solução internada da comunidade Ogiek. Do mesmo modo, a Requerente alega que a comunidade Ogiek foi repetidamente detida e encarcerada sob falsas acusações; e foi exercida pressão política sobre ela pelo Gabinete do Presidente no sentido de anularem os processos judiciais contestatários da expropriação da sua terra. Apesar de tudo isso, quando as jurisdições internas adjudicassem a seu favor, o Requerido não se dignou a acatar tais decisões: reforçando, assim, a noção de que os recursos do direito interno não estão de facto indisponíveis ou que os processos seriam provavelmente desnecessariamente prolongados. A Requerente defende que, em tais processos, a exigência de exaustão dos recursos do direito interno devem ser considerados supérfluos.

Apreciação do Tribunal

93. Toda e qualquer Petição apresentada ao Tribunal deve observar o requisito de exaustão dos recursos do direito interno. A regra de exaustão dos recursos do direito interno reforça e sustenta a primazia do sistema interno em termos de protecção dos direitos humanos em relação ao Tribunal. O Tribunal constata que o n.° 5 do art.° 56.° da Carta e o n.° 5 do art.° 40.° do Regulamento exigem que sejam exauridos os recursos do direito interno, que estejam disponíveis e que não sejam desnecessariamente prolongados. Nos seus Acórdãos anteriores, o Tribunal decidiu que para que os recursos do direito interno sejam exauridos, devem estar disponíveis, ser eficazes e suficientes e que não devem ser desnecessariamente prolongados.[6]

[6] Consultar a este respeito o processo *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso* (Julgamento sobre os Méritos) de 5 de Dezembro de 2014 (doravante designado *Processo de Issa Konaté*) parágrafos 96 a 115;

94. O Tribunal salienta ainda que a regra de exaustão dos recursos do direito interno não exige, em princípio, que uma matéria remetida ao Tribunal deva também ter sido submetida aos tribunais nacionais pelo mesmo Requerente. Pelo contrário, o que deve ser demonstrado é que, antes de se submeter uma matéria a um órgão internacional de recursos humanos, à semelhança deste Tribunal, o Requerido teve uma oportunidade para dirimir a matéria através de processos internos adequados. Uma vez que um Requerente prove que um processo passou pelos canais judiciais internos adequados, o requisito de exaustão dos recursos disponíveis localmente presume-se ter sido satisfeito embora a mesma Requerente perante este Tribunal não tenha submetido, ela própria, a matéria aos tribunais nacionais.

95. Na Petição vertente, o Tribunal constata que a Requerente apresentou provas de que os membros da comunidade Ogiek litigaram vários casos perante os tribunais nacionais do Requerido, tendo alguns deles sido adjudicados contra a comunidade Ogiek enquanto outros correm ainda os seus trâmites.[7] Nestas circunstâncias, o Requerido pode, por isso, ser razoavelmente considerado como tendo tido a oportunidade para dirimir o caso antes deste ser remetido a este Tribunal.

96. Por outro lado, com base nos autos disponíveis, o Tribunal constata que alguns processos submetidos nos tribunais nacionais foram prolongados desnecessariamente, tendo alguns se arrastado por um período que vai dos 10 aos 17 anos antes de serem concluídos ou corriam os seus trâmites legais na data em que esta Petição foi submetida.[8] A este respeito, o Tribunal observa que a natureza dos processos judiciais e o papel desempenhado pelas Partes nos mesmos no sistema nacional pode afectar o ritmo em termos de conclusão dos processos. Quanto à Petição Inicial em apreço, os autos perante este Tribunal demonstram

---

Processo de Norbert Zongo (Julgamento sobre os Méritos) de 28 de Março de 2014 parágrafos 56 a 106.

[7] Consultar o processo de *Francis Kemai and 9 Others v Attorney General and 3 Others*, Processo Civil perante o Tribunal Superior n.° 238 de 1999; o processo de *Joseph Letuya and 21 Others v Attorney General and 2 Others*, Processo Diversos n.° 635 de 1997, do Tribunal Superior do Quénia, em Nairóbi.

[8] Consultar o processo *Joseph Letuya & 210 Others v Attorney General & 2 Others*, Processo Diversos n.° 635, de 1997, junto do Tribunal Superior em Nairobi (concluído após 17 anos de processo); processo *Joseph Letuya & 21 Others v Minister of Environment*, Processo Diversos n.° 228, de 2001, junto do Tribunal Superior em Nairobi (instituído em 2001 e continua a correr os seus trâmites na data em que foi submetida a Petição Inicial a este Tribunal); caso de *Stephen Kipruto Tigerer v Attorney General & 5 Others*, n.° 25, de 2006, e corria os seus trâmites na data em que a Petição Inicial foi apresentada a este Tribunal).

que os processos prolongados junto dos tribunais nacionais foram provocados consideravelmente por acções do Estado Requerido, inclusive várias ausências durante os processos judiciais em Tribunal e não defesa oportuna do seu caso.[9] Tendo em vista o acima referido, o Tribunal entende que a contestação do Requerido que atribui os atrasos desnecessários do sistema nacional à natureza do contraditório dos seus processos judiciais não é plausível.

97. A respeito da possibilidade de os autores iniciais das denúncias terem recorrido à Comissão Nacional dos Direitos Humanos do Estado Requerido por alegadas violações, o Tribunal ofício que, a referida Comissão não dispõe de poderes judiciais. As funções da sua comissão nacional dos direitos humanos consistem em resolver conflitos, fomentando a reconciliação e emitindo recomendações aos órgãos competentes do Estado.[10] Este Tribunal tem sistematicamente declarado que, para os efeitos de exaustão dos recursos do direito interno, é necessário que tais recursos internos sejam de carácter judicial.[11] No caso vertente, o recurso que o Requerido solicita à Requerente para exaurir, isto é, os processos perante a Comissão Nacional dos Direitos Humanos, não é de carácter judicial.[12]

98. 103. Tendo em vista o exposto supra, o Tribunal julga que a Petição reúne os requisitos previstos no n.° 5 do art.° do 56.° da Carta e o n.° 5 do art.° 40.° do Regulamento.

C. Cumprimento das disposições previstas nos n.°s 2, 3, 4, 6 e 7 do art.° 40.° do Regulamento

99. O Tribunal observa que a questão de cumprimento dos artigos supra-citados não está em causa e nada consta nas observações das Partes que indique que os mesmos não foram respeitados. Por conseguinte, o Tribunal considera que os requisitos expressos nas disposições foram cumpridos.

---

[9] Para um relatório circunstanciado, ver as Alegações Relativas à Admissibilidade do Autor da Denúncia, CEMIRIDE, Minority Rights Group International e Ogiek Peoples Development Programme (em nome da Comunidade Ogiek), páginas 15-24.
[10] Consultar o art.° 3.° da Lei sobre a Comissão Nacional dos Direitos Humanos do Quénia.
[11] Consultar o Processo de *Mohamed Abubakari*, parágrafos 66 a 70.
[12] Processo de *Mohamed Abubakari* parágrafo 64; Processo de *Alex Thomas* parágrafo 64 e Processo de *Christopher Mtikila* parágrafo 82.3

100. Pelas razões acima expostas, o Tribunal conclui que a presente Petição satisfaz os requisitos de admissibilidade nos termos do art.° 56.° da Carta e do art.° 40.° do Regulamento e declara a Petição admissível.

VII. DOS MÉRITOS

101. Face ao enunciado supra, a Requerente alega a violação dos art.s 1.°, 2.°, 4.°, 8.°, 14.°, n.^{os} 2 e 3 do art.^{o} 17.°, dos art.s 21.° e 22.° da Carta. Dada a natureza do objecto da Petição, o Tribunal começará com a alegada violação do art. 14.^{o}, em seguida irá examinar os art.^{os} 2.^{o}, 4.^{o}, 8.^{o}, 14.^{o}, n.^{os} 2 e 3 do art. 17.^{o}, 21.^{o}, 22.^{o} e 1.^{o}.

102. No entanto, tendo em conta que a maioria das alegações apresentadas pela Requerente cinge-se à questão de saber se os Ogiek constituem ou não uma população autóctone. Esta questão é central para a determinação dos méritos das alegadas violações e deve ser desenvolvida logo à partida.

A. Os Ogiek como uma população autóctone

Alegações Arguidas pela Requerente

103. A Requerente defende que os Ogiek são uma «população autóctone» e devem desfrutar dos direitos reconhecidos pela Carta e pelo direito internacional dos direitos humanos, incluindo o reconhecimento do seu estatuto como «população autóctone». A Requerente fundamenta o seu argumento afirmando que os Ogiek vivem na Floresta de Mau durante gerações desde os tempos imemoriais e que o seu modo de vida e de sobrevivência enquanto comunidade caçadora e colectora está indissociavelmente ligado à floresta que é a sua terra ancestral.

Alegações Arguidas pelo Requerido

104. A posição do Requerido é de que os Ogiek não são um grupo étnico distinto, mas sim uma mistura de várias comunidades étnicas. No entanto, durante a Audiência Pública, o Requerido admitiu que os Ogiek constituem uma população autóctone do Quénia, mas que os Ogiek da actualidade diferem dos das décadas

de 1930 e de 1990, tendo os seus modos de vida passado por uma transformação ao longo do tempo, pois adaptaram-se à vida moderna e parecem-se actualmente com todos os outros quenianos.

Apreciação do Tribunal

105. O Tribunal constata que o conceito de população autóctone não se encontra definido na Carta. Por esse motivo, não existe uma definição universalmente aceite do conceito de «população autóctone» noutros instrumentos internacionais dos direitos humanos. No entanto, assistem-se esforços no sentido de definir o conceito de «população autóctone».[13] A este respeito, o Tribunal deriva inspiração no trabalho desenvolvido pelo Grupo de Trabalho sobre as Populações/Comunidades Autóctones da Comissão. O Grupo de Trabalho adoptou os seguintes critérios destinados para a identificação das populações autóctones:

> «
>
> i. Autoidentificação;
> ii. Uma relação especial com e utilização da sua terra tradicional através da qual a sua terra e territórios ancestrais assumem importância fundamental para a sua sobrevivência física e cultural colectiva enquanto população; e
> iii. Um estado de subjugação, marginalização, usurpação, exclusão ou discriminação por essas populações terem culturas distintas, formas de vida distintas ou modos de produção distintos do modelo nacional hegemónico e dominante.»[14]

106. O Tribunal também busca inspiração no trabalho do Relator Especial das Nações Unidas sobre as Minorias, que especifica os critérios para a identificação das populações autóctones da seguinte forma:

i. Que as populações autóctones podem ser adequadamente consideradas como «comunidades, povos e nações autóctones detentoras de uma continuidade histórica com as sociedades pré-invasão e pré-coloniais que se desenvolveram

---

[13] Consultar o art.° 1.° da Convenção sobre as Populações Autóctones e Tribais da Organização Internacional do Trabalho, n.° 169, adoptada pela 76.ª Sessão da Conferência Internacional sobre o Trabalho, em 27 de Junho de 1989.

[14] *Parecer da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos a Respeito da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas* adoptada pela Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos durante a sua 41.ª Sessão Ordinária, realizada em Maio de 2007, em Acra, Gana, página 4.

nos seus territórios, consideram-se distintos dos demais sectores das sociedades actualmente prevalecentes nesses territórios ou em partes destes. Actualmente, formam sectores não dominantes da sociedade e estão determinados a preservar, desenvolver e transmitir às futuras gerações, os seus territórios ancestrais e a sua identidade étnica, como base da sua existência contínua enquanto população, de acordo com os seus padrões culturais, instituições sociais e sistemas jurídicos próprios»;[15]

ii. Que, para os mesmos efeitos, um indivíduo autóctone é «... aquele que pertence a estas populações autóctones, através da auto-identificação como autóctone (consciência de grupo) e é reconhecido e aceite por essas populações como um dos seus membros (aceitação pelo grupo). Isso preserva, a favor dessas comunidades, o direito e o poder soberanos para decidirem sobre quem a eles pertence, sem interferência externa.[16]

107. Pelas razões acima expostas, o Tribunal entende que para a identificação e compreensão do conceito de populações autóctones, os factores de relevo a considerar são a presença de prioridade em termos temporais com respeito à ocupação e utilização de um território específico; uma perpetuação voluntária da distinção cultural, que pode incluir aspectos de língua, organização social, valores religiosos e espirituais, modos de produção, leis e instituições; auto-identificação bem assim como o reconhecimento de outros grupos, ou pelas autoridades do Estado que eles são um colectivo distinto; e uma experiência de subjugação, marginalização, usurpação, exclusão ou discriminação, quer tais condições persistam, quer não.[17]

108. Geralmente, estes critérios reflectem as actuais regras normativas aplicadas na identificação das populações autóctones no âmbito do direito internacional. O Tribunal considera adequado, em virtude dos art.°s 60.° e 61.° da Carta, que lhe permite inspirar-se de outros instrumentos dos direitos humanos para aplicar estes critérios à presente Petição.

---

[15] Relatório do Relator Especial da Subcomissão sobre a Prevenção da Discriminação e Protecção das Minorias E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, parágrafo 379.
[16] Conforme os parágrafos 381 a 382 supra.
[17] Ver E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, parágrafo 69.

109. Com respeito à questão de prioridade em termos temporais, os diferentes relatórios e as observações feitas pelas Partes, apresentados ao Tribunal, revelam que os Ogiek têm prioridade em termos temporais, com respeito à ocupação e utilização da Floresta de Mau.[18] Esses relatórios afirmam a asserção da Requerente segundo a qual a Floresta de Mau é o lar ancestral dos Ogiek.[19] O traço característico de maior destaque da maioria das populações autóctones é a sua forte ligação à natureza, de modo particular, à terra e ao meio ambiente natural. A sua sobrevivência, de um modo particular, depende do acesso e uso ininterruptos da terra tradicional e dos seus recursos naturais. A este respeito, os Ogiek, enquanto comunidade caçadora-recolectora, durante muitos anos dependeu da Floresta de Mau para a sua residência e como fonte do seu sustento.

110. A população Ogiek exibe ainda uma perpetuação voluntária da distinção cultural, que inclui aspectos da língua, organização social, valores religiosos, culturais e espirituais, modos de produção, leis e instituições[20] através da auto-identificação e reconhecimento por outros grupos e pelas autoridades do Estado[21], como um grupo distinto. Não obstante o facto de a comunidade Ogiek estar dividida em clãs constituídos por linhagens patrilineares cada uma com o seu nome e área de habitação próprios, eles mantêm uma língua própria, embora seja actualmente falada por um número muito reduzido de pessoas e, sobretudo, as normas sociais e

---

[18] *Report of the African Commission's Working Group on Indigenous Populations/Communities Research and Information Visit to Kenya*, 1-19 de Março de 2010, páginas 41 a 42; Comité das Nações Unidas para os Direitos do Homem (UNHRC), *Cases examined by the Special Rapporteur* (Julho de 2009 - Julho de 2010), Comité para os Direitos do Homem, 15.ª Sessão (15 de Setembro de 2010), Doc. da ONU n.° A/HRC/15/37/Add.1, considerando 268, disponível em http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.37.Add.1.pdf; CDHNU, «*Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous peoples» (26 de Fevereiro de 2007)* UN Doc A/HRC/4/32/Add.3, parágrafo 37, disponível em http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/110/43/PDF/G0711043.pdf?OpenElement.

[19] Consultar a Comissão Presidencial de inquérito sobre o regime de Atribuição Ilegal/Irregular de Terras Públicas ou o Relatório Ndung'u de Junho de 2004 (doravante designado por Relatório Ndung'u) página 154 e o Relatório do Grupo de Trabalho do Primeiro-Ministro sobre a Conservação do Complexo Florestal de Mau de Março de 2009 (doravante designado por Relatório do Grupo de Trabalho do Mau) página 36.

[20] Corinne A Kratz, «Os Ogiek são realmente Masai? Ou Kipsigis? Ou Kikuyu?» 1980 Cahiers d'Etudes Africaines, Vol. 20, (doravante designado por Kratz, Corinne A) página 357.

[21] Depoimento de Samuel Kipkorir Sungura, Depoimento de Elias Kiptanui Tuei, Depoimento de Patrick Kuresoi apresentados pela Requerente; Relatório Final da Comissão da Verdade, Justiça e Reconciliação do Quênia 3 de Maio de 2013 (doravante designado por Relatório da TJRC) Volume IIC parágrafos 204 e 240; e CDHNU *«Cases examined by the Special Rapporteur» (Junho 2009 - Julho de 2010)* disponível em http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.37.Add.1.pdf, no parágrafo 268.

formas de subsistência, que os distinguem de outras tribos vizinhas.[22] São ainda identificados por essas tribos vizinhas, tais como os Masai, os Kipsigis e os Nandi, com os quais têm mantido uma interacção regular, como «vizinhos» distintos e como um grupo distinto.[23]

111. Os autos apresentados ao Tribunal demonstram que a comunidade Ogiek sofreu de subjugação e marginalização contínuas.[24] O seu sofrimento na sequência de despejos abruptos das terras dos seus ancestrais, a assimilação forçada e a própria falta de reconhecimento do seu estatuto enquanto população tribal ou autóctone são um testemunho da marginalização persistente vivenciada pela população Ogiek ao longo de décadas.[25]

112. Tendo em vista o enunciado em epígrafe, o Tribunal reconhece os Ogiek como uma população autóctone que formam parte integrante do povo queniano e tem estatuto particular e é merecedora de protecção especial decorrente da sua vulnerabilidade.

113. O Tribunal passa agora a examinar os artigos alegados de terem sido violados pelo Requerido.

B. Alegada Violação do Artigo 14.° da Carta

Alegações Arguidas pela Requerente

---

[22] Kratz, Corinne A, páginas 355 a 368.
[23] Kratz, Corinne A, páginas 357 a 358.
[24] Consultar a *Acta Integral da Audiência Pública de 27 de Novembro de 2014, página 137; o Relatório da TJRC (2013), considerandos 32-47 (incluindo outras populações minoritárias e indígenas do Quénia); UNCESCR 'Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights:* Kenya' (*Observações Conclusivas do Comité para os Direitos Económicos, Sociais e Culturais: Quénia) (1 de Dezembro de 2008*) Documento da ONU E/C.12/KEN/CO/1, página 3, parágrafo 12; CDHNU, '*Relatório do Relator Especial sobre a situação dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas*' disponível em http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/15session/A.HRC.15.37.Add.1.pdf nos parágrafos 41 e de 65 a 77.
[25] Consultar também *Kimaiyo, Towett J. (2004) Ogiek Land Cases and Historical Injustices — 1902–2004.*

114. A Requerente alega que o fracasso por parte do Requerido em reconhecer a comunidade Ogiek como comunidade autóctone nega-lhes o direito à posse comunitária da terra consagrado no abrigo do art.° 14.° da Carta. A Requerente argumenta ainda que o despejo da comunidade Ogiek e a desapropriação das suas terras, sem o seu consentimento e sem remuneração adequada, e a atribuição de concessões das suas terras a terceiros, quer dizer que a sua terra foi invadida e que eles têm visto negados os benefícios daí decorrentes.

115. A Requerente alega que a Constituição do Quénia retira os direitos fundiários das comunidades em questão e confere-os às instituições governamentais, tais como o Departamento de Recursos Florestais, acrescentando que, para que as leis relativas aos direitos de terra comunitária sejam efectivos, a Constituição e a Lei de Terras de 2012 devem ser conciliadas e, de modo particular, devem ser identificados e dar-se efeito aos direitos de terra comunitária. Segundo a Requerente, a Lei dos Recursos Florestais de 2005 nem sequer faz menção das florestas comunitárias e o Projecto de Lei de Conservação dos Recursos Florestais, infelizmente, não prevê qualquer procedimento de identificação das florestas comunitárias, nem dá efeito aos direitos de terra comunitária.

116. Quanto à alegação do Requerido segundo qual outras comunidades, tais como os Kipsigis, Tugen e Keiyo, também reivindicam a Floresta de Mau, a Requerente sustenta que o Relatório do Grupo de Trabalho sobre a Floresta de Mau não reconheceu nem mencionou quaisquer direitos do género a favor dessas outras comunidades e recomendou de forma inequívoca que a comunidade Ogiek, que devia ser instalada nas áreas excisadas da floresta ainda não tinha sido reassentada.

117. Ao reiterar os direitos de propriedade ancestral da comunidade Ogiek sobre a Floresta de Mau, a Requerente alega que o Requerido não precisou se os despejos eram ou não do interesse público, conforme exige o art.° 14.° da Carta. A Requerente sustenta que as excisões e as alocações feitas pelo Requerido eram ilegais e foram realizadas pura e simplesmente na prossecução de interesses particulares, razão pela qual constituem uma violação da Carta.

118. Quanto à asserção feita pelo Requerido segundo a qual a comunidade Ogiek não foi despejada forçosamente, mas consultada regularmente antes de cada despejo e que lhes foi disponibilizada terra alternativa, a Requerente alega que o Relatório de Ndung'u,[26] o Relatório da Comissão da Verdade, Justiça e Reconciliação e o Relatório do Grupo de Trabalho sobre a Floresta de Mau revelam o contrário. Daí que a Requerente pede para que o Estado Requerido seja posto à prova rigorosa para justificar esta asserção.

119. De acordo com a testemunha pericial convocada pela Requerente, a Lei de Terras de 2012, inspirada na Constituição, «não é perfeita, mas é sólida». Alegou que esta Lei contém disposições muito claras segundo as quais a terra ancestral e as terras de caçadores-recolectores são terras comunitárias; no entanto, a Constituição estipula que as florestas divulgadas através do Diário da República são terras públicas, o que torna, por conseguinte, a Lei de Terras de 2012 contraditória.

Alegações Arguidas pelo Requerido

120. O Requerido alega que a população Ogiek não é a única tribo autóctone na Floresta de Mau e, como tal, não pode reivindicar a titularidade exclusiva da Floresta de Mau. O Requerido afirma que o título de propriedade para todas as florestas do Quénia (incluindo a Floresta de Mau), à excepção da floresta da autoridade privada e local, foi conferido ao Estado. O Requerido sustenta que, desde a administração colonial, a comunidade Ogiek foi informada que a Floresta de Mau era uma área de conservação protegida que ela estava a invadir e que a comunidade devia abandonar a Floresta. O Requerido argumenta ainda que a comunidade Ogiek foi consultada e notificada antes de cada acção de despejo e essas acções foram realizadas em conformidade com a lei.

121. O Requerido afirma que as suas leis de terra reconhecem a posse comunitária da terra e dispõem de mecanismos através dos quais as comunidades podem

[26] Relatório da Comissão Presidencial de inquérito sobre o regime de Atribuição Ilegais/Irregulares de Terras Públicas.

participar na conservação e gestão das florestas. O Requerido defende que, ao abrigo das suas leis, os utentes das florestas comunitárias gozam de direitos que incluem, entre outros meios, a recolha de ervas medicinais e a colheita de mel. O Requerido argumenta que, de qualquer modo, o Tribunal deve apreciar a matéria do ponto de vista de proporcionalidade.

Apreciação do Tribunal

122. O art. 14.° da Carta prevê o seguinte:

> «O direito de propriedade deve ser garantido. Só pode ser afectado no interesse da necessidade pública ou no interesse geral da comunidade e em conformidade com as disposições das leis pertinentes».

123. 128. O Tribunal observa que, embora abordado na parte da Carta que consagra os direitos reconhecidos dos indivíduos, o direito de propriedade garantido pelo art.° 14.° pode também se aplicar a grupos ou comunidades; com efeito, o direito pode ser individual ou colectivo.

124. O Tribunal é ainda de opinião que, na sua concepção clássica, o direito de propriedade se refere geralmente a três elementos, nomeadamente o direito de uso do elemento que é objecto do direito (*usus*), o direito de usufruir dos respectivos frutos (*fructus*) e o direito de dispor do elemento, ou seja, o direito de o transferir (*abusus*).

125. No entanto, para determinar a extensão dos direitos reconhecidos das comunidades autóctones nas suas terras ancestrais, como é o caso vertente, o Tribunal confirma que o art.° 14.° da Carta deve ser interpretado à luz dos princípios aplicáveis, especialmente pelas Nações Unidas.

126. A este respeito, o art.° 26.° da Declaração 61/295 da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, adoptada pela Assembleia Geral, em 13 de Setembro de 2007, consagra o seguinte:

> «1. Os povos autóctones têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.

2. Os povos autóctones têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que tenham, de outra forma, adquirido.
3. Os Estados asseguram o reconhecimento e protecção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento deve ser conduzido com o devido respeito dos costumes, das tradições e dos regimes de posse de terra dos povos autóctones em causa».

127. Decorre, em particular, do n.° 2 do art.° 26.° da Declaração, o facto de que os direitos que podem ser reconhecidos aos povos ou comunidades autóctones nas suas terras ancestrais são variados e não implicam necessariamente o direito de propriedade no seu sentido clássico, incluindo o direito de alienação (*abusus*). Sem excluir o direito de propriedade no sentido tradicional, esta disposição coloca maior ênfase sobre os direitos de posse, de ocupação, de uso/utilização da terra.

128. No caso vertente, o Requerido não contesta o facto de a Comunidade Ogiek ter ocupado terras na Floresta de Mau desde os tempos mais remotos. Nestas circunstâncias, uma vez que o Tribunal já decidiu que a população Ogiek constitui uma comunidade autóctone (parágrafo n.° 112, supra), que confirma, com base no art.° 14.° da Carta lida à luz da Declaração das Nações Unidas, supra-citada, que tem o direito de ocupar as suas terras ancestrais, bem como usá-las e aproveitá-las.

129. Não obstante, o art.° 14.° prevê a possibilidade em que um direito de propriedade, incluindo a terra, seja restringido, contanto que tal restrição seja do interesse público e também seja necessária e proporcional.[27]

130. No caso em apreço, a fundamentação do interesse público do Requerido para o despejo da comunidade Ogiek da Floresta de Mau era a preservação do ecossistema natural. No entanto, não forneceu quaisquer provas para justificar que a presença contínua da população Ogiek na área constitui a principal causa da destruição do ambiente natural na área. Diferentes relatórios elaborados pelo ou em colaboração com o Requerido sobre a situação da Floresta de Mau também

[27] Consultar o Processo de *Mohamed Abubakari*, parágrafos 145 a 154.

revelam que as principais causas da degradação ambiental são as invasões da terra por parte de outros grupos e excisões pelo governo para instalar aglomerações populacionais e concessões de exploração madeireira desaconselhadas.[28] Nos seus articulados, o Requerido concede que «a degradação da Floresta de Mau não pode estar inteiramente associada à população Ogiek ou não é associável a esta».[29] Nestas circunstâncias, o Tribunal é da opinião que a contínua negação de acesso e o despejo da população Ogiek da Floresta de Mau não podem ser justificados ou necessários para garantir a suposta justificação da preservação do ecossistema natural da Floresta de Mau.

131. Em face do que antecede, o Tribunal considera que, ao expulsar os Ogiek das suas terras ancestrais contra a sua vontade, sem consulta prévia e sem respeitar as condições de expulsão como uma necessidade resultante do interesse público, o Requerido violou o seu direito à terra definido acima e garantido pelo artigo 14.º da Carta lido à luz da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007.

C. Alegada Violação do Artigo 2.° da Carta

Alegações Arguidas pela Requerente

132. 141. A Requerente alega que o artigo 2.º da Carta fornece uma lista não exaustiva de motivos de discriminação proibidos e que a expressão "ou outra situação", expande a lista de modo a incluir situações que não tenham sido explicitamente observadas. A Requerente ofício que qualquer discriminação contra a Comunidade Ogiek se enquadraria na definição de «raça», «grupo étnico», «religião» e «origem social» referida no art. 2.º. A Requerente insta o Tribunal a que actue em consonância com a jurisprudência de outros organismos regionais de

[28] Relatório do Complexo de Mau e Florestas de Marmanet, o Estado e Tendências Actuais das Contribuições Ambientais e Económicas, as Notas Informativas compiladas pela equipa que participou do voo de reconhecimento, realizado a 7 de Maio de 2008, em consulta com os departamentos relevantes do governo, a 20 de Maio de 2008; Vide também a Acta Verbatim da Audiência Pública de 27 de Novembro de 2014, página 111, Ndung'u (Anexo 82) e o Relatório do Grupo de Trabalho de Mau, páginas 6, 9, 18 e 22.

[29] Consultar também os Articulados do Requerido sobre os Méritos, página 23.

direitos humanos e sustenta que a discriminação por motivos de origem étnica não é passível de uma justificação objectiva.

133. De acordo com a Requerente, o tratamento diferenciado conferido aos Ogiek e a outros grupos minoritários e autóctones semelhantes existentes no Quénia, em relação à falta de respeito pelos seus direitos de propriedade, direitos culturais e religiosos, e direito à vida, recursos naturais e desenvolvimento nos termos das leis pertinentes, constitui uma discriminação ilegal e constitui uma violação do art. 2.º da Carta. A Requerente sublinha que o Requerido tem estado, desde a independência, a prosseguir uma política de assimilação e marginalização, presumivelmente na tentativa de assegurar a unidade nacional e, no caso dos direitos à terra e aos recursos naturais, em nome da conservação da Floresta de Mau. Embora tais fins de unidade nacional ou de conservação possam ser legítimos e servir o interesse comum, a Requerente sustenta que os meios empregados, incluindo o não reconhecimento da identidade étnica e tribal dos Ogiek e dos seus direitos correspondentes, são inteiramente desproporcionados a um tal fim e, em última instância, contraproducentes para a sua concretização. A Requerente é da opinião de que o Requerido não demonstrou que as razões para esse tratamento diferenciado são rigorosamente proporcionais e conclui que, como resultado, as leis que permitem esta discriminação estão em contravenção com o art. 2.º da Carta.[30]

Alegações Arguidas pelo Requerido

134. O Requerido alega que não houve discriminação contra os Ogiek e que a alegada discriminação na educação, na saúde, no acesso à justiça e no emprego é infundada e carece de justificação e de provas documentais. O Requerido alega que os autores da denúncia não demostraram, tal como é necessário, a forma como o Requerido discriminou contra os Ogiek. O Requerido convida a Requerente a provar a alegada discriminação e a estabelecer os factos com base nos quais a discriminação ocorreu.

[30] Estas incluem a Constituição do Quénia, de 1969 (conforme emendada em 1997), Lei das Terras do Governo, Capítulo 280 das Leis do Quénia, Lei do Registo de Terras, Capítulo 300 das Leis do Quénia, Lei sobre Reservas Fundiárias, Capítulo 285 das Leis do Quénia, e Lei Florestal, Capítulo 385 das Leis do Quénia.

135. O Requerido sustenta que, de qualquer modo, a alegada discriminação seria contrária à Constituição, que prevê salvaguardas contra esse tipo de discriminação. O Estado Requerido cita o artigo 10.º (Valores Nacionais e Princípios de Governação) e o art. 24.º da sua Constituição, que prevê, entre outros, que toda a pessoa é igual perante a lei e goza de igual protecção e benefício da lei. O Estado Requerido cita igualmente o n.º 4 do seu art. 27.º que proíbe que o Estado discrimine «directa ou indirectamente qualquer pessoa seja qual for o motivo, incluindo raça, sexo, gravidez, estado civil, estado de saúde, origem étnica ou social, cor, idade, deficiência, religião, consciência, crença, cultura, indumentária, língua ou nascimento».

Apreciação do Tribunal

136. O art. 3º da Carta preconiza o seguinte:

> «Toda a pessoa tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na presente Carta, sem nenhuma distinção, nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.»

137. O art. 2.º da Carta é imperativo quanto ao respeito e gozo de todos os demais direitos e liberdades protegidos pela Carta. A disposição proscreve, de forma clara, qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, extracto nacional ou origem social, que tem o efeito de anular ou coarctar a igualdade de oportunidades ou de tratamento.

138. O direito de não ser discriminado está relacionado com o direito de igualdade perante a lei e de igual protecção da lei garantido pelo art. 3.º da Carta.[31] O âmbito do direito a não discriminação estende-se para além do direito à igualdade de tratamento pela lei e tem também uma dimensão prática, visto que os indivíduos devem, com efeito, ser capazes de gozar dos direitos consagrados na Carta sem distinção de qualquer tipo relacionada com a sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, extracto nacional ou origem social, ou qualquer outra situação. A expressão 'qualquer outra situação',

[31] Processo de *Christopher Mtikila* parágrafos 105.1 e 105.2.

nos termos do art. 2.º, abrange aqueles casos de discriminação, que não poderiam ter sido previstos durante a adopção da Carta. Ao determinar se um motivo se enquadra nesta categoria, o Tribunal deve ter em conta o espírito geral da Carta.

139. Nos termos do art. 2º da Carta, embora distinções ou tratamento diferenciado por motivos nela especificados sejam geralmente proscritos, deve salientar-se que nem todas as formas de distinção podem ser consideradas discriminação. Uma distinção ou tratamento diferenciado torna-se discriminação e, logo, contrário ao art. 2.º, quando não se tem uma justificação razoável e objectiva e, nessas circunstâncias, quando não é necessário e proporcional.[32]

140. No caso vertente, o Tribunal ofício que as leis nacionais do Estado Requerido em vigor antes de 2010, incluindo a Constituição do Quénia, de 1969 (conforme emendada em 1997), a Lei das Terras do Governo, Capítulo 280 das Leis do Quénia, a Lei do Registo de Terras, Capítulo 300, a Lei sobre Reservas Fundiárias, Capítulo 385, e a Lei Florestal, Capítulo 385, reconheciam apenas o conceito de grupos étnicos ou de tribos. Embora algumas destas leis tenham sido promulgadas durante a era colonial, o Estado Requerido manteve-as introduzindo algumas emendas ou o seu efeito persistiu até à data, até mesmo após a independência em 1963.

141. No que se refere aos, o Tribunal observa que, compulsados os autos perante si, o seu pedido de reconhecimento como uma tribo remonta ao período colonial, altura em que o seu pedido fora rejeitado pela então Comissão Fundiária do Quénia em 1933, afirmando que «eles [os Ogiek] eram um povo selvagem e bárbaro que não merecia o estatuto de tribo» e, consequentemente, a Comissão propôs que «eles devem tornar-se membros da tribo com a qual têm maior afinidade e ser absorvidos por esta».[33] A recusa do seu pedido de reconhecimento como tribo também lhes negou acesso à sua própria terra, visto que, nessa altura, apenas aqueles que tinham estatuto tribal eram concedidos terras como «reservas

[32] Conforme referido supra.

[33] Consultar também a Acta Verbatim da Audiência Pública, 27 de Novembro de 2014, páginas 15 e 16 sobe a Declaração Introdutória do Requerido.

especiais» ou «reservas comunais». Tem sido este o caso desde a independência e ainda continua.[34] Em contraste, outros grupos étnicos, como os Maasai, foram reconhecidos como tribos e, consequentemente, puderam desfrutar de todos os direitos relacionados com tal reconhecimento, comprovando assim o tratamento diferenciado.[35]

142. Nesta conformidade, o Tribunal conclui que, se a outros grupos que se encontram na mesma categoria de comunidades, que vivem uma forma de vida tradicional e com uma especificidade cultural altamente dependente do ambiente natural como os Ogiek, lhe foi concedido reconhecimento da sua situação e dos consequentes direitos, a recusa do Requerido em reconhecer e conceder os mesmos direitos aos Ogiek, em razão do seu modo de modo de vida como uma comunidade de caçadores-colectores equivale a 'distinção' baseada na origem étnica e/ou outra situação nos termos do art. 2.º da Carta.

143. No que se refere à alegação do Estado Requerido que, na sequência da adopção de uma nova Constituição em 2010, todos os Quenianos gozam de iguais oportunidades em termos de educação, de saúde, de emprego e de acesso à justiça, não havendo discriminação entre as diferentes tribos existentes no Quénia, incluindo os Ogiek, o Tribunal ofício que, com efeito, a Constituição do Quénia, de 2010, reconhece e confere especial protecção às populações autóctones no quadro de «comunidades marginalizadas» e os Ogiek poderiam, teoricamente, enquadrar-se nessa categoria e beneficiar da protecção de tais salvaguardas constitucionais. No entanto, isto não diminui a responsabilidade do Estado Requerido no que respeita às violações dos direitos dos Ogiek de não serem discriminados entre o momento em que o Estado Requerido se tornou Parte na Carta e quando a nova Constituição do Requerido foi promulgada.

---

[34] Consultar o Relatório de Ndung'u, página 154, Relatório do Grupo de Trabalho de Mau, página 36 e o Relatório do TJRC, Vol. IIC, parágrafos 204 e 240..

[35] Por exemplo, a Reserva Florestal dos Maasai em Mau, que forma parte do Complexo Florestal de Mau, é gerida pelo Conselho do Distrito de Narok e não pelos Serviços Florestais do Quénia por se tratar da única Reserva Fundiária dos 22 blocos florestais existentes no Complexo, reconhecendo desse modo uma área designada especial para os Maasai; Consultar, a este respeito, o Relatório do Grupo de Trabalho da Floresta de Mau, página 9.

144. Além disso, como foi anteriormente referido, a proibição de discriminação pode não ser integralmente garantida com a promulgação de leis que condenem a discriminação; o direito só pode ser eficaz quando é realmente respeitado e, nessa óptica, os persistentes despejos dos Ogiek, o facto das autoridades do Requerido não porem fim a tais despejos e acatar as decisões dos tribunais nacionais demonstra que a nova Constituição e as instituições que o Requerido estabeleceu para remediar anteriores ou actuais injustiças não são totalmente eficazes.

145. Relativamente à suposta justificação de que os despejos dos Ogiek foram motivados pela necessidade de preservar o ecossistema natural da Floresta de Mau, o Tribunal considera que isso não pode, a todos os títulos, servir de justificação razoável e objectiva para a falta de reconhecimento do estatuto autóctone e tribal dos Ogiek e para a negação dos seus direitos associados decorrentes desse estatuto. Outrossim, o Tribunal recorda a sua anterior conclusão de que, contrariamente àquilo que o Requerido afirma, a Floresta de Mau foi distribuída a outras populações de uma maneira que não pode ser considerada compatível com a preservação do ambiente natural e que o próprio Requerido admite que a dilapidação do ecossistema natural não deve ser integralmente imputada aos Ogiek.[36]

146. À luz do que precede, o Tribunal conclui que o Requerido, por não reconhecer o estatuto dos Ogiek como uma tribo distinta como outros grupos similares e, deste modo, negar-lhes os direitos disponíveis a outras tribos, violou o art. 2.º da Carta.

D. Alegada Violação do Artigo 4.° da Carta

Alegações Arguidas pela Requerente

147. 156. A Requerente alega que o direito à vida é o primeiro direito humano, o direito sobre o qual o usufruto de todos os outros direitos depende e que impõe tanto um dever negativo sobre os Estados de se absterem de interferir com o seu exercício e a obrigação positiva de satisfazer as necessidades básicas para uma

[36] Consultar o parágrafo 130 supra.

sobrevivência condigna.[37] A Requerente sustenta que os despejos forçados podem violar o direito à vida quando geram condições que impedem ou obstruem o acesso a uma existência condigna.[38] De acordo com a Requerente, dada a sua especial relação com e dependência da terra para a sua subsistência, quando populações autóctones são despejadas à força da sua terra ancestral, elas tornam-se expostas a condições que afectam o seu modo de vida condigno.

148. A Requerente alega que, à semelhança de outras comunidades caçadoras-recolectoras, os Ogiek dependiam da sua terra ancestral localizada na Floresta do Mau para o seu sustento, o seu modo de vida específico e a sua própria existência. A Requerente sustenta ainda que a terra ancestral dos Ogiek situada na Floresta de Mau lhes fornecia uma quantidade ininterrupta de alimentos, sob a forma de carne de caça e mel, abrigo, remédios tradicionais e uma área para rituais culturais e cerimónias religiosas e organização social. A Requerente alega que o Requerido reconhece esta relação íntima que os Ogiek têm com a sua terra ancestral.

149. 158. A Requerente alega, por conseguinte, que a remoção dos Ogiek do seu habitat ancestral e cultural pelo Requerido, e o seu subsequente limitado acesso a essas terras, ameaça destruir o modo de vida da comunidade e que a sua subsistência enquanto caçadores-recolectores foi severamente afectada pela sua relegação para terras impróprias. De acordo com a Requerente, o seu despejo forçado significa que os Ogiek deixaram de ter uma sobrevivência decente e, consequentemente, o seu direito à vida, nos termos do art. 4.º da Carta, foi posto em perigo.

---

[37] Consultar o Processo N.º 223/98 da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (ACHPR/Comissão) relativo à *Communication No.* 223/98 *Forum of Conscience v Sierra Leone,* de 6 de Novembro de 2000, parágrafo 20, *14th Annual Activity Report* 2000 to 2001.

[38] Citando *General Comment of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (UNCESCR) on the Right to Adequate Housing: Forced Eviction, UN*CESCR General Comment No 7 20 May 1997; a jurisprudência da Comissão no Caso Endorois, Processo N.º 276/03, *Centre for Minority Rights Development* (Quénia) e Minority Rights Group International (on behalf of Endorois Welfare Council) v Kenya, 25 de Novembro de 2009, parágrafo 216, 27th Annual Activity Report: June to November 2009; e a decisão do Tribunal Inter-Americano dos Direitos do Homem (IACtHR) no acórdão a respeito do processo de *Yakye Axa Indigenous Community v Paragua*y, de 17 de Junho de 2005 (Méritos, Reparações e Custos), Ser C N.º 125, parágrafos 160 a 163.

Alegações Arguidas pelo Requerido

150. O Requerido alega que o Complexo da Floresta de Mau é importante para todos os quenianos, sendo o Governo que tem o direito de o desenvolver para o benefício de todos os cidadãos. Embora o Governo esteja envolvido em actividades económicas para o benefício de todos os quenianos em áreas onde vivem populações autóctones, o Requerido assinala que isso pode afectar as populações autóctones e reitera que tal deve ser visto à luz do princípio da proporcionalidade.

Apreciação do Tribunal

151. O art. 4º da Carta preconiza o seguinte:

> «Os seres humanos são invioláveis. Todo o ser humano tem direito ao respeito pela sua vida e à integridade da sua pessoa. Ninguém pode ser privado arbitrariamente desse direito.»

152. O direito à vida é a pedra basilar sobre a qual assenta a realização de todos os outros direitos e liberdades. A privação da vida de alguém equivale à eliminação do próprio titular destes direitos e liberdades. O art. 4.º da Carta proíbe liminarmente a privação arbitrária do direito à vida. Contrariamente a outros instrumentos de direitos humanos, a Carta estabelece o vínculo entre o direito à vida e a natureza inviolável e a integridade do ser humano. O Tribunal conclui que esta formulação reflecte a correlação indispensável que existe entre estes dois direitos.

153. O Tribunal observa que o direito à vida nos termos do artigo 4.o da Carta é um direito a ser usufruído por um indivíduo independentemente do grupo a que ele ou ela pertence. O Tribunal também entende que a violação dos direitos económicos, sociais e culturais (inclusive por via de despejos forçados) pode, em termos gerais, engendrar condições desfavoráveis a uma vida decente.[39] No entanto, o Tribunal é

[39] No *Acórdão* sobre *Yakye Axa Indigenous Community v Paraguay*, de 17 de Junho de 2005 (Méritos, Reparações e Custas) Ser C N.º 125, parágrafo 161, a IACtHR concluiu tratar-se de uma violação ao direito à vida, avançando o seguinte argumento: «*....quando o direito à vida não é respeitado, todos os demais direitos desaparecem, porque a pessoa, que goza de esses direitos, cessa de existir... Essencialmente, este direito inclui o direito de todo o ser humano a não ser arbitrariamente privado da sua vida, mas também o direito a que não sejam geradas condições que impeçam ou obstruam o acesso a uma existência decente*» e, por outro lado, «*a repercussão desta expropriação forçada das suas terras*

da opinião de que o simples facto de despejo e privação dos direitos económicos, sociais e culturais pode não resultar necessariamente na violação do direito à vida nos termos do art. 4.º da Carta.

154. O Tribunal considera ser necessário fazer a destrinça entre o significado clássico do direito à existência decente de um grupo. O art. 4.º da Carta refere-se à compreensão física ao invés da compreensão existencial do direito à vida.

155. No caso concreto, as Partes não disputam que a Floresta de Mau foi, ao longo de gerações, o habitat em que a população Ogiek sempre viveu e que os seus meios de subsistência dependem desse habitat. Enquanto população de caçadores-recolectores, os Ogiek construíam as suas casas, recolectavam e produziam alimentos, medicamentos e garantiam outros meios de sobrevivência na Floresta de Mau. Não há dúvida que esse despejo afectou adversamente a sua existência decente na floresta. De acordo com a Requerente, alguns membros da população Ogiek faleceram em diferentes momentos, devido ao não suprimento das suas necessidades básicas, como sejam alimentação, água, abrigo, medicamentos, exposição aos elementos da natureza e doenças, em resultado dos seus despejos forçados. O Tribunal observa que a Requerente não estabeleceu o nexo de causalidade entre os despejos dos Ogiek pelo Requerido e as mortes que, segundo alegações, ocorreram em consequência disso. A Requerente aduziu meios de prova neste sentido.

156. Portanto, por este motivo, o Tribunal conclui que não houve qualquer violação do artigo 4.° da Carta.

E.Alegada Violação do Artigo 8.° da Carta

Alegações Arguidas pela Requerente

---

ancestrais de que os povos indígenas são alvos poderia configurar uma violação do artigo 4.º (direito à vida) se as condições de vida da comunidade forem incompatíveis com os princípios da dignidade humana». A Comissão adoptou uma argumentação semelhante no *Processo Endorois* - Consultar o parágrafo 216.

157. 166. A Requerente alega que os Ogiek praticam uma religião monoteísta intimamente ligada ao seu meio ambiente e que as suas crenças e práticas espirituais são protegidas pelo art. 8.° da Carta e constituem uma religião à luz do Direito internacional. A Requerente refuta o argumento segundo o qual as práticas religiosas dos Ogiek são uma ameaça à lei e à ordem, que foi a base em que assentou a injustificável interferência com o direito dos Ogiek a praticar livremente a sua religião. Nesta perspectiva, a Requerente alega que as práticas tradicionais de sepultamento observadas pelos Ogiek, que consistem em colocar os mortos na floresta, evoluíram a tal ponto que agora eles sepultam os seus mortos.

158. Ademais, a Requerente afirma que os lugares sagrados na Floresta de Mau, caves, colinas e áreas arborizadas específicas situadas no perímetro da floresta[40] ou foram destruídos durante os despejos que tiveram lugar durante a década de 1980, ou o conhecimento acerca dos mesmos não foi transmitido pelos anciãos aos membros mais jovens da comunidade, na medida em que deixaram de ter acesso aos mesmos. A Requerente declara que só através de um acesso irrestrito à Floresta de Mau é que os Ogiek serão capazes de proteger, preservar e utilizar os seus lugares sagrados, de acordo com as suas crenças religiosas. A Requerente declara ainda que o Requerido deixou de demarcar e proteger os locais sagrados dos Ogiek.

159. A Requerente também sustenta que, se bem que alguns Ogiek tenham adoptado o Cristianismo, tal não extingue os ritos religiosos que eles praticam na floresta. A Requerente acrescenta que, à luz da Lei Florestal, os Ogiek são obrigados a requerer, numa base anual, e a pagar licenças florestais, a fim de que tenham acesso aos seus locais religiosos situados nas suas terras ancestrais, contrariamente ao disposto na Carta.

160. Durante a audiência pública, a Dra. Liz Alden Wily, testemunha pericial convocada pela Requerente, afirmou que os meios de subsistência das comunidades que vivem da caça e da recolecta dependem de uma ecologia social

[40] Consultar a Réplica da Requerente às Alegações do Requerido a respeito dos Méritos, páginas 22 a 23..

através da qual a sua vida espiritual e a sua inteira existência dependem da floresta e que existe uma grande incompreensão quanto à cultura dos caçadores-recolectores. Essa testemunha salientou que, para essas comunidades, a cultura e a religião estão intimamente interligadas e, por conseguinte, não podem ser dissociadas. Segundo ela, considera-se normalmente que a sua cultura pode ser facilmente dissolvida ou desintegrada em situações em que os caçadores-recolectores tenham sido assimilados pelo modernismo. Ela afirma que muitos habitantes de florestas, como os Ogiek, praticam a caça e recolecta, não apenas para o seu sustento, mas também para a sua vida espiritual como um todo e a sua inteira existência depende da floresta e do seu estado intacto. Ela disse ainda que, quer o seu sustento provenha ou não da floresta (como é o caso dos Ogiek, as pessoas tendem a pensar erroneamente que, pelo facto de actualmente os Ogiek não aparecerem trajados de peles ou couros de animais, então não precisam de caçar ou eles abandonaram a sua cultura.

Alegações Arguidas pelo Requerido

161. O Requerido defende que a Requerente não aduziu elementos de prova para mostrar a localização exacta dos lugares onde se situam os supostos sítios consagrados a cerimónias religiosas dos Ogiek. Argumenta o Requerido que os Ogiek abandonaram a sua religião, visto que se converteram ao Cristianismo e que as práticas religiosas dos Ogiek são uma ameaça para a lei e a ordem, carecendo, desse modo, da interferência do Requerido, com vista a proteger e preservar a lei e a ordem. O Requerido defende que os Ogiek têm liberdade de acesso à Floresta de Mau, salvo entre as 18h00 e as 9h00 da manhã e que estão proibidos de empreender certas actividades, a menos que disponham de uma licença para o efeito.

Apreciação do Tribunal

162. O art. 8.° da Carta prevê o seguinte:

A liberdade de consciência, a profissão e a livre prática da religião devem ser garantidas. Ninguém pode, sujeito à lei e à ordem, ser submetido a medidas que restrinjam o exercício destas liberdades.

163. A supracitada disposição requer que os Estados Partes garantam cabalmente a liberdade de consciência, a profissão e a livre prática da religião.[41] O direito à liberdade de culto confere protecção a todas as formas de crença, independentemente das denominações: crenças teístas, não teístas e ateístas, assim como o direito a não professar qualquer religião ou crença.[42] O direito de manifestar e praticar religião inclui o direito de prestar culto, de realizar rituais, de observar dias de repouso e de portar indumentária religiosa, de permitir que indivíduos ou grupos cultuem e se reúnam para o exercício da sua religião ou crença, e estabeleçam e mantenham lugares para estes fins, assim como realizem cerimónias de acordo com os preceitos da sua religião ou crença.[43]

164. O Tribunal constata que, no contexto das sociedades tradicionais, em que as instituições religiosas formais não existem, amiúde, a prática e profissão da religião estão habitual e indissociavelmente ligadas à terra e ao ambiente. Em sociedades autóctones, em particular, a liberdade de culto e de realização de cerimónias religiosas depende do acesso à terra e ao ambiente natural. Qualquer impedimento ao ambiente natural e interferência com este, incluindo terras, restringe a sua capacidade de realizar ou participar em rituais religiosos, com uma repercussão considerável para o usufruto da sua liberdade de culto.

165. No caso vertente, o Tribunal nota, compulsados os autos que tem perante si,[44] que os sítios religiosos dos Ogiek se localizam na Floresta de Mau e eles realizam as suas práticas religiosas nesse local. A Floresta de Mau constitui o seu habitat espiritual e encontra-se no centro da prática da sua religião. É aí que eles enterram

---

[41] Consultar também o art. 18.º, ICCPR.
[42] UNHRC, *Comentário Geral n.º 22 do CCPR:* O art. 18.º (*Liberdade de Pensamento, de Consciência ou de Religião*), 30 de Julho de 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, disponível em: http://www.refworld.org/docid/453883fb22.html paragraph 2.
[43] O artigo 6.º da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Baseada na Religião ou Crença, (36.ª Sessão, 1981), Resolução da Assembleia-Geral da ONU. 36/55, (1981). GA Res. 36/55 (1981).
[44] Alegações da Requerente a respeito dos Méritos, página 184, parágrafos 431 e 432 e o Depoimento de Seli Chemeli Koech submetido pela Requerente.

os mortos de acordo com os seus rituais tradicionais[45], onde são encontrados certos tipos de árvores para uso no culto, sendo aí onde eles conservam os seus sítios sagrados, durante gerações.

166. Os autos mostram igualmente que a população Ogiek já não pode realizar as suas práticas religiosas por ter sido despejada da sua Floresta de Mau. Além disso, para os Ogiek terem acesso à Floresta, eles devem requerer e pagar anualmente uma licença. No entender do Tribunal, as medidas de despejo e estes requisitos regulamentares interferem com a liberdade de culto da população Ogiek.

167. Contudo, o art. 8.º da Carta permite restrições ao exercício da liberdade religiosa no interesse da manutenção da lei e da ordem. Embora o Requerido possa interferir com as práticas religiosas dos Ogiek para proteger a saúde pública e manter a lei e a ordem, devendo essas restrições ser examinadas quanto à sua necessidade e razoabilidade. O Tribunal é da opinião de que, ao invés de despejar os Ogiek da Floresta de Mau, restringindo, desse modo, o seu direito de praticar a sua religião, havia outras medidas menos onerosas que o Requerido poderia ter instituído que teriam assegurado o usufruto continuado deste direito pelos Ogiek, assegurando, ao mesmo tempo, a manutenção da lei e da ordem, bem como a saúde pública. Estas medidas incluem a realização de campanhas de sensibilização junto dos Ogiek sobre a necessidade de sepultarem os seus mortos, de acordo com a Lei de Saúde Pública, a colaboração na manutenção dos sítios religiosos e a isenção da taxa que os Ogiek devem pagar para terem acesso aos seus sítios religiosos.

168. Relativamente ao argumento de que os Ogiek abandonaram a sua religião e se converteram ao Cristianismo, o Tribunal nota, compulsados os autos que tem perante si, especialmente as declarações da testemunha da Requerente de que nem todos os Ogiek se converteram ao Cristianismo. Com efeito, o Requerido não apresentou meios de prova em apoio à sua posição de que a adopção do Cristianismo significa um abandono total das práticas religiosas tradicionais dos Ogiek. Ainda que alguns membros dos Ogiek possam ter sido convertidos ao Cristianismo, os elementos de prova perante este Tribunal mostram que eles

[45] Por exemplo, colocar uma pessoa morta debaixo de uma árvore chamada *Yemtit* (*Olea Africana*).

continuam a praticar os seus ritos religiosos tradicionais. Nesta conformidade, a suposta transformação verificada no modo de vida dos Ogiek e na sua maneira de culto não podem ser vistas como tendo eliminado inteiramente os seus valores e rituais espirituais tradicionais.

169. Com base no acima exposto, o Tribunal é da opinião de que, dado o vínculo existente entre as populações autóctones e a sua terra no tocante à prática da sua religião, os despejos dos Ogiek da Floresta de Mau tornou impossível que a comunidade continue com as suas práticas religiosas e trata-se de uma interferência injustificável com a liberdade religiosa dos Ogiek. Por conseguinte, o Tribunal conclui que o Requerido está em contravenção com o art. 8.º da Carta.

F. Alegada Violação dos n.ºs 2 e 3 do art. 17.º da Carta

Alegações Arguidas pela Requerente

170. A Requerente, citando a sua própria jurisprudência no *Processo de Endorois*, alega que a «Cultura poderia ser interpretada como significando que o complexo no seu todo, que inclui uma associação física e espiritual com a terra ancestral, conhecimentos, crença, arte, direito, moral, costumes de uma pessoa e quaisquer outras habilidades e hábitos adquiridos por uma pessoa enquanto membro da sociedade - a soma total das actividades e produtos materiais e espirituais de um determinado grupo social que o distinguem de outros grupos similares e entre os quais figuram a religião, língua e outras características distintivas de um grupo». Com base nisso, a Requerente alega que os direitos culturais dos Ogiek foram violados pelo Requerido, através de restrições ao aceso à Floresta de Mau, que acolhe os seus sítios culturais. As suas tentativas de acesso às suas terras históricas, para fins culturais, encontraram intimidações e detenções, tendo sido impostas sérias restrições pelas autoridades quenianas ao modo de vida desta comunidade de caçadores-recolectores, após o Requerido os ter despejado à força da Floresta de Mau.

171. A Requerente sustenta que deve ser permitido aos Ogiek determinar que cultura é boa para si ao invés de o Requerido fazer isso por eles. A Requerente apela ao Tribunal para que se inspire no art. 61.º da Carta e insta o Tribunal a concluir que o

Requerido está a violar o art. 17.º da Carta no respeitante aos Ogiek e solicita ao Tribunal que emite um Despacho Judicial de reparação.

172. Durante a sua deposição sobre a evolução cultural dos Ogiek, a testemunha pericial defendeu e reiterou a sua anterior posição que é descrita pormenorizadamente acima na secção relativa à religião, no parágrafo 161.

Alegações Arguidas pelo Requerido

173. O Requerido argumenta que reconhece e afirma o disposto no art. 17.º da Carta e adoptou medidas razoáveis no sentido de assegurar que os direitos culturais dos povos autóctones do Quénia sejam promovidos, protegidos e concretizados. O Requerido alega que ratificou o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e tem consagradas na sua Constituição disposições específicas sobre a protecção dos direitos culturais.[46] O Requerido alega que também adoptou numerosas medidas jurídicas e em matéria de políticas para assegurar que os direitos culturais das «populações autóctones» do Quénia sejam promovidos e protegidos. Neste particular, o Requerido reitera que a Constituição do Quénia, de 2010, protege o direito de todos os quenianos promoverem a sua própria cultura.

174. O Requerido ressalta que, ao mesmo tempo que protege os direitos culturais, também tem a responsabilidade de assegurar um equilíbrio entre os direitos culturais vis-à-vis a conservação ambiental, com vista a cumprir a sua obrigação para com todos os quenianos, em particular face às disposições da Carta[47] e da sua Constituição.[48] O Requerido alega ainda que os direitos culturais dos povos autóctones, como os Ogiek, podem abarcar actividades relacionadas com os recursos naturais, tais como pesca ou caça, que poderiam ter um impacto negativo

[46] Consultar os n.ºs 5 e 6 do art. 2.º da Constituição do Quénia, de 2010: (5) «As regras gerais do Direito internacional formarão parte da lei do Quénia. (6) Qualquer tratado ou convenção ratificados por Quénia formarão parte da lei do Quénia ao abrigo da presente Constituição.» O art. 44.º da Constituição do Quénia, de 2010, prevê o direito ao uso da língua e à participação na vida cultural escolhidas por uma pessoa.
[47] Art.s 1.º e 24.º da Carta.
[48] Artigo 69.º da Constituição do Quénia, de 2010.

sobre o ambiente, e estas devem ser equilibradas face aos demais interesses públicos. O Requerido apela ao Tribunal para que tenha em atenção o frágil equilíbrio entre o direito à cultura e a conservação ambiental para as futuras gerações.

175. Para além disso, o Requerido frisa que, no que se refere aos Ogiek, o seu modo de vida sofreu metamorfoses e as suas práticas culturais e tradicionais, que os tornavam distintos, deixaram de existir, pelo que não podem reivindicar quaisquer direitos culturais. O Requerido também afirma que os Ogiek já não vivem como caçadores e recolectores e, assim, não se pode dizer que eles conservam o ambiente. Eles adoptaram novos e modernos modos de vida, incluindo a construção de estruturas permanentes, criação de gado e agricultura, que teriam um sério impacto negativo sobre a floresta se lhe fosse permitido residir aí.

Apreciação do Tribunal

176. O art. 17.° da Carta prevê o seguinte:

> «1. Todas as pessoas têm direito à educação.
> 2. Toda a pessoa pode tomar livremente parte na vida cultural da sua comunidade.
> 3. A promoção e a protecção da moral e dos valores tradicionais reconhecidos pela Comunidade constituem um dever do Estado.»

177. O direito à cultura consagrado nos n.^{os} 2 e 3 do art. 17.° da Carta deve ser examinado numa dupla dimensão, tanto na sua natureza individual quanto colectiva. Esse direito assegura a protecção, por um lado, da participação do indivíduo na vida cultural da sua comunidade e, por outro, a obrigação do Estado promover e proteger os valores tradicionais da comunidade.

178. O art. 17.° da Carta protege todas as formas de cultura e coloca rigorosas obrigações sobre os Estados Partes no sentido de protegerem e promoverem os valores tradicionais. De modo análogo, a Carta Cultural Africana obriga todos os Estados a adoptar uma política nacional que crie condições propícias à promoção e

desenvolvimento da cultura.[49] A Carta Cultural salienta, em termos específicos, «a necessidade de ter em conta as identidades nacionais, sendo a diversidade cultural um factor que cria um equilíbrio a nível nacional e uma fonte de enriquecimento recíproco para várias comunidades».[50]

179. A protecção do direito à cultura transcende o dever de não destruir ou enfraquecer deliberadamente grupos minoritários, mas exige o respeito e a protecção do seu património cultural essencial à identidade do grupo. Neste aspecto, a cultura deve ser interpretada no seu mais lato sentido, cobrindo, na totalidade, o modo de vida de um grupo particular, incluindo as línguas, símbolos como os códigos de indumentária e a maneira como o grupo constrói abrigos; participa em certas actividades económicas, produz art.s para sobrevivência; rituais como a forma particular do grupo de lidar com problemas e praticar cerimónias espirituais; identificação e veneração dos seus próprios heróis ou modelos e valores compartilhados dos seus membros que reflectem o seu carácter e personalidade distintos.[51]

180. O Tribunal observa que, no contexto das populações autóctones, a preservação da sua cultura é de importância particular. As populações autóctones têm sido amiúde afectadas pelas actividades económicas de outros grupos dominantes e programas de desenvolvimento de larga escala. Devido à sua óbvia vulnerabilidade que frequentemente deriva do seu número ou modo de vida tradicional, as populações autóctones até foram, por vezes, objecto e alvo fácil de políticas deliberadas de exclusão, exploração, assimilação forçada, discriminação e outras formas de perseguição, ao passo que algumas assistiram à extinção do seu carácter distinto e da continuidade enquanto grupo distinto.[52]

---

[49] Art. 6.º, Carta Cultural Africana adoptada pela Organização de Unidade Africana, em Acra, em 5 de Julho de 1976. O Estado Requerido tornou-se Estado Parte na Carta Cultural em 19 de Setembro de 1990.
[50] Art. 3.º, ibid.
[51] Preâmbulo, parágrafo 9, art.s 3 e 5 e al. a) do art. 8.º da Carta Cultural Africana. Organização de Unidade Africana, em 5 de Julho de 1976
[52] The ACHPR's work on indigenous peoples in Africa, Indigenous Peoples in Africa: The Forgotten Peoples? (2006), pág. 17, disponível em http://www.achpr.org/files/special-mechanisms/indigenous-populations/achpr_wgip_report_summary_version_eng.pdf.

181. A Declaração da ONU sobre Povos Autóctones afirma que «povos e indivíduos autóctones têm o direito de não serem sujeitos a assimilação forçada ou à destruição da sua cultura" e os Estados devem providenciar mecanismos efectivos para prevenir qualquer acção que os prive da "sua integridade como povos distintos, ou dos seus valores culturais ou identidades étnicas».[53] A Comissão da ONU para os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, no seu Comentário Geral sobre a alínea a), n.º 1 do art. 15.º também observou que «a forte dimensão comunal da vida cultural dos povos autóctones é indispensável à sua existência, bem -estar e pleno desenvolvimento, e inclui o direito às terras, territórios e recursos que tradicionalmente lhes pertenciam e eram por si ocupados ou de outro modo utilizados ou adquiridos».[54]

182. No caso em apreço, o Tribunal nota, compulsados os autos disponíveis perante si, que a população Ogiek possui um modo de vida distinto centrado no Complexo da Floresta de Mau e é dependente deste. Como comunidade de caçadores-recolectores, eles obtêm os seus meios de subsistência mediante a caça e a recolta de mel e frutos, eles possuem os seus próprios trajes tradicionais, a sua própria língua, um modo distinto de sepultar os mortos e de praticar rituais, assim como possuem medicamentos tradicionais, e os seus próprios valores espirituais e tradicionais, que os distinguem das outras comunidades circunvizinhas e que vivem fora do Complexo da Floresta de Mau, demonstrando assim que os Ogiek têm a sua própria cultura distinta.

183. O Tribunal, com base nos meios de prova disponíveis perante si e que não foram contestados pelo Requerido segundo os quais os Ogiek realizavam, de forma pacífica, as suas práticas culturais até que o seu território foi invadido por estranhos e foram despejados da Floresta de Mau. Mesmo perante essa situação, os Ogiek continuam a realizar as suas actividades tradicionais: cerimónias de casamentos tradicionais, tradição oral, folclore e cânticos. Eles mantêm ainda as suas fronteiras

---

[53] N.ºs 1 e 2(a) do art. 8.º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, 2007 (doravante designada por UNDRIP). NDRI; Consultar também o n.º 2 do art.º 4.º, UN General Assembly, *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, de 3 de Fevereiro de 1992, A/RES/47/135, disponível em: http://www.refworld.org/docid/3ae6b38d0.html.

[54] UNCESR, Comentário geral N.º 21, Direito de toda a pessoa a tomar parte na vida cultural *(art. 15.º, parág. 1a do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais)*, 21 de Dezembro de 2009, E/C.12/GC/21, disponível em: http://www.refworld.org/docid/4ed35bae2.html, parágrafos 36 e 37.

clânicas na Floresta de Mau e cada clã assegura a manutenção do ambiente dentro dos limites das fronteiras que lhe foram demarcadas. No entanto, com o passar do tempo, as restrições ao acesso à Floresta de Mau, e os despejos a partir desta, afectaram, em grande medida, a sua capacidade de preservar estas tradições. Diante desta situação, o Tribunal considera que o Requerido interferiu com o usufruto do direito à cultura da população Ogiek.

184. 193. Tendo concluído que houve interferência da parte do Requerido nos direitos culturais dos Ogiek, a próxima questão do Tribunal é a de saber se essa interferência poderia ou não ser justificada pela necessidade de se atingir um objectivo legítimo ao abrigo da Carta.[55] Neste sentido, o Tribunal observa o argumento do Requerido segundo o qual a população Ogiek evoluiu por si própria, adoptando um cultura e identidade diferentes e que, em qualquer dos casos, as medidas de despejo executadas pelo Requerido contra essa comunidade visavam prevenir impactos adversos sobre a Floresta de Mau que eram provocados pelo modo de vida e cultura dos Ogiek.

185. No que se refere ao primeiro argumento de que os Ogiek evoluíram e o seu modo de vida mudou com o decorrer do tempo ao ponto de terem perdido a sua identidade cultural distintiva, o Tribunal reitera que o Requerido não demonstrou, suficientemente, que esta suposta mudança e transformação ocorridas no modo de vida dos Ogiek extinguiram inteiramente os seus traços culturais distintos. Nesta óptica, o Tribunal frisa que a estagnação ou a existência de um modo de vida estático não é um elemento de definição de uma cultura ou de traços culturais distintivos. É natural que alguns aspectos da cultura dos povos autóctones, tais como uma certa forma de vestir ou símbolos do grupo, pudessem registar alterações ao longo do tempo. Porém, os valores, fundamentalmente, os valores tradicionais invisíveis consubstanciados na sua identidade própria e a mentalidade comum, amiúde permanecem inalterados.

186. No que à população Ogiek diz respeito, o depoimento prestado pela Sra.ª Mary Jepkemei, membro da Comunidade Ogiek, atesta que os Ogiek possuem ainda os seus valores tradicionais e cerimónias culturais que os tornam distintos de outros

[55] Processo de Issa Konaté parágrafos 145 e 154.

grupos semelhantes. Outrossim, o Tribunal observa que, em certa medida, algumas das supostas mudanças ocorridas na forma como os Ogiek viviam no passado são provocadas pelas restrições impostas pelo próprio Requerido ao direito de acesso à sua terra e ao ambiente natural.[56]

187. No que tange ao segundo argumento de que as medidas de despejo foram executadas no interesse público de preservar o ambiente natural do Complexo da Floresta de Mau, o Tribunal nota, em primeiro lugar, que o art. 17.º da Carta não prevê excepções ao direito à cultura. Quaisquer restrições ao direito à cultura devem, nesta conformidade, ser tratadas de acordo com o art. 27.º da Carta, que estipula o seguinte:

> «1. Cada indivíduo tem deveres para com a família e a sociedade, para com o Estado e as outras colectividades legalmente reconhecidas e para com a comunidade internacional.
> 2. Os direitos e as liberdades de cada pessoa exercem-se no respeito dos direitos de outrem, da segurança colectiva, da moral e do interesse comum.»

188. No presente caso, a restrição dos direitos culturais da população Ogiek de preservar o ambiente natural do Complexo da Floresta de Mau pode, em princípio, ser justificada pela salvaguarda do «interesse comum» nos termos do n.º 2 do art. 27.º da Carta. Todavia, a mera afirmação feita por um Estado Parte da existência de um interesse comum que justifique a interferência no direito à cultura não é suficiente para permitir a restrição do direito ou banir a essência do direito na sua globalidade. Ao invés disso, nas circunstâncias de cada caso, o Estado Parte deve fundamentar que a sua interferência decorreu, na verdade e genuinamente, da necessidade de proteger tal interesse comum. Ademais, o Tribunal declarou que qualquer interferência nos direitos e liberdades garantidos na Carta deve ser necessária e proporcional ao interesse legítimo que procura ser alcançado através de tal interferência.[57]

---

[56] Sobre a matéria, consultar IACtHR, *Case of the Sawhoyamaxa Indigenous Community v Paraguay*, Acórdão de 29 de Março de 2006 (Méritos, Reparações e Custos) parágrafos 73(3) a 73(5).

[57] Consultar o *Processo de Issa Konaté*, parágrafos 145 a 154.

189. No caso vertente, o Tribunal concluiu já que o Requerido não fundamentou de modo adequado a sua alegação de que o despejo da população Ogiek visava a preservação do ecossistema natural da Floresta de Mau.[58] Considerando que o Requerido interferiu nos direitos culturais dos Ogiek por meio de despejos e dado que o Requerido invoca a mesma justificação para a sua interferência, ou seja, a preservação do ecossistema natural, o Tribunal reitera a sua posição de que não se pode dizer que a interferência foi justificada por uma necessidade razoável e objectiva. Se bem que o Requerido alegue, em termos gerais, que certas actividades culturais dos Ogiek são inimigas do ambiente, ele não especificou que actividades específicas e como tais actividades provocaram a degradação da Floresta de Mau. Perante esta situação, o suposto motivo de preservação do ambiente natural, apresentado como alegação, não pode constituir uma justificação legítima para a interferência protagonizada pelo Requerido no exercício dos direitos culturais dos Ogiek. Consequentemente, o Tribunal entende que é desnecessário examinar, em maior profundidade, se a interferência foi necessária ou proporcional ao fim legítimo invocado pelo Requerido.

190. Por conseguinte, o Tribunal conclui que o Requerido violou o direito à cultura da população Ogiek, em contravenção com os n.ºs 2 e 3 do art. 17.º da Carta ao despejá-los da Floresta de Mau, coarctando, desse modo, o exercício das suas actividades e práticas culturais.

G. Alegada Violação do Artigo 21.° da Carta

Alegações Arguidas pela Requerente

191. A Requerente sustenta que o Requerido violou os direitos dos Ogiek de disporem livremente das suas riquezas e recursos naturais, de duas formas. Em primeiro lugar, ao despejá-los da Floresta de Mau e ao negar-lhes o acesso aos recursos vitais aí localizados e, em segundo lugar, ao atribuir concessões de exploração madeireira dentro do espaço de terra ancestral dos Ogiek sem o consentimento prévio destes e sem que lhes tivesse sido atribuída uma quota-parte dos benefícios provenientes desses recursos.

[58] Consultar a secção sobre a Avaliação do Tribunal sobre a Alegada Violação do art. 8.º da Carta.

192. Contrariando a alegação do Requerido segundo a qual este incorporou o art. 21.º da Carta na Constituição Queniana[59], a Requerente sustenta que a legislação sobre esta matéria ainda não está a ser implementada. A Requerente acrescenta que, ao abrigo da anterior Constituição e legislação, o Requerido foi incapaz de implementar o quadro para a protecção dos Ogiek, que não puderam reclamar parte alguma do Quénia como sua terra comunitária, à semelhança de outras comunidades.

193. A Requerente afirma que os Ogiek nem obtiveram terras ao abrigo do Decreto sobre a Reserva Fundiária Nativa, de 1938, da Constituição do Quénia, de 1969, da Lei da Terra (Representantes de Grupos), Capítulo 287, nem ao abrigo da Lei de Reserva Fiduciária. Por último, a Requerente acrescenta que os Ogiek ainda não beneficiaram das novas disposições constitucionais que reconhecem terras comunitárias e, portanto, as violações continuam até à data. De acordo com a Requerente, o art. 21.º da Carta tem por finalidade facilitar o desenvolvimento, a independência económica e a autodeterminação dos Estados pós-coloniais, bem como dos povos que compõem esses Estados, protegendo-os contra as multinacionais, bem como contra o próprio Estado.

Alegações Arguidas pelo Requerido

194. O Requerido argumenta não ter violado os direitos dos Ogiek de disporem livremente das suas riquezas e recursos naturais, conforme alegado pela Requerente, e que o art. 21.º da Carta apela para uma reconciliação entre o Estado, por um lado, e os indivíduos ou grupos/comunidades, por outro, relativamente à titularidade e ao controlo dos recursos naturais. Para o Requerido, embora o direito de propriedade e controlo dos recursos naturais pertença ao povo, os Estados são as entidades que devem, em última análise, exercer o usufruto do direito no interesse do povo, estando a ser envidados esforços no sentido de se manter o frágil equilíbrio existente entre a conservação, uma abordagem centrada nas pessoas para a utilização dos recursos naturais e o controlo final dos recursos naturais. O Requerido afirma enfaticamente ter adoptado um equilíbrio harmónico entre os dois conceitos, ou seja, da titularidade e do controlo dos recursos naturais,

[59] Art. 69.º da Constituição da República do Quénia, de 2010.

colocando a tónica no acesso aos recursos naturais, ao invés de na titularidade desse recursos.

Apreciação do Tribunal

195. O art. 21.º da Carta preconiza o seguinte:

> «1. Os povos têm a livre disposição das suas riquezas e dos seus recursos naturais. Este direito exerce-se no interesse exclusivo das populações. Em nenhum caso um povo pode ser privado deste direito.
> 2. Em caso de espoliação, o povo espoliado tem direito à legítima recuperação dos seus bens, bem como a uma indemnização adequada.
> 3. A livre disposição das riquezas e dos recursos naturais exerce-se sem prejuízo da obrigação de promover uma cooperação internacional baseada no respeito mútuo, na troca equitativa e nos princípios do direito internacional.
> 4. Os Estados-Partes na presente Carta comprometem-se, tanto individual como colectivamente, a exercer o direito de livre disposição das suas riquezas e dos seus recursos naturais com vista a reforçar a unidade e a solidariedade africanas.
> 5. Os Estados-Partes na presente Carta comprometem-se a eliminar as formas de exploração económica estrangeira, nomeadamente, a que é praticada por monopólios internacionais, a fim de permitir que a população de cada país beneficie plenamente das vantagens provenientes dos seus recursos nacionais.»

196. O Tribunal nota, em termos gerais, que a Carta não define o conceito de «povos». Nesta óptica, já houve quem o dissesse que os redactores da Carta omitiram deliberadamente a definição dessa noção, de modo a «permitir uma certa flexibilidade na sua aplicação e subsequente interpretação pelos futuros utilizadores deste instrumento jurídico, tendo a tarefa de inclusão de detalhes na Carta, para a sua clarificação, sido deixadas com os organismos de protecção dos direitos humanos».[60]

[60] Relatório do Relator páginas 4 a 5, parágrafo 13, citado em Fatsah Ouguergouz, A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. *A Comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa*, (2003), página 205, Nota n.º 682.

197. É ponto assente que, no contexto da luta contra a dominação estrangeira em todas as suas formas, a Carta visa, fundamentalmente, os povos que compõem as populações dos países que se batem para alcançar a sua independência e soberania nacional[61].

198. Nestas circunstâncias, a questão de se saber se o conceito de «povo» adoptado na Carta não cobre apenas a população enquanto elementos constituintes do Estado, mas também os grupos e comunidades étnicos identificados como formando parte da referida população dentro de um Estado constituído. Em outras palavras, a questão que se coloca é a de saber se o usufruto dos direitos reconhecidos, inquestionavelmente, aos povos que constituem a população de um determinado Estado pode ser estendido de molde a incluir os grupos e comunidades étnicas do sub-Estado que formam parte dessa população.

199. No parecer do Tribunal, a resposta a esta questão é afirmativa, desde que tais grupos ou comunidades não coloquem em causa a soberania e a integridade territorial do Estado sem o consentimento deste. Seria, na verdade, difícil perceber que os Estados que são autores da Carta pretendessem, por exemplo, reconhecer automaticamente os grupos étnicos e comunidades que constituem a sua população, o direito à autodeterminação e a independência garantida pelo disposto no n.º 1 do art.° 20.° da Carta, que, no caso vertente, equivaleria ao direito à secessão62. Por outro lado, nada impede que outros direitos dos povos, tais como o direito ao desenvolvimento (art.° 22.°), o direito à paz e à segurança (art.° 23.°) ou o direito a um ambiente saudável (art.° 24.°), de serem reconhecidos, quando necessário, de modo particular para os grupos étnicos e comunidades que constituem a população de um Estado.

200. No caso vertente, um dos direitos em questão tem a ver com o direito dos povos terem a livre disposição das suas riquezas e dos seus recursos naturais consagrados no art.° 21.° da Carta. Na sua essência, conforme indicado supra, a

[61] Ver os parágrafos 3 e 8 do Preâmbulo da Carta.
[62] Esta interpretação é reforçada pela adopção, pela OUA, da Resolução AHG/R.S.16(1), de Julho de 1964 sobre a Inviolabilidade das Fronteiras Herdadas da Colonização.

Requerente alega que o Requerido violou o referido direito, na medida em que, na sequência da expulsão dos Ogiek da Floresta de Mau, estes ficaram privados dos seus recursos alimentares tradicionais.

201. O Tribunal lembra, a este respeito, que já reconheceu um número de direitos dos Ogiek à terra ancestral, nomeadamente o direito de uso (usus) e o direito de usufruir dos produtos da terra (fructus), que pressupõem o direito ao acesso e à ocupação da terra. Na medida em que estes direitos foram violados pelo Requerido, o Tribunal defende que o Requerido também violou o disposto no art.° 21.° da Carta, uma vez que os Ogiek foram privados do direito de desfrutar e de terem a livre disposição dos abundantes géneros alimentícios produzidos pelas suas terras ancestrais.

H. Alegada Violação do Artigo 22.° da Carta

Alegações Arguidas pela Requerente

202. A Requerente defende que o Requerido violou o direito da comunidade Ogiek ao desenvolvimento despejando-a da sua terra ancestral na Floresta de Mau e não se dignando a manter consultas com a Comunidade Ogiek e/ou procurar obter o seu consentimento relativamente ao desenvolvimento da vida cultural, económica e social partilhada na Floresta de Mau. A Requerente estipula que o Requerido não se dignou em reconhecer o direito dos Ogiek ao desenvolvimento e enquanto população autóctone com direito a definir as prioridades e estratégias de desenvolvimento e a exercer o seu direito a estar activamente envolvido na formulação de programas económicos e sociais que os afectam e, tanto quanto possível, a administrar tais programas através das suas próprias instituições. Sustenta que o fracasso por parte do Requerido em aplicar essas facetas do direito ao desenvolvimento constitui uma violação do art.° 22.° da Carta.

203. Quanto ao n.º 2 do art.° 10.° da Constituição do Requerido, a sua Visão 2030 e as suas propostas orçamentais, sendo prova do desenvolvimento dos Ogiek, a Requerente alega que a questão não consiste em estes elementos disporem do direito ao desenvolvimento, mas, pelo contrário, a questão que se coloca é se o Requerido cumpriu ou não a sua

obrigação de proteger o direito da comunidade Ogiek ao desenvolvimento. Segundo a Requerente, isso seria possível mediante a definição de um quadro que proporciona a concretização desse direito nos seus procedimentos processuais e substantivos, incluindo a consulta e a participação.

204. Por outro lado, a Requerente sustenta que, apesar de as disposições previstas no n.º 2 do art.° 1.° da Constituição do Requerido, que demonstra a sua vontade de manter consultas sobre as questões de desenvolvimento, o Requerido não se dignou em dizer quantos representantes da comunidade Ogiek são membros de qualquer uma das três ou quarto níveis de estruturas eleitorais do Requerido, ou seja, o governo local, os órgãos legislativos de Condado, o Parlamento e o Senado, ou em qualquer estrutura decisória governamental.

Alegações Arguidas pelo Requerido

205. O Requerido defende que não violou o direito ao desenvolvimento dos Ogiek, conforme alega a Requerente. Sustenta que a Requerente deve mostrar casos específicos em que o desenvolvimento ocorreu sem o envolvimento dos membros da comunidade Ogiek ou casos em que o desenvolvimento não ocorreu de modo algum ou casos em que os membros da comunidade Ogiek foram discriminados em matéria de gozo dos frutos do desenvolvimento. O Requerido alega que a Requerente não demonstrou como o Requerido não se dignou em levar a cabo iniciativas de desenvolvimento em benefício dos Ogiek ou como estes foram discriminados e excluídos do processo de materialização de iniciativas de desenvolvimento.

206. O Requerido defende que a sua agenda de desenvolvimento orienta-se tanto pela vontade como pela determinação do seu governo e pelas suas leis. Quanto ao processo consultivo que dá azo a iniciativas de desenvolvimento na Floresta de Mau, o Requerido argumenta que a consulta pode ser concretizada de diferentes formas. Defende que, no caso vertente, conforme prevê o n.º 2 do art.° 1.° da Constituição do Quénia, foram realizadas consultas com os representantes democraticamente eleitos da comunidade Ogiek e que o Estado criou vários grupos de trabalho participativos dedicados à revisão do quadro jurídico e dos relatórios

aplicáveis à situação, ao mesmo tempo que tem em conta a opinião pública. Por último, o Requerido defende que a sua agenda de desenvolvimento, ou seja, a Visão 2030, as suas várias propostas orçamentais e o n.º 2 do art.° 10.° da sua Constituição, dispõem que os critérios fundamentais para a governação compreendem a equidade, a participação, a responsabilização e a transparência. O Requerido alega que, compete à Requerente demonstrar que todos estes instrumentos diferem da noção de desenvolvimento, e mais precisamente, o desenvolvimento da comunidade Ogiek.

Apreciação do Tribunal

207. O art. 22.º da Carta preconiza o seguinte:

> «1. Todos os povos têm direito ao seu desenvolvimento económico, social e cultural, no estrito respeito da sua liberdade e da sua identidade, e ao gozo igual do património comum da humanidade.
> 2. Os Estados têm o dever, separadamente ou em cooperação, de assegurar o exercício do direito ao desenvolvimento.»

208. O Tribunal reitera a sua opinião enunciada supra a respeito do art.° 21.° da Carta que o termo «povos» presente na Carta abarca todas as populações como elemento constitutivo de um Estado. Estas populações têm o direito adquirido ao desenvolvimento social, económico e cultural, sendo parte dos povos de um Estado. Por conseguinte, a comunidade Ogiek, juntamente com outros povos do Quénia, tem o direito ao desenvolvimento nos termos do disposto no art.° 22.° da Carta.

209. No parecer do Tribunal, o art.° 22.° da Carta deve ser lido à luz do art.° 23.° da UNDRIP que prevê o seguinte:

> «Os povos indígenas têm o direito de determinar e elaborar prioridades e estratégias para o exercício do seu direito ao desenvolvimento. Em especial, os povos indígenas têm o direito de participar activamente da elaboração e da determinação dos programas de saúde, habitação e demais programas económicos e sociais que lhes afectem e, na medida do possível, de administrar esses programas por meio das suas próprias instituições.»

210. No caso vertente, o Tribunal recorda que os Ogiek foram constantemente despejados da Floresta de Mau pelo Requerido, sem que fossem efectivamente consultados. Os despejos tiveram um impacto adverso sobre o seu desenvolvimento económico, social e cultural. Também não têm estado envolvidos no desenvolvimento e na determinação dos programas de saúde e habitação, nem em outros programas económicos e sociais que os afectam.

211. Por conseguinte, o Tribunal conclui que o Requerido está em contravenção com o art. 22.º da Carta.

I. Alegada Violação do Artigo 1.° da Carta

Alegações Arguidas pela Requerente

212. A Requerente apela ao Tribunal para que aplique a sua abordagem[63] e da Comissão[64] a respeito do art.° 1.° da Carta, ou seja, em caso de violação de qualquer ou de todos os demais artigos invocados, por conseguinte, o Requerido também violou o art.° 1.°.

Alegações Arguidas pelo Requerido

213. O Requerido não apresentou quaisquer observações a respeito da alegada violação do art.° 1.° da Carta.

Apreciação do Tribunal

214. O art. 1.º da Carta preconiza o seguinte:

---

[63] *Tanganyika Law Society and The Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher R. Mtikila v United Republic of Tanzania.*

[64] Comunicações da CADHP N.º 147/94) & 149/96 - Sir *Dawda K. Jawara v Gâmbia* (2000), 11 de Maio de 2000, parágrafo 46; *13th Annual Activity Report 1999-2000*; Comunicação N.º 211/98 - *Legal Resources Foundation v Zambia* (2001), parágrafo 62; Comunicações 279/03 - 296/05 - *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v Sudan* (2009), parágrafo 227, casos em que a natureza do art.° 1.° conforme expresso no processo *Dawda Jawara* and *Legal Resources Foundation* se encontra conjugada de forma sucinta: A Comissão conclui mais adiante que o art.° 1.° da Carta impõe a obrigação geral a todos Estados Partes reconhecerem os direitos nela consagrados e obriga-as a adoptar medidas tendentes a conferir efeito a esses direitos; como tal, toda a constatação de violação desses direitos constitui um violação do art.° 1.°.

«Os Estados-Membros da Organização da Unidade Africana, Estados Partes na presente Carta,

reconhecem os direitos, deveres e liberdades enunciados nesta Carta e comprometem-se a adoptar

medidas legislativas ou outras para os aplicar.»

215. O Tribunal observa que o art.° 1.° da Carta obriga os Estados Partes a reconhecer e adopte todas as medidas legislativas e quaisquer outras necessárias para conferir efeito aos direitos e liberdades garantidos na Carta.

216. No caso em apreço, o Tribunal observa que, ao promulgar a sua Constituição em 2010, a Lei sobre a Conservação e Gestão das Florestas n.º 34, de 2016, e a Lei sobre as Terras Comunitárias n.º 27, de 2016, o Requerido tomou algumas medidas legislativas tendentes a assegurar o usufruto dos direitos e liberdades protegidos pela Carta. No entanto, estas leis foram aprovadas há relativamente pouco tempo. Este Tribunal também concluiu que o Requerido não reconheceu os Ogiek, tal como sucedeu a grupos similares, como uma tribo distinta, o que está na origem da recusa do acesso às suas terras na Floresta de Mau e à consequente violação dos seus direitos ao abrigo dos art.ºs 2.º, 8.º, 14.º, n.º 2 e n.º 3 do art. 17.º, dos art.ºs 21.º e 22.º. Além destas lacunas legislativas, o Requerido não demonstrou que tomou outras medidas para conferir efeito a estes direitos.

217. Face ao exposto supra, o Requerido violou o art.° 1.° da Carta ao não adoptar medidas legislativas adequadas e outras destinadas a conferir efeito aos direitos consagrados nos art.ºs 2.°, 8.°, 14.°, n.ºs 2 e 3 do 17.°, 21.° e 22.° da Carta.

VIII. VIAS DE SOLUÇÃO E REPARAÇÕES

Alegações Arguidas pela Requerente

218. A Requerente sustenta que os recursos de restituição, indemnização, satisfação e garantias de não repetição seriam o recurso mais apropriado para corrigir as violações sofridas pelos actos e omissões do Requerido

219. Em matéria de restituição, a Requerente defende que os Ogiek têm direito à recuperação da sua terra ancestral, através da delimitação, demarcação e de um processo de concessão de título de propriedade, actos a serem levados a cabo pelas autoridades governamentais pertinentes. No que concerne à indemnização, a Requerente argumenta que os Ogiek devem ter direito à indemnização adequada por todas as perdas por eles sofridas. No que diz respeito à satisfação e garantias de não repetição, a Requerente apela ao Tribunal no sentido de adoptar medidas, incluindo o pleno reconhecimento dos Ogiek como uma população autóctone do Quénia; a reabilitação das infra-estruturas económicas e sociais; o reconhecimento da sua responsabilidade dentro de um ano a contar da data da pronúncia do Acórdão; a publicação do sumário oficial do Acórdão através dos órgãos de comunicação social com ampla cobertura na região da comunidade; e a criação de um Fórum de Reconciliação Nacional destinado a resolver as fontes de conflito a longo prazo.

Alegações Arguidas pelo Requerido

220. Quanto à questão de restituição, o Requerido sustenta que o Complexo Florestal de Mau é rigorosamente uma reserva natural e que o Requerido tem a obrigação de protegê-la e conservá-la em benefício de todos os seus cidadãos, no âmbito das suas leis nacionais, bem como no quadro da Convenção Africana sobre a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais.

221. Quanto à questão de indemnização, o Requerido alega que os Ogiek adoptaram modos de vida modernos e, na sua manifestação actual, não dependem da caça nem da recolecta como seus meios de sobrevivência e sustentabilidade e, por conseguinte, não podem reclamar sofrerem quaisquer perdas económicas através de oportunidades perdidas. O Requerido reitera que o despejo dos Ogiek da Floresta de Mau decorreu do cumprimento das suas obrigações nacionais e

internacionais e, por conseguinte, a questão de indemnização não se coloca, pois os Estados serão inundados de reivindicações de indemnização por parte dos seus cidadãos no cumprimento das suas obrigações internacionais decorrentes dos instrumentos internacionais a que aderiram ou ratificaram.

Apreciação do Tribunal

222. Os poderes do Tribunal em matéria de reparações encontram-se plasmados no n.º 1 do art.° 27.° do Protocolo que estabelece o seguinte: «Quando o Tribunal conclui que houve uma violação dos direitos humanos e dos povos, irá emitir uma decisão judicial apropriada para corrigir a violação, incluindo o pagamento de justa indemnização ou reparação.» Mais adiante, em cumprimento do art.° 63.° do Regulamento, «O Tribunal deverá decidir quanto ao pedido de reparação submetido ao abrigo do n.º 5 do art. 34.º deste Regulamento, através da mesma decisão que estabelecendo a violação de um direito humano e dos povos ou, se as circunstâncias o determinarem, através de uma decisão em separado.»

223. O Tribunal decide que deliberará sobre as outras formas de reparação através de uma decisão em separado, tomando em consideração as observações adicionais das Partes.

IX. DAS CUSTAS

224. Tanto a Requerente quanto o Requerido não apresentaram quaisquer pedidos quanto às custas judiciais.

225. O Tribunal constata que o art.º 30.° do seu Regulamento estipula que «A não ser que o Tribunal decida o contrário, cada uma das partes deve suportar os seus próprios custos».

226. O Tribunal decide sobre as custas quando proferir o seu Acórdão relativo a outras formas de reparações.

227. Pelas razões acima expostas, o Tribunal, por unanimidade:

A respeito da Competência Jurisdicional

i) É negado provimento à excepção a respeito da competência do Tribunal em razão da matéria para conhecer da Petição;

ii) É negado provimento à excepção a respeito da competência do Tribunal em razão do sujeito para conhecer da matéria da Petição;

iii) É negado provimento à excepção a respeito da competência do Tribunal em razão do tempo para conhecer da matéria da Petição;

iv) Declara que é competente para conhecer da matéria da Petição.

A respeito da Admissibilidade

i) É negado provimento à excepção a respeito da admissibilidade da Petição tendo como fundamento que a Matéria se encontra pendente perante a Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos;

ii) É negado provimento à excepção a respeito da admissibilidade da Petição tendo como fundamento que o Tribunal não realizou um exame preliminar da admissibilidade da Petição;

iii) É negado provimento à excepção a respeito da admissibilidade do pedido tendo como fundamento que o autor do pedido não é a parte lesada na Petição;

iv) É negado provimento à excepção a respeito da admissibilidade da Petição tendo como fundamento que não foram exauridos os recursos do direito interno;

v) Declara a Petição admissível.

A respeito dos Méritos

i) Declara que o Requerido violou os art.^{os} 1.º, 2.º, 8.º, 14.º, n.^{os} 2 e 3 do art. 17.º, o art. 21.º e o art. 22.º da Carta;

ii) Declara que o Requerido não violou o art.° 4.° da Carta.

iii) Ordena ao Requerido a tomar todas as medidas necessárias, dentro de um prazo razoável, para rectificar as violações determinadas e comunicar ao Tribunal, no prazo de seis (6) meses a contar da data da prolação deste Acórdão, as medidas tomadas.

iv) Reserva a sua decisão sobre as reparações;

v) Solicita à Requerente para, no prazo de 60 dias a contar da data da pronúncia do Acórdão, submeter observações quanto a reparações e, subsequentemente, o Requerido deve submeter a sua Contestação às mesmas no prazo de 60 dias a contar da recepção das observações da Requerente a respeito das Reparações e das Custas Judiciais.

Feito em Arusha, neste Vigésimo Sexto dia de Maio de 2017, nas línguas inglesa e francesa, fazendo fé o texto em inglês.

Assinado:

Sylvain ORÉ, Presidente

Gérard NIYUNGEKO, Juiz

Augustino S.L. RAMADHANI, Juiz

Duncan TAMBALA, Juiz

Elsie N. THOMPSON, Juíza

El Hadji GUISSÉ, Juiz

Rafâa Ben ACHOUR, Juiz

Solomy B. BOSSA, Juíza

Ângelo V. MATUSSE, Juiz; e

Robert ENO, Escrivão.

AFRICAN UNION UNION AFRICAINE

African Union Common Repository **http://archives.au.int**

Organs African Court on Human and People's rights Collection

2017-09-28

Comissao Africana Dos Direitos Do Homem E Dos Povos C Republica Do Quenia - Acordao - 28 E Septembro De 2017

African Court on Human and Peoples' Rights

African Court on Human and Peoples' Rights

https://archives.au.int/handle/123456789/7040

Downloaded from African Union Common Repository