



REVISTA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS DO MERCOSUL



DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Gabriel Faria Oliveira

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Jair Soares Júnior

CONSELHO EDITORIAL**Argentina**

Julieta Di Corleto

Silvia Martinez

Brasil

Olinda Vicente Moreira

Jânio Urbano Marinho Junior

Chile

Sofía Libedinsky Ventura

Catalina Sada

Colômbia

Juan Manuel Iguaran Mendoza

Ecuador

Luis Fernando Ávila Linzán

Paraguai

Graciela Rojas

Peru

César Cárdenas Lizarbe

Francisco Vegas Palomino

2019

Publicação anual das Defensorias
Públicas Oficiais do Mercosul

Distribuição gratuita

DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

Setor Bancário Sul, Quadra 2, Bloco H,
Lote 14, 15º andar

70.070-120 – Brasília/DF

DEFENSOR PÚBLICO GENERAL

Gabriel Faria Oliveira

SUBDEFENSOR PÚBLICO GENERAL

Jair Soares Júnior

CONSEJO EDITORIAL**Argentina**

Julieta Di Corleto

Silvia Martinez

Brasil

Olinda Vicente Moreira

Jânio Urbano Marinho Junior

Chile

Sofía Libedinsky Ventura

Catalina Sada

Colombia

Juan Manuel Iguaran Mendoza

Ecuador

Luis Fernando Ávila Linzán

Paraguay

Graciela Rojas

Perú

César Cárdenas Lizarbe

Francisco Vegas Palomino

2019

Publicación anual de las Defensorías
Públicas Oficiais del Mercosur

Distribución gratuita

**DEFENSORIA PÚBLICA GENERAL DE LA
UNIÓN**

Setor Bancário Sul, Quadra 2, Bloco H,
Lote 14, 15º andar

70.070-120 – Brasília/DF

REVISTA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS DO MERCOSUL



n. 7

jan-dez./2019

enero-dic./2019

Brasília, Distrito Federal

Brasil

ISSN 2238-149X

R. Defensorias Públs. Mercosul	Brasília	DF	n. 7	p. 1-178	jan./dez. 2019 enero/dic. 2019
--------------------------------	----------	----	------	----------	-----------------------------------

Todos os direitos reservados. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e que não seja para venda ou qualquer fim comercial.

Todos los derechos reservados. Está permitida la reproducción total o parcial de esta obra, sin fines comerciales, desde que citada la fuente.

COORDENAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E INFORMAÇÕES:

Escola Nacional da Defensoria Pública da União

Telefone: **+55 61 3318-0287**

Site: **www.dpu.def.br/esdpu**

e-mail: **publicacoes@dpu.def.br**

COORDINACIÓN, DISTRIBUCIÓN E INFORMACIONES:

Escuela Nacional de la Defensoria Pública General de la Unión - Brasil

Teléfono: **+55 61 3318-0287**

Sítio: **www.dpu.def.br/esdpu**

Correo electrónico: **publicacoes@dpu.def.br**

SECRETARIA DE ASSUNTOS INTERNACIONAIS

Coordenação de Cooperação e Relações Internacionais

Telefone: **+55 61 3318-4364**

Site: **www.dpu.def.br/internacional**

e-mail: **internacional@dpu.def.br**

SECRETARÍA DE ASUNTOS INTERNACIONALES

Coordinación de Cooperación y Relaciones Internacionales

Teléfono: **+55 61 3318-4364**

Sítio: **www.dpu.def.br/internacional**

Correo electrónico: **internacional@dpu.def.br**

DIAGRAMAÇÃO

Assessoria de Comunicação Social – ASCOM

Telefone: **+55 61 3318-4336**

e-mail: **ascom@dpu.def.br**

DIAGRAMACIÓN

Asesoría de Comunicación Social – ASCOM

Teléfono: **+55 61 3318-4336**

Correo electrónico: **ascom@dpu.def.br**

TRADUÇÃO

Alessandra Rufino

Os textos publicados são de inteira responsabilidade de seus autores. As opiniões neles emitidas não exprimem, necessariamente, o ponto de vista da Escola Nacional da DPU.

TRADUCCIÓN

Alessandra Rufino

Los textos publicados son de reponsabilidad exclusiva de sus autores. Las opiniones emitidas por ellos no expresan, necesariamente, el punto de vista de la Escuela Nacional de la DPU.

Revista das Defensorias Públicas do MERCOSUL/ Defensoria Pública da União. – n.7 (jan/dez.2019) - . – Brasília: DPU, 2019. - .
v. ; 27 cm.

Annual.

Texto em espanhol e português.

ISSN 2238-149X

1. Defensoria Pública. 2. Assistência Jurídica. I. Defensoria Pública da União.

CDDir 341.413

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO <i>Gabriel Faria Oliveira</i>	7
PRESENTACIÓN <i>Gabriel Faria Oliveira</i>	8
ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN ARGENTINA: EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA PARA GARANTIZAR LA REMOCIÓN DE LOS OBSTÁCULOS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS Y COMUNIDADES PERTENECIENTES A LOS PUEBLOS INDÍGENAS <i>Sebastián Tedeschi, Javier Azzali, Paula Barberi e Barbara Carlotto</i>	9
EL ROL DE LA DEFENSA PÚBLICA COMO GARANTE DEL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. ALGUNAS EXPERIENCIAS DESDE LA ARGENTINA <i>Gustavo Vargas</i>	26
DEFENSA INTEGRAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE PUEBLOS ORIGINARIOS LA PU LOF EN RESISTENCIA DEL DEPARTAMENTO DE CUSHAMEN: ALGO MÁS QUE UN CASO JUDICIAL <i>Bruno Deias e Susana Perez</i>	38
GT COMUNIDADES TRADICIONAIS: INSTRUMENTO INSTITUCIONAL PARA APRIMORAMENTO DAS MACROPOLÍTICAS DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO VOLTADAS PARA A PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA ÀS COMUNIDADES E POVOS ORIGINÁRIOS <i>José Roberto Fani Tambasco</i>	53
A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA E SEU ENFRENTAMENTO JUDICIAL: A SITUAÇÃO DA COMUNIDADE QUILOMBOLA RURAL DE PALMAS – BAGÉ/RS <i>Guilherme Francisco Paul</i>	71

TERRITORIALIDADE QUILOMBOLA NO BLOCO DOS DIREITOS SOCIAIS E A INVALIDAÇÃO DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL NO ESTADO DE SÃO PAULO (BRASIL)	88
<i>Wagner Giron de la Torre</i>	
O ACESSO À JUSTIÇA DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL: ANÁLISE DA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	115
<i>Rafaella Mikos Passos</i>	
JUSTIÇA CRIMINAL E INDÍGENAS: NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE UMA POLÍTICA PENAL PAUTADA PELO MULTICULTURALISMO CONSTITUCIONAL	131
<i>Caroline Moreira de Oliveira Neves</i>	
A NOVA ARQUITETURA DO ACESSO MULTICULTURAL À JUSTIÇA NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	145
<i>Jaime Leônidas Miranda Alves</i>	
BREVES CONSIDERACIONES AL INFORME DE SITUACIÓN DE LOS PUEBLOS INDIGENAS PRESENTADO A NACIONES UNIDAS A PARTIR DE LA EXPERIENCIA DE UNA DEFENSORA PÚBLICA DE PARAGUAY	165
<i>Anahi Benitez do Rego Barros</i>	
REGRAS PARA SUBMISSÃO DE ARTIGOS	176
GUÍA PARA SOMETER ARTÍCULOS A LA REVISTA	177

APRESENTAÇÃO

Com muito trabalho e dedicação, a Defensoria Pública da União lança a sétima edição da Revista das Defensorias Públicas do Mercosul, publicação que reúne reflexões científicas e produções técnicas desenvolvidas por Defensores Públicos e profissionais de assistência jurídica gratuita das Defensorias Públicas Oficiais dos países do Mercosul. Esta revista reflete o reconhecimento do importante papel que esses servidores exercem no tocante à missão de garantir os direitos dos cidadãos, prestando assistência jurídica à população vulnerável.

Esta edição se dedica ao tema de Povos e Comunidades Tradicionais, questão de grande relevância para a atuação de defensores públicos e para a integração das defensorias do bloco. Assim, a revista conta com trabalhos sobre acesso à justiça, defesa de direitos humanos e territorialidade dos povos e comunidades tradicionais, contendo artigos relacionados aos povos indígenas da Argentina, Brasil e Paraguai, com abordagens diversas, que incluem a garantia do acesso à justiça e também a implementação de políticas penais pautadas no multiculturalismo constitucional.

É essencial reconhecer os esforços de todos os envolvidos no processo de editoração da Revista das Defensorias Públicas do Mercosul, não só daqueles que submeteram seus artigos para análise, mas também dos que mediarão esse processo em seus países, daqueles que contribuirão com a seleção de trabalhos, dos membros do Conselho Editorial e de toda a equipe de produção editorial da Escola Nacional, da Assessoria de Comunicação e da Assessoria Internacional da Defensoria Pública da União.

Trata-se de uma publicação de extrema relevância para o MERCOSUL e para as Defensorias Públicas de cada país membro, uma vez que ressalta a necessidade de incentivar a discussão e a reflexão sobre os direitos de povos e comunidades tradicionais, de forma a se estabelecer atuação conjunta como meio de enfrentar os desafios encontrados em nossa região.

Boa leitura!

GABRIEL FARIA OLIVEIRA

Defensor Público-Geral Federal

PRESENTACIÓN

Con mucho trabajo y dedicación, la Defensoría Pública General de la Unión lanza la séptima edición de la Revista de las Defensorías Públicas del Mercosur, publicación que reúne reflexiones científicas y producciones técnicas desarrolladas por Defensores Públicos y profesionales de asistencia jurídica gratuita de las Defensorías Públicas Oficiales de los países del Mercosur. Esta revista refleja el reconocimiento del importante papel que desempeñan estos funcionarios en la tarea de garantizar los derechos de los ciudadanos, proporcionando asistencia jurídica a la población vulnerable.

Esta edición se dedica al tema de los Pueblos y Comunidades Tradicionales, cuestión de gran importancia para la actuación de defensores públicos y para la integración de las defensas del bloque. Así, la revista cuenta con trabajos sobre el acceso a la justicia, la defensa de los derechos humanos y territorialidad de los pueblos y comunidades tradicionales, con artículos relacionados con los pueblos indígenas de Argentina, Brasil y Paraguay, con enfoques diversos, que incluyen la garantía del acceso a la justicia y, también, la aplicación de políticas penales basadas en el multiculturalismo constitucional.

Es esencial reconocer los esfuerzos de todos los implicados en el proceso de edición de la Revista de las Defensorías Públicas del Mercosur, no sólo de los que sometieron sus artículos para análisis, sino también de los que mediaron ese proceso en sus países, de los que contribuyeron con la selección de trabajos, de los miembros del Consejo Editorial y de todo el equipo de producción editorial de la Escuela Nacional, de la Asesoría de Comunicación y de la Asesoría Internacional de la Defensoría Pública General de la Unión.

Se trata de una publicación de extrema relevancia para el MERCOSUR y para las Defensorías Públicas de cada país miembro, ya que subraya la necesidad de fomentar el debate y la reflexión sobre los derechos de los pueblos y comunidades tradicionales, con el fin de establecer una actuación conjunta como medio para enfrentar los desafíos que se plantean en nuestra región.

¡Buena lectura!

GABRIEL FARIA OLIVEIRA

Defensor Público General Federal

ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN ARGENTINA: EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA PARA GARANTIZAR LA REMOCIÓN DE LOS OBSTÁCULOS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS Y COMUNIDADES PERTENECIENTES A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

ACESSO À JUSTIÇA DOS POVOS ORIGINÁRIOS NA ARGENTINA: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA DEFESA PARA GARANTIR A REMOÇÃO DOS OBSTÁCULOS NO ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS E DAS COMUNIDADES PERTENCENTES AOS POVOS INDÍGENAS

Sebastián Tedeschi

*Profesor adjunto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires
Coordinador del Programa sobre Diversidad Cultural
Defensoría General de la Nación (Argentina)*

Javier Azzali

Abogado. Integrante del Programa sobre Diversidad Cultural y Profesor Regular Adjunto del Depto. de Práctica Profesional (Fac. de Derecho, UBA)

Paula Barberi

Abogada. Integrante del Programa sobre Diversidad Cultural

Barbara Carlotto

Integrante del Programa sobre Diversidad Cultural

RESUMEN

En este artículo se abordan diversos aspectos del derecho de los pueblos indígenas. Particularmente nos referimos al acceso a la justicia y al rol de la defensa pública en Argentina. Inicialmente, desarrollamos un breve diagnóstico sobre los obstáculos y dificultades que encuentran las comunidades indígenas para acceder a la justicia, para luego vincularlo con el rol y el trabajo del Ministerio Público de la Defensa en materia de derechos de los pueblos indígenas. Compartimos, especialmente, la experiencia institucional del Programa sobre Diversidad Cultural a partir de las diversas líneas de actuación y de la intervención en casos concretos y, por último, realizamos un breve aporte sobre buenas prácticas para garantizar un acceso a la justicia culturalmente adecuado.

Palabras clave: Justicia. Acceso. Indígenas. Diversidad. Cultura. Derecho.

RESUMO

Neste artigo são abordados diferentes aspectos do direito dos povos indígenas. Particularmente nos referimos ao acesso à justiça e ao papel da defensoria pública na Argentina. Inicialmente, desenvolvemos um breve diagnóstico sobre os obstáculos e as dificuldades enfrentados pelas comunidades indígenas para acessar a justiça, para depois vinculá-lo ao papel e ao trabalho do Ministério Público da Defesa, em matéria de direitos dos povos indígenas. Compartilhamos, especialmente, a experiência institucional do Programa de Diversidade Cultural com base nas diversas linhas de atuação e de intervenção em casos concretos e, por último, realizamos uma breve contribuição sobre boas práticas para garantir um acesso à justiça culturalmente adequado.

Palavras-chave: Justiça. Acesso. Indígenas. Diversidade. Cultura. Direito.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN 1. BREVE DIAGNÓSTICO Y DESCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPALES OBSTÁCULOS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS Y COMUNIDADES PERTENECIENTES A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN ARGENTINA 2. EL PROGRAMA SOBRE DIVERSIDAD CULTURAL DE LA DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA 3. EL ACCESO A LA JUSTICIA CULTURALMENTE ADECUADO 4. LA EXPERIENCIA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. ALGUNAS CONCLUSIONES POSIBLES.

INTRODUCCIÓN

En Argentina, los derechos de las personas y comunidades pertenecientes a los pueblos indígenas encuentran regulación en diferentes normas del sistema jurídico nacional. El artículo 75, incisos 17, 19 y 22 de la Constitución Nacional regula los principales derechos, introducidos por la reforma de 1994, mientras que el Convenio nº 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales ratificado por la Ley nº 24.071, vigente en nuestro país desde el 4 de julio de 2000 con jerarquía superior a las leyes. El artículo 75 de la Constitución Nacional establece las atribuciones del Congreso de la Nación, dentro de las cuales, se encuentra la del inciso 22, que dispone:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

A su vez, el inciso 19 del mismo artículo, dispone que corresponde al Congreso de la Nación, entre otras obligaciones, “dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural...”. Por su parte, el artículo 75, inciso 22, establece la jerarquía superior a las leyes de los tratados y convenciones de derechos humanos, y le otorga categoría constitucional a varios de éstos, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, entre otros allí enunciados, los cuales, según dispone, deben entenderse como complementarios del resto de los derechos y garantías constitucionales.

También hay que mencionar los instrumentos internacionales específicos como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en el año 2007, y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en el año 2016.

Además, en cada constitución de las provincias que integran la Nación Argentina, existen normas que regulan los derechos de los pueblos indígenas, así como también varias leyes nacionales y provinciales. Entre estas, corresponde mencionar las Leyes Nacionales nº 23.302, sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades, y nº 26.160 (y sus sucesivas prórrogas) que declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas; aunque debe destacarse que no existe una ley nacional de propiedad comunitaria indígena ni de consulta y participación, como ocurre en otros países –vg. Perú, México–.

Finalmente, en materia de acceso a la justicia cabe resaltar que las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad integran el sistema normativo argentino a partir de la Acordada 5/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la que se dispone que éstas “deberán ser seguidas –en cuanto resulte procedente– como guía en los asuntos a que se refieren” (art. 1).

Ahora bien, no obstante esta importante regulación de los derechos fundamentales, se verifica una relativa ineficacia en el ejercicio de estas normas, dando lugar a lo que en el resto del continente americano se ha denominado la “brecha de implementación” por la distancia entre la normativa vigente y la realidad cotidiana, a partir de las dificultades para la aceptación en el sistema de justicia de la diversidad cultural, el pluralismo normativo y la existencia de importantes obstáculos para el acceso de las personas y comunidades pertenecientes a los pueblos indígenas¹. Esta temática es la que desarrollaremos a continuación.

1. BREVE DIAGNÓSTICO Y DESCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPALES OBSTÁCULOS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS Y COMUNIDADES PERTENECIENTES A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN ARGENTINA

Al igual que en otras regiones de América Latina, en Argentina las personas y comunidades de los pueblos indígenas encuentran numerosas dificultades para acceder a la justicia y reclamar el cumplimiento de sus derechos individuales y colectivos, pese a la regulación normativa de sus derechos. En este sentido, el Ministerio Público de la Defensa (en adelante MPD) ha elaborado una investigación sobre el acceso a la justicia de los pueblos indígenas que contiene un diagnóstico y desafíos para el servicio de la defensa pública oficial a nivel federal, con el fin de garantizar el acceso a la justicia respetuoso de los derechos de los pueblos indígenas y de la diversidad cultural². De esta manera, en el diagnóstico describimos, al menos, tres categorías de obstáculos: los procesales, los estructurales o económicos y los simbólicos o culturales.

Entre los **obstáculos procesales** destacamos: la falta de participación de peritos especializados en materia indígena; el desconocimiento, por parte de los operadores judiciales, de las instituciones propias indígenas; el desconocimiento de los medios de los propios pueblos indígenas para la resolución de conflictos; la extensa duración de los procesos judiciales en todas las instancias; la falta de comprensión, por parte del usuario indígena del servicio de justicia, del funcionamiento de las instituciones del Estado; la ausencia de intérpretes y traductores; la inexistencia de

1 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Consejo Económico y Social de la Comisión de Derechos Humanos, ONU. E/CN.4/2006/78/Add.1 18 de enero de 2006.

2 Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas, Ministerio Público de la Defensa, año 2010. Disponible en: www.mdp.gov.ar.

procesos judiciales especializados para la tutela de derechos colectivos; la escasez de abogados/as especializados/as en derechos indígenas y de abogados/as indígenas; el desconocimiento por parte de los operadores judiciales de los derechos; la complejidad de los conflictos judiciales planteados y la falta de legislación procesal prevista especialmente para una solución adecuada, y las dificultades en el cumplimiento de sentencias dictadas.

Por su parte, los **obstáculos estructurales o económicos** incluyen: la distancia entre los servicios de justicia y el lugar de residencia de las comunidades (a ello debe sumarse el tiempo que conlleva la adopción de decisiones comunitarias); la inexistencia de juzgados y defensorías especializados y la falta de experiencia de los operadores del servicio de justicia para el abordaje de la problemática; la ausencia de medios de transporte adecuados, los altos costos para acceder a centros urbanos y, en algunos casos, el desconocimiento de los lugares donde recurrir para reclamar.

Finalmente, los **obstáculos simbólicos o culturales** se refieren a la desconfianza en las instituciones estatales en general, y en las estructuras de la administración de justicia, en particular, a partir de las experiencias previas de sistemática falta de respuesta adecuada o de la presencia de patrones de comportamiento discriminatorios.

Los obstáculos mencionados no son taxativos y se encuentran interrelacionados. Según el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el acceso a la justicia no puede examinarse de manera aislada respecto de otras cuestiones relativas a los derechos humanos, como la discriminación estructural, la pobreza, la falta de acceso a la salud y la educación, la falta de eficacia en el ejercicio de los derechos a la cultura y a las tierras, los territorios y los recursos³. Con el reconocimiento de las señaladas dificultades que encuentran los miembros de pueblos indígenas y las propias comunidades en el ámbito del sistema de justicia, corresponde orientar las acciones en pos de promover un **acceso a la justicia culturalmente adecuado**.

Un aspecto que se ha impulsado sostenidamente desde el MPD, es el de intentar reducir el distanciamiento entre los operadores judiciales –en nuestro caso específico relativo a las personas que integran la defensa pública– y los miembros

3 ONU, Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2013. Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Sexto periodo de sesiones. 29 de abril de 2013, pag. 3. Documento disponible en: <https://www.ohchr.org>.

de comunidades indígenas. Esta **distancia social y cultural** ha sido reconocida en el momento del dictado de las 100 Reglas de Brasilia para las personas en condición de vulnerabilidad, al enunciar a la pobreza y a las circunstancias sociales y económicas como una causa probable de vulnerabilidad que obstaculiza el acceso efectivo a la justicia (reglas 3 y 4 de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad). Así, Federico Andreu Guzman y Christian Courtis expresaban que:

Parte de las barreras para el efectivo acceso a la justicia se deben en nuestros países a la distancia social existente entre los operadores jurídicos –provenientes en su mayoría de estratos de ingresos medios y altos con acceso a estudios universitarios– y las personas pertenecientes a grupos vulnerables, en su mayoría pobres (...) es una barrera creada por en estos casos por los operadores judiciales.⁴

Si bien en el próximo apartado nos referiremos con más detalle a las funciones del Programa sobre Diversidad Cultural, su creación es parte de las medidas adoptadas con el fin de remover tales obstáculos y de garantizar un acercamiento y proximidad mayor entre los miembros de la defensa pública y las personas y comunidades indígenas. Esas acciones tienen una doble función: por un lado, reducir las distancias culturales entre la concepción indígena y la perspectiva de quienes integran el sistema de justicia, y por el otro, promover la difusión del rol de la defensa pública en el sistema de justicia, en un sector de la población que tradicionalmente lo ha percibido como ajeno y distante.

En este sentido, los operadores del sistema judicial deben orientarse a trabajar el acceso a la justicia desde la promoción del diálogo intercultural con las comunidades indígenas, para conocer de manera directa los problemas y las dificultades que padecen los pueblos indígenas, así como las propuestas de solución.

Se trata de cumplir con los mandatos del Convenio 169 de la OIT – Organización Internacional del Trabajo– que indica que los Estados deben reconocer sus costumbres, su derechos consuetudinario y los métodos para resolver los conflictos penales (arts. 8 y 9); así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas refiere que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y

4 Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, Federico Andreu – Guzman y Christian Courtis, pág. 28. Publicación editada por AIDEF y MPD en septiembre de 2008.

culturales (art. 5). Por supuesto, que de este modo también se pretende garantizar el ejercicio del derecho a la consulta y participación –arts. 6 y 15 del Convenio 169 y 19 de la Declaración de la ONU– en materia de adopción de decisiones vinculadas con el acceso a la justicia de los pueblos indígenas. En palabras de Roberto Cuellar, “así la justicia también puede expandirse y ser en sí misma, más amplia y abarcativa para los asuntos de derechos humanos, con la ayuda y sabia contribución del derecho indígena”.⁵

Asimismo, las Reglas de Brasilia interpretan al acceso a la justicia como “el acceso al goce pacífico y pleno de los derechos, y en especial, de los derechos fundamentales, así como a las diversas alternativas para la resolución pacífica de los conflictos”⁶. De esta manera, la defensa pública está pensada como un servicio público a la sociedad en general y a las personas en condición de vulnerabilidad en particular, dentro de las cuales se encuentran las personas y comunidades de los pueblos indígenas.

A partir de los casos en los que ha intervenido, el Programa sobre Diversidad Cultural tomó conocimiento directo de las dificultades en el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, que muchas veces no tienen que ver simplemente con llevar a cabo un reclamo o contar con un/a abogado/a.

Entre otras cuestiones, por ejemplo, creemos que el ámbito de las **audiencias** orales entre las partes en las que los miembros de la comunidad pueden expresar su voz ante el tribunal o juez/a, sin la intermediación de escritos realizados por sus abogados/as, donde cuenten con un espacio adecuado de escucha, con la presencia y participación de un intérprete lingüístico –incluso para poder expresarse en su propia lengua–, es de gran importancia. La intermediación propia de la oralidad garantiza contar con información de primera mano y sin intermediarios sobre el reclamo indígena y la interpretación de los hechos del caso, además de que, desde el punto de vista simbólico y cultural, ayuda a un mayor acercamiento entre el Poder Judicial y los pueblos originarios, en procura de garantizar una comunicación intercultural.

El abanico de situaciones que se presentan al acompañar las demandas jurídicas de comunidades indígenas es amplio y se expande a medida que se

5 CUELLAR, Roberto. Palabras de Bienvenida, en Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, año 1999, pág. 47.

6 Declaración de Brasilia formulada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008 párr. 9 “Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables” (página 44 de la publicación).

abordan diversos casos. Hemos podido observar la distancia entre los reclamos de las comunidades y la respuesta institucional, la permanencia de una desconfianza en los organismos gubernamentales y no gubernamentales, en particular respecto de las fuerzas de seguridad estatales; la falta de expectativa en el resultado de los procesos judiciales y una discriminación de carácter estructural⁷.

2. EL PROGRAMA SOBRE DIVERSIDAD CULTURAL DE LA DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN - MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA

El Ministerio Público de la Defensa (MDP) es una institución de defensa y protección de los derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica de casos individuales y colectivos, protegiendo y defendiendo los derechos fundamentales de personas, que por diversas razones se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. Para ello, la Defensoría General de la Nación, en su carácter de órgano superior que administra y gestiona la provisión del servicio de la defensa pública, y diseña y ejecuta sus políticas públicas, cuenta con una estructura nacional, organizada de acuerdo a la justicia federal, cuya responsabilidad en las defensorías depende de las/os Defensoras/es Públicas/os Oficiales, garantizando de este modo el acceso a la justicia en la totalidad de las jurisdicciones del país⁸.

La función principal del MPD es “garantizar el acceso a la justicia y promover medidas tendientes a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad”⁹. Entre las funciones y atribuciones de la Defensora General de la Nación se encuentra la de “diseñar y ejecutar políticas públicas para la protección de sectores en condición de vulnerabilidad, implementando programas y comisiones que coadyuven para una mejor gestión de casos”¹⁰, por lo que se cuenta con áreas especializadas en temáticas relevantes, con el objetivo de reforzar y mejorar la asistencia técnica jurídica de las personas asistidas por la defensa pública y garantizar el acceso adecuado a la justicia. En este marco se creó en el año 2008 el Programa sobre Diversidad Cultural, que actualmente depende de la **Coordinación General de Programas y Comisiones**¹¹,

7 Mapa nacional de la discriminación. 2a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo - INADI, 2014.

8 Art. 8. a) de la Ley n° 27.149.

9 Conforme art. 1º de la Ley n° 27149 – Función Principal del MPD.

10 Conforme art. 35 inc. “e” de la Ley n° 27149 – Atribuciones de la Defensora General de la Nación.

11 Cfr. Resolución DGN n° 1290/08.

cuyo fin es la defensa y protección de la diversidad cultural con especial atención a los derechos humanos de las personas y comunidades indígenas. Para ello, el Programa organiza actividades de promoción que visibilicen y concienticen acerca de las problemáticas de esta población y de los colectivos identificados como minoritarios en términos étnicos, culturales y/o religiosos, dirigidas tanto a las comunidades como al público en general. El Programa sobre Diversidad Cultural asiste y asesora a las/os Defensoras/es Públicas/os Oficiales cuando intervienen en casos es los que se encuentran comprometidos derechos fundamentales de las personas y comunidades pertenecientes a pueblos indígenas, así como proporcionar información, realizar derivación y asistencia, asesoramiento y, en caso de ser solicitado, patrocinio jurídico.

La especial vulnerabilidad de quienes se identifican como miembros de poblaciones históricamente discriminadas e invisibilizadas por prácticas culturales hegemónicas, constituye un aspecto decisivo para motivar la intervención de la defensa pública, por lo que se impulsaron diversas medidas con el propósito de promover el efectivo acceso a la justicia, por ejemplo, a través de resoluciones de la Defensora General de la Nación. En relación a esta temática, se adoptó, en primer lugar y entre otras posteriores, la Resolución DGN n° 1.106/09¹² que promueve un **rol proactivo de la defensa pública** para lograr el acceso a la justicia de los pueblos indígenas de forma igualitaria al resto de la población no indígena.

Otro aspecto fundamental sobre el que trabaja el Programa desde sus inicios es el derecho a expresarse en su propia lengua. Por ese motivo, a través de la Resolución DGN n° 1.400/16 se recomendó a las/os defensoras/es la adopción de medidas que garanticen el derecho de las personas indígenas a contar con un intérprete lingüístico-cultural, con el propósito de comprender y hacerse comprender durante cualquier acto administrativo y judicial que los involucre.

Una misión importante para el Programa ha sido la de generar espacios de capacitación y difusión de los derechos de los pueblos indígenas, mediante actividades con defensores/as públicos/as federales provinciales, e, incluso, con funcionarios del poder judicial. A la vez, se han promovido instancias de encuentro entre magistrados, funcionarios y empleados de la defensa pública y las comunidades indígenas.

En esa línea, la Defensora General de la Nación creó en el año 2016 el **Proyecto de Difusión y Promoción de Derechos**¹³, con el fin de difundir y promover en las

12 Disponible en: www.mpd.gov.ar.

13 Creado por Resolución DGN n° 1599/16.

comunidades indígenas el acceso a la justicia, los derechos humanos de los pueblos indígenas y el rol del Ministerio Público de la Defensa, para lo cual se organizaron talleres en territorios comunitarios con la participación de algunos defensores/as de diferentes regiones del país.

En el marco de este proyecto también se elaboró una **Guía de Acceso a la justicia de los Pueblos Indígenas**¹⁴ relativa a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, con una selección de frases traducidas a cinco lenguas originarias utilizadas en las zonas del país de mayor presencia indígena (*Qom, Quechua, Mapuche, Wichi y Guaraní*) –como material soporte de los talleres en territorio comunitario– y desarrollan el rol del Ministerio Público de la Defensa a través de lenguaje accesible y con frases traducidas a cinco lenguas originarias.

3. EL ACCESO A LA JUSTICIA CULTURALMENTE ADECUADO

El MPD, en todos sus ámbitos e instancias de actuación, tiene especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se pueden encontrar las personas asistidas y patrocinadas, y, en el caso de las pertenecientes a los pueblos indígenas, la necesidad de garantizar un acceso a la justicia culturalmente adecuado. De manera que la actuación de la defensa se orienta a una adecuación del ejercicio de la defensa y de la implementación de las reglas procesales a las pautas culturales propias y a las afectaciones posibles por la situación de vulnerabilidad estructural, para una tutela judicial efectiva de los derechos de los pueblos indígenas. Las personas indígenas suelen encontrarse en nuestras sociedades latinoamericanas, en mayor situación de pobreza, con los niveles de desarrollo económico, social y humano más bajos¹⁵.

Por este motivo, se genera en el operador judicial –en los jueces, fiscales y defensores públicos oficiales–, la obligación de verificar en forma estricta las consecuencias jurídicas específicas de esa particular y múltiple condición de vulnerabilidad. Así, debe evaluarse, en el proceso penal, su posible significación atenuante o liberatoria del hecho penalmente atribuido, y, en los procesos no penales, la necesidad de implementar una adecuación intercultural de las reglas procesales con el fin de garantizar una tutela judicial efectiva, en los términos de las Reglas de Brasilia cuando señalan que:

14 Disponible en: www.mpd.gov.ar.

15 “Los pueblos indígenas y sus derechos”, Rodolfo Stavenhagen Oficina de la UNESCO en México, págs. 154 y ss.

Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad (Regla nº 25).

La obligación judicial de garantizar el pleno acceso a la justicia de un modo culturalmente adecuado, es un principio con sustento en el derecho a la igualdad, a la no discriminación y a la diversidad cultural y étnica, y su respeto exige un ejercicio de la jurisdicción con perspectiva intercultural, en razón de la pertenencia étnica de las personas involucradas en el proceso, con arreglo al derecho a la defensa, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia, de acuerdo a lo establecido en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho a la consideración de las especificidades culturales se ha entendido como una especie de acción afirmativa orientada a subsanar o reducir las desventajas de los pueblos indígenas para tener un adecuado acceso a la justicia. En particular, el artículo 8 (1) del Convenio 169 de la OIT –de jerarquía supra legal, como ya mencionamos–, en cuanto dispone que “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”, así como el artículo 12 del mismo texto normativo, en cuanto establece que “los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos...”.

También, es relevante tener en cuenta que una debida adecuación cultural del proceso exige la admisión del principio de auto adscripción o auto identificación étnica, por el cual la identidad étnica de una persona y su pertenencia a una comunidad indígena se determina, principalmente, por lo que ella define de sí misma. Por eso, se ha establecido normativamente que se considera pueblos indígenas a aquellos que:

Por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. (art. 1.a, del C.169 OIT)

Mientras que “la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá con-

siderarse un criterio fundamental” (art. 1.b, del C.169 OIT). La debida adecuación cultural también exige indagar en la identificación de la comunidad y la significación colectiva de la ocupación territorial, y de la consulta y participación, mediante el conocimiento del sistema de autoridades comunitarias, ya que el ejercicio de los derechos no se centra en un individuo en particular, sino en el grupo social al cual éste pertenece y se identifica.

4. LA EXPERIENCIA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En línea con lo antes expuesto, el MPD ha desarrollado una experiencia de litigio en casos judiciales penales y no penales, en los que se encontraban en juego derechos de los pueblos originarios de distintas regiones del país, y que consideramos, representan en buena medida el tipo de conflictividad jurídica que tienen las personas y comunidades pertenecientes a pueblos indígenas.

El derecho a la consulta y participación: en Argentina, este derecho se encuentra tutelado en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, que se refiere a la importancia de la **participación** al señalar el deber de (...) “asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales, y a los demás intereses que los afecten”. A la vez, tanto la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (arts. 19 y 32, entre otros) como el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH– y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–, se refieren al derecho a la consulta de los pueblos indígenas como una de las obligaciones más importantes de los Estados. Este derecho o principio rector está íntimamente ligado a la participación de las comunidades en todas aquellas cuestiones que los afecten y, en ciertas circunstancias, el proceso de consulta también debe orientarse a la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado (CLPI) de las comunidades indígenas.

El Convenio se refiere al derecho de los pueblos a ser consultados a través de diferentes artículos (arts. 6, 7, 15.2 y 16). En el artículo 6 contempla dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas. En primer lugar, los gobiernos deben “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (inc. a) y, en segundo lugar, deben:

Establecer los medios adecuados a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que le conciernan (inc. b).

A su vez, el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas puntualiza que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados “antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo o informado”. Además, en su art. 18 se dispone que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones, así como a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas. (art.20)

Además, también se encuentra receptado en el art. 15 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La Corte IDH se refirió a este derecho en diferentes oportunidades y casos. Así, realizó un recorrido que podría enmarcarse entre *Awás Tigni* (año 2001) y el caso *Sarayaku* (año 2012), sumado a las últimas sentencias sobre derecho indígena, que permite tomar contacto con ciertos pisos mínimos que los Estados se encuentran obligados a cumplir para con los pueblos indígenas.

De ese modo, la consulta está regulada como una obligación de los Estados, que deben consultar a los pueblos indígenas –a través de sus autoridades y procedimientos comunitarios tradicionales– cada vez que adopten medidas que puedan llegar a afectarlos directa o indirectamente. Por otro lado, el derecho a la tierra y territorio (al que nos referiremos en el siguiente punto) también se encuentra tutelado en las normas citadas y cuenta con un gran desarrollo doctrinario y jurisprudencial, a nivel local y en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Podemos compartir la experiencia de dos casos en los que se encontraban en juego los derechos mencionados e intervino el MPD patrocinando a comunidades indígenas¹⁶. En esas ocasiones, desde el MPD se interpusieron *habeas corpus*

16 Casos “Comunidad Raquithue s/ Habeas Corpus” (Expte. nº FGR 20010/2017) y “Comunidad Lof

preventivos para controlar la actuación de las fuerzas de seguridad, a favor de dos comunidades indígenas ubicadas en las provincias de Neuquén y Chubut, ante el riesgo a su integridad física, con base en los derechos colectivos al territorio y a la consulta. La justicia federal hizo lugar a las acciones interpuestas y ordenó, entre otras medidas, que las fuerzas de seguridad que se abstengan de ingresar al territorio indígena sin la consulta y el consentimiento previo a las autoridades comunitarias. El Programa sobre Diversidad Cultural prestó una colaboración constante con los Defensores Públicos Oficiales intervinientes en diferentes aspectos de los casos (en lo jurídico y en el vínculo con los pueblos indígenas) y elaboraron informes y un dictamen técnico jurídico¹⁷.

En otra oportunidad, una comunidad solicitó la asistencia jurídica del MPD debido a que se estaba iniciando una obra edilicia dentro de su territorio comunitario, sin su consulta ni consentimiento. Ante ello, desde el MPD se presentó una medida cautelar de no innovar y solicitó la suspensión de dicha obra. La justicia federal concedió dicha medida y ordenó que se abstengan de realizar las obras¹⁸.

a. El derecho a la diversidad cultural y a contar con un intérprete: el MPD orienta su actuación a considerar especialmente las condiciones socioculturales de las personas asistidas para garantizar una defensa técnica eficaz, eficiente e integral. Así, la condición de migrante o indígena, el género, la lengua, la condición económica y de salud son cuestiones a tener en cuenta al momento de efectuar planteos y presentar argumentos de defensa de los derechos. En ciertas ocasiones, el conjunto de estas variables se suman dando como resultado una situación de múltiple vulnerabilidad que exige una debida adecuación del proceso por parte de la administración de justicia. Un caso emblemático para nuestro país, en el que además el Programa sobre Diversidad Cultural tuvo oportunidad de intervenir, es el de una mujer boliviana, quechua hablante, víctima de violencia de género que fue acusada del homicidio de su pareja y se encontraba detenida en prisión preventiva. En una visita institucional, un organismo público gubernamental tomó conocimiento de su situación y percibió que no comprendía el idioma español y por ende, desconocía su situación procesal y

Campo Maripé (Loma de Campana) s/ Recurso de Casación” (Expte. nº FGR 11.180/20).

17 El Dictamen del Programa sobre Diversidad Cultural se encuentra disponible en: https://www.mpd.gov.ar/pdf/diversidad_cultural/Dictamen%20Tecnico%20Juridico.%20Derecho%20a%20la%20Consulta%20y%20Participacion.pdf.

18 “Comunidad Indígena Toba La Primavera – Navogoh c/ UNAF y/o Provincia de Formosa s/ Medida Cautelar”.

la posibilidad de ejercer su defensa¹⁹. El Programa sobre Diversidad Cultural presentó un dictamen técnico jurídico sobre la necesidad de una debida adecuación cultural del proceso penal, especialmente sobre la importancia de contar con un intérprete quechua –tanto en los actos de la defensa como en el proceso y durante el debate oral– y de tener especial consideración de las particularidades propias de la cultura indígena a la que pertenece la asistida²⁰.

b. El derecho al territorio y a la prohibición de los desalojos: una de las demandas que afecta a los pueblos indígenas de Argentina se vincula con las vulneraciones a los derechos territoriales. El derecho al territorio se encuentra protegido tanto por el art. 75 inc. 17 como por el Convenio 169 de la OIT (arts. 13 y 14, entre otros), la Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas (arts. 10, 26, 28 y 29) y la Declaración Americana de los derechos de los Pueblos Indígenas (art. 25). A la vez, la Ley Nacional nº 26.160²¹ declara la emergencia territorial en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, por el término de cuatro años (art. 1), suspende, por el plazo de la emergencia declarada, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas del país (art. 2), y ordena al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) realizar el relevamiento técnico-jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas (art. 3).

El Programa sobre Diversidad Cultural ha intervenido en casos relativos a la falta de cumplimiento de esta norma, ya sea debido al avance de procesos judiciales que implican el desalojo de una comunidad indígena o con motivo de la falta de implementación del relevamiento técnico jurídico catastral. Así, el Programa ha presentado Dictámenes Técnicos Jurídicos²² en causas judiciales federales y

19 “M. B. R. s/ Recurso de Casación”.

20 El Dictamen del Programa sobre Diversidad Cultural se encuentra disponible en: https://www.mpd.gov.ar/pdf/diversidad_cultural/DICTAMEN%20T%C3%89CNICO%20JUR%C3%8DDICO%20RM%20-

21 Esta norma fue promulgada en el año 2006 por el Congreso de la Nación y reglamentada mediante el Decreto 1.122/2007 y la Resolución INAI nº 587/2007. Asimismo, fue prorrogada en tres oportunidades.

22 El Dictamen se encuentra disponible en: https://www.mpd.gov.ar/pdf/diversidad_cultural/DICT%3%81MEN%20T%C3%89CNICO%20JUR%C3%8DDICO.%20ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20CULTURALMENTE%20ADECUADO%20Y%20EL%20DERECHO%20A%20LA%20POSESI%C3%93N%20Y%20PROPIEDAD%20COMUNITARIA.pdf

provinciales (a pedido de abogados particulares o defensores públicos oficiales provinciales intervinientes) para aportar elementos de la defensa del derecho indígena al territorio. También, ha llevado adelante gestiones administrativas y acciones judiciales a fin de solicitar la implementación del mencionado relevamiento técnico jurídico catastral.

c. El derecho de las personas indígenas frente a las sanciones penales: la defensa material en el juicio penal debe tener especialmente en consideración los derechos específicos de las personas que se identifican como pertenecientes a pueblos indígenas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT. El MPD intervino en dos casos en los que dos miembros distintos de una misma comunidad indígena en la provincia de Misiones, fueron imputados por diferentes hechos tipificados como delitos de contrabando de estupefacientes con prisión preventiva²³. La Defensa Pública solicitó el arresto domiciliario en ambas causas, basándose en el art. 10 inc. 2 del Convenio 169 que dispone que “cuando se impongan sanciones a miembros de pueblos indígenas deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”. Los pedidos fueron rechazados, pero, en la instancia de apelación, el tribunal de alzada resolvió favorablemente. Desde el Programa sobre Diversidad Cultural se elaboró un dictamen técnico jurídico en colaboración y apoyo del Defensor Público Oficial interviniente²⁴.

ALGUNAS CONCLUSIONES POSIBLES

A modo de cierre, señalamos la urgente necesidad de reflexionar sobre las prácticas de la atención para la asistencia jurídica, asesoramiento y patrocinio, de las personas y comunidades pertenecientes a los pueblos indígenas, con el fin de garantizar el acceso a la justicia culturalmente adecuado.

Algunas de las buenas prácticas posibles, de acuerdo a la experiencia desarrollada, se relaciona con la importancia de evaluar la producción de una pericia antropológica o de un informe cultural pertinente para la defensa de los derechos indígenas, la identificación por parte de los operadores judiciales –en nuestro caso, de los miembros del MPD– de los usos y costumbres de la comunidad, acerca de la manera específica en la que está organizada la estructura de representatividad

²³ Expte. “V. R s/ Recurso de Casación” (FPO 4490/2014).

²⁴ El Dictamen se encuentra disponible en: https://www.mpd.gov.ar/pdf/diversidad_cultural/dictamen%20sanciones%20penales%20a%20pueblos%20indigenas.pdf.

comunitaria, desde las reglas propias de comportamiento hasta la existencia de un sistema propio de autoridades, la intervención de intérpretes lingüísticos, de elaborar una estrategia de defensa que incluya la concurrencia de otros profesionales y saberes complementarios del derecho como la antropología y la sociología, entre otras cuestiones de importancia²⁵. Entre el asimilacionismo y la exclusión por discriminación directa, se sostiene la falta de eficacia en el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y el cumplimiento de las obligaciones por parte de los diferentes operadores del sistema judicial. El avance hacia la eficacia normativa de los derechos de los pueblos indígenas y el derecho a la diversidad cultural, requiere de un enfoque del acceso a la justicia culturalmente adecuado, por parte de la totalidad de los operadores del sistema judicial.

25 “Reflexiones acerca del rol de la defensa pública para la protección de los derechos de las personas y de niñas, niños y adolescentes indígenas”. Disponible en sitio: https://www.mpd.gov.ar/pdf/diversidad_cultural/Sugerencias%20para%20la%20atencion%20de%20personas%20indigenas.pdf.

EL ROL DE LA DEFENSA PÚBLICA COMO GARANTE DEL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. ALGUNAS EXPERIENCIAS DESDE LA ARGENTINA

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA DOS POVOS INDÍGENAS. ALGUMAS EXPERIÊNCIAS DA ARGENTINA

Gustavo Vargas

Defensor Público Oficial Federal del Interior del País

Defensoría Pública Oficial ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de El Dorado

RESUMEN

A tenor de las diversas reformas legislativas y constitucionales introducidas en la región, que implicaron un redimensionamiento de la situación de los Pueblos Indígenas, sostenidas en el dictado de diversos instrumentos de carácter supra nacional se potenció la necesidad de adecuar los medios dispuestos para lograr el acceso efectivo a la Justicia. Desde tal óptica las experiencias de terreno son expuestas como modo de expresar la situación advertida, reeducar a las estructuras tradicionales y clásicas del servicio de justicia, determinar medidas de acción directa e institucionales para dotar de visibilidad al sector, valorar las medidas adoptadas y reflexionar sobre el largo camino a desarrollar.

Palabras clave: Acceso a la Justicia. Pueblos Indígenas. Medios. Visibilizar. Eficiencia.

RESUMO

De acordo com as diversas reformas legislativas e constitucionais introduzidas na região, que envolveram um redimensionamento da situação dos Povos Indígenas, apoiadas pelo decreto de vários instrumentos de natureza supra-nacional, aumentou a necessidade de adaptar os meios dispostos para alcançar o acesso eficaz à Justiça. Nessa perspectiva, as experiências do campo são expostas como forma de expressar a situação advertida, reeducar as estruturas tradicionais e clássicas do serviço de justiça, determinar medidas de ação direta e institucionais para dar visibilidade ao setor, valorizar as medidas adotadas e refletir sobre o longo caminho a seguir.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Povos Indígenas. Meios. Visibilizar. Eficiência.

SUMARIO

INTRODUÇÃO - EL ACCESO A LA JUSTICIA 1. EL PROGRAMA SOBRE DIVERSIDAD CULTURAL 2. LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA ARGENTINA 3. LA EXPERIENCIA EN TERRENO. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN - EL ACCESO A LA JUSTICIA

El acceso a la justicia es un derecho fundamental, estrechamente vinculado con la garantía constitucional del debido proceso legal y la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Resulta así un derecho que permite vehicular otros derechos. Sin un adecuado acceso a la justicia, los ciudadanos se ven imposibilitados de ejercer sus derechos, desafiar la discriminación, hacer oír sus voces y exigir rendición de cuentas a sus gobernantes.

Gran parte de la población argentina no obtiene una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas.

Son muchas y diversas las barreras que dificultan el acceso a la justicia.

En el **Diagnóstico de Necesidades Jurídicas Insatisfechas y Niveles de Acceso a la Justicia**, realizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a solicitud del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación –Secretaría de Justicias–, Subsecretaría de Acceso a la Justicia, (Octubre de 2016) se ha señalado que:

Los problemas jurídicos están ampliamente extendidos en la población, y su impacto en la vida de las personas puede ser grave en términos económicos y sociales.

Existen grupos particularmente vulnerables, que experimentan problemas múltiples y particularmente severos.

Las necesidades jurídicas tienden a concentrarse. Una necesidad jurídica insatisfecha puede desencadenar otras varias, simultáneas o consecutivas.

Una proporción de la población no intenta resolver sus problemas jurídicos, o lo hace sin asistencia o asesoramiento (legal o de otro tipo), obteniendo pobres resultados.

Existen barreras objetivas y subjetivas que dificultan o impiden el acceso a la justicia.

La mayor parte de quienes buscan asesoramiento no buscan sólo asesoramiento profesional legal.

Muchos de los problemas jurídicos terminan resolviéndose por fuera del sistema de justicia formal.

Estas barreras afectan especialmente a grupos vulnerables en términos de

género, etnia, edad, discapacidad, identidad sexo-genérica, situación migratoria o social.

Sabido es que el acceso a la justicia se configura como **un derecho humano fundamental**, tal es así que se habla del Acceso a la Justicia como el Derecho a tener Derechos, cuenta tanto con reconocimiento nacional como internacional.

En tal sentido y desde un sentido material se vincula a dicho concepto con la implementación de políticas públicas que apuntan a revertir brechas estructurales, y una dimensión simbólica-cultural que se vincula a las concepciones y creencias contemporáneas respecto a la existencia (o no) de Pueblos Indígenas.

Sabido es que en tal sentido y en su condición de grupo vulnerable, las políticas públicas existentes se muestran cuando menos insuficientes para revertir los principales déficits en el acceso a la justicia y garantizar el pleno goce de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) para los pueblos indígenas.

Según datos de la ONU, los pueblos originarios representan más de 5 mil grupos distintos en unos 90 países y hablan una gran mayoría de las aproximadamente 7 mil lenguas del mundo.

Están constituidos por 370 millones de personas aproximadamente, es decir, más del 5% de la población mundial y, sin embargo, se encuentran entre las poblaciones más desfavorecidas y vulnerables en materia de derechos humanos, protección del medio ambiente, desarrollo, educación y salud.

Esta situación se observa en diversos países de la región, no resultando por ello ajeno a la situación que viven los Pueblos Originarios en la República Argentina.

Existen múltiples obstáculos que impiden y agravan el efectivo derecho de acceder a la justicia, planteando desafíos futuros para el sistema judicial, como los señalados en el informe referenciado que solo generan por un lado una mayor desconfianza de las poblaciones a las cuales debería dirigir la acción de la justicia como forma de solución de sus conflictos, reconocimiento de su empoderamiento y garantía para el ejercicio de los mismos, y por otro lado una invisibilización de la cuestiones que pueden presentar, la que se advierte en la formulación orgánica de los fueros, e incluso en la registración de los diversos tipos de proceso.

Para contrarrestar tal situación, en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, la Defensoría General de la Nación ha venido abordando la situación, ya que por medio de la Resolución DGN 1290/08 se crea el programa sobre Diversidad Cultural, que tiene como objetivo principal la defensa y protección de los derechos de los pueblos indígenas, minorías étnicas, religiosas y/o culturales, operando como

estructura de apoyo a la labor de los defensores públicos de la Institución.

1. EL PROGRAMA SOBRE DIVERSIDAD CULTURAL

Resulta objetivo de dicho programa el:

Colaborar con la remoción de barreras estructurales y facilitar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, promoviendo la elaboración de estrategias y proyectos de colaboración y coordinación de actividades para proporcionar una oferta de servicios de información, consulta, derivación y asistencia, que actúe coadyuvando con la función de los defensores públicos oficiales del país e integrando a las distintas instituciones nacionales e internacionales vinculadas con la problemática (sean éstas organismos gubernamentales, agencias de Naciones Unidas, organizaciones de la sociedad civil, universidades o institutos de investigación especializado) que puedan colaborar con la prestación de estos servicios.

Desde su creación se han iniciado actividades orientadas a:

- Fortalecer las capacidades de los Defensores Públicos para brindar protección a los derechos de los pueblos indígenas;
- Prestar colaboración a los defensores públicos en casos vinculados con derechos de los pueblos indígenas;
- Actividades de capacitación y difusión de derechos dirigidas a integrantes del Ministerio Público de la Defensoría y a líderes y lideresas indígenas.

En el marco de las actividades de dicho programa y producto de la investigación desarrollada sobre Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas que contó con la participación y colaboración de referentes de pueblos originarios, defensores públicos oficiales y provinciales, e instituciones públicas como el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), Secretaria de Derechos Humanos de la Nación, Defensoría del Pueblo de la Nación y distintas ONGs.

Se puede sistematizar y clasificar, de alguna manera, diferentes situaciones relacionadas con los obstáculos observados, tomando como un nuevo punto de partida para todas aquellas acciones orientadas a fortalecer la defensa de los pueblos indígenas y colaborar en debilitar hasta eliminar los obstáculos observados, que pueden agruparse en dos grupos principales.

Obstáculos procesales:

- La falta de peritos especializados en materia indígena;
- La extensa duración de los procesos judiciales;

- Las dificultades en el cumplimiento efectivo de las sentencias;
- La escasez de abogados especializados en derechos de los Pueblos Indígenas;
- Obstáculos estructurales y culturales;
- La distancia física entre los servicios de justicia y el lugar de residencia de las comunidades indígenas;
- La falta de personal de orientación social que pueda contribuir al relevamiento de la situación;
- La inexistencia de tribunales con especialización en materia indígena;
- La ausencia de medios económicos, de medios de transporte y vías de comunicación adecuada;
- Desconocimiento de los lugares y/o ámbitos donde acudir por información;
- Desconfianza en el poder judicial a causa de diferentes motivos, en especial por la discriminación sufrida históricamente.

En la necesidad de abordar la temática que nos ocupa, la Defensoría General de la Nación dictó diversas resoluciones que dieron marco a las actuaciones de los Defensores Públicos Federales.

2. LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA ARGENTINA

La población indígena en Argentina fue sistemáticamente negada y excluida a lo largo de la historia del país.

Durante la época de la colonización, y especialmente con la serie de campañas militares llevadas a cabo, se produjo el exterminio de una gran parte de los pueblos indígenas. Por la usurpación de sus territorios a partir del siglo XIX y el despojo de sus tierras y recursos, los indígenas fueron condenados a vivir en situaciones de extrema pobreza, lo que derivó en otras formas de exclusión social.

El Estado reconoce en la actualidad la existencia de al menos 955 mil personas pertenecientes a más de treinta pueblos originarios, aunque admite que se trata de un “subregistro”.

Estudios científicos determinaron que el 56 por ciento de la población tiene en su genética algún rastro indígena.

Aún así, un discurso recurrente se refiere a los pueblos originarios como un hecho del pasado y no como una cultura que está viva y presente en la actualidad.

Entre los pueblos reconocidos por el Estado, están los Atacama, Ava Guaraní, Aymara, Comechingón, Chané, Charrúa, Chorote, Chulupí, Diaguita-Calchaquí, Guaraní, Huarpe, Kolla, Lule, Mapuche, Mbyá Guaraní, Mocoví, Omaguaca, Ocloya,

Pampa, Pilagá, Rankulche, Quechua, Querandí, Sanavirón, Selknam (Onas), Tapiete, Tehuelche, Tilián, Qom, Tonocoté, Tupí Guaraní, Vilela y Wichí, entre otros.

Al mismo tiempo, nuevas comunidades transitan el camino del autoreconocimiento y se identifican pueblos que la historia oficial negó durante siglos. Uno de ellos: los Nivaclé.

A partir del V Centenario del Descubrimiento de América (1992), los pueblos indígenas del Continente experimentaron un proceso de reorganización y fortalecimiento.

Argentina también fue parte de ese renacer.

En las últimas dos décadas, el país experimentó una profundización del extractivismo (megaminería, petróleo, forestales y agronegocios, entre otros) y de obras de infraestructura complementarias (represas, carreteras, gasoductos) que ubicó a pueblos originarios y campesinos como actores protagónicos en la defensa de los territorios y en la propuesta de otro modelo de desarrollo.

Existe en Argentina una significativa distancia entre los derechos vigentes en leyes provinciales, nacionales y tratados internacionales de derechos humanos y su efectiva aplicación.

No obstante los avances en el reconocimiento jurídico de los derechos de los pueblos indígenas, la Argentina debe asumir su historia para poder transformar las prácticas que siguen reafirmando patrones de discriminación y exclusión.

Tal como explica el Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, si bien existe un número importante de leyes y programas nacionales y provinciales en materia indígena, “persiste una brecha significativa entre el marco normativo establecido en materia indígena y su implementación real”.

Sobre esta misma línea, la Secretaría de Derechos Humanos, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, señaló que:

Es mucho el camino que resta por recorrer en cuanto a las adecuaciones del marco jurídico y más aún en cuanto a la transformación de las prácticas en las instituciones públicas y en la cultura dominante, para alcanzar el reconocimiento y efectivo cumplimiento de los derechos de los pueblos originarios.

Tal como graficó Félix Díaz, autoridad de la comunidad *qom Potae Napocna Navogoh*, en un mensaje que interpela a toda la sociedad, “los derechos humanos aún no llegaron a los pueblos indígenas”.

3. LA EXPERIENCIA EN TERRENO

En lo que refiere a mi participación en la temática que nos ocupa debo señalar que desde el año 2009 me encuentro vinculado al Ministerio Público de la Defensa, en el ámbito de la Defensoría de Primera y Segunda instancia ante los Juzgados Federales de Resistencia, en la Provincia del Chaco, que se encontraba a cargo del Dr. Gonzalo J. Molina.

El ámbito territorial de la citada defensoría abarca los territorios de las provincias del Chaco y de Formosa, y norte de Santa Fe, extremo noreste de la República Argentina.

Si bien al momento de la incorporación a la dependencia, existían otras con actuación ante los diversos juzgados de Primera Instancia, distribuidos a lo largo de la jurisdicción, en la Ciudad de Formosa, Saenz Peña y Reconquista, en el año 2010 fuimos convocados por el Programa de Diversidad Cultural para brindar asesoramiento y tomar intervención directa ante la existencia de un conflicto que se suscitaba en el interior de la Provincia de Formosa, por parte de la comunidad *qom Potae Napocna Navogoh*, en el sector norte de la provincia, en proximidades de la localidad de Laguna Blanca.

Ante tal situación, el titular de la Defensoría, dispuso que lo acompañe a terreno para tomar contacto directo con los justiciables, para poder tomar una visión directa de la magnitud del reclamo y así fue que hicimos ese primer viaje.

En tal momento la comunidad mantenía una discusión respecto de la extensión de su territorio, que aún se mantiene en disputa judicial y comprendía tanto reclamos respecto de particulares, como del Estado Provincial y del Estado Nacional.

Por tal razón, habían decidido materializar acciones directas para visibilizar sus reclamos con una medida extrema que implicaba un corte total, con levantamientos temporales sobre una de las rutas nacionales que atravesaban su territorio.

Fue así que nos dirigimos a lo que se nos había informado era la “Comunidad La Primavera” (denominación que se aplicaba a la misma, desde la concepción predominante de la imposición cultural).

Al llegar, nos presentamos ante el líder de la comunidad, Felix Diaz, quien a su vez nos fue presentando a los diversos integrantes de la misma, empezando por la presentación de los ancianos de la comunidad y también, lo que llamó la atención de quien esto escribe, de los jóvenes.

Nos explicó los antecedentes de su reclamo, que indudablemente excedía

la cuestión puntual que se nos había anticipado, y denotaba un reclamo que me impresionó profundo y de lo más esencial, centrado en la necesidad de ser parte de sus procesos, no solo de aquellos que lo tenían como damnificados, sino sobre todo como partícipes de sus soluciones y superación.

Si bien tomamos razón de la situación puntual, y se analizó la estrategia que requería la premura del caso, quedo en mí la idea de que el reclamo trascendía la concreción de una determinada cantidad de hectáreas o tierras o de simples recursos materiales. Ellos querían ser parte, con la necesidad de ser sobre todo oídos, en sus modos, sus tiempos, sus formas, para desde tal óptica y visión lograr su reconocimiento como tales en las soluciones, no como meros demandantes.

En el dialogo con el titular de la dependencia, y en el reconocimiento de encontrarnos ante una situación totalmente novedosa, por la formación profesional hicimos un análisis de las diversas y clásicas aristas que puede presentar cualquier conflicto que nos llega a nuestro despacho, desarrollando la estrategia que nos permitiría en principio innovar respecto del acto puntual que había generado la acción directa.

Con la particularidad de que en este supuesto, el caso no nos llegó, como era lo habitual, con una intervención de estilo o tradicional, en un concepto clásico o tradicional de que nos **lleven** todos los elementos comunes a los procesos, sino que nosotros habíamos **ido** a verlo, (salido del despacho) a palpar el territorio, a internarnos en sus caminos, a estar cara a cara con ellos, a vencer los prejuicios propios y ayudar que confíen en que íbamos a canalizar su reclamo para acceder a la justicia, a situarnos a su par para desde ahí y con su esencial participación lograr la visibilización de su reclamo y pelear por su intervención directa para la solución.

Ahí empezó, lo que entendí con los años, el primer desafío, que nos mostró ignorantes ante una realidad, una forma de desenvolverse, de llevar sus luchas y mantener sus convicciones que no encuadraban en las hipótesis de análisis de conflicto/estrategia/resultados que habitualmente se implementan para la atención del servicio de defensa de los derechos.

Fue necesario, para atender tal necesidad, empezar de cero, porque si bien podríamos decir que se vislumbraba el reclamo “territorial” que podría dar la idea de un conflicto concreto y preciso, el reclamo que materializaba Felix Diaz y su comunidad se excedía de tal consideración de especificidad y concreción.

El reclamo era el ser respetado como pueblo, con la identidad y dignidad que lo ponga a igual.

No constituye objeto de estas líneas el desarrollo del caso en cuestión, sino el transmitir a quienes ejercemos la función de la defensa de sectores vulnerables las experiencias que se fueron desde ahí desarrollando.

En tal sentido, en lo formal se logró el dictado de una medida cautelar innovativa, que dispuso la suspensión de los actos concretos que afectaban a parte del territorio reclamado, actos de disposición encarados por el Estado Provincial a favor de la Universidad Nacional, proceso que fuera derivado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante la consideración que cabría respecto del reclamo principal una acción de trámite originario ante tal órgano.

Como señalé, la impresión fue que la necesidad de la comunidad, excedía el reclamo puntual, y fue así que la lucha llevada a cabo fue generando además del proceso inicial, el acompañamiento en diversos actos que los han involucrado.

En el año 2011 participé como veedor por parte de la Defensoría General de la Nación y en compañía de la Dra. Paula S. Barbieri del acto eleccionario convocado para la ratificación de la representación que ejercía Felix Diaz, que había sido negado por parte de las autoridades provinciales al habilitarse una mesa de diálogo para la atención del problema en cuestión, como los otros reclamos que se mantienen aún en desarrollo respecto a otras y diversas cuestiones.

Entre ellos cabe referenciar que por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en forma conjunta con el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) se logró a favor de Felix Diaz y de los miembros de su familia una medida cautelar, que generó el desarrollo de mesas de diálogo con el Gobierno Provincial y el Gobierno Nacional que conllevaron a la necesidad de acompañar a los peticionarios en las mismas, que motivó una serie de viajes a la comunidad para seguir interiorizándome de las diversas situaciones que hacen a su esencia, a su forma y al modo que tienen no solo para organizarse, sino también para la adopción de sus decisiones, que se logran –en el caso que me tocó acompañar– por convencimiento de todos, con la participación de los diversos estratos erarios que la componen, que si bien se encontraban sustentadas en especial respecto de aspectos que hacen a la seguridad en el territorio, donde se ha llegado a implementar un protocolo de actuación de seguridad.

En el año 2018, sin perjuicio de la continuidad de los reclamos judiciales, se habilitó una serie de reuniones con autoridades nacionales, en el territorio de la comunidad, donde ésta en su plenitud pudo mostrar sus prácticas ancestrales en el uso de los recursos que necesitan y requieren de la tierra, su relación con ella,

la necesidad de que sus costumbres y tradiciones puedan ser transmitidas a las generaciones más jóvenes y donde el valor seguridad que sustenta la acción de la justicia aún en la demora que conlleva un conflicto que judicializado lleva ya más de 7 años y medio constituye el medio adecuado para su reconocimiento y debida interacción.

Cada viaje renueva el compromiso y desafío de poder conocer, aceptar y respetar el comportamiento de las comunidades, que pueden llevar a conflicto con la estructura profesional de querer llegar a una solución inmediata o concreta, a poder demostrar que se “ha ganado” como si se tratase de una competencia o imposición, cuando la esencia de sus reclamos hace al reconocimiento y respeto de su esencia y de su existencia.

Además de la experiencia referenciada que abarca una necesaria visión comunitaria, ya en la función de Defensor Público Oficial ante la Jurisdicción de Eldorado, Misiones, cargo que asumí en el mes de septiembre de 2013, tuve intervención en un pedido de morigeración de prisión preventiva dispuesta respecto de un integrante de una comunidad mbya guarani, radicada en cercanías de la localidad de Puerto Iguazú, en la zona de triple frontera de mi país con Brasil y Paraguay.

La morigeración solicitada, se sustentó en la disposición que contiene el Convenio OIT 169 que dispone en su art. 10 que: “2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”

El imputado había sido procesado con prisión preventiva y en la apelación a dicha medida, la Cámara Federal de Posadas había indicado que podría ser procedente una revisión a tenor de la citada norma internacional.

En tal sentido, considerando el cuadro que presentaba su grupo familiar, y por considerarlo como un modo más armónico, no obstante no estar previsto de modo nominativo en la ley procesal argentina, se solicitó el arresto domiciliario.

El pedido fue rechazado en la primera instancia, con argumentos que implicaban un acabado y fiel desconocimiento de los conceptos que se imponen en la consideración de las costumbres culturales de los integrantes de la comunidad, lo que habilitó la interposición de una apelación tendiente a la revisión por parte de la Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de Posadas.

Conforme previsiones procesales, se optó por sostener de manera oral la apelación, lo que conllevó a la realización de una audiencia ante tal órgano, donde desde la defensa, como desde el Ministerio Público Fiscal se sostuvieron los

argumentos que entendía cada parte hacían, en mi caso a la concesión, y en el caso de la contra parte al rechazo de la morigeración solicitada.

La cámara resolvió, como medida de mejor proveer, escuchado que fueran las partes, constituirse *in situ* en la comunidad e interactuar con las autoridades comunitarias para tener una visión directa de lo que se le planteaba, de la realidad de la comunidad, de sus costumbres y comportamientos.

En tal sentido, constituidos con presencia de la Defensa Oficial, acompañado de mi secretario, se constituyeron los tres jueces de la cámara, con la participación de la Secretaria Penal, sin participación del Ministerio Público Fiscal, y se llevó una amena charla con el cacique Silvino Moreyra.

En el fallo dictado con posterioridad, dieron cuenta de la participación activa del cacique en la entrevista llevada a cabo, pero no obstante haber logrado que ya en esta oportunidad los jueces se hayan movilizado a la comunidad, compartido un momento con la presencia de las autoridades comunitarias, y hayan advertido los comportamientos propios de esta, el fallo no logró satisfacer la pretensión inicial.

El logro, si se me permite, se constituyó en el novedoso hecho de que los jueces hayan decidido interiorizarse de modo directo, en territorio y por fuera de sus despachos de lo que eran las costumbres, comportamientos y modos de la comunidad.

Quedó luego otra instancia, que fue en definitiva la que concedió la modalidad del arresto domiciliario en la comunidad, para el cumplimiento, ya en tal etapa de una condena de mi asistido.

CONCLUSIONES

Estas simples experiencias vividas por el suscripto, tan solo pretenden volcar la necesidad de que los operadores jurídicos, sobre todo los que asumimos la representación de los diversos colectivos vulnerables, recibamos la necesaria capacitación y apoyo tanto de nuestras instituciones, como lo viene implementando la Defensoría General de la Nación, rescatar la necesaria interacción con otros organismos, tanto gubernamentales como no gubernamentales que se ocupan de la problemática indígena, para así lograr el ánimo para romper el molde del sistema judicial representado como una institución rígida e inalcanzable, que sustenta muchas veces de modo sagrado el culto al expediente, olvidando que lo esencial es la respuesta motivada, palpable y realizable para los justiciables.

Citando a Nicolas Vargas, integrante del Ministerio Público de la Defensa, donde se destaca la función y amplitud en que debe ser pensada la actuación de los

defensores, al decir que:

Una defensa pública como la nuestra, autónoma y con líneas de actuación muy claras, tiene un rol fundamental en la construcción de un sistema de justicia más humano, que deje de lado la `ideología del trámite´ para pensar en la dimensión más humana de los conflictos.

Debe llevarnos a insistir en las consideraciones de a quien está dirigida la función que desarrollamos y la finalidad de lo que pretendemos que se logre por medio de la justicia.

La propia Defensora General, Dra. Stella Maris Martinez sostiene que:

Asumir y superar la vulnerabilidad que niega a tantos el ingreso al rango de sujetos de derecho requiere la apertura a nuevos paradigmas para el discurso jurídico, conjuntamente con una radical profundización de las prácticas democráticas en los espacios públicos y privados (que debe incluir a la justicia como órgano estatal).

Esto implica, concluyó la Defensora General, que:

Ningún órgano del sistema de administración de justicia puede renunciar, bajo ninguna circunstancia, a su responsabilidad de controlar que las garantías no sean solo palabras. Esto ha llevado a una lucha muy larga y a un cambio de concepción, que pasó de visualizar a la justicia sólo como un poder, a hacerlo también como un servicio público.

En tal función, estamos todos involucrados, y si bien la lucha ha llevado a hacer palpable el reconocimiento de la existencia de la Defensa Pública, su debida autonomía, que viene ganando terreno en la región en los distintos ámbitos, la equiparidad de armas que ha priorizado, en algunos casos, a que donde haya un juzgado haya un defensor (paradigma no logrados en su totalidad por cierto) no debemos de conformarnos con tal consideración formal y llevar a que donde haya un grupo vulnerable haya la debida y suficiente intervención de un defensor para la visibilización y defensa de los derechos que hacen a su reparación, reconocimiento y recomposición, solo así ha de lograrse que el servicio de justicia resulte justo, humano y eficiente.

DEFENSA INTEGRAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE PUEBLOS ORIGINARIOS LA PU LOF EN RESISTENCIA DEL DEPARTAMENTO DE CUSHAMEN: ALGO MÁS QUE UN CASO JUDICIAL

DEFESA INTEGRAL DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS LA PU LOF NA RESISTÊNCIA DO DEPARTAMENTO DE CUSHAMEN: ALGO MAIS DO QUE UM CASO JUDICIAL

Bruno Deias
Defensor Público. Ministerio de la Defensa Pública Esquel
Ministerio de la Defensa Pública - Argentina

Susana Perez
Abogada Adjunta Especializada en pueblos Originarios
Ministerio de la Defensa Pública - Argentina

RESUMEN

La Defensa Pública de la Provincia del Chubut desde el año 2002 comenzó a implementar como política institucional distintas medidas encaminadas a la defensa integral de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Durante el mes de febrero de 2019 se llevó adelante en la ciudad de Esquel, provincia de Chubut el debate oral contra seis (6) miembros de una Comunidad Mapuche, autoidentificada como La Pu Lof en Resistencia del departamento de Cushamen, por los delitos de usurpación, abigeato agravado y tenencia de arma de guerra, poniendo fin a un largo y complejo proceso en un conflicto caracterizado por la falta de diálogo y una desmesurada intervención de las fuerzas de seguridad provinciales y federales, provocando una creciente escalada de violencia. El caso fue abordado por la Defensa Pública de Esquel, mediante un trabajo interdisciplinario de distintas áreas: Penal y de Defensa de Derechos Económicos Sociales y Culturales, logrando no sólo una sentencia absolutoria, sino también evidenciando el incumplimiento por parte del Estado Provincial de su deber legal de implementar políticas públicas a fin de garantizar y hacer efectivos los derechos constitucionales de los miembros de la comunidad originaria en cuestión, impuesto en la Constitución Provincial, en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales, en especial en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Palabras clave: Justicia gratuita. Pueblos indígenas. Defensa Pública.

RESUMO

A Defensoria Pública da Província de Chubut, desde o ano de 2002, começou a implementar como política institucional diferentes medidas para a defesa integral dos Direitos Humanos dos Povos Indígenas. Durante o mês de fevereiro de 2019 a cidade de Esquel, na província de Chubut, levou adiante o debate oral contra seis (6) membros de uma Comunidade Mapuche, auto-identificada como La Pu Lof na Resistência do departamento de Cushamen, por crime de usurpação, roubo agravado e posse de arma de guerra, colocando fim a um longo e complexo processo de um conflito caracterizado pela falta de diálogo e uma enorme intervenção das forças de segurança provinciais e federais, provocando uma crescente escalada de violência. O caso foi abordado pela Defensoria Pública de Esquel, através de um trabalho interdisciplinar de diferentes áreas: Criminal e de Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conseguindo não só uma sentença de absolvição, mas também evidenciando o descumprimento, por parte do governo Provincial, de seu dever legal de implementar políticas públicas a fim de assegurar e fazer cumprir os direitos constitucionais dos membros da comunidade originária em questão, imposto na Constituição Provincial, na Constituição e nos Tratados Internacionais, em especial na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Palavras-chave: Justiça gratuita. Povos indígenas. Defensoria Pública.

SUMÁRIO

INTRODUCCIÓN 1. ABORDAJE JURÍDICO. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Para comenzar, señalaremos sucintamente los hechos principales que sucedieron entre marzo de 2015 - mayo de 2016 y las imputaciones penales, dispuestas a consecuencia de los mismos, que dieron lugar a la intervención de la Defensa Pública de la circunscripción Esquel. Aunque, más adelante, a lo largo de esta exposición, haremos referencia a distintos hechos concomitantes que se fueron sucediendo en el transcurso del proceso y que contribuyeron a la complejidad de la causa a abordar:

Hechos

El primer hecho tuvo lugar el día 13 de marzo de 2015, cuando un grupo indeterminado de personas, con los rostros cubiertos, ingresó en un predio situado en la zona de Leleque, en la intersección de la ruta nº 40 con la ex ruta de ripio que conduce a la localidad de El Maitén, provincia del Chubut. Dicho grupo se identificó como “La Pu Lof en Resistencia del Departamento de Cushamen”, perteneciente al Pueblo Mapuche y desde el primer momento reivindicaron sobre el predio derechos territoriales reconocidos en la Constitución Nacional (art. 75 inc. 17)¹ y Provincial (art. 34)² y en convenios internacionales a los Pueblos Originarios³, colocando carteles en el alambrado exterior del mismo que decían “Fuera Benetton - Territorio Mapuche”.

El otro hecho sucedió el día 27 de mayo de 2016, cuando se llevó adelante un allanamiento en el lugar, que tenía como objetivo principal la detención de **Facundo Francisco Jones Huala, Longko de la comunidad**, en virtud de una orden de captura internacional solicitada en Chile, y de identificación de las personas que se encontraban en el predio. En el marco del procedimiento, se secuestró un arma de fuego calibre 38, cartuchos a bala y 6 reses de ovino recién faenados, entre otros elementos. Se procedió a la detención del Longko de la Comunidad, así como de siete (7) miembros de la comunidad, entre ellos una mujer. Al día siguiente, se realizó la

1 El Art. 75 inc. 17 de la Const. Nacional establece que: Corresponde al congreso: .. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

2 El art. 34 de la Const. de la provincia de Chubut establece: La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a su identidad. Promueve medidas adecuadas para preservar y facilitar el desarrollo y la práctica de sus lenguas, asegurando el derecho a una educación bilingüe e intercultural. Se reconoce a las comunidades indígenas existentes en la Provincia: 1. La posesión y propiedad comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. El Estado puede regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas es enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargo. 2. La propiedad intelectual y el producido económico sobre los conocimientos teóricos y prácticos provenientes de sus tradiciones cuando son utilizados con fines de lucro. 3. Su personería jurídica. 4. Conforme a la ley, su participación en la gestión referida a los recursos naturales que se encuentran dentro de las tierras que ocupan y a los demás intereses que los afectan.

3 Convenio 169 de la OIT sobre Derechos de Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, ratificado en Argentina a través de la Ley nº 24.071, vigente desde el año 2001 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

audiencia de control de detención y se les formalizó apertura de investigación por los delitos de usurpación, abigeato agravado y tenencia de arma de guerra, este último delito se imputó sólo a dos de los integrantes de la Comunidad, siendo uno de ellos adolescente.

Posteriormente, bajo la misma plataforma fáctica, se formalizó apertura de investigación a dos mujeres integrantes de la comunidad que estuvieron presentes el día del allanamiento, pero no fueron detenidas, atento a la gran cantidad de personas que llegaron al lugar, entre ellos: miembros de la comunidad, periodistas y otras personas que fueron a brindar apoyo en virtud del gran impacto social que provocó el inusitado despliegue policial, y la particularidad del caso toda vez que involucraba el reclamo de derechos territoriales por parte de una Comunidad Mapuche.

La Compañía de Tierras Sud Argentino S.A, dueña de la Estancia de Leleque se constituyó como querellante.

Contexto

Ahora bien, antes de ingresar en el desarrollo del proceso y a fin de contextualizar la situación, es necesario exponer la información que a continuación de detalla, para poder comprender los alcances, la complejidad del conflicto y el abordaje de la causa penal por distintas áreas de la Defensa Pública.

La Pu Lof en Resistencia del departamento de Cushamen es una comunidad mapuche constituida por un grupo de hombres y mujeres jóvenes, con sus hijos e hijas y varios adultos mayores, que se identifican pertenecientes a dicho pueblo y que expresan su necesidad de vivir en su territorio ancestral, ejerciendo sus prácticas culturales que les permiten fortalecer su identidad.

Los integrantes de La Pu Lof están estrechamente relacionados con las comunidades que conforman la Colonia Indígena Agrícola y Pastoril Cushamen. Sus familias viven o vivieron en los parajes de Blancura, Mina de Indios, Vuelta del Río, paraje Cushamen o Río Chico (todos ellos pertenecientes a la Colonia).

El territorio reivindicado está ubicado sobre la ruta nacional n° 40, en el tramo que une la ciudad de Esquel con la comarca andina (El Hoyo y Lago Puelo) de la provincia del Chubut, concretamente a la altura de la intersección de la ruta n° 40 con el acceso por ruta de ripio a la localidad de El Maitén, dentro del perímetro alambrado por la Estancia de Leleque. La zona se encuentra atravesada por el río Chubut, haciendo una marcada curva justo en este lugar, de ahí el nombre

de la Comunidad Mapuche Vuelta del Río –perteneciente a la Colonia– que linda inmediatamente con el predio.

La Estancia Leleque es una estancia propiedad de la **Compañía de Tierras del Sud Argentino**, actualmente en poder del grupo italiano Bennetton, con una extensión aproximada de 900.000 hectáreas situadas entre las provincias de Río Negro y Chubut.

Originariamente las tierras fueron adquiridas por la *Argentine Southern Land Co.* (luego Compañía de Tierras del Sud Argentino S.A.), de capitales británicos, la misma se conforma hacia 1890, beneficiándose con concesiones de tierras en el marco de la Ley Avellaneda de 1874, conocida como Ley de Hogar o *Homestead*. En sus fundamentos, esta ley disponía la concesión de grandes extensiones de tierra para fines de subdivisión, colonización inmigrante, y desarrollo agrícola-pastoril. Sin embargo, los beneficiarios de la *Argentine Southern Land Co.* no cumplieron dichos objetivos, dando lugar a un modelo de explotación caracterizado por la ganadería extensiva.⁴

La Colonia Indígena Agrícola y Pastoril de Cushamen fue creada formalmente en 1889 también en el marco de la Ley Avellaneda de 1874 (Ley de Hogar), como reserva para numerosas familias indígenas desplazadas a consecuencia de las campañas militares de la década de 1880 (Campaña del Desierto), y que desde hacía unos años se había reasentado en el lugar, reagrupadas en torno al liderazgo de Miguel Ñancuche Nahuelquir.

El reconocimiento formal de la colonia y la reserva por parte de las autoridades nacionales significa la admisión de una preexistencia territorial, que antecede a la norma jurídica que les da legitimidad legal.

Accionar de la policía y otras fuerzas de seguridad

El accionar de las fuerzas de seguridad que intervinieron en la zona a raíz de los hechos antes descriptos estuvo caracterizado por un gran despliegue de efectivos fuertemente armados y haciendo uso de violencia extrema. A raíz de esta política de intervención estatal se produjeron un gran número de intervenciones policiales, tanto de fuerzas federales como provinciales. En diversas circunstancias se registraron

4 BANDIERI, S. (2000). Ampliando las fronteras: la ocupación de la Patagonia. En Lobato, M. (dir.), Nueva Historia Argentina. El progreso, la modernización y sus límites, 1880- 1916, Vol. VI, Buenos Aires: Sudamericana, pp. 121-177.

detenciones sin fundamento, abusos de poder, vejaciones y hasta fueron heridos de gravedad miembros de La Pu Lof. Algunos de esos hechos se encuentran en investigación.

La única vez que no se procedió de dicha manera fue el día 14 de marzo de 2015, día siguiente al ingreso al predio de los miembros de La Pu Lof, ocasión en la que antes de llevar adelante un allanamiento con el uso de la fuerza policial se dispuso una intervención en el lugar con la participación de un mediador civil.

En enero de 2017 se produjo una nueva irrupción de un grupo de infantería de la policía provincial con asiento en Rawson, que comenzó a disparar con armas de fuego hacia el territorio recuperado, circunstancia en las que hubo, al menos, dos heridos de gravedad de La Pu Lof en Resistencia, **Emilio Jones Huala y Facundo Fausto Jones Huala**.

La escalada de violencia en las intervenciones de las fuerzas de seguridad continua, hasta que el día 1 de agosto de 2017, en virtud de un corte parcial de ruta a la altura del predio en cuestión que la comunidad estaba efectuando en reclamo de la libertad de su longko, Fausto Jones Huala, se produjo una irrupción de gendarmería en el territorio, que tuvo como consecuencia la muerte de Santiago Maldonado.

1. ABORDAJE JURÍDICO

Audiencias Preliminares

El caso se abordó preliminarmente como un hecho penal simple y de baja conflictividad por la calificación dada al primer acontecimiento. En paralelo, a partir de las demandas formuladas por los miembros de La Pu Lof, se comenzó a articular con los operadores del área DESC local, con amplia experiencia en el tema de las comunidades originarias de la zona.

Si bien al momento en que se celebraron las primeras audiencias penales, ya se hallaba articulado el equipo de trabajo integrado por el área penal, el área DESC y la abogada especializada en derecho indígena, dicha coordinación se fue perfeccionando con el paso del tiempo.

Por un lado surgían elementos claros para abordarlo, con expectativas de triunfo, como un caso penal tradicional, tendiente a negar la existencia de los delitos imputados y la autoría de los imputados. A ello se sumaban particularidades de la investigación que razonablemente debía concluir en la exclusión de parte de la

evidencia propuesta por la fiscalía para sustentar las acusaciones.

Pero por otro lado, no podía dejarse de lado el contexto en el que se desarrollaba esta causa. Debido a esto cada área procuraba aplicar la óptica propia de su especialidad, componiéndola y armonizándola con las restantes.

Se previó que tales estrategias pudieran ser cuestionadas en la audiencia preliminar por las partes acusadoras, tal como en definitiva aconteció. A posteriori el juez admitió ampliamente la prueba, logrando superar el control necesario para poder ser desplegadas en el juicio.

A fines didácticos podemos destacar claramente dos etapas de celebración de audiencias preliminares:

La primera se dio a partir del hecho ocurrido el 13 de marzo de 2015. La fiscalía ante la imposibilidad de identificar a las personas, debido a que se encontraban encapuchados al momento del ingreso, imputó por el delito de usurpación a cinco voceros de La Pu Lof, que dieron una conferencia de prensa en un centro cultural de la ciudad de Esquel, pero sólo formalizó la acusación contra uno de ellos, **Martiniano Jones Huala**, respecto de quién se obtuvo el primer sobreseimiento, producto de la acusación tardía del Ministerio Público Fiscal.

Respecto al resto de los imputados nunca se formalizó la acusación, lo que motivó el pedido de sobreseimiento en la primera audiencia preliminar por haber expirado el plazo de investigación con la conformidad del Fiscal. Si bien el planteo fue rechazado por el Juez de dicha etapa, acabaron siendo sobreseídos más adelante, en virtud del planteo de prescripción formulado en otra audiencia preliminar celebrada en septiembre de 2018.

La segunda etapa, estuvo dada por las acusaciones dirigidas a los 8 integrantes de la Comunidad, detenidos en el allanamiento del día 27 de mayo de 2016, entre ellos el longko de la comunidad y su compañera, por los delitos de usurpación mediante violencia y clandestinidad, abigeato agravado por la pluralidad de sujetos activos, y a dos de ellos se los acusó por la tenencia compartida de arma de guerra. La querrela en representación de la Cia. de Tierras se constituyó solamente por el delito de usurpación.

Una circunstancia digna de mencionar en el decurso de este proceso, es que en la audiencia preliminar celebrada en setiembre de 2018, el segundo fiscal interviniente, jefe de la fiscalía de la comarca andina, ante la contundencia de las defensas desplegadas, decidió el retiro de la acusación. No obstante, el Juez Martín Zacchino resolvió negativamente, al no estar prevista dicha opción el rito, a tenor

de que no surgieron elementos nuevos luego de la presentación de la acusación. En virtud de ello resolvió que correspondía anotar al superior jerárquico del nombrado fiscal –el Procurador General– para que en los términos del art. 44 del CPPCh, ratificara o rectificara lo actuado. Ante ello, la Procuración General sustituyó a los fiscales que venían actuando, dando intervención al Fiscal Jefe de la ciudad de Esquel, Marcelo Cretton, quien integró junto al Fiscal Dr. Fidel González (el octavo y noveno fiscal en la lista de los que intervinieron en el caso) dándoseles una nueva oportunidad de responder los planteos defensores.

En la audiencia de septiembre de 2018 también se dictó el sobreseimiento de los primeros imputados que no habían sido formalizados, a los que se sumaron los de Natalia B. y Karen M. por los mismos motivos respecto de los últimos hechos, y también del entonces adolescente N. J. H., por el delito de usurpación por no haber logrado el fiscal interviniente describir con la precisión necesaria los hechos imputados al menor.

Como un hecho destacable, es preciso señalar que, a lo largo del proceso intervinieron nueve Fiscales Generales, y otros tantos funcionarios de dicho Ministerio.

Contestación de la acusación

El equipo de la Defensa Pública estuvo integrado por el Defensor Penal Bruno Deias, el Defensor del área DESC Fernando Radziwilowski y la abogada adjunta especialista en derecho indígena, Delia Susana Pérez.

Además de la intervención de la Defensa Pública, una de las imputadas fue patrocinada por la abogada particular Sonia Ivanoff, profesional que también está a cargo de la defensa del Longko de la Comunidad.

Para el diseño de la estrategia el Ministerio Público de la Defensa de Esquel articuló su actuación con la Defensoría General, lo que incluyó comunicaciones fluidas y visitas de los miembros de esta última al territorio para interiorizarse de la cuestión y tomar contacto directo con los/las asistidos/as.

Se conformó una doble estrategia de caso. Por un lado como un caso penal tradicional, tendiente a negar la existencia de los delitos imputados y la autoría de los imputados.

A su vez, las características de los hechos y las demandas de los/las representados/as, hicieron aconsejable la conformación de una supra estrategia consistente en el señalamiento de la criminalización de la protesta social, aplicable en

este caso a un grupo indeterminado de personas que pertenecen al pueblo Mapuche y reivindican en todas sus manifestaciones y acciones públicas derechos previstos en la Constitución Nacional, provincial y en tratados internacionales y la prueba de la posesión ancestral de La Pu Lof sobre el territorio reivindicado, de conformidad con las normas y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

A fin de alcanzar dichos objetivos, a la par de la prueba de descargo, la Defensa Pública presentó evidencia adicional a fin de sustentar su teoría del caso. Entre ella, se destacan:

- El informe técnico realizado por el Sr. Dante Lobos, reconocido periodista de la localidad de Esquel, analizando la evolución de las noticias en los distintos medios de mayor difusión provincial, de la cual surgían una práctica consistente en la fabricación de un enemigo peligroso.

- El informe antropológico elaborado por la Dra. Ana Margarita Ramos y la Lic. Fabiana Nahuelquir, integrantes del Instituto de Investigación en Diversidad Cultural y Procesos de Cambio (CONICET– Bariloche) sobre la historiografía de la posesión tradicional del Pueblo Mapuche en la zona, conformación de la Colonia Cushamen, relación de la Compañía de Tierras del Sud argentino con el Pueblo Mapuche; Territorio recorrido y modos de ocupación; Concepto antropológico de comunidad, según información producida etnográficamente en la zona; Ocupación tradicional de La Pu Lof, descripción de la posesión material y espiritual, entre otros puntos.

- El informe histórico elaborado por los Drs. Marcos Sourrouille y Julio Vesub, integrantes del Instituto Patagónico de Ciencias Sociales y Humanas (CONICET – CENPAT), siendo los puntos más importantes: las relaciones sociales y con el territorio del Pueblo Mapuche (con foco en la zona del noroeste de Chubut) antes de la campaña militar de fines del siglo XIX según las crónicas de los viajeros y otras fuentes históricas; las campañas militares en Chubut (también con datos precisos de fechas, nombres de autoridades y entradas de las fuerzas); y la historiografía de la ocupación tradicional del pueblo mapuche en la zona (Conformación de Colonia Cushamen y el Ensanche).

- El Informe antropológico realizado por el Dr. Hernán Horacio Schiaffini, de CONICET – Bariloche, sobre el concepto de Territorio para el Pueblo Mapuche y Posesión tradicional, entre otros.

Por su parte, la Dra Ivanoff convocó en carácter de testigo a la Dra. Silvina Ramirez, abogada experta en derecho indígena, quien refirió sobre el alcance de la

normativa internacional en la materia, así como el abordaje por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) respecto de términos esenciales que hacen al reconocimiento de la posesión tradicional indígena.

Asimismo declararon como testigo, varios pobladores de origen Mapuche, vecinos linderos a las estancia Leleque: el Sr. Vicente Antieco de la Comunidad Mapuche Tehulche de Costa de Lepa y el Sr. Rogelio Fermín, miembro de la Comunidad Mapuche –Tehuelche Vuelta del Río–, ubicada justo al lado de la zona en litigio. A las cuestiones técnicas enunciadas anteriormente, le adicionaron referencias sobre particularidades del territorio y costumbres del pueblo que integran.

La estrategia en lo penal consistió en un control estricto de la actividad de la fiscalía. La austeridad de la prueba acusadora, fue controvertida con sólidos elementos por parte de esta defensa. Los técnicos ofrecidos por esta parte fueron de altísima calidad, dando todo el contexto necesario a la jueza, brindándole la información más completa y actualizada con la que se podía contar sobre la materia.

El Debate Oral:

Intempestivamente en los últimos días del mes de diciembre de ese año la oficina judicial fijó audiencia a tenor del art. 300 CPP, programando la fecha de juicio para inicios del mes de febrero de 2019. Las razones de la urgencia: el plazo razonable de tres años habrá de cumplirse fatalmente el día 27 de mayo de este año, forzando también la intervención de un juez de la cámara en lo penal por no haber más jueces habilitados en esta circunscripción y la imposibilidad de lograr un juez de otra. Se trató de un tribunal unipersonal atento que la mayor pena fue solicitada para los imputados de los tres delitos, esta consistió en la pena de cuatro años y medio de prisión de efectivo cumplimiento, y de cuatro años para los imputados por usurpación y abigeato agravado. El juicio dio comienzo el día 7 de febrero, finalizando el 18 de marzo con la lectura de la sentencia.

La defensa se vio enriquecida con la instauración de lo que se denominó “Facilitador Intercultural”. Se dio a petición de uno de los representados hacia la magistrada, la que recogió la inquietud y solicitó que se concretara dicha posibilidad, recayendo en la Dra. Meli Gonzalez Huaiquimil, perteneciente al área DESC del Ministerio Público de la Defensa de Esquel, quién se identifica de pertenencia al Pueblo Mapuche. Su intervención en el juicio fue amplia, permitiéndose incluso practicar preguntas a los testigos e informantes técnicos.

Solamente la producción de los alegatos significó más de nueve horas, y la lectura de la sentencia otras cuatro horas, lo que da una dimensión de la materia que fue debatida en el juicio.

Ambas estrategias, la estrictamente penal y la de Derecho Indígena fueron desplegadas de modo conjunto y secuencial. Ello también provocó cierto desconcierto en los acusadores quienes no lograron ver el caso más allá de lo estrictamente penal, ni siquiera para dar respuesta adecuada o una crítica razonada de por qué no había de ser tenida en cuenta por la magistrada. También fue activa la participación de los representados, los que si bien optaron por no declarar en relación a los hechos imputados, mostraron sumo interés en todas las instancias del juicio, participaron activamente y exigieron la consulta permanente de sus defensores.

Párrafo aparte merece la escasa participación que se le permitió a La Pu Lof, en parte por las restricciones sanitarias adoptadas por la oficina judicial con motivo del brote de hantavirus, y también razones presupuestarias, dado que la defensa pública insistió desde las primeras etapas la previsión de salas amplias que garantizan la adecuada participación de otros miembros de la comunidad que no habían sido judicializados y de la ciudadanía en general, que se habían mostrado siempre en gran número y con especial atención en el proceso, debiendo en todas las ocasiones seguir el desarrollo de las audiencias que se realizaban, desde el exterior del edificio de los tribunales.

Lo propio ocurrió con la prensa, que fue restringida, siendo la única persona de prensa que estuvo siempre presente la asignada por el Ministerio Público Fiscal. No obstante lo cual no hubo casi publicaciones sobre lo que acaecía en las audiencias, solamente el inicio y el final.

La sentencia

El análisis del fallo amerita un capítulo aparte, pero en síntesis podríamos decir que es una sentencia histórica respecto al reconocimiento de los Derechos Indígenas, porque si bien los imputados fueron absueltos o sobreseídos por cuestiones penales, la jueza no dejó de lado las distintas cuestiones que se ventilaron en el debate en lo atinente a los derechos del Pueblo Mapuche –Tehuelche–, su historia de ocupación y despojo, y la sistemática falta de respuesta del Estado a sus reclamos territoriales, refiriéndose ampliamente a estos en los considerandos de este extenso fallo, que tiene más de 200 páginas.

En relación a los delitos imputados, la Jueza resolvió:

1. Absolver a todos los imputados del delito de usurpación por no haberse logrado identificar a las personas detenidas el día 27 de mayo de 2016 con aquellas que ingresaron al predio el día 13 de marzo de 2015.

2. Absolver a todos los imputados del delito de abigeato agravado, por cuanto se consideró que no fue probado el hurto de los ovinos, sino su faenamiento, el que para el tribunal sería constitutivo del delito de apropiación indebida, (art. 175 inc. 1 del C. Penal) soportado por la plataforma fáctica intimada, no obstante se produjo la extinción de la acción por el vencimiento del plazo.

3. Absolver a uno de los imputados del delito de abigeato por no haberse comprobado su presencia en el momento del hecho.

4. Finalmente fue absuelto uno de los dos imputados del delito de tenencia compartida de arma de guerra por haber omitido el Ministerio Público Fiscal presentar como prueba el informe del Registro Nacional de Armas.

Con ese fundamento, se declaró la responsabilidad penal de N. J. H. dado que al momento del hecho no era mayor de edad y por lo tanto no podía estar autorizado para tener un arma, luego, en el marco de la audiencia del art. 4 de la Ley 22.278 fue absuelto de pena.

Al margen de las valoraciones en torno al contexto descripto por la Defensa Pública, en relación al delito de usurpación, la Jueza entendió que los imputados no tenían derecho ancestral que pudieran fundar adecuadamente en preexistencias respecto de ese territorio. En base a ello, el fuero penal era el correspondiente, no aplicándose el principio de mínima intervención o última ratio. Pese a ello reconoció que en la actualidad estaban llevando adelante prácticas características del pueblo mapuche.

En cuanto al resto de los delitos, atribuyó su decisión a las falencias de la investigación por parte del Ministerio Fiscal. Resolvió en consecuencia remitir actuaciones al Consejo de la Magistratura.

Al margen de ello, la Dra. Carina Estefanía escribió una extensa y fundamentada sentencia en la que entendió:

- En el caso se verificó que el Poder Ejecutivo Provincial no ha cumplido con su deber legalmente impuesto en la Constitución Provincial, en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales, en especial en el Convenio 169 de la OIT respecto de la vigencia de los derechos constitucionales de los miembros de la comunidad originaria en cuestión. En particular, de aquellas que regulan la

delimitación, demarcación y titulación de derechos territoriales que hagan viable, en la práctica, el ejercicio de los derechos a su vida espiritual, su cultura, sus actividades tradicionales, además de su subsistencia y desarrollo económico.

- Afirmó que se demostró que el Estado Provincial y Nacional han incumplido con lo dispuesto por la Ley nº 26.160, que ha motivado sucesivas prórrogas y que la misma dispone el relevamiento territorial de las Comunidades, el cual no se ha realizado.

- En mérito de ello resolvió la conformación de una Mesa de Diálogo que deberá estar a cargo del Poder Ejecutivo Provincial y en la que se deberá dar participación a todas las partes, el INAI y al Consejo Consultivo Indígena. A los fines de conformar dicha mesa, se deberá garantizar la intervención de los integrantes de la comunidad originaria en proporción y representación suficiente como para permitir un verdadero consenso.

- Remitió copia de los audios y videos de los presentes actuados en el carácter de denuncia al Ministerio Público Fiscal a fin de que se investiguen las conductas denunciadas por los/las imputados/as en cuanto al trato que habrían recibido las mujeres y sus niños/as, por parte de las fuerzas de seguridad provinciales y/o nacionales en uno de los allanamientos referidos.

- La Jueza Estefanía consignó las desigualdades estructurales de raza pero también de género que perduran hasta la actualidad. A su vez, afirmó la necesidad de superar el estereotipo del indígena como un salvaje y que esa lamentable realidad le dio sentido a la decisión procesal de las defensas de presentar pericias antropológicas para que ilustren al Tribunal sobre la historia de los Pueblos Originarios. Manifestó que resulta imperioso que el Estado adopte políticas de alto impacto para reparar el daño producido.

- Otros puntos destacables de la sentencia son: su referencia a la “conquista del desierto” afirmando que ésta significó “un cambio drástico de las relaciones entre fuerzas estatales e indígenas”, habla de: “violación de los derechos humanos más elementales solo por su condición de aborígen” y también señala que “existe consenso en la necesidad de superar el estereotipo del indígena como un salvaje dedicado a robar ganado, mujeres y otros bienes para llevarlos a Chile”.

- En otro punto y ya respecto a las obligaciones del Estado manifiesta: “Nuestra sociedad argentina, desde sus comienzos, ha sido víctima de distintas decisiones estatales que han vulnerado los derechos humanos más elementales, como lo fue la Conquista del Desierto o la Dictadura Militar de los años 70. También

ha sido víctima de patrones culturales que produjeron desigualdades estructurales de raza pero también de género que perduran hasta la actualidad”.

- La jueza indicó que:

Es imperioso que el Estado adopte políticas de alto impacto para reparar el daño producido, sin importar los años que han transcurrido desde entonces a la fecha, pues no se puede obviar que hasta la Reforma Constitucional de 1994, pocos funcionarios se animaban a reconocer esa deuda histórica y pocos aborígenes, mapuches, tehuelches o quom, se animaban a reclamar aquello que sin ninguna justificación les habían arrebatado. No podemos reprocharle al pueblo aborigen que tardaron un siglo para reclamar sus derechos, si en el transcurso ni el Estado ni la comunidad internacional le abrieron las puertas para que así lo hicieran, ni políticas públicas con medidas directas, ni con la sanción de leyes, ni con sentencias judiciales. Hasta tanto ello no ocurra, corremos el riesgo de seguir enfrentando situaciones como estas, en las que colisionan derechos constitucionales.

Y finalmente la Jueza sostuvo que:

Los procedimientos administrativos de reivindicación de tierras no se resuelven en un plazo razonable –Caso Fermín y Caso “Santa Rosa”–; que los pueblos originarios tienen derecho al territorio y que mientras subsista la relación con sus tierras tradicionales el derecho a la reivindicación se mantendrá vigente; que la falta de tierras suficientes ha provocado que los pueblos originarios vivan en condiciones inadecuadas para una existencia digna, observándose un porcentaje mayor de los que viven en situación de pobreza, comparativamente con el resto de la sociedad (art. 75 inc. 17, Convenio de n° 169 de la OIT, art. 13 y 14; art. 34 I, CP).

CONCLUSIONES

El caso representó un hito en las carreras profesionales de los/las integrantes del equipo de trabajo del Ministerio Público de la Defensa que intervinieron.

Las características del hecho hicieron que ceda el enfoque típico del fuero penal, que centra la defensa en personas en su singularidad y no como integrantes de una comunidad. Este nuevo abordaje integral implementado, trascendió y motivó

cambios en las estructuras tradicionales de la defensa, tanto en su abordaje como en su tratamiento.

Lo narrado ha sido sumamente enriquecedor como experiencia que intercala secuencialmente las diversas áreas de la Defensa Pública. En un comienzo de este extenso proceso, la vía intentada asumió una forma experimental, pero poco a poco se fue consolidando al punto que la labor de cada uno se tornó inescindible una de otra. Se trabajó articuladamente con amplitud, comprensión, procurando aumentar los niveles de eficacia de la intervención.

La mecánica de trabajo se nos presenta como un horizonte deseable para la preparación futura y programada de casos similares, a tenor de alto interés institucional que los derechos en pugna representan para este ministerio y de la importancia de la protección de dichos derechos para la comunidad en su totalidad.

**GT COMUNIDADES TRADICIONAIS: INSTRUMENTO INSTITUCIONAL PARA
APRIMORAMENTO DAS MACROPOLÍTICAS DA DEFENSORIA PÚBLICA DA
UNIÃO VOLTADAS PARA A PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA ÀS
COMUNIDADES E POVOS ORIGINÁRIOS**

**GT COMUNIDADES TRADICIONALES: INSTRUMENTO INSTITUCIONAL PARA
PERFECCIONAMIENTO DE LAS MACROPOLÍTICAS DE LA DEFENSA PÚBLICA DE LA
UNIÓN ORIENTADAS A LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA A LAS
COMUNIDADES Y PUEBLOS ORIGINARIOS**

*José Roberto Fani Tambasco
Defensor Público Federal - Defensoria Pública da União
Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais*

RESUMO

Com a superação do paradigma tradicional do atendimento individualizado centrado em seu local de trabalho para um novo modelo que busca o atendimento de comunidades e povos originários em seus territórios, o defensor público federal passou a necessitar de maior conhecimento dos saberes adquiridos pelos outros operadores, internos e externos. Diante deste desafio, a Defensoria Pública da União criou um Grupo de Trabalho (GT) que passou a registrar as práticas realizadas, processando-as com a maximização dos resultados esperados através do desenvolvimento de macropolíticas institucionais.

Palavras-chave: Povos. Comunidades. Originários. Defensoria. Pública.

RESUMEN

Con la superación del paradigma tradicional de la atención individualizada centrado en su lugar de trabajo para un nuevo modelo que busca la atención de comunidades y pueblos originarios en sus territorios, el defensor público federal pasó a necesitar más conocimiento de los saberes adquiridos por los otros operadores, internos y externos. Ante este desafío la Defensoría Pública General de la Unión creó un Grupo de Trabajo (GT) que pasó a registrar las prácticas realizadas, procesándolas con la maximización de los resultados esperados a través del desarrollo de macropolíticas institucionales.

Palabras clave: Pueblos. Comunidades. Originarios. Defensa. Pública.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. POVOS E COMUNIDADES ORIGINÁRIOS 2. FORMAÇÃO E ORGANIZAÇÃO DO GRUPO DE TRABALHO 3. ATUAÇÃO INSTITUCIONAL E PRODUTOS DESENVOLVIDOS PELO GT. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

O serviço de assistência jurídica gratuita no Brasil encontrou sua gênese nos princípios orientadores das Irmandades da Misericórdia, oriundas da visão caridosa da Rainha D. Leonor de Lencastre e do Frei Miguel de Contreiras, no final do século XV¹. Ressaltando-se como exponencial desta natureza, como exemplo de serviço privado prestado pelas associações religiosas denominadas Irmandades da Misericórdia, a indicação do Advogado José de Oliveira Fagundes como defensor dos Inconfidentes em 1792².

Estes advogados, bacharéis, solicitadores ou provisionados, mesmo quando sem o amparo das irmandades religiosas protagonizaram, no século XIX, a defesa das pessoas escravizadas em sua luta pela liberdade, passando a serem denominados historicamente Advogados da Liberdade, citando-se entre eles a figura paradigmática do liberto Luiz Gama³.

A prestação da assistência jurídica gratuita no serviço público encontra seu marco histórico na primeira metade do século XX, nas forças armadas, quando o Código da Justiça Militar⁴, por seu artigo 66, criou o cargo de Advogado de Ofício para atuação na defesa dos militares que não pudessem constituir advogados em suas defesas nos processos correntes na Justiça Militar.

As Defensorias Públicas Estaduais como instrumentos de assistência

1 KHOURY, Yara Aun (coordenadora). **Guia dos Arquivos das Santas Casas de Misericórdias do Brasil** (fundadas entre 1500 e 1900). São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2004. Fls. 15.

2 A Inconfidência Mineira de 1789 ocorreu nas Minas Gerais e visava a Independência daquela capitania da soberania portuguesa. Sobre a atuação da Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro: ZARUR, Dahas. **Mordomia dos Presos: o embrião da justiça gratuita**. Tributo a Tiradentes. Rio de Janeiro: edição do autor, 1999.

3 133 anos após sua morte, em 3 de novembro de 2015 a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, concedeu-lhe o título de “advogado”, uma vez que não era formado e atuava como “provisionado” ou rábula.

4 Decreto-Lei nº 925 de 2 de dezembro de 1938.

jurídica gratuita prestadas diretamente pelo poder público⁵, em que pesem algumas experiências com nomeação de dativos e indicação de procuradores estaduais para a defesa dos hipossuficientes economicamente, somente foram implantadas no último quarto daquele mesmo século.

A relevância da assistência jurídica gratuita como serviço de política de Estado veio a ser reconhecida somente a partir da Constituição Federal de 1988 e posteriormente implementada pela Lei Complementar nº 80/94⁶, ressaltando-se então a fundação tardia da Defensoria Pública da União - DPU.⁷

A natureza dos serviços de assistência jurídica gratuita originou-se historicamente da prestação de serviços exclusivamente aos indivíduos envolvidos nas lides judiciais, desta forma e também por falta de instrumentos legais que proporcionassem a prestação de assistência coletiva, a Defensoria Pública da União manteve-se inicialmente guiada por este paradigma de atendimento excludente às necessidades das comunidades e povos originários.

Com o desenvolvimento da formação de uma nova consciência sobre o papel da prestação de assistência jurídica gratuita pelos membros da DPU, forçou-se a quebra do paradigma que se concentrava no atendimento individualizado e centrado no gabinete do operador do direito, desenvolvendo-se, então, a coletivização da assistência jurídica, criando-se, desta forma, a necessidade prática da busca ativa pelos povos e comunidades originárias.

Diante do desafio de coordenar este processo de atendimento *in loco* das comunidades e povos originários, que apresenta enormes dificuldades operacionais em face da natureza da exigência necessária dos defensores junto aos foros de justiça para atendimento aos assistidos e participação em audiências, a Defensoria Pública da União promoveu a criação de um Grupo de Trabalho com o objetivo de concentrar as diversas experiências adquiridas pelos defensores maximizando-as em macropolíticas institucionais.

Este artigo visa essencialmente registrar a experiência da Defensoria Pública da União em resposta aos desafios sociojurídicos contemporâneos encontrados na

5 Lei Complementar Estadual nº 6, de maio de 1977, que organizou a Assistência Judiciária no estado do RJ, e, que, com importantes modificações posteriores, passou a vigorar como Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

6 Modificada pela Lei Complementar nº 132/2009.

7 Cujo primeiro concurso ocorreu no ano de 2001, mas que anteriormente fora constituída desde 1994 pelos advogados de ofício oriundos da justiça militar e por procuradores federais oriundos do Tribunal Marítimo.

busca do desenvolvimento de um instrumento institucional que possa ser ao mesmo tempo órgão consultivo, com viés essencialmente propositivo, e que também possa exercer a atuação executiva finalista em face das demandas de grande amplitude com repercussão regional ou nacional no que tange especificamente às comunidades e aos povos originários.

1. POVOS E COMUNIDADES ORIGINÁRIOS

O conceito de povos e comunidades originários, interpretado pelas práticas antropológicas e históricas do Brasil, ampliou-se conceitualmente para além de abarcar os povos originários que englobam somente os indígenas, para alcançar também outros povos e comunidades tradicionais que no processo de formação nacional dissociaram-se do desenvolvimento industrial massivo e mantiveram características socioculturais próprias.

Estes povos e comunidades tradicionais encontraram seu ápice de reconhecimento legal como sujeitos coletivos de direitos fundamentais através da Constituição Federal de 1988, tanto pela expressão do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas aos seus territórios **originários** (art. 231), como pelo reconhecimento dos direitos dos remanescentes de quilombolas aos territórios **que estejam ocupando** através das disposições do art. 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

O conceito que abrange tanto os povos originários como os tradicionais foi devidamente incorporado ao ordenamento brasileiro através do Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, *litteris*:

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e

quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações.

Concluindo-se que os termos conceituais dos sujeitos de direito na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre povos indígenas e tribais⁸ também encontram amparo judicial internacional quanto à aplicação às comunidades quilombolas⁹, demonstrando-se desta forma que a utilização da terminologia utilizada no Brasil relativa a povos e comunidades tradicionais se encontra em perfeita sintonia com a terminologia povos e comunidades originários.

2. FORMAÇÃO E ORGANIZAÇÃO DO GRUPO DE TRABALHO

No ano de 2014 o Defensor Público Geral Federal Haman Tabosa de Moraes e Córdova, com apoio de seu Secretário Geral de Articulação Institucional Bruno Vinícius Batista Arruda, através da Portaria nº 71, de 11 de fevereiro de 2014, criou o primeiro Grupo de Trabalho da Defensoria Pública da União com finalidade temática de atendimento às comunidades Quilombolas, denominando-o GT Quilombola.

A justificativa apresentada no normativo interno de criação do GT esclarece efetivamente que havia uma grande demanda jurídica apresentada pelos povos e comunidades tradicionais quilombolas, plausivelmente tendo em vista que naquele momento havia uma repercussão imensa sobre o julgamento no Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade do Decreto Presidencial nº 4.887, de 20

⁸ Artigo 1º, 1. A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

⁹ A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a aplicabilidade da Convenção 169 da OIT ao povo quilombola Saramaka, do Suriname: “La Corte no encuentra una razón para apartarse de esta jurisprudencia en el presente caso. Por ello, este Tribunal declara que se debe considerar a los miembros del pueblo Saramaka como una comunidad tribal y que la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo.” (Caso Saramaka Vs. Suriname, 28/11/2007).

de novembro de 2003, que regulamentava o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que tratava o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mas sobretudo principalmente pela formação de uma consciência pela implantação dos direitos fundamentais destas comunidades quilombolas, *verbis*:

Considerando a realização da II Agenda Quilombola - A Defesa das Comunidades Remanescentes de Quilombo - Marcos Jurídicos, objeto do Acordo de Cooperação Técnica, promovida pela Defensoria Pública da União e a Fundação Cultural Palmares, realizada em Cuiabá Mato Grosso, nos dias 26 e 27 de setembro de 2013; Considerando a necessidade de formação de um grupo de trabalho de âmbito nacional para acompanhamento das diferentes demandas apresentadas à Defensoria Pública da União pelas Comunidades Remanescente de Quilombo.

Desta forma foram designados cinco defensores públicos federais, escolhidos nos termos publicados através de edital com ampla concorrência dentro da instituição, como representantes das cinco regiões geográficas do país: região Sul, Fernanda Hahn; região Norte, Edilson Santana Gonçalves Filho; região Nordeste, Yuri Michael Pereira Costa; região Centro-Oeste, Carlos Eduardo Barbosa Paz; e região Sudeste, José Roberto Fani Tambasco, os quais mantiveram suas funções de atuação em suas lotações originárias, sem prejuízo do exercício em detrimento da atuação concomitante nas atividades do GT.

Inicialmente a única obrigação normativa determinada ao GT era a apresentação de um relatório anual de suas atividades, no entanto, com a realização da primeira reunião virtual do GT na cidade de Porto Alegre/RS, ainda no ano de 2014, definiu-se a coordenação do GT pelo defensor Carlos Eduardo Barbosa Paz e deliberou-se sobre a necessidade da criação de um regimento interno, passando-se a realizar reuniões virtuais mensais para a fixação de metas e definindo-se, também, que cada representante regional ficaria responsável por relatar os processos internos relativos às demandas, internas e externas, apresentadas à instituição em sua região geográfica, os quais seriam apreciados em colegiado na primeira reunião virtual, sem prejuízo de medidas liminares em face de urgência nas medidas a serem tomadas pelo representante regional.¹⁰

10 O secretário de Articulação Institucional falou sobre a criação do GT Quilombola, o qual visa inicialmente à criação de modelos de atuação permanente e instrumentos de busca ativa para

Posteriormente, face aos bons resultados colhidos e a necessidade de ampliação do atendimento a outros povos e comunidades tradicionais, através da portaria nº 501, de 1 de outubro de 2015¹¹, a denominação do GT Quilombola passou a ser designada GT Comunidades Tradicionais. No entanto, por uma decisão política institucional, afastou-se deste GT o atendimento aos povos indígenas, tendo em vista o grande número de populações indígenas existentes no território nacional, optando-se por estabelecer um GT somente para esta temática.

Atualmente encontra-se vigente a Portaria GABDPGF DPGU nº 200, de 12 de março de 2018¹², regulamentando as atividades dos Grupos de Trabalho na Defensoria Pública da União, revogando as Portarias nº 501, de 1º de outubro de 2015, e nº 82, de 3 de fevereiro de 2018, por meio das quais regulamentavam-se as atividades dos Grupos de Trabalho vinculados à Defensoria Pública da União, destinados à atenção especial a pessoas em situação de vulnerabilidade.

Deixo de apreciar a evolução dos normativos revogados, pois se trata de uma ampliação dos dispositivos revogados, cuja finalidade foi a adequação por complementação das normas às necessidades de maior interação dos GTs com os defensores responsáveis pelos escritórios de direitos humanos da DPU, tendo em vista a necessidade de maior interação entre estas atividades fins. Passando-se a apresentar por sua relevância, no conteúdo deste normativo o rol de competências gerais inferidos aos Grupos de Trabalho pelo art. 2º:

Art. 2º Compete aos Grupos de Trabalho:

I - Apoiar a atuação dos defensores públicos federais nas matérias afetas

que a Defensoria possa ter atendimento constante, deslocando equipes até as comunidades quilombolas para fazer um mapeamento do acesso dessas pessoas à cesta de serviços do governo federal, e também a todos os direitos previdenciários, assistenciais, de acesso à saúde que eles titularizam. “Além de ter contato com a comunidade quilombola de uma maneira mais próxima, os defensores farão uma avaliação da necessidade de defesa e orientação jurídica em relação aos direitos previdenciários, benefícios assistenciais, os benefícios ligados ao CadÚnico (cadastro social do governo federal), como o bolsa-família, o Luz Para Todos, a tarifa social de telefonia. Vai ser um mapeamento completo de todos os direitos que estão sendo sonogados ou que ainda não chegaram àquelas comunidades por conta da distância ou do desconhecimento”, explica o secretário de Articulação Institucional da DPU, defensor Bruno Vinícius Batista Arruda. Disponível em: <https://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/198918015/dpu-capacita-agentes-e-atende-dez-comunidades-quilombolas-no-parana?ref=amp>.

11 Disponível em: <https://www.dpu.def.br/portarias/gabdpgf/2015/28151-05-10-2015-portaria-n-501-de-01-de-outubro-de-2015-bei>.

12 Disponível em: <https://www.dpu.def.br/portarias/gabdpgf/2018/41611-portaria-gabdpgf-dpgu-n-200-de-12-de-marco-de-2018-regulamenta-a-atividade-dos-grupos-de-trabalho-na-defensoria-publica-da-uniao-e-revoga-as-portaria-n-501-de-1-de-outubro-de-2015-e-n-82-de-03-de-fevereiro-de-2018>.

aos Grupos de Trabalho, observados os princípios do defensor natural e da independência funcional;

II - Articular em conjunto com a Defensoria Pública-Geral da União o relacionamento institucional com as redes de proteção, formadas pelos órgãos de execução das políticas públicas e entidades da sociedade civil, afetas às respectivas áreas de especialidade;

III - Expedir orientações visando a subsidiar os órgãos de execução da Defensoria Pública da União e de atuação para assegurar maior eficiência nas soluções das demandas judiciais e extrajudiciais;

IV - Realizar e estimular, em colaboração com a Escola Superior da Defensoria Pública da União, o intercâmbio permanente entre os órgãos de execução e de atuação da Defensoria Pública da União, mediante cursos de capacitação e atividades correlatas, objetivando o aprimoramento das atribuições institucionais;

V – Promover a realização de seminários para estudo e mobilização na área de especialidade, congregando membros de outras instituições do sistema de justiça, do meio acadêmico, gestores e integrantes da sociedade civil;

VI - Subsidiar a atuação da Defensoria Pública da União, nacional e internacionalmente, nos temas afetos às respectivas áreas de especialidade, inclusive através da elaboração de material de apoio, como nota técnica, minutas, estudos, dentre outros;

VII – Promover a difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico aos grupos sociais específicos, inclusive mediante a elaboração de material de orientação relacionado às respectivas áreas de especialidade;

VIII – Expedir recomendações e firmar Compromisso de Ajustamento de Conduta para adoção de providências necessárias à prevenção de atos contrários à lei, à Constituição Federal, bem como a cessação de violações nas respectivas áreas de especialidade;

IX - Estabelecer permanente articulação com os demais Grupos de Trabalho da Defensoria Pública da União, bem como com núcleos especializados afins de Defensorias Públicas dos Estados, demais instituições, entidades da sociedade civil com atribuições correlatas e lideranças, para definição de estratégias comuns em assuntos de âmbito nacional e para intercâmbio de experiências;

X - Contribuir na elaboração de políticas públicas de assistência jurídica afeta as respectivas áreas de especialidade;

XI - Contribuir na elaboração de políticas públicas de assistência jurídica afeta as

respectivas áreas de especialidade;

XII – Promover busca ativa do público-alvo correspondente às respectivas áreas de especialidade, inclusive por meio de ações itinerantes;

XIII – Identificar as diferentes propostas em tramitação no Poder Legislativo correlatas aos interesses do público-alvo assistido pelos Grupos de Trabalho e articular, em conjunto com a Defensoria Pública-Geral da União, a participação nos debates sobre as matérias afetas às respectivas áreas de especialidade;

XIV - Representar a Defensoria Pública da União nas audiências públicas sobre as matérias afetas às respectivas áreas de especialidade;

XV - Promover a realização de audiências públicas sobre as matérias afetas às respectivas áreas de especialidade, com apoio da Defensoria Pública-Geral da União, nos termos da regulamentação específica;

XVI - Manifestar-se publicamente, por meio dos veículos oficiais de comunicação da Defensoria Pública da União, desde que respeitadas as diretrizes do Plano Estratégico da Assessoria de Comunicação (ASCOM), após aprovação da maioria absoluta dos membros integrantes do respectivo grupo e ouvida a Secretaria-Geral de Articulação Institucional (SGAI), expedindo notas, moções ou manifestações opinativas, em relação a proposições normativas, projetos de lei ou fatos relacionados às respectivas áreas de especialidade;

XVII - Solicitar à Defensoria Pública-Geral da União, por intermédio do Coordenador do Grupo de Trabalho, os recursos humanos e materiais necessários ao cumprimento pleno das suas atribuições.

§ 1º. A definição das ações dos Grupos de Trabalho será documentada em processo administrativo no sistema SEI, observando-se a metodologia de gerenciamento de projetos da Defensoria Pública da União.

§ 2º. A atividade-fim decorrente da atuação dos Grupos de Trabalho deverá ser registrada e acompanhada no SEI.

Passando a fixar as atribuições específicas do GT Comunidades Tradicionais em seu art. 3º:

Art. 3º. Além das atribuições previstas no art. 2º, caberá aos Grupos de Trabalho:

I – Ao Grupo de Trabalho Comunidades Tradicionais:

1. promover a defesa dos interesses de comunidades quilombolas, de matriz africana, ciganas e outras comunidades tradicionais;
2. identificar e enfrentar as dificuldades políticas e processuais à certificação e à titulação de terras pelas comunidades previstas na alínea anterior;

3. contribuir na elaboração de políticas públicas de assistência jurídica às comunidades tradicionais.

Mesmo com a existência de erro material de publicação relacionado à numeração dos artigos, com a colocação de um art. 2º após o art. 3º e perda da sequência numérica, a portaria procurou esclarecer o procedimento de convocação dos membros do GT; o mandato de seus membros; possibilidade de afastamento provisória de um dos membros e, por fim, estabelecer uma linha de interação entre o GT e os Defensores atuantes nos Ófícios de Direito Humanos na DPU:

Art. 2º. Os membros dos grupos de trabalho serão convocados pelo Defensor Público-Geral Federal para participação nas atividades relacionadas ao Grupo de Trabalho, observadas as disposições da Resolução CSDPU nº 63/2012.

§1º. Independentemente de convocação, os grupos de trabalho realizarão reuniões bimestral, preferencialmente por meio de videoconferência.

§2º. Poderão os Grupos de Trabalho convidar para as reuniões titulares de ofícios especializados, de Grupos de Trabalho locais, coletivos, lideranças, integrantes de sociedade civil, dentre outros.

Art. 4º. A designação dos membros do grupo de trabalho terá a duração de dois anos, permitidas reconduções mediante participação em nova concorrência editalícia, com possibilidade de destituição.

§ 1º. A escolha dos membros dos grupos de trabalho atenderá, prioritariamente, a representação regional.

§ 2º. Em caso de desligamento de membro do grupo de trabalho, a Defensoria Pública-Geral da União providenciará, no prazo de dez dias, a abertura de concorrência para preenchimento da vaga.

§ 3º. O membro removido ou promovido para região diversa da que originalmente representava permanecerá designado para o grupo de trabalho até a conclusão do prazo de designação, caso já tenha cumprido mais da metade desse prazo.

§ 4º. Findo o mandato em virtude do decurso do tempo, fica automaticamente prorrogado o mandato do coordenador do respectivo Grupo de Trabalho, até a publicação da Portaria de designação dos novos componentes do respectivo Grupo de Trabalho, evitando-se a descontinuidade das atividades em curso.

Art. 5º. Cada Grupo de Trabalho temático poderá propor ao Defensor Público-Geral Federal, ouvida a chefia da Unidade, o afastamento de Defensor Membro, coordenador ou não, de suas funções em sua unidade de lotação, por período previamente determinado, mediante apresentação de projetos ou atividades

específicas que assim justifique.

Art. 6º. Caberá aos grupos de trabalho fomentar progressivamente a indicação de representantes locais que funcionarão como pontos focais nas unidades da Defensoria Pública da União, para colaborar na implementação das diretrizes e operações próprias à temática trabalhada.

Art. 7º. Os Grupos de Trabalho convidarão os Defensores Regionais de Direitos Humanos e o Defensor Nacional de Direitos Humanos para as audiências públicas que promoverem nas respectivas áreas de abrangência territorial.

Art. 8º. Os Grupos de Trabalho comunicarão ao Defensor Regional de Direitos Humanos da localidade e/ou ao Defensor Nacional de Direitos Humanos, bem como à SGAI, eventual expedição de recomendação ou celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Art. 9º. A composição de todos os Grupos de Trabalho observará, sempre que possível, a representatividade dos respectivos grupos.

Art. 10. Até o dia 15 de novembro de cada ano, os Grupos de Trabalho enviarão à Secretaria-Geral de Articulação Institucional o calendário anual com o cronograma dos principais eventos da temática correlata, para fins de análise e programação.

Art. 11. Os Grupos de Trabalho ficarão vinculados à Defensoria Pública-Geral da União.

Parágrafo único. Caberá à Secretaria-Geral de Articulação Institucional prover o apoio administrativo e os meios necessários para o cumprimento desta portaria.

3. ATUAÇÃO INSTITUCIONAL E PRODUTOS DESENVOLVIDOS PELO GT

O GT Comunidades Tradicionais vem realizando atividades de aproximação com as comunidades tradicionais desde sua fundação em 2014, podendo-se ressaltar a realização, em parceria com o Centro Universitário de Volta Redonda – UNIFOA, do Encontro da Promoção da Igualdade Social, evento que ocorreu pelo sexto ano consecutivo no mês de maio de 2019, ocasiões em que são promovidas interações dos órgãos governamentais com o mundo acadêmico, população e sobretudo com as comunidades tradicionais.

Além desse evento também foram realizadas audiências públicas e participações em eventos cuja temática fosse relativa aos interesses jurídicos das comunidades tradicionais, podendo-se citar a presença do GT no encontro bienal das

Quebradeiras de Babaçu, realizado no interior do Pará em fevereiro de 2019¹³.

Com a participação da Defensoria Pública da União no Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais – CNPCT, órgão consultivo do poder executivo, firmou-se também a necessidade do GT estar preparado para a prestação das informações que se fizerem necessárias ao posicionamento de nosso representante nesse conselho sobre os interesses das comunidades tradicionais atendidas por nossas atividades institucionais.

Entre as comunidades tradicionais que vêm sendo atendidas pela Defensoria Pública da União com maior ênfase, conseqüentemente sujeitos das atividades desenvolvidas pelo GT, podemos citar as comunidades quilombolas; os povos ciganos; os povos de religião de matriz africana e as comunidades caiçaras.

Com relação às comunidades quilombolas, além das visitas técnicas realizadas em Quilombos¹⁴ de todas as regiões geográficas do país, como procedimentos institucionais de busca ativa voltada para formação da compreensão do objeto jurídico de interesse das comunidades, também houveram participações nas festas tradicionais das comunidades quilombolas, podendo-se ressaltar a Festa da Liberdade do Quilombo São José da Serra em Valença/RJ, e de atividades promovidas pelas organizações federativas e confederativas organizadas pelas comunidades quilombolas e órgãos governamentais de suporte a políticas de igualdade racial.

Tivemos participação também de eventos denominados **Ações Sociais**¹⁵, onde além da prestação de assistência jurídica diretamente à comunidade, outros parceiros governamentais e privados prestaram os mais diversos serviços às comunidades, ressaltando-se, nestas oportunidades, a importância da apresentação de representantes de órgãos governamentais para que haja a difusão do conhecimento dos direitos fundamentais destas comunidades e ampliação dos liames institucionais.

Através da visão permanente voltada para a busca de atualização do objeto jurídico de interesse das comunidades quilombolas, o GT também procurou atuar na realização de cursos de capacitação de Defensores Públicos Federais em parceria com a Fundação Cultural Palmares, órgão governamental com finalidade de registro das autodeclarações de reconhecimento das comunidades quilombolas e da SEPPIR

13 Disponível em: <https://www.dpu.def.br/noticias-para/48941-defensores-participam-de-encontro-das-quebradeiras-de-babacu-no-para>.

14 ADCT – CF/88 Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

15 Disponível em: https://issuu.com/unifoa/docs/viacampus_fevereiro2013.

– Secretaria de Igualdade Racial da Presidência da República¹⁶.

Procuramos participar das visitas técnicas realizados pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, denominadas mesas **quilombolas**, ocasião em que foram apresentados esclarecimentos sobre os andamentos dos processos de titulação às comunidades nos seus próprios territórios.

Estivemos sempre prontos a participar de audiências públicas nos órgãos legislativos federais, apresentando o trabalho desenvolvido pela Defensoria Pública da União na prestação de assistência jurídica gratuita às comunidades Quilombolas¹⁷.

Visamos a produção em parceria com o Centro Universitário de Volta Redonda – UNIFOA, de um Curso de Capacitação para Lideranças Quilombolas, com participação ativa de uma liderança quilombola que atua como advogado destas comunidades, disponibilizado em CDs e também pela rede virtual¹⁸.

Disponibilizamos internamente aos membros da instituição acesso aos Relatórios Técnicos de Identificação e Delimitação – RTID, das comunidades quilombolas, produzidos pelo INCRA, assim como material institucional de apresentação dos serviços prestados pela DPU a ser utilizado em apresentações nestas comunidades.

Com relação aos ciganos, além de buscarmos interação com os representantes das comunidades credenciados junto aos órgãos estaduais de promoção de igualdade racial, também procuramos desenvolver um trabalho de assistência jurídica às comunidades do interior fluminense do Estado do Rio de Janeiro, promovendo visitas técnicas, inclusive expedindo recomendações às autoridades municipais e policiais¹⁹.

Com finalidade de ampliação de nossos conhecimentos técnicos e valorização da cultura cigana, promovemos a realização de audiência pública com o revezamento da presidência da mesa por um deputado federal e uma deputada estadual, ocasião em que as lideranças ciganas puderam expor sua realidade diferenciada, ressaltando

16 Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/?p=4153>.

17 Disponível em: <https://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/501514289/dpu-participa-de-audiencia-publica-sobre-situacao-de-comunidades-quilombolas?ref=amp>; <https://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/501514289/dpu-participa-de-audiencia-publica-sobre-situacao-de-comunidades-quilombolas?ref=serp>.

18 Disponível em: web.unifoa.edu.br/comciencia/capacitacao_quilombola.asp.

19 Apresentamos reivindicações para acesso das mulheres ciganas à saúde pública respeitando-se as normas de sua cultura e também esclarecemos que a tenda cigana é o domicílio do povo cigano e deve receber todas as garantias constitucionais: art. 5º da CF/88 XI - **a casa é asilo inviolável do indivíduo**, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

seus costumes e valores próprios, elementos que com certeza serviram para ampliar o conhecimento e o respeito pela cultura cigana²⁰.

Diante da escassa literatura sobre as relações socioculturais dos povos ciganos e seus direitos fundamentais, como coordenador do GT, apresentamos um artigo acadêmico que visa colaborar com a temática, elucidando aos operadores do direito sobre as novas relações interativas que se fazem necessárias no atendimento destas comunidades diante da experiência proporcionada pela atuação no GT quanto ao quadro de transformações sociais dinâmicos que se apresentam como constante.²¹

Com relação aos povos de religião de matriz africana, o GT procurou manter um canal interativo com os representantes destas casas religiosas, por vezes participando de encontros sobre a temática²², por vezes realizando audiências públicas com fins específicos como ocorreu diante da consulta do Defensor Público-Geral Federal sobre a temática dos sacrifícios de animais em ritos religiosos, visando subsidiar a atuação da Defensoria Pública da União em processo submetido ao Supremo Tribunal Federal.

Exemplo de atuação em execução finalística pelo GT podemos citar a recomendação expedida ao Comitê Olímpico Brasileiro para que fosse afastada a limitação para fixação do número de religiões que poderiam prestar assistência aos atletas olímpicos, fosse facultado aos mesmos o acesso aos cultos de religião de matriz africana na vila olímpica durante o período da realização das Olimpíadas de 2016.²³

Dentro desta seara visamos atuar no desenvolvimento de produtos para orientação jurídica, como por exemplo, a cartilha virtual para legalização de casas religiosas e também de uma cartilha física para a orientação ao combate à intolerância religiosa com lançamentos previstos para este ano de 2019.

Finalmente podemos citar o atendimento à população Caiçara cujo território de distribuição encontra-se delimitado entre o litoral sul do Estado do Rio de Janeiro até o litoral norte do Paraná. As reuniões iniciais organizadas em diversos pontos das comunidades levaram à compreensão da necessidade institucional de prestação de assistência jurídica com ampla complexidade de variações dos ramos jurídicos, pois

20 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ncd5eHd8-34>.

21 Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/issue/download/4/3>.

22 Disponível em: <https://www.minhabaixada.com.br/single-post/2019/01/17/Semana-Nacional-de-combate-a-intera%C3%A7%C3%A3o-religiosa-promete-agitar-estado-do-Rio>.

23 Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-07/dpu-recomenda-que-espaco-da-vila-olimpica-inclua-religioes-de-matriz>.

estas comunidades além de serem compostas por pescadores, também englobam pequenos proprietários rurais, abrangendo, portanto, problemas jurídicos agrários, fundiários, previdenciários e sobretudo ambientais.

A maior demanda observada nestas comunidades é a necessidade da titularização das suas pequenas propriedades, fato que o GT vem encaminhando conjuntamente com a unidade de execução local da DPU junto à Secretaria de Patrimônio da União com fins de expedição de títulos das áreas denominadas **terrenos de marinha**.

Através de recomendação extrajudicial expedida ao governador do Estado do Rio de Janeiro conseguimos iniciar um processo de regularização fundiária no distrito de Paraty-Mirim, município de Paraty, o qual foi suspenso em face das dificuldades econômicas pelas quais passa o Estado e os altos custos demandados por uma regularização fundiária plena.²⁴

O atendimento presencial também demonstrou a necessidade de adequação do projeto governamental Luz Para Todos a fim de que as atividades pesqueiras sejam abrangidas no montante de energia disponibilizado para as unidades residenciais das caiçaras.

Por fim, tendo em vista estarem inseridos em áreas de proteção ambiental e necessitarem sobreviver da extração pesqueira artesanal, assim como da agropecuária, podemos ressaltar que o esclarecimento sobre direitos fundamentais ambientais é indispensável para que possa ocorrer uma prestação de assistência jurídica de alto nível, não somente a estas comunidades tradicionais, como a todas as outras que mantêm seus modos originários de ocupação territorial ou mesmo relações interativas, tanto com o meio ambiente natural como com o artificial.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento da consciência holística no direito tem reflexos diretos no âmbito de atuação de seus operadores, portanto não haveria como uma instituição de âmbito nacional, detentora da maior atribuição constitucional de prestação de assistência jurídica no país, não desenvolver instrumentos que pudessem otimizar sua atuação coletiva no campo temático, desta forma temos a plena certeza de que a opção pelos grupos de trabalho temáticos foi uma opção estratégica muito acertada.

24 Disponível em: <http://anranews.com.br/regularizacao-fundiaria-de-paraty-mirim-e-independencia-avanca/>.

A formação dos grupos temáticos exige uma sensibilidade administrativa aguçada, especialmente no que se refere ao reconhecimento das necessidades socioculturais da população hipossuficiente, não somente no sentido econômico, mas sobretudo de representação perante os poderes federativos nas esferas executiva, legislativa e jurisdicional.

No caso específico do GT Comunidades Tradicionais podemos afirmar, com plena certeza, que o desempenho prático das atividades individuais dos colegas pertencentes ao grupo em sua atuação funcional originária é o elemento fundamental para que se promova a fixação dos objetivos a serem alcançados, enquanto metas tangíveis e, sobretudo, para a indicação das formas mais efetivas de procedimentos operacionais e para capacitação a serem indicadas aos demais colegas da instituição.

Podemos concluir inferindo positivamente que a experiência institucional da Defensoria Pública da União na utilização de Grupos de Trabalhos Temáticos para acompanhamento das necessidades dos povos e comunidades tradicionais, ainda que relativamente recente, eis que a atividade do Grupo de Trabalho iniciou-se em fevereiro de 2014, demonstrou objetividade e efetividade nos resultados alcançados, assim como vem demonstrando a potencialidade do desenvolvimento de macropolíticas institucionais que possam acompanhar o desenvolvimento dinâmico das necessidades destes povos e comunidades originários, sendo então factível afirmar que é viável de ser replicada em qualquer outra instituição de assistência jurídica gratuita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Flávio Gomes de; SOARES, Luiz Antônio Alves. **Ordenamento territorial: Coletânea de textos com diferentes abordagens no contexto brasileiro**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

CAPONI, Stefania. **A busca da África no Candomblé: tradição e poder no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Pallas, 2018.

CAROSO, Carlos; BACELAR, Jeferson. **Faces da tradição afro-brasileira: religiosidade, sincretismo, anti-sincretismo, reafricanização, práticas terapêuticas, etnobotânica e comida**. Rio de Janeiro: Pallas, 2006.

CARRIL, Lourdes. **Terra de negros: herança de quilombos**. São Paulo: Scipione, 1997.

CUMINO, Alexandre. **História da Umbanda**: uma religião brasileira. São Paulo: Madras, 2011.

GOMES, Flávio dos Santos. **Mocambos e quilombos**: Uma história do campesinato negro no Brasil. São Paulo: Claro Enigma, 2016.

GUIMARÃES, Elionne. **Terra de preto**: usos e ocupação de terra por escravos e libertos (Vale do Paraíba mineiro, 1850-1920). Niterói: Editora da UFF, 2009.

KHOURY, Yara Aun (coordenadora). **Guia dos Arquivos das Santas Casas de Misericórdias do Brasil (fundadas entre 1500 e 1900)**. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2004.

LINARES, Ronaldo Antônio; TRINDADE, Diamantino Fernandes. **Memórias da Umbanda no Brasil**. São Paulo: Ícone, 2011.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **Caiçara**: Terra e População: Estudo de demografia histórica e da História social de Ubatuba. São Paulo: Edusp, 2006.

MAURÍCIO, Jorge. **O Candomblé bem explicado (Nações Bantu, Iorubá e Fon)**. Rio de Janeiro: Editora Pallas, 2009.

MELLO, Marcelo Moura. **Reminiscências dos quilombos**: territórios da memória em uma comunidade rural. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2012.

MORAES, Humberto Pena de; SILVA, José Fontenelle Teixeira da. **Assistência Judiciária**: sua gênese sua história e a função protetiva do Estado. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

MOURA, Carlos Eugênio Marcondes de (organizador). **Culto aos orixás, voduns e ancestrais nas religiões afro-brasileiras**. Rio de Janeiro: Editora Pallas, 2011.

MOURA, Clóvis. **Quilombos**: resistência ao escravismo. São Paulo: Editora Ática, 1989.

_____. **Os quilombos e a rebelião negra**. São Paulo: Brasiliense, 2009.

MUSSOLINI, Gioconda. **Ensaio de Antropologia indígena e caiçara**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

NASCIMENTO, Abdias. **O quilombismo**. Brasília/Rio de Janeiro: Fundação Cultural Pmares, 2002.

Plano Nacional de desenvolvimento sustentável dos povos e comunidades tradicionais de matriz africana: 2013/15. Brasília: Presidência da República, 2013.

SANTOS, Ivanir (organizador). **Intolerância Religiosa no Brasil: Relatório e Balanço**. Rio de Janeiro: CEAP, 2016.

SANTOS, Maria Elizabete Gontijo; CAMARGO, Pablo Matos. **Comunidades quilombolas de Minas Gerais no século XXI: História e resistência**. Belo Horizonte: CEDEFES, 2008.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; MACHADO, Maria Helena Toledo (organizadoras). **Emancipação, inclusão e exclusão: desafios do passado e do presente**. São Paulo: EDUSP, 2018.

SIMAS, Luiz Antônio; RUFINO, Luiz. **Fogo no mato: A ciência encantada das macumbas**. Rio de Janeiro: Mórula, 2018.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica integral e gratuita**. São Paulo: Editora Método, 2003.

TAMBASCO, José Roberto Fani. Ciganos no sul do Estado do Rio de Janeiro: transformações sociais e acesso aos direitos fundamentais. **Revista da Defensoria Pública da União – nº 11**. Brasília: DPU, 2018.

ZARUR, Dahas. **Mordomia dos Presos (o embrião da justiça gratuita)**. Tributo a Tiradentes. Rio de Janeiro: edição do autor, 1999.

A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA E SEU ENFRENTAMENTO JUDICIAL: A SITUAÇÃO DA COMUNIDADE QUILOMBOLA RURAL DE PALMAS – BAGÉ/RS

LA VIOLENCIA SIMBÓLICA Y SU ENFRENTAMIENTO JUDICIAL: LA SITUACIÓN DE LA COMUNIDAD QUILOMBOLA RURAL DE PALMAS - BAGÉ/RS

*Guilherme Francisco Paul
Defensor Público Federal
Defensoria Pública da União. Brasil*

RESUMO

O estudo trata sobre as violências simbólicas experimentadas pela Comunidade Quilombola Rural de Palmas, localizada em Bagé, no Rio Grande do Sul. Discorre sobre quais práticas simbolicamente violentas foram perpetradas contra esta comunidade tradicional nos últimos anos e quais medidas jurídicas, tanto a Defensoria Pública quanto o Ministério Público adotaram na tutela dos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais dos quilombolas da região. Também, o texto discorre sobre o diálogo interinstitucional que deve ocorrer entre os entes públicos de órgãos federativos e competências diversas, de modo a se proteger a comunidade vulnerável sem que restem frustradas expectativas e confianças depositadas pelas pessoas afetadas. Por fim, conclui pela necessidade de se tutelar na integralidade tais direitos humanos, inclusive perante entes federativos diversos daqueles tidos por ordinários.

Palavras-chave: Violência simbólica. Comunidade Quilombola Rural de Palmas. Tutela Jurídica. Defensoria Pública.

RESUMEN

El estudio trata sobre las violencias simbólicas experimentadas por la Comunidad Quilombola Rural de Palmas, ubicada en Bagé, en Rio Grande do Sul. Discute sobre qué prácticas simbólicamente violentas se han perpetrado contra esta comunidad tradicional en los últimos años y qué medidas jurídicas, tanto la Defensa Pública como el Ministerio Público adoptaron en la tutela de los derechos patrimoniales e inmateriales de los *quilombolas* de la región. También, el texto discurre sobre el diálogo interinstitucional que debe ocurrir entre los entes públicos de órganos federativos y

competencias diversas, de modo a protegerse a la comunidad vulnerable sin que queden frustradas expectativas y confianzas depositadas por las personas afectadas. Por último, concluye por la necesidad de tutelar en la integralidad tales derechos humanos, incluso ante entes federativos diversos de aquellos tenidos por ordinarios.

Palabras clave: Violencia simbólica. Comunidad Quilombola Rural de Palmas. Tutela jurídica. Defensa Pública.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS 1. A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA CONTRA A COMUNIDADE QUILOMBOLA RURAL DE PALMAS 1.1. A formação da Comunidade Quilombola Rural de Palmas na campanha gaúcha 1.2. Das práticas negacionistas e de invisibilização da Comunidade Quilombola Rural de Palmas 2. DA TUTELA JURÍDICA DE PROTEÇÃO À COMUNIDADE QUILOMBOLA RURAL DE PALMAS 2.1. Do reconhecimento de práticas simbolicamente violentas 2.2. Da comunicação permanente interinstitucional. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Brasil, então colônia de Portugal, foi o maior país importador de escravos do mundo entre os séculos XVI e XIX. Estas duas nações foram as principais responsáveis por um dos maiores êxodos forçados já experimentados pela humanidade, trazendo cerca de 5 milhões de negros do continente africano para o continente americano¹. É óbvio que tamanho empreendimento haveria de deixar consequências durante muitos anos à frente. Não se apaga um passado de milhões de seres humanos, vivenciado durante séculos, com uma lei com dois simples artigos (Lei Áurea²), nem em poucos anos (em termos históricos).

O objetivo do presente estudo não é realizar qualquer espécie de juízo crítico ou moral sobre a prática escravagista em si (por mais condenável que isso

1 CALDEIRA, Arlindo Manuel. **Escravos e Traficantes no Império Português**. 1. ed. Lisboa: A Esfera dos Livros, 2013, p. 32.

2 Lei Imperial nº 3.353, de 13 de maio de 1888: “Art. 1.º: É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil. Art. 2.º: Revogam-se as disposições em contrário”.

possa ser a nossos olhos hoje), mas sim identificar como a escravidão havida por mais de 300 anos ainda hoje se reflete aos descendentes de escravos em solo nacional. Especificamente sobre o objeto deste estudo, como os descendentes de escravos na região da Campanha Gaúcha, na fronteira com o Uruguai, sofrem com diversas práticas violentas ainda hoje, a despeito de não serem mais considerados sub-humanos, mas sujeitos de direito em si.

Pretende-se demonstrar que nos dias atuais as violências experimentadas pelos descendentes de escravos na região da Campanha Gaúcha não são mais aquelas perpetradas fisicamente aos indivíduos, para o qual não só a legislação nacional já está bem formatada, como também os órgãos públicos de proteção e repressão a tais condutas estão atentos. As violências praticadas hoje contra essas comunidades tradicionais são mais sutis, veladas, camufladas, mas ainda assim capazes de ofender os mais básicos sentimentos do ser humano, em especial daqueles afetados pela conduta. São violências simbólicas, atacando sentimentos de valia e pertencimento a determinado grupo social, no caso, aos descendentes de escravos.

Ao discorrer sobre casos concretos de violência simbólica praticados contra a comunidade de descendentes de escravos – Comunidade Quilombola Rural de Palmas, na zona rural do Município de Bagé/RS, região da campanha gaúcha, será abordada a dificuldade em identificar tais condutas, desde o discurso de negação histórica proferido localmente, até a tentativa de invisibilização da comunidade tradicional.

O estudo pretende ainda tentar explicitar os meios jurídicos de proteção contra tais condutas, sabendo reconhecer as práticas violentas em si e dando a adequada conformação jurídica ao caso, o que permitirá indicar, com maior grau de segurança, quais medidas judiciais e extrajudiciais o ordenamento jurídico coloca à disposição da comunidade tradicional para defender seus interesses e direitos.

1. A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA CONTRA A COMUNIDADE QUILOMBOLA RURAL DE PALMAS

O conceito de violência simbólica foi desenvolvido pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu, ao longo de sua trajetória acadêmica. Tem como pressuposto o reconhecimento não de práticas fisicamente atentatórias ao indivíduo, mas a identificação de formas de coação e imposição através do poder econômico, cultural,

institucional ou social³. No Brasil, a violência simbólica costuma ser mais estudada no ambiente escolar, com a prática do *bullying*, e nas discussões de gênero, mormente nas violências domésticas e familiares contra as mulheres.

Em relação à violência racial, o racismo no Brasil sempre foi visto como algo dúbio, no sentido de que é praticado cotidianamente pela população, mas não é reconhecido oficial ou informalmente, nem pelo Estado, nem por seus cidadãos. Isso tem a ver como o modo como se deu a própria evolução social brasileira, em que sempre houve, desde a gênese nacional, uma mistura de raças, mas nem por isso deixou de haver sentimentos de superioridade e de opressão de um indivíduo perante outro⁴.

Pierre Bourdieu aponta os dois modos principais pelos quais a violência simbólica pode ser praticada, quando discorre especificamente sobre o poder de nomeação⁵:

(...) todas as estratégias simbólicas por meio das quais os agentes procuram impor a visão das divisões do mundo social e da sua posição nesse mundo podem situar-se entre dois extremos: o insulto, *idios logos* pelo qual um simples particular tenta impor o seu ponto de vista correndo o risco da reciprocidade; a **nomeação oficial**, acto de imposição simbólica que tem a seu favor toda a força do colectivo, do consenso, do senso comum, porque ele é operada por um mandatário do Estado, detentor do **monopólio da violência simbólica legítima**.

Nesse sentido, a prática de violências contra comunidades tradicionais pode partir tanto de indivíduos e grupos de pessoas, quanto da própria ação estatal em si. A Comunidade Quilombola de Palmas experimenta ambas as formas de opressão, seja por pessoas contrárias ao reconhecimento da comunidade descendente de escravos, seja pelo próprio Município de Bagé, ao deixar de proteger esta comunidade tradicional, bem como ao praticar atos de invisibilização e opressão.

1.1. A formação da Comunidade Quilombola Rural de Palmas na campanha gaúcha

A presença de escravos na região da campanha (entre o Rio Grande do Sul e o Uruguai) começa a partir da segunda metade do século XVIII, com o desenvolvimento

3 BORDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 42-43.

4 Sobre a segregação e mistura racial no Brasil, BETHENCOURT, Francisco. **Racismos – Das Cruzadas ao Século XX**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 265-272.

5 BORDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 146.

das charqueadas. Além do trabalho pesado junto ao abate e desossa de animais, suas atividades também envolviam outras obrigações campesinas e tarefas domésticas⁶.

Luiz Aranha Corrêa do Lago, em sua tese de doutorado defendida em Harvard, em 1978, estudou sobre a evolução da escravidão no Brasil até o trabalho livre. Nesta obra vem retratado o censo populacional realizado no Rio Grande do Sul no ano de 1858⁷. Nessa época, Bagé⁸ contatava com uma população total de 12.342 pessoas, sendo 4.016 como população escrava, perfazendo 32,5% da população total do município.

Em outro censo, realizado em 1862, a população escrava em Bagé aparece estimada em 5.837 cativos, um percentual de 26,3% da população total do Município na época⁹. Veja-se que comparativamente a outros municípios daquela época, Bagé estava dentre as cidades com maior número de cativos no Estado do Rio Grande do Sul.

Também o Arquivo Público do Estado do Rio Grande do Sul, em 2006, publicou na internet uma série de documentos que corroboram a existência de cativos em Bagé, e na região rural de Palmas. A publicação compila parte do acervo dos Tabelionatos de diversos municípios do interior do Rio Grande do Sul, consistente nos Registros de Atos das Cartas de Liberdade, ocorridas durante o século XIX¹⁰.

Neste documento constam centenas de registros de escravos em Bagé que foram “libertados” por seus senhores, sob as mais variadas condições, havendo registros desde o ano de 1847 até o ano de 1897. Nesta publicação, é possível encontrar registros de escravos que nasceram na região de Palmas, em Bagé, e outros que ali trabalhavam até obter a liberdade, seja através de Cartas de Liberdade, seja pela promulgação da Lei Áurea¹¹.

Ainda, o folheto de Tarcísio Antonio Costa Taborda¹² “A Abolição da

6 SCHWARCZ, Lilia Moritz; GOMES, Flávio Santos dos. **Dicionário da Escravidão e Liberdade**: 50 textos críticos. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 151.

7 DO LAGO, Luis Aranha Corrêa. **Da escravidão ao trabalho livre**: Brasil, 1550-1900. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 569.

8 A data oficial de fundação da cidade de Bagé é 17 de julho de 1811.

9 Obra citada, p. 570-571.

10 Disponível em: http://www.apers.rs.gov.br/arquivos/1169142561.Cat_Sel_Cartas_Liberdade_Vol_1.pdf. Acesso em: 2 abr. 2018. **Documentos da escravidão catálogo seletivo de cartas de liberdade – acervo dos tabelionatos do interior do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: CORAG, 2006.

11 Há referências a escravos nos Tabelionatos de Bagé e de Caçapava do Sul, como provenientes da região de Palmas.

12 Documento disponível junto ao Arquivo Público Municipal de Bagé.

Escravidão em Bagé – 28 de setembro de 1884”, narra como o Clube Abolicionista 28 de Setembro de Bagé, foi angariando adeptos à causa abolicionista em meados da década de 80 do século XIX, até redundar na proclamação, na Câmara de Vereadores desta cidade, da libertação de todos os escravos da cidade, ocorrida em 28/09/1884.

Dessa forma, os registros históricos permitem afirmar com segurança a presença de escravos, principalmente na zona rural do Município de Bagé, desde a segunda metade do século XVIII. É nesse contexto que está inserida a comunidade de descendentes de escravos de Palmas, zona rural situada entre o perímetro da cidade de Bagé e o Município vizinho de Caçapava do Sul.

A Comunidade Quilombola Rural de Palmas foi certificada como descendente de escravos pela Fundação Cultural Palmares em 13 de março de 2007 e o estudo antropológico realizado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) que embasou o reconhecimento desta comunidade perante o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) foi concluído em dezembro do mesmo ano. Atualmente são 33 famílias nesta situação, compondo um grupo de cerca de 120 (cento e vinte) pessoas.

O número real de descendentes de escravos nesta região provavelmente é maior, mas não há como afirmar com precisão, pois diversas pessoas, acoçadas e amedrontadas com a violência fundiária local, acabaram por deixar este território, ou simplesmente por abandonar as associações locais que lutam pela propriedade da área que ocupam.

Aqueles membros que ainda residem no local vivem hoje da atividade campesina mais rudimentar, numa agricultura de subsistência, ou como empregados rurais em fazendas da região, principalmente na atividade pecuária.

A despeito de todos estes apontamentos históricos e técnicos realizados por pesquisadores de diversas áreas, os membros desta comunidade ainda sofrem diversas formas dissimuladas de violências e opressões.

1.2. Das práticas negacionistas e de invisibilização da Comunidade Quilombola Rural de Palmas

O estudo sócio-histórico-antropológico elaborado pela UFRGS faz referência aos processos de negação histórica, opressão e invisibilização que a Comunidade Quilombola Rural de Palmas experimenta. É indissociável da formação de qualquer comunidade descendente de escravos conviver com práticas intimidatórias e

opressivas, mormente em locais onde há questões fundiárias, com disputa de terras e espaços envolvidos¹³.

Os membros da Comunidade Quilombola Rural de Palmas já experimentaram negativas de trabalho nas fazendas e estâncias da região, após sua formação como entidade minimamente organizada. Até os anos 2000, a principal fonte de renda destes descendentes provinha de empregos rurais, mesmo que sazonais e esporádicos, muitas vezes sem vínculo formal de trabalho, cuidando do gado de grandes pecuaristas da região.

Após o início do processo de reconhecimento como descendentes de escravos, a primeira coação sofrida foi a da supressão da oferta de trabalho na região.

Sem os até então tradicionais meios de subsistência pelo trabalho formal ou informal nas fazendas da região, estes moradores passaram a exercer, para si próprios, a agricultura e pecuária de subsistência, cultivando os bens de consumo típicos da zona rural (hortifrutigranjeiros, milho, feijão e criação de pequenos animais). A prática campesina ocorre em cantos de campo, afastados das melhores pastagens, em áreas de difícil acesso e sem registro imobiliário.

Em seguida à supressão das ofertas de emprego, surgiu o conflito possessório, para exploração do campo com o pasto de animais e pequenas lavouras. Diversos esbulhos possessórios foram realizados pelos pecuaristas contrários ao reconhecimento quilombola, obrigando os membros desta comunidade a reivindicar não só direitos de passagem como proteção contra invasões de áreas por eles tradicionalmente ocupadas há décadas¹⁴.

Além disso, persiste até hoje a tentativa de minimizar ao máximo a exposição da comunidade quilombola perante a sociedade local. Recentemente foi publicado em veículo de comunicação local, o Jornal Minuano, a terceira ocorrência de furto das placas de identificação e que indicam o acesso aos territórios reivindicados pela Comunidade de Palmas¹⁵. As placas de sinalização de trânsito estavam colocadas nas margens da BR-153, que liga a cidade de Bagé ao centro do estado do Rio Grande do Sul, e é o principal caminho para a capital, Porto Alegre. Nas duas ocasiões anteriores

13 GOMES, Flávio dos Santos. **Mocambos e Quilombos**: uma história do campesinato negro no Brasil. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2015, p. 34.

14 Nesse sentido, tramitaram na Justiça Federal de Bagé as ações possessórias nº 5000888-54.2014.4.04.7109 e 5001475-71.2017.4.04.7109, propostas pelo Ministério Público Federal. Também foi proposta a ação nº 5001089-17.2012.4.04.7109, por pecuaristas da região.

15 Disponível em: <http://www.jornalminuano.com.br/noticia/2019/04/26/comunidade-de-palmas-registra-furto-de-placa>. Acesso em: 13 maio 2019.

em que foram subtraídas, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) foi responsável por recolocar novas placas de sinalização, que indicam a existência da comunidade, e orientam sobre o modo de acesso a comunidade, encravada na zona rural.

Porém, nenhuma investigação foi realizada sobre o sumiço das placas de trânsito em si, a despeito da prática dos crimes de dano ou furto estarem tipificados na legislação penal.

Estes furtos ou danos de placas de trânsito poderiam ser somente crimes normais, sem qualquer relação com o objeto do estudo aqui desenvolvido. No entanto, é necessário analisar tais condutas sob uma perspectiva mais ampla. Existem centenas de placas de sinalização de trânsito ao longo da rodovia que liga a cidade de Bagé a Porto Alegre, mas não há registro de furto reiterado de outras placas de sinalização de trânsito, senão daquelas identificadoras da Comunidade Quilombola Rural de Palmas. Tal fato é sintomático de uma tentativa de invisibilização da comunidade, para que qualquer pessoa que transite por aquela região não tome conhecimento da existência de uma comunidade formada por descendentes de escravos ali, e que ainda hoje lutam para serem proprietários das terras que tradicionalmente ocupam.

Além disso, outros processos judiciais foram ajuizados na Justiça Federal de Bagé¹⁶ por proprietários rurais da região conflituosa, em que explicitamente negam a existência de comunidade quilombola na região de Palmas. Pretendem os autores destes processos manterem-se nas propriedades rurais hoje consolidadas na região exatamente como estão. Nestes processos judiciais, seus autores tentam instruir seus pedidos com relatos históricos negando a existência de escravos na região rural de Palmas, em Bagé, e identificando todos os moradores locais sobre o mesmo gentílico, o de gaúchos da região da campanha. Ainda não há decisão definitiva da Justiça Federal sobre o tema, estando as ações ainda em curso, tanto em primeiro, quanto em segundo grau de jurisdição.

Estas duas condutas citadas – a subtração de placas de identificação da Comunidade Quilombola Rural de Palmas e a judicialização da existência ou não de comunidade quilombola na região – quando associadas, permitem constatar a prática de violência simbólica, em que se tenta, respectivamente, invisibilizar a presença da comunidade quilombola, assim como negar historicamente o modo de composição

16 Processos judiciais nº 5001752-87.2017.4.04.7109 e 5001753-72.2017.4.04.7109.

do corpo social da região. São, sem sobra de dúvidas, afrontas diretas à comunidade quilombola, num exercício de amedrontamento e firme tomada de posição.

Diante dos interesses envolvidos nestas duas práticas de violência simbólica, é possível aferir que elas são praticadas por indivíduos singularmente considerados, ou por um coletivo de indivíduos com ideias comuns, mas sem coadunação do Estado (*lato sensu*). Inclusive, os órgãos públicos, a despeito de eventuais deficiências, procuram dirimir ou mesmo reprimir eventuais condutas – substituindo placas identificatórias e reconhecendo a existência de descendentes de escravos, assim como tutelando juridicamente a comunidade, através do Ministério Público e da Defensoria Pública.

No entanto, também é possível identificar prática violadora do sentimento de pertença e de dignidade aos membros da Comunidade Quilombola Rural de Palmas praticada pelo Poder Público. Foi o que ocorreu quando o Município de Bagé editou a Lei Municipal nº 5.538, de 25 de setembro de 2015, denominando o posto de saúde que atende a comunidade quilombola como Posto de Saúde “Afonso Miranda Collares”, sem que os quilombolas daquela região fossem consultados a respeito.

A homenagem a determinada pessoa, em tese, nada tem de violadora à dignidade de determinado grupo social. As legislações municipais em todo o Brasil são pródigas em prestar homenagens deste tipo, dando nome de personalidades importantes nas localidades, a escolas, postos de saúde, logradouros públicos e até mesmo a viadutos.

No entanto, denominar aquele posto de saúde, responsável por atender aquela comunidade tradicional, sem sequer consultá-la, com o nome de um falecido proprietário rural da região, cuja família, no passado, ainda que remoto, foi proprietária de escravos, acabou por afetar a dignidade dos quilombolas.

Veja-se que não se tratou de homenagear pessoa com a denominação de uma rua na zona urbana da cidade, ou uma praça do município. A homenagem foi deliberadamente determinada a um posto de saúde responsável por realizar atendimentos à comunidade quilombola. O Município de Bagé, inclusive, recebe verbas públicas vinculadas ao acompanhamento de saúde da comunidade tradicional em questão do Ministério da Saúde.

Imagine-se que em toda ocasião em que um membro da Comunidade Quilombola Rural de Palmas necessitasse levar seu filho ao posto de saúde em questão, estaria lá, na fachada do prédio, a homenagem ao Sr. Afonso Miranda Collares. A mensagem era óbvia e explícita: toda vez que a comunidade quilombola

em questão precisasse de atendimento de saúde, era a este Posto de Saúde que deveria recorrer, ao Posto de Saúde Afonso Miranda Collares. Ou seja, impunha-se, ainda que subliminarmente, uma situação de poder social e dominação, não mais toleradas num Estado Democrático e Social de Direito.

A mesma violação e mensagem de poder ocorreria se uma escola na zona rural, em que crianças da comunidade quilombola estudassem, fosse denominada com o sobrenome de uma família tradicional na região, antiga proprietária de escravos.

Evidente que existiu um ato de afronta, de violência simbólica na denominação do Posto de Saúde até então conhecido como “Coxilha das Flores” (localidade da zona rural de Palmas) como Posto de Saúde Afonso Miranda Collares. As famílias de sobrenome Collares historicamente possuíam diversas estâncias na região de Palmas, na segunda metade do século XIX, valendo-se, além de outros tipos de mão de obra, também de mão de obra escrava.

Em relação à esta violência simbólica, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul propôs ação perante o Poder Judiciário de Bagé¹⁷, para ver declarada a nulidade da lei municipal de efeitos concretos em questão, por não respeitar o direito de consulta prévia exigido pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. Ainda, no bojo desta ação, foi ventilado sobre a própria inadequação da homenagem em si, diante da existência de uma comunidade quilombola na região atendida pelo Posto de Saúde, e a ofensa velada ali contida.

Em sua contestação judicial, o Município de Bagé valeu-se dos mesmos argumentos lançados pelos proprietários rurais da região conflituosa: inexistência de comunidade quilombola na região, ausência de interesse jurídico na discussão sobre a denominação do Posto de Saúde, bem como observância das legislações locais respectivas sobre a nomeação de bens públicos.

Neste caso, felizmente, em recente decisão, o Poder Judiciário de Bagé acolheu o pedido do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, reconhecendo a existência de vício formal na lei que alterou a denominação do Posto de Saúde “Coxilha das Flores” para Posto de Saúde “Afonso Miranda Collares”, por não observância do dever de consulta à Comunidade Tradicional ali atendida. Tal sentença foi publicada em 11/06/2019, e ainda pende de recurso por parte do Município de Bagé.

Todos estes exemplos demonstram como, mesmo depois de mais de 130

17 Processo judicial nº 004/1.16.0005661-0. A ação foi proposta pelo Promotor de Justiça Everton Resmini Meneses, e recentemente sentenciada pelo Juiz de Direito Leandro Preci.

(cento e trinta) anos de abolição da escravatura, ainda os descendentes de escravos sofrem medidas constritivas em seus direitos, sejam aqueles não patrimoniais, como sentimento de pertença e valia, sejam aqueles de cunho patrimonial, como acesso à propriedade imobiliária que ocupam ou de oferta de emprego na região em que tradicionalmente residem.

2. DA TUTELA JURÍDICA DE PROTEÇÃO À COMUNIDADE QUILOMBOLA RURAL DE PALMAS

Identificar práticas simbolicamente violentas nem sempre é tarefa fácil, pois não envolvem afetações diretas a um indivíduo em si, ou a um coletivo de pessoas, nem mesmo objetivam atingir a integridade física dos envolvidos imediatamente. Como indicado nos exemplos concretos acima, a violência simbólica vivenciada na região de Palmas é velada, camuflada, muitas vezes praticada no limite da legalidade estrita admitida individual ou coletivamente.

Por isso, reconhecer o que está por trás de determinada conduta, muitas vezes legal, exige do agente protetor da comunidade tradicional uma macrovisão da realidade social em que está inserida a comunidade vulnerável. É dizer, não basta apenas olhar a árvore em si (um problema isoladamente considerado), sendo necessário atentar para a floresta que a rodeia. A ausência de oferta de empregos na região rural conflituosa pode ser somente fruto de crise econômica ou intempéries climáticas, assim como pode ser uma decisão, ponderada e deliberada, para prejudicar uma específica comunidade em situação de vulnerabilidade e em conflito de interesses.

Saber concatenar as diferentes situações impostas à Comunidade Quilombola Rural de Palmas tem exigido, no mínimo, uma capacidade de interpretação ampla dos fatos, assim como um razoável conhecimento sobre a conformação social e histórica da região, de modo a autorizar a conclusão de se estar diante de uma situação de violência (mesmo que simbólica) contra esta comunidade tradicional.

2.1. Do reconhecimento de práticas simbolicamente violentas

Como já referido acima, identificar uma prática simbolicamente violenta demanda um conhecimento prévio sobre a realidade em que está inserida a comunidade tradicional afetada. E este conhecimento prévio se refere a todos os aspectos envolvidos, realidade econômica, social, cultural e histórica da região em

que se insere a Comunidade Quilombola de Palmas.

Uma insurgência quanto à denominação de um Posto de Saúde, através de uma lei municipal aprovada em uma sessão ordinária da Câmara de Vereadores, sem maior publicização da questão, pode parecer um fato trivial em uma primeira análise. Somente analisando mais a fundo a questão é que se torna possível identificar uma prática discriminatória e opressora na medida legislativa local.

Neste exemplo concreto, somente após a Defensoria Pública da União em Bagé questionar o Poder Legislativo Municipal de Bagé e o Prefeito Municipal sobre a homenagem prestada através do Posto de Saúde, é que se pôde vislumbrar uma medida violadora dos direitos imateriais da comunidade tradicional em pauta. Na ocasião, o Município de Bagé (tanto o Prefeito Municipal quanto a Câmara de Vereadores) defenderam a legalidade da legislação, argumentando tratar-se de homenagem justa, a um cidadão que sempre se importou com os assuntos daquela zona rural.

No entanto, apenas conhecendo mais a fundo a realidade local é que se torna possível ter conclusão diversa daquela exposta pelo Município de Bagé, no sentido de que a figura da pessoa do homenageado, a despeito de eventualmente merecer tal graça, pode afetar uma comunidade quilombola daquela região. É necessário, para tanto, ter em vista que se tratava de um órgão municipal prestador de serviço de saúde (posto de saúde), e que o sobrenome do homenageado é tradicional na região da Campanha Gaúcha, havendo diversas famílias com fazendas e estâncias na região com o mesmo sobrenome.

Em sendo um sobrenome corrente a proprietários rurais na região, de uma família tradicional, a retrospectiva histórica acabou por demonstrar que antepassados do homenageado, no século XIX, eram proprietários de escravos. Assim, homenagear, ainda que muito tempo depois, em uma instituição pública de saúde, um sobrenome vinculado às práticas laborais compulsórias do passado invariavelmente acaba por afetar a dignidade de uma comunidade de descendente de escravos.

Além disso, a medida legislativa em questão foi tomada sem consulta formal à comunidade tradicional afetada, violando objetivamente a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, que estabelece os direitos mínimos dos povos e comunidades tradicionais, em especial no seu artigo 6º:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

Mas não somente as práticas estatais exigem um conhecimento amplo da realidade social em que está inserida a comunidade tradicional, também as ações individuais demandam este tipo de raciocínio. Como referido, a subtração de placas de trânsito pode ser um mero crime comum, ou pode envolver outras condutas cujo objetivo seja maior do que mero dano ao patrimônio público, como invisibilizar e afrontar a Comunidade Quilombola Rural de Palmas.

Da mesma forma, judicializar o reconhecimento fundiário da comunidade quilombola em questão, através de diversas ações (ainda tramitam duas ações sobre o tema em primeiro grau de jurisdição em Bagé) pode ter o condão, tão somente, de exercer o contraditório e acesso à justiça daquelas pessoas que eventualmente se sentem prejudicadas pelo reconhecimento da comunidade quilombola. Mas pode, outrossim, ser reconhecida tal prática como uma estratégia para perpetuar a discussão sobre o assunto, tornando eternamente precária a situação jurídica da comunidade tradicional, e deixando-a em situação de vulnerabilidade e sem qualquer garantia de ver-se regularizada perante o Estado brasileiro.

Práticas intimidatórias em si, como esbulhos possessórios, condicionamento de manutenção do emprego, ou sua oferta, à associação com interesses dos pecuaristas da região, supressão dos direitos de passagem tradicionalmente existentes, são as condutas mais explícitas enfrentadas pela Comunidade Quilombola Tradicional de Palmas, em Bagé. Relacionar tais atos mais expressos com aqueles em que a violência e opressão está mais velada é tarefa dos agentes responsáveis por tutelar os interesses da comunidade tradicional em questão, o que tem sido feito, em âmbito local, principalmente pela Defensoria Pública da União e pelo Ministério Público Federal.

2.2. Da comunicação permanente interinstitucional

As diversas formas de ataque a uma comunidade tradicional, como as experimentadas pela Comunidade Quilombola de Palmas, em Bagé, exigem que os agentes responsáveis por tutelar os interesses destas pessoas em situação de vulnerabilidade tenham uma boa capacidade de dialogar com outras instituições, inclusive de diferentes esferas de poder e órgãos federativos.

É importante destacar que, em se tratando de uma comunidade quilombola, localizada na zona rural, em região deprimida economicamente, em geral seus membros não dispõem de condições financeiras para custear a defesa de seus interesses através de advogados contratados. Da mesma forma, não raro as pretensões formuladas não apresentam retorno financeiro mínimo a atrair o interesse de advogados para defender, ainda que graciosamente, determinada causa.

Assim, a defesa de comunidades quilombolas, inclusive no caso da Comunidade Quilombola de Palmas, fica sob atribuição da Defensoria Pública da União e do Ministério Público Federal, instituições públicas não atreladas a qualquer potencial retorno financeiro que determinada demanda poderia ocasionar. Estas duas instituições são, desta forma, verdadeiras caixas de ressonância sobre a realidade experimentada pela comunidade tradicional, frequentemente recebendo notícias de fatos e reclamações sobre condutas internas da comunidade e externas do ambiente em que envoltas.

Não é possível tutelar direitos de uma comunidade tradicional autolimitando as atribuições de uma instituição em função de competências federativas, relegando a pessoa (ou coletivo de pessoas vulneráveis) a descobrir, por si própria, qual órgão/instituição será o competente, diante de um problema em concreto. Veja-se, por exemplo, que para questionar a violência simbólica acerca da nomenclatura do posto de saúde responsável por atender os quilombolas, primeiramente foi procurada a Defensoria Pública da União em Bagé. Mesmo que a DPU estivesse delimitada a atuar somente perante os órgãos judiciários federais, a reiterada atuação em defesa da comunidade tradicional acaba criando um laço de confiança e expectativa que não deve ser frustrado por uma mera questão de competência.

Existem diversas medidas extrajudiciais que podem ser tomadas, mesmo diante de uma questão como a posta acima. Ainda que eventual competência jurisdicional para conhecer da discussão esteja adstrita à Justiça Estadual – discussão de lei municipal de efeitos concretos – não devem as instituições ordinárias na defesa da tutela dos vulneráveis, como é a DPU, deixar de colaborar com a defesa da comunidade tradicional e o debate a que se propõe. Assim, tanto a tomada de informações dos órgãos públicos municipais, quanto o diálogo interinstitucional com a Defensoria Pública do Estado e com o Ministério Público Estadual podem (e devem) ser realizados através da DPU, sem que a justa expectativa depositada pela comunidade tradicional reste frustrada, nem que os legítimos titulares processuais

sejam deixados de lado.

Nesse ponto, o diálogo interinstitucional revela-se com grau de importância ímpar, pois muitas vezes apenas aquele profissional mais acostumado com determinado tipo de lide pode ser capaz de demonstrar a outro profissional, de área ou competência distinta, a violação simbólica a determinado direito, ou mesmo a viabilidade jurídica de determinada pretensão.

Ademais, em se tratando de violações propriamente a direitos humanos, nada obsta que a própria instituição DPU auxilie nas postulações em juízo diverso do federal, seja através da figura do *amicus curiae*, seja como *custus vulnerabilis*. Foi exatamente isso que ocorreu, inclusive, na ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul contra o Município de Bagé, citada acima, que questionou a homenagem a pecuarista da região de Palmas junto ao Posto de Saúde que atende a comunidade quilombola da região. Mesmo se tratando de processo a tramitar perante juízo estadual, o conhecimento de causa adquirido e desenvolvido pela DPU pode contribuir para o processo de tomada de decisão em juízo diverso, de modo a permanecer, legitimamente, tutelando os interesses da comunidade tradicional em questão.

Sponte propria, não teria a DPU atribuição para postular em juízo diretamente perante a Justiça Estadual. Daí que nasce a necessidade de saber dialogar com instituições de órgãos federativos diferentes, seja para expor a violência simbólica em si, seja para demonstrar a viabilidade jurídica de determinada discussão. E este diálogo interinstitucional não se limita à mera remessa do caso, com os documentos produzidos e coletados a respeito de um problema em si. A relação com os demais atores jurídicos responsáveis pela tutela de direitos humanos deve ser permanente, acompanhando toda a discussão judicial a respeito do processo, de modo a zelar pela adequada tutela da comunidade vulnerável na integralidade da causa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, mesmo que em linhas breves, teve o objetivo de tentar expor a complicada e conflituosa situação por que passa a Comunidade Quilombola Rural de Palmas na cidade de Bagé. Noticiar atos de violência expressos e simbólicos são necessários, seja para chamar a atenção das autoridades responsáveis por tutelar direitos de populações em situação de vulnerabilidade, seja para compartilhar experiências vivenciadas a partir de casos concretos.

A violência simbólica muitas vezes perpetrada contra comunidades tradicionais pode parecer frugal, por não atentar diretamente a direitos físicos ou econômicos das pessoas afetadas. No entanto, a mensagem por trás da ação combatida é tão danosa quanto uma violência física, pois ataca os sentimentos de valia, de estima e autovalorização imprescindíveis a qualquer pessoa e coletivo de pessoas.

Assim, mostra-se importante não só estar atento à realidade local da comunidade tradicional tutelada, como também conhecer os precedentes históricos que culminaram na formação deste coletivo de pessoas. Isso porque é somente dominando todas as questões de fundo de uma coletividade que é possível zelar adequadamente pelo seu patrimônio imaterial e sua memória.

Na defesa de direitos humanos imateriais de uma comunidade tradicional, não deve o agente responsável por esta tutela atrelar-se rigidamente a questões técnicas como competência processual, devendo saber transitar – dentro de parâmetros legais – com os demais agentes igualmente obrigados a zelar pelos povos originários. Assim, os defensores públicos que se deparam com violências simbólicas praticadas contra uma comunidade vulnerável, devem ser capazes de dialogar não só com as autoridades administrativas mais próximas, como também com os demais agentes responsáveis pela tutela jurídica em âmbito federativo diverso (Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública Estadual e Federal, e mesmo Poder Judiciário Estadual e Federal).

São estas três instituições, nestes dois âmbitos federativos e jurisdicionais, que mais frequentemente têm sido chamadas para discutir e tutelar os interesses dos povos e comunidades tradicionais no âmbito da Campanha Gaúcha. O diálogo interinstitucional deve continuar, permanente e duradouro, de modo a razoavelmente, continuar sendo garantido o acesso à justiça às comunidades quilombolas da região.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETHENCOURT, Francisco. **Racismos – Das Cruzadas ao Século XX**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

BORDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. **O Poder Simbólico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

CALDEIRA, Arlindo Manuel. **Escravos e Traficantes no Império Português**. 1. ed. Lisboa: A Esfera dos Livros, 2013.

Documentos da escravidão catálogo seletivo de cartas de liberdade – acervo dos tabelionatos do interior do Rio Grande do Sul – Arquivo Público do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: CORAG, 2006.

DO LAGO, Luis Aranha Corrêa. **Da escravidão ao trabalho livre: Brasil, 1550-1900**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

GOMES, Flávio Santos dos. **Mocambos e Quilombos: uma história do campesinato negro no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2015, p. 34.

Lei Imperial nº 3.353, de 13 de maio de 1888.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; GOMES, Flávio Santos dos. **Dicionário da Escravidão e Liberdade: 50 textos críticos**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

TABORDA, Tarcísio Antonio Costa. **A Abolição da Escravatura em Bagé – 28 de setembro de 1884**. Arquivo Público Municipal de Bagé.

TERRITORIALIDADE QUILOMBOLA NO BLOCO DOS DIREITOS SOCIAIS E A INVALIDAÇÃO DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL NO ESTADO DE SÃO PAULO (BRASIL)¹

TERRITORIALIDAD QUILOMBOLA EN EL BLOQUE DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LA INVALIDACIÓN DE LAS UNIDADES DE CONSERVACIÓN DE PROTECCIÓN INTEGRAL EN EL ESTADO DE SÃO PAULO (BRASIL)

Wagner Giron de la Torre
Defensor Público do Estado de São Paulo
Pós-graduado em Direitos Humanos e Acesso à Justiça pela FGV/SP
wtorre@defensoria.sp.def.br

RESUMO

A intervenção do Estado no campo ambiental, por meio da criação das Unidades de Conservação sobrepostas aos territórios ancestrais de Comunidades Remanescentes de Quilombos produz uma série de conflitos, não só pela transposição dos territórios comunais, de maneira vertical, ao domínio do Estado, mas, principalmente, pelas restrições e forte marginalização que os equipamentos conservacionistas oficiais impõem às comunidades quilombolas, gerando sua asfixia social e dissolução etnocultural. O presente trabalho se estruturou pelas seguintes hipóteses: (i) não há colisão entre os princípios da tutela ambiental e o direito territorial titularizado pelas comunidades tradicionais; (ii) as Unidades de Conservação de Proteção Integral, no Estado de São Paulo, tal como instituídas, não escapam incólumes a um controle de convencionalidade perante a juridificação dos direitos humanos. A conclusão deste trabalho mostra que inexistente o conflito entre os dois valores enunciados, bem como que as Unidades de Conservação, no que tangem ao território das comunidades quilombolas, são nulas, face a carta internacional dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Comunidades Quilombolas. Unidades de Conservação. Territorialidade.

1 Este artigo é um resumo do trabalho de conclusão de curso apresentado na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas/SP, em 2017, intitulado “Territorialidade quilombola, direitos humanos e unidades de conservação no Estado de São Paulo”, como requisito parcial para a obtenção do título de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Acesso à Justiça.

RESUMEN

La intervención del Estado en el campo ambiental, por medio de la creación de las Unidades de Conservación superpuestas a los territorios ancestrales de Comunidades Remanentes de Quilombos produce una serie de conflictos, no sólo por la transposición de los territorios comunales, de manera vertical, al dominio del Estado pero, principalmente, por las restricciones y fuerte marginación que los equipos conservacionistas oficiales imponen a las comunidades quilombolas, generando su asfixia social y disolución etnocultural. El presente trabajo se estructuró por las siguientes hipótesis: (i) no hay colisión entre los principios de la tutela ambiental y el derecho territorial titulizado por las comunidades tradicionales; (ii) las Unidades de Conservación de Protección Integral, en el Estado de São Paulo, tal como instituidas, no escapan incólumes a un control de convencionalidad ante la juridificación de los derechos humanos. La conclusión de este trabajo muestra que no existe el conflicto entre los dos valores enunciados, así como que las Unidades de Conservación, en lo que concierne al territorio de las comunidades quilombolas, son nulas frente a la carta internacional de los derechos humanos.

Palabras clave: Derechos Humanos. Comunidades Quilombolas. Unidades de Conservación. Territorialidad.

SUMÁRIO

1. QUILOMBOS E SEUS SIGNIFICADOS 2. COMUNIDADES TRADICIONAIS, TUTELA SOCIOAMBIENTAL E CONFLITOS TERRITORIAIS 3. OS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS 4. A (IN)VALIDADE DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO SOBRE OS TERRITÓRIOS COMUNAIS.

“Sinuosa até na violência, negadora de virtudes sociais, contemporizadora e narcotizante de qualquer energia realmente produtiva, a ‘moral das senzalas’ veio a imperar na administração, na economia e nas crenças religiosas dos homens do tempo. A própria criação do mundo teria sido entendida por eles como uma espécie de abandono, um languescimento de Deus”.

Sérgio Buarque de Holanda

1. QUILOMBOS E SEUS SIGNIFICADOS

Quilombo é palavra de significado forte, enraizada na história. Indicativa de espaço de severas disputas, situado na fronteira étnico-cultural² e confinado nas tensões entre a primazia de forças cingidas à sociedade hegemônica e os modos de reprodução comunitários com fortes traços pré-modernos.

Até hoje, pelas forças do atraso³ seu significado é discutido dentro não só do sistema de justiça, mas principalmente nos centros de produção de decisões políticas, cuja ideologia tende a manter as simbologias ligadas a esses espaços comunais na mais absoluta invisibilidade, negando, esvaziando, esvanecendo no abandono da história oficial, a força dos direitos fundamentais, que sustentam as bases territoriais desses segmentos étnicos, imbricados, de maneira iniludível, à própria conformação do Brasil enquanto nação.⁴

Calha também demarcar a forte carga de preconceito que, corridos cinco séculos da introdução do elemento africano como escravo nestas longitudes, interdita a realização da **justiça histórica** que deveria se materializar através do reconhecimento e titulação dos territórios ocupados por seus remanescentes.

Quilombo é também espaço de disputas por liberdade, emancipação e perspectivas de dignidade de vida, forjado pelas minorias oprimidas frente ao avanço de um modo de produção e acumulação de capital que só tende a superar e destruir as formas tradicionais de vivência societária.⁵

2 VIEIRA, Marcelo Garcia. **Os direitos fundamentais das comunidades tradicionais** – crítica ao etnocentrismo ambiental brasileiro, 2014, p. 63.

3 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3239, intentada pelo partido político PFL, hoje com a nomenclatura de Democratas, mas de enraizamento na Arena, partido político oficial da ditadura civil-militar que vigorou no Brasil entre 1964 a 1985. Essa demanda visa invalidar os termos do Decreto-federal nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, que regulamenta o procedimento administrativo de titulação das terras quilombolas. Como *amicus curiae*, em apoio a seu intento, o Democratas tem entidades como a CNA – Confederação Nacional da Agricultura, representativa das empresas do agronegócio, Estado de Santa Catarina e Bracelpa – Associação Brasileira de Celulose e Papel, dentre outros. Brasil, Supremo Tribunal Federal. ADIn 3.239.

4 Gilberto Freyre, sobre essa inegável influência da cultura africana na personificação nacional: “Todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo [...] a sombra, ou pelo menos a pinta, do indígena e do negro. A influência direta, ou vaga e remota, do africano. Na ternura, na mímica excessiva, no catolicismo em que se deliciam nossos sentidos, na música, no andar, na fala, no canto de ninar menino pequeno, em tudo que é expressão sincera de vida, trazemos quase todos a marca da influência negra.” Freyre, Gilberto. Casa-Grande & Senzala 34ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1998, p. 283.

5 Claus Offe, citado por Arrechtche, enfatiza: “[...]Em seu desenvolvimento, o capitalismo destrói formas anteriores de vida social (ou instituições sociais) gerando disfuncionalidades, que se expressam sob a forma de problemas sociais”, p 16. Fenômeno que se aplica exemplarmente ao processo de

Fruto social, e político, do processo de espoliação colonial, cujos saques de recursos naturais e mão de obra escravizada tornaram possível o desenvolvimento econômico das formas modernas de produção industrial nos centros capitalistas, no mesmo passo que consolidaram a dependência e subdesenvolvimento na América Latina⁶, os remanescentes das comunidades quilombolas, abandonados pela história oficial, ainda vivenciam o pesado legado do passado patriarcal, calcado em acentuado racismo por parte dos gestores da sociedade hegemônica⁷, que não só desdenham com seus direitos territoriais como atuam, de forma assombrosamente aberta, à mercê de ações e omissões, pelo esvaziamento do conteúdo de tais direitos. Em que pese a vasta juridificação de direitos humanos, no âmbito interno e externo, a amparar o direito basilar de reprodução etnocultural dessas minorias, paira sempre o peso da maldição patriarcal, há muito detectada nas raízes do país por Sérgio Buarque de Holanda, cuja ideologia engendra “constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias”⁸.

Essas reminiscências do passado escravista não podem ser descartadas em quaisquer análises que se prendam à tão protraída pretensão a bases territoriais seguras, vindicadas pelas incontáveis comunidades quilombolas, espalhadas pelo país, e ganham significado revigorado quando divisamos o número diminuto, quase que insignificante, de quilombos devidamente titulados neste estado e país desde o advento da Constituição de 1988.

O movimento Quilombola indica aproximados 3000 aquilombamentos reivindicando titulação no país, ao passo que, até 2008, apenas 143 núcleos comunais

proletarização passiva vivido pelas comunidades quilombolas ao longo do tempo. Proletarização passiva: que se refere ao processo pelo qual um indivíduo é destituído dos meios próprios de subsistência, sendo obrigado a vender sua força de trabalho em centros industriais ou urbanos. Arretche, Marta T.S. Emergência e desenvolvimento do Welfare State. BIB, Rio de Janeiro, 1995, p 18.

6 GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**, 1994. KATZ, Cláudio. **Neoliberalismo, neodesenvolvimentismo, socialismo**, 2016. PRIOSTE, Fernando; BARRETO, André. **Território Quilombola**, 2012. COUTINHO, Diogo. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**, 2013.

7 KATZ, Cláudio. **Neoliberalismo, neodesenvolvimentismo, socialismo**, 2016. HAYAMA, Andrew Toshio. **Por um Meio Ambiente com gente: comunidades tradicionais e unidades de conservação na perspectiva da dupla sustentabilidade**. In: Carlos Frederico Marés de Souza Filho. WANDSCHEER, Clarissa Bueno; SILVA, Liana Amin Lima da. (Org.). **Biodiversidade, espaços protegidos e populações tradicionais**, 2013. PRIOSTE, Fernando; BARRETO, André. **Território Quilombola**, 2012. PACHECO, Tania. **Desigualdade, injustiça ambiental e racismo: uma luta que transcende a cor. Combate Racismo Ambiental**, 2007. SILVA, Simone Rezende da. **Negros na Mata Atlântica, Territórios Quilombolas e Conservação da Natureza**, 2008.

8 HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, 1998, p. 182.

conseguiram a titulação⁹.

No Estado de São Paulo, segundo a Comissão Pró-Índio¹⁰ esse número é ainda mais insignificante: apenas 5 comunidades, de um total de 35, conseguiram acessar titulação nestes últimos 30 anos.

Para o ITESP – Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo –, órgão encarregado do procedimento de titulação das terras quilombolas, o número de regularizações também é inexpressivo no Estado: apenas seis comunidades tituladas¹¹.

São vários os fatores a emperrar, por tempo imemorial, o ato, estatal, de regularização fundiária das Comunidades Remanescentes de Quilombos. Podem ser assim resumidos: (i) falta de vontade política dos exercentes da esfera de poder; (ii) força centrípeta dos setores ligados à especulação imobiliária e agronegócio, que visam aprofundar seus domínios sobre os territórios comunais; (iii) edificação de unidades de conservação ambiental, **em especial de proteção integral**, a restringir os modos de reprodução material e cultural dessas comunidades, tudo isso forjando um avançado processo de marginalização e criminalização dos integrantes dos quilombos que só tende à esvanecer as chances de sobrevivência dessas etnias.¹²

As circunstâncias impostas pelos ciclos de acúmulo de capital que urdiram todo o processo colonial-escravocrata, o preconceito estrutural até hoje reinante, a ausência de políticas públicas decentes e consistentes, que possibilitassem ao menos amenizar as severas sequelas de injustiças desse débito social imenso, compeliram frações dessas minorias étnicas a buscarem refúgio nos distantes espaços florestais, na periferia da ordem social competitiva¹³ onde, através dos séculos, e juntamente com outros elementos não negros que também vindicavam um vislumbre de liberdade

9 JESUS, Jhonny Martins de. *et al.* Governo federal entrega quilombolas aos leões. In: Direitos Humanos no Brasil – Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2008.

10 CPISP - Comissão Pró-Índio de São Paulo.

11 SÃO PAULO. Sobre o número de quilombos em São Paulo. Itesp.

12 Esse legado racial se agravou, por variadas formas, nos dias de hoje. A Anistia Internacional, analisando dados de 2004 a 2007, estima “em mais de 192 mil os homicídios no país. No mesmo período, os doze maiores conflitos mundiais totalizaram 170 mil mortes. Mesmo diante desse cenário dramático, a taxa de resolução dos homicídios no país é de apenas 8%” (Dias, Marina. O problema do menor é o maior. *Jornal Le Monde Diplomatique Brasil*. Ano 8, nº 96, julho de 2015). Grande parte dessa violência é direcionada contra a população negra. Segundo a pesquisa Mapa da Violência (Mapa, Violência no Brasil em 2016: Homicídios por arma de fogo no Brasil. Flacso, Brasil, 2016. p.16 e 59) em 2014 o país registrou 44,861 mil homicídios por arma de fogo, dos quais 27,4 mil foram de vítimas negras. A mesma pesquisa aponta que, em 2003, o potencial de vitimização da população negra no Brasil girava em torno de 71,7% dos homicídios. Em 2014 essa potencialidade de letalidade racial saltou para 158,9% (p. 59).

13 FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**, 2007, p.87.

diante das restrições impostas pela sociedade hegemônica¹⁴, se enraizaram em territórios tradicionais, visceralmente ligados à própria essência material e imaterial desses agrupamentos, que tornaram esses espaços compartilhados pela tradição – e não por obra do acaso – nos fragmentos mais bem conservados do que restou dos maciços florestais dos biomas originários neste Estado.

Hodiernamente, o conceito normativo de Comunidade Quilombola, vem descrito no artigo 2º do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003:

Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Talvez em um dos raros hiatos temporais da história deste país, em que os movimentos populares puderam experimentar um laivo de protagonismo, que se deu por ocasião da última vertente do Poder Constituinte em meio à década de oitenta do século passado, pelos esforços e organização dos segmentos jungidos aos grupos de luta pela Consciência Negra¹⁵ é que, nos estertores do processo de conformação constitucional, se fez inserir, no artigo 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, o seguinte preceptivo: “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

Esse direito fundamental à territorialidade comunal, que deveria ser implementado rapidamente, posto que “transitório”, passados trinta anos da promulgação da Constituição ainda está muito longe de ser respeitado em sua inteireza, como visto linhas trás.

Além desse preceptivo, no corpo da Constituição, pela primeira vez na história do país¹⁶ se reconheceu a ancestralidade da etnia negra e sua descendência, sua cultura e aquilombamentos como elementos formadores da cultura nacional e do processo civilizatório do Brasil, erigindo-os, junto a outras etnias e grupos populares tradicionais, como elementos integrantes do patrimônio cultural brasileiro.¹⁷

Os documentos afetos aos territórios quilombolas, ademais, foram tombados

14 ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombo). **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, p. 189-206, out/2008.

15 PRIOSTE, Fernando; BARRETO, André. **Território Quilombola**, 2012.

16 PRIOSTE, Fernando; BARRETO, André. Op. cit.

17 Esses preceitos estão nos artigos 215, §1º e 216, §5º da Constituição Federal.

diretamente pelo texto constitucional (artigo 216, §5º, da CF) face à sua relevância para a conformação cultural brasileira.

2. COMUNIDADES TRADICIONAIS, TUTELA SOCIOAMBIENTAL E CONFLITOS TERRITORIAIS

Inexistindo políticas públicas no período pós-escravista capazes de minorar os perversos efeitos do regime de servidão e pudessem, ao menos, preparar o seu agente humano para o labor livre, o escravo foi convertido em um resíduo social racial¹⁸, relegado ao estamento mais baixo da população pauperizada, e expulso para as fronteiras periféricas da ordem social¹⁹. Nesses espaços, via de regra embrenhados em maciços florestais isolados, estabeleceu territórios onde, de forma tradicional, pré-moderna, por séculos reproduziu, com forte suporte em sua cultura ancestral e vasto conhecimento das dinâmicas da natureza, a subsistência material dos aquilombamentos, enquanto espécie das comunidades tradicionais.²⁰

Por conta de uma cosmovisão profundamente cingida à natureza e pertencimento identitário intrinsecamente ligado às bases territoriais, o que mantém a reprodução material estritamente dependente do manejo sustentável dos recursos naturais, as comunidades tradicionais são as principais responsáveis pela preservação

18 FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**, 2007, p. 87.

19 PRADO JUNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil**: colônia e império, 2008.

20 O conceito de comunidades tradicionais é amplo. De forma geral abrange não só os remanescentes de quilombos mas também as etnias indígenas e inúmeras populações. Segundo o Centro Nacional de Populações Tradicionais – CNPT do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, as Comunidades Tradicionais abarcam ainda: ciganos, pomeranos, ribeirinhos, caiçaras, quebradeiras de coco babaçu, seringueiros, pescadores artesanais, agroextrativistas da Amazônia, povos dos faxinais dos fundos de pasto, geraizeiros, pantaneiros, retireiros e comunidades de terreiros. (VIEIRA, 2014, p.34).

do que restou dos fragmentos remanescentes dos biomas nacionais originários²¹ ²² por isso, no Estado de São Paulo, os territórios quilombolas estão embrenhados, na grande maioria dos agrupamentos, nas áreas recobertas pela Mata Atlântica, um dos motivos pelos quais quase que inexistem remanescentes de quilombos que não estejam à mercê de qualquer espécie de processo, judicial ou administrativo, tendente a expulsá-los dos territórios²³.

Os pobres e os negros, libertos ou não, foram proibidos, na era escravista,

21 DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada**, 1996, p.87. GRABNER, Maria Luiza. **Os Caiçaras e as Unidades de Conservação**. In: STANICH NETO, Paulo. (coord.) *Direito das Comunidades Tradicionais Caiçaras*, 2016, p. 69. HAYAMA, Andrew Toshio. **Por um Meio Ambiente com gente: comunidades tradicionais e unidades de conservação na perspectiva da dupla sustentabilidade**. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; WANDSCHEER, Clarissa Bueno; SILVA, Liana Amin Lima da. (Org.). **Biodiversidade, espaços protegidos e populações tradicionais**, 2013, p. 262. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombo)*. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, p. 189-206, out/2008. SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação**. In: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf, 2006. SILVA, Simone Rezende da. **Negros na Mata Atlântica, Territórios Quilombolas e Conservação da Natureza**, 2008.

22 O reconhecimento do baixo impacto socioambiental inerente ao modo de subsistência das comunidades tradicionais está amplamente cristalizado em várias normas. A propósito, ver: Decreto federal nº 6.047/2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais em seu art. 1º do anexo, inc. I. Lei nº 12.651/12 (Novo Código Florestal): “art. 3º: Para os efeitos desta Lei, entende-se por (...) X - atividades eventuais ou de baixo impacto ambiental: a) abertura de pequenas vias de acesso interno e suas pontes e pontilhões, quando necessárias à travessia de um curso d’água, ao acesso de pessoas e animais para a obtenção de água ou à retirada de produtos oriundos das atividades de manejo agroflorestal sustentável; b) implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e efluentes tratados, desde que comprovada a outorga do direito de uso da água, quando couber; c) implantação de trilhas para o desenvolvimento do ecoturismo; d) construção de rampa de lançamento de barcos e pequeno ancoradouro; e) construção de moradia de agricultores familiares, remanescentes de comunidades quilombolas e outras populações extrativistas e tradicionais em áreas rurais, onde o abastecimento de água se dê pelo esforço próprio dos moradores; f) construção e manutenção de cercas na propriedade; g) pesquisa científica relativa a recursos ambientais, respeitados outros requisitos previstos na legislação aplicável; h) coleta de produtos não madeireiros para fins de subsistência e produção de mudas, como sementes, castanhas e frutos, respeitada a legislação específica de acesso a recursos genéticos; i) plantio de espécies nativas produtoras de frutos, sementes, castanhas e outros produtos vegetais, desde que não implique supressão da vegetação existente nem prejudique a função ambiental da área; j) exploração agroflorestal e manejo florestal sustentável, comunitário e familiar, incluindo a extração de produtos florestais não madeireiros, desde que não descaracterizem a cobertura vegetal nativa existente nem prejudiquem a função ambiental da área; k) outras ações ou atividades similares, reconhecidas como eventuais e de baixo impacto ambiental em ato do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA ou dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente.”. Lei nº 11.428/2006 (Lei da Mata Atlântica), artigo 3º, II: “população tradicional: população vivendo em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental”.

23 PRIOSTE, Fernando; BARRETO, André. **Território Quilombola**, 2012.

de serem proprietários de terras sob a égide da ideologia dominante, cristalizada pela “Lei de Terras” de 1850²⁴, a qual, segundo Stédile “consolidou o latifúndio como estrutura básica da distribuição de terras no país”²⁵. Os territórios comunais ocupados, portanto, o foram à margem do sistema hegemônico de regulamentação do domínio, na fronteira étnico-cultural em que os povos tradicionais não reconhecem as normas produzidas pela sociedade dominante²⁶, divorciados dos significados liberais afetos à relação de posse privada, com ostensivo conteúdo coletivo no manejo do solo ancestral.

Todavia, os conflitos entre essas sociedades tradicionais e a ordem social moderna se intensificaram, principalmente neste Estado, a contar do último período ditatorial quando, por decretos verticais, impostos de cima para baixo, e sem quaisquer chances de diálogo ou informação prévia com as comunidades tradicionais, se reproduziu a racionalidade conservacionista gestada nos países centrais do capitalismo, aqui adensando um ciclo preservacionista radical, fincado no mito moderno da natureza intocada²⁷ que produziu a instituição serial de várias Unidades de Conservação de proteção integral, principalmente entre as décadas de sessenta a oitenta do século passado²⁸, fundadas em uma ideologia que se baseava na ilusão de serem os fragmentos florestais nativos – há séculos ocupados e preservados pelas sociedades pré-capitalistas –, enormes espaços vazios de humanidades, com seus ecossistemas “intocados”.

No intento de se preservar esses escassos remanescentes de biomas a salvo do avanço do modo de produção urbano-industrial, foram instaladas, no Estado de São Paulo, 72 Unidades de Conservação de proteção integral²⁹, das quais os principais sistemas são: o (i) Parque estadual do PETAR, instituído pelo Decreto

24 PRIOSTE, Fernando; BARRETO, André. **Território Quilombola**, 2012.

25 STÉDILE, João Pedro. **Questão agrária no Brasil**, 2011, p. 16.

26 VIEIRA, Marcelo Garcia. **Os direitos fundamentais das comunidades tradicionais** – crítica ao etnocentrismo ambiental brasileiro, 2014, p. 23.

27 “[...]A noção de mito naturalista, **da natureza intocada, do mundo selvagem** diz respeito a uma representação simbólica pela qual existiriam áreas naturais **intocadas e intocáveis pelo homem**, apresentando componentes num estado ‘puro’ até anterior ao aparecimento do homem. Esse mito supõe a incompatibilidade entre ações de quaisquer grupos humanos e a conservação da natureza”. DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada**, 1996, p. 53.

28 JORDÃO, Sílvia. **Os vazios geográficos na conservação de áreas naturais no Estado de São Paulo e o isolamento das Unidades de Conservação de Proteção Integral** – Uma situação que precisa ser revertida, 2015, p. 213.

29 JORDÃO, Sílvia. Op. cit., p. 213.

nº 32.283, de 19 de maio de 1958, albergando as unidades conservacionistas de Jacupiranga, Eldorado, Iporanga, Barra do Turvo e Cananéia; (ii) o Parque Estadual da Serra do Mar – PESM, constituído pelo Decreto nº 10.251, de 30 de agosto de 1977, que alcança os municípios do Vale do Ribeira, Mongaguá, Mogi das Cruzes, Bertioga, São Sebastião, Caraguatatuba e Ubatuba, parte do Vale do Paraíba como São Luiz do Paraitinga, Paraibuna e Cunha; (iii) Estação Ecológica da Juréia-Itatins nos Municípios de Peruíbe e Iguape; (iv) Parque Estadual da Ilha do Cardoso, em Cananéia; e (v) Parque Estadual de Ilhabela³⁰.

Subsequentemente, a Lei nº 9.985/2000 veio a instituir o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, concebido, também como já pontuado, pelo mito da natureza intocada, ignorando, por completo, na estruturação de seu texto, as cosmovisões e saberes etnoculturais das populações originárias que ocupavam, desde tempos imemoriais, os espaços protegidos e recobertos pelos biomas naturais, sobrepostos por tais unidades.

A indiferença aos anseios seculares e modos de vida das comunidades tradicionais, em especial as quilombolas, pode ser detectada de maneira vítreia desde o inciso I, do artigo 2º da norma referida, que conceitua unidade de conservação como:

Espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção.³¹

Temos, na descrição da norma, todos os elementos assépticos de uma concepção hegemônica, que traça, abstratamente, ao corte do liberalismo ocidental, os significados vazios de conteúdo humano, sem qualquer alusão, nesses moldes normativos, a agrupamentos humanos cujos saberes ancestrais e intergeracionais, de forma efetiva, e não por influxo da edição de uma regra abstrata, conservaram, a salvo dos desastres derivados do avanço das fronteiras de atividades econômicas da ordem urbano-industrial, os fragmentos naturais ainda repletos de biodiversidade.

Com o advento desses equipamentos conservacionistas modernos, se intensificaram as restrições aos modos tradicionais de sobrevivência étnico-cultural

30 JORDÃO, Sílvia. **Os vazios geográficos na conservação de áreas naturais no Estado de São Paulo e o isolamento das Unidades de Conservação de Proteção Integral** – Uma situação que precisa ser revertida, 2015, p. 213.

31 Praticamente os mesmos elementos descritivos contidos no Decreto Estadual nº 25.341/1986, anterior à CF de 1988, que instituiu o regulamento dos parques em São Paulo.

das comunidades quilombolas, constituindo-se essas unidades de conservação de proteção integral às principais causas de expulsão das comunidades tradicionais de seus territórios^{32 33}.

Atividades voltadas à reprodução desses agrupamentos tradicionais, como o cultivo agrícola em escala familiar, a caça e a pesca artesanal, construção de moradias, etc., passaram a ser intensivamente criminalizadas pelo Estado.

A corroborar essas asserções, Maria Luiza Grabner relata um pouco sobre as restrições aqui consideradas:

[...]No entanto, afirma Diegues, com base em relatos e depoimentos orais colhidos em toda a extensão do território caiçara, que a instalação de áreas protegidas sobrepostas aos seus territórios tradicionais encontra-se na memória mais recente de muitos moradores que tiveram seu modo de vida desrespeitado não só pela proibição de atividades agrícolas e extrativistas habituais mas também pelo deslocamento forçado de suas moradias, ordenados pelos órgãos ambientais gestores das respectivas unidades de conservação. Tais relatos dos caiçaras, segundo o mesmo autor, expressam o terror e sofrimento decorrentes da expulsão acrescido da incerteza quanto ao futuro nas periferias das cidades litorâneas, para onde, mais das vezes, acabam sendo empurradas essas populações sem contar com o apoio adequado do Estado para que possam reconstruir seu modo de vida peculiar, com base em sua cultura³⁴.

Mostra contundente das violências informadoras da intervenção do Estado nesses territórios, pode ser extraída da narrativa contida no Relatório Técnico-Científico (RTC), que instrui o amarelecido, e já decenal, rito administrativo inerente à regularização fundiária do Quilombo da Fazenda, em Ubatuba-SP, referente a brutal remoção impingida à quilombola Laura Braga, nos idos da década de setenta do século passado:

A minha casa foi demolida, eu tava grávida de 5 ou 7 meses, e chegou o Ivan, na época, juntamente com seus capangas. Eu digo capanga, porque não existia lei, não existia nada, as coisas eram feitas da maneira deles, eles que faziam a lei. Ele chegou juntamente com seus capangas, uns 30 homens, tudo armado na minha porta, dizendo que eu tinha de sair dali.... Acho que era diretor na época, nem

32 GRABNER, Maria Luiza. **Os Caiçaras e as Unidades de Conservação**. In: STANICH NETO, Paulo. (coord.) Direito das Comunidades Tradicionais Caiçaras, 2016, p. 82. HAYAMA, Andrew Toshio. **Por um Meio Ambiente com gente: comunidades tradicionais e unidades de conservação na perspectiva da dupla sustentabilidade**. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; WANDSCHEER, Clarissa Bueno; SILVA, Liana Amin Lima da. (Org.). Biodiversidade, espaços protegidos e populações tradicionais, 2013, p. 266.

33 Ao todo, esses sistemas conservacionistas abrangem uma área de aproximadamente 970.000,00 hectares, equivalente a 3,9% do território total do Estado (JORDÃO, 2015, p. 210).

34 Op. cit., p. 84.

sei o que é que aquilo lá era. E aí dizendo que eu tinha que sair. Eu aleguei que se eu saísse, pra onde eu iria? Sim, porque, até então eu tinha aquilo como a minha casa, um direito meu. Ele falou que eu iria para onde eu quisesse, pra baixo da ponte, que isso não interessava. Três dias depois, eles voltaram na minha casa. Eu carreguei muda de banana lá da Fazenda (sertão) nas costas, grávida, pra plantar, fazer um roçado, que eu tinha um roçado do outro lado do asfalto. Três dias depois, os homens foram lá e cortaram tudo a facção, a minha planta, e vieram me dizer que se eu voltasse a plantar, eles iriam me levar pra cadeia. Eu até tentei, na época, uma rádio em Ubatuba, o seu Zé Pedro me deu uma força, procuramos a autoridade, procuramos a rádio, mas a lei era deles. Era eles que faziam a lei. Me chamaram ainda de mentirosa na rádio e era isso que acontecia.³⁵

Essas e outras ações repressivas, protagonizadas pelas agências criminalizantes do Estado por conta da racionalidade conservacionista moderna, paralelamente às pressões empreendidas pelos setores empresariais, alimentam a diáspora recaída sobre essas sociedades comunais.³⁶

3. OS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Para os escopos deste trabalho, o direito étnico-territorial detido pelas Comunidades Quilombolas integra o vasto bloco de juridificação atreita aos direitos sociais, econômicos, culturais, socioambientais etc., sendo a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) “Sobre os Povos Indígenas e Tribais” (1989), um dos principais amparos normativos dessa messe de direitos. Incorporou-se ao âmbito jurídico interno através da aprovação de seu teor pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002. Posteriormente, foi promulgada pelo Decreto Federal nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

Porém, antes de sua vigência, já era possível extrair embasamento, no bloco internacional dos direitos humanos, às pretensões de justiça histórico-territorial formuladas pelos remanescentes de quilombos, a começar pelo artigo XXII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que diz:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a

35 ANDRADE, Anna Maria Castro de. **Estudo Antropológico do Quilombo da Fazenda**, Ubatuba-SP, contido no processo administrativo de titulação ITESP nº 237/2007, SP datado de março de 2007, p. 37.

36 Outros exemplos encontramos em processos criminais como o de nº 0000655-74.2009.8.26.0642 (SÃO PAULO, 2017a); 0007912-19.2010.8.26.0642, (SÃO PAULO, 2017, b), e 0006427-42.2014.8.26.0642 (SÃO PAULO, 2017, c), todos do JECRIM da comarca de Ubatuba-SP, que criminalizam ações tradicionais simples como capinação de gramíneas para promoção de festividades, edificação de moradia e construção de um pequeno banheiro com bambu, respectivamente.

organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

A positivação desse consenso universal de que esse ordenamento de direitos de corte social é indispensável ao desfrute dos demais direitos de natureza civil e política, e até mesmo, na linguagem dos próprios tratados, **ao ideal do ser humano livre, liberto do temor da miséria**, tal qual cristalizado nos considerandos de vários documentos internacionais, como exemplo, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, ganhou sustentação ao longo das décadas, a ponto de transpor os limites morais de uma conclusão abstrata mais que óbvia, para erigir-se em razão jurídica incidente em qualquer esforço interpretativo para a efetivação dos direitos humanos na contemporaneidade.

Portanto, nesse marco, o já mencionado Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), promulgado pelo Decreto Federal nº 591, de 06.07.1992, complementa o esforço normativo em se robustecer garantias estreitamente alinhadas ao anseio político da comunidade humana em direcionar aos Estados, em seu artigo 2º, o compromisso, ainda que temperado pelos pendores da *progressividade*, de assegurar essa gama de direitos, sem qualquer discriminação (art. 2º.1)³⁷.

Aqui um necessário parêntese para ponderar que aos gestores do Estado, até mesmo a réplica de que os direitos à segurança territorial das comunidades quilombolas não são absolutos, e devem ter sua implementação pautada pela “progressividade”, não teria a menor valia. Isso porque, como vimos no primeiro capítulo, neste Estado, em quase três décadas da consolidação desse direito no texto constitucional, não mais que cinco quilombos foram titulados, o que evidencia que nem a relativização dos direitos sociais pela lógica da gradualidade está sendo cumprida nesta unidade federativa.

Até mesmo no Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos (1966), aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991,

37 “2.1 Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

2.2 Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação” (PIDESC).

e promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, temos, no artigo 27, importante referencial a dar lastro ao direito territorial analisado:

Art. 27: Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Na órbita continental, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica de 1969), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, garante tais direitos em seu artigo 26, ao dispor:

Art. 26: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Não é de todo impertinente desde já averbar que, a partir de uma interpretação ampliativa do direito de propriedade elencado no artigo 21 da Convenção, obviamente com a injunção de seu artigo 26 e outras válvulas interpretativas gravadas nesse documento regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem estendido às comunidades tradicionais do continente o desfrute do território ancestral nos moldes tangidos pelo etnodesenvolvimento.³⁸

Outra vertente em apoio à efetivação dos direitos territoriais analisados, reside no campo etnocultural. O direito à cultura, enquanto direito fundamental,

38 São os casos da Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai, de 17.06.2005; Pueblo Saramaka vs. Suriname, julgado em 28.11.2007; Moiwana vs. Suriname de 2005; Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai, de 2006; Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai, de 2010 e Povo Indígena Kichawa de Sarayaku Vs. Ecuador, julgado em 2012. Todos procedentes (compilados por: Magnani, Nathércia Cristina Manzano. Os direitos humanos e fundamentais dos povos indígenas e os juízes: olhares presentes na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2013) Os preceptivos mencionados da Convenção Americana são: “Artigo 21.1 Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social; 21.2 Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei; 21.3 Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei”. Destaque-se que o *caput* do dispositivo não aduz que “toda pessoa tem direito à propriedade privada”, mas a “seus bens”, porta ampla de interpretação extensiva que tem auxiliado a Corte Interamericana a dilatar o alcance desse direito, de corte liberal, aos anseios etnoterritoriais das comunidades originárias.

além de assentado no artigo 27 do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, também é assegurado a partir dos considerandos da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)³⁹, além de ser valorizado no espectro das sociedades e povos tradicionais, tanto pelo princípio 22 da Declaração do Rio de Janeiro Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) como pelo artigo 8, alínea “j” da Convenção Sobre Diversidade Biológica (1992). Esses textos trazem a seguinte redação:

Rio/92. Princípio 22: As populações indígenas e suas comunidades e outras comunidades locais desempenham um papel vital na gestão e desenvolvimento do ambiente devido aos seus conhecimentos e práticas tradicionais. Os Estados deverão reconhecer e apoiar devidamente a sua identidade, cultura e interesses e tornar possível a sua participação efetiva na concretização de um desenvolvimento sustentável.

Convenção Sobre Diversidade Biológica (1992)

Art. 8 – conservação *in situ*:

[...]

Letra j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas.

Exposto esse panorama normativo mais amplo, é curial voltarmos a atenção a dispositivos basilares da Convenção 169 da OIT, que regem o direito ao etnodesenvolvimento incidente sobre os povos originários e agrupamentos tradicionais. A tanto, basta analisarmos os artigos 13 a 16 dessa convenção:

Artigo 13:

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.
2. A utilização do termo “terras” nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

³⁹ Estipula o texto referido: “Os povos americanos dignificam a pessoa humana e que suas Constituições nacionais reconhecem que as instituições jurídicas e políticas, que regem a vida em sociedade, têm como finalidade principal a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a felicidade. [...] **É dever do homem exercer, manter e estimular a cultura por todos os meios ao seu alcance, porque a cultura é a mais elevada expressão social e histórica do espírito**” (destacamos).

Artigo 14:

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.
2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.
3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Artigo 15:

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.
2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

ARTIGO 16:

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser transladados das terras que ocupam.
2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.
3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.

Esses preceptivos abarcam as comunidades tradicionais, além dos povos originários, pela elasticidade inerente ao termo “povos indígenas e tribais”, constante

do artigo primeiro da aludida Convenção.

Além dos direitos atrelados ao território ancestral, acima transcritos, nessa Convenção há ainda o direito fundamental à autoidentificação comunal (artigo 1º, alínea “2”); obrigatoriedade dos Estados-partes em efetivar os direitos econômicos, sociais, culturais e socioambientais desses agrupamentos (artigo 2º), respeitando sempre as peculiaridades culturais de cada grupo ou etnia (artigo 5º); direito à consulta prévia e devidamente informada sobre quaisquer atos administrativos, normativos, ou políticas públicas que possam impactar o território e modo de vida das comunidades (artigos 6º e 15º); direito das etnias de escolher suas próprias prioridades em termos de desenvolvimento (artigo 7º); aplicação da legislação nacional em sintonia aos valores etnoculturais dos povos originários e comunidades tradicionais (artigos 8º a 11º) e direito fundamental de acesso aos procedimentos legais (artigo 12).

Em junho de 2016, por aclamação, os Estados membros da OEA - Organização dos Estados Americanos, aprovaram a Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁴⁰, que amplia as garantias estabelecidas nos documentos internacionais mencionados. Essa nova declaração encontra-se à espera das necessárias subscrições para entrar em vigor.

4. A (IN)VALIDADE DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO SOBRE OS TERRITÓRIOS COMUNAIS

Maria Luiza Grabner já ponderou que “conhecer como se deu o processo de criação das Unidades de Conservação é fundamental para a solução jurídica a ser alcançada”⁴¹. Vimos, nos tópicos precedentes, que a imensa maioria das unidades de conservação recaídas sobre as comunidades quilombolas – e tradicionais como um todo – foi instituída, de maneira unilateral, sem concessões democráticas mínimas, no período ditatorial militar, entre os anos 1960-1980, neste Estado e no restante do país. Quase todos os acervos conservacionistas foram implementados por decretos, sem consultas prévias às comunidades.

No limite, e diante da carta de direitos humanos, a construção jurídica das unidades de conservação integral, tal como concebida, dentro dos limiares do liberalismo ocidental, constituiu-se na transposição formal e compulsória dos territórios ocupados pelos agrupamentos tradicionais para o Estado, criando-se,

40 BRASIL. Funai. Disponível em: <http://www.oas.org/es/council/AG/regular/46RGA/documents.asp>.

41 Op. cit., p. 84.

após a construção de tal artifício, uma miríade de restrições viscerais sobre os modos de subsistência cultural e material dessas comunidades.

Ainda que em conformidade com o regramento interno do país, a implantação das restrições estatais sobre os modos de reprodução étnico-territorial dos povos tradicionais é patentemente contrária a diversas disposições internacionais de direitos humanos que vedam aos Estados-partes limitarem a eficácia ou os efeitos de seus dispositivos. Essas obrigações de respeito aos documentos internacionais podem ser conferidas, por exemplo, na análise do artigo 5.1 e 5.2 do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e artigo 29, “a”, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Ou seja, uma vez subscritos a convenção ou o tratado, ao Estado compete honrar seus preceptivos, já que tais documentos são revestidos pelo *jus cogens*, robustecido pelo artigo 53 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (1969), o que significa que, além de obrigatória, a norma cogente não pode ser alterada pela vontade de um Estado. “A derrogação de norma imperativa só pode ser feita por norma de igual quilate, ou seja, a norma aprovada pela comunidade internacional como um todo”⁴².

Como prova das possibilidades de contato entre o universal e o particular, é curioso notar que a teoria do *jus cogens* foi concebida por Francisco de Vitoria, assentada em sua ideia de *universalis respublicae* justamente para tentar imprimir ares de legalidade ao processo de espoliação colonial europeu sobre as terras e os povos da América⁴³. E aqui estamos nós no caminho inverso, de tentar, através da força desse instituto hermenêutico, demonstrar que também aos espoliados pela ordem dominante, se é possível antever normas impregnadas de efetividade. Assim, volvendo ao caminho antes trilhado, resta irrefutável que unidades de conservação, tal como urdidas pelo Estado a partir de uma racionalidade conservacionista asséptica e hegemônica, causam: (i) restrições e sofrimentos aos integrantes das comunidades remanescentes de quilombos e outros assentamentos tradicionais aos quais venha se sobrepor; (ii) a normatização estruturadora desses espaços de **preservação** ambiental serve, também, para formalizar e legalizar a criminalização e marginalização dos modos de reprodução cultural e material dessas comunidades, aprofundando o histórico processo de opressão e dissipação societária tradicional; (iii) indisfarçáveis aniquilamentos ao conteúdo dos direitos econômicos, sociais,

42 RAMOS, André Carvalho de. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional**, 2016, p. 191.

43 FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no mundo moderno**, 2002, p. 11.

culturais, étnico-territoriais analisados e (iv) transposição do território ancestral para o domínio do Estado.

Não há como refutar a observação de que as unidades conservacionistas, tal como urdidas pelo Estado, afrontam o dever de respeito à cosmovisão centrada no direito ao etnodesenvolvimento garantido pela vasta carta de direitos humanos detalhada nos capítulos anteriores, mas, em especial, produzem o aviltamento ao direito à consulta e anuência prévia, e devidamente informada, das comunidades atingidas.

A simples hipótese de reassentamento, antevista no artigo 42 da Lei do SNUC, por si só é flagrantemente inválida quando confrontada ao direito fundamental de não remoção sem consentimento, fixado no artigo 16 da Convenção OIT 169. O direito à reprodução das formas de subsistência tradicionais, detido por tais comunidades, como o direito à caça e pesca artesanal, os pequenos roçados em escala familiar, as atividades devocionais calcadas na tradição ancestral, tudo isso foi suprimido pela instituição das unidades de conservação informadas pelo mito moderno da natureza intocada. Toda a normativa interna que embasa tais unidades é, portanto, irremediavelmente inválida, nula, perante a carta de direitos humanos no que se sobrepõe aos territórios quilombolas.

O que resta, do ponto de vista das soluções jurídicas, é saber-se a forma de invalidação. Se houver propensão ao controle de constitucionalidade (compatibilidade interna) sobre tais afrontas, todas as unidades de conservação urdidas, por decreto, antes da atual constituição, terão as normativas que lhes instituíram como revogadas no tocante a esses territórios, já que é indisputável no meio jurídico que normas incompatíveis com a constituição, mas anteriores a ela, ressumam revogadas⁴⁴. Leis subsequentes à nova ordem constitucional, como, v.g., a Lei nº 9.985/2000, no que permite a remoção forçada das comunidades tradicionais e a restrição sobre os territórios comunais, são inquestionavelmente inconstitucionais, isso, sob o ponto de vista interno. Esse controle de constitucionalidade pode materializar-se pelo regime do controle concentrado ou incidental em prol das minorias⁴⁵.

Conclui-se, pelo estudo realizado, que pelo prisma internacional, todo o arco normativo das unidades de conservação sobrepostas a territórios de comunidades tradicionais, como as quilombolas, é nulo diante da carta de direitos humanos, já

44 BARROSO, Luís Roberto. **O controle da constitucionalidade no direito brasileiro**, 2008, p. 22. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, 2013, p. 559-560.

45 BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 54.

que com ela incompatível. É bom salientar que, perante o controle internacional de convencionalidade, não existe diferença entre o teor de uma lei interna, uma sentença ou ato administrativo, pois, na órbita das cortes internacionais e outros meios de proteção aos direitos humanos, os atos dos Estados são tidos como fatos jurídicos em sentido amplo⁴⁶, passíveis de invalidação em caso de incompatibilidade.

Calha também ponderar, face às conclusões predispostas, que os remanescentes de quilombos e outras comunidades tradicionais não estão libertos dos encargos de respeito aos limites normativos de tutela ambiental. É certo que, se houver comprovado avanço sobre tais limites, as sanções correspondentes, e ponderadas, são válidas, assim como o são a qualquer estamento social. Aqui se sustenta que apenas as restrições étnico-territoriais violadoras da juridificação ampla dos direitos humanos, como tantas vezes modulada, é que são incompatíveis com um controle consistente de convencionalidade, até porque por tempos imemoriais, tais agrupamentos, em meio a seus saberes tradicionais, conviveram em harmonia com a natureza, se afigurando como um dos principais fatores de proteção ao que restou dos ecossistemas originários.

A busca pelo reconhecimento dessa invalidade/nulidade das restrições aos territórios comunais a partir da sobreposição vertical das unidades de conservação pode se dar por distintas formas, como as ações promovidas pelas associações dos remanescentes de quilombos vindicando não só a declaração de nulidade da unidade de conservação no tocante ao respectivo território como, por consequência, postulando provimento de reconhecimento jurisdicional do território tradicionalmente ocupado, nos limites propostos pela comunidade face à histórica omissão do Estado em fazê-lo; ou pela via da ação civil pública, por meio de algum legitimado concorrente, atuando em substituição à comunidade quilombola afligida. Diante das conhecidas dificuldades enfrentadas no sistema de justiça interno em se acessar um controle de convencionalidade efetivo, também é possível transpor esses conflitos aos sistemas regional ou global de proteção dos direitos humanos, seja pela via da tutela jurisdicional da Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos ou do controle estrito *senso* (ou convencional), formulado pelos comitês temáticos ligados ao sistema ONU⁴⁷.

De qualquer forma, a via pelo sistema interno de justiça, além de

46 RAMOS, André Carvalho de. **Processo internacional de Direitos Humanos**, 2016, p. 305.

47 RAMOS, André Carvalho de. *Op. cit.*, p. 392.

extremamente morosa e complexa, está muito distante de ser a mais efetiva, já que o Brasil é internacionalmente conhecido como um verdadeiro monumento à injustiça social⁴⁸, cujo sistema interno de proteção aos direitos humanos é notoriamente falho, já que o judiciário prima, historicamente, por ignorar as interpretações emprestadas à carta internacional de direitos humanos pela Corte Interamericana⁴⁹, fator a contribuir com a enorme fragilização e descrédito dos mecanismos internos de proteção aos direitos humanos.

Tamanhas as encruzilhadas que o ideal seria à construção, pelo Estado e comunidades tradicionais, em especial as quilombolas, de mecanismos de técnicas de mediação e solução alternativas de conflitos⁵⁰. Por exemplo, câmaras conciliatórias a serem instaladas nas cidades/regiões próximas de agrupamentos quilombolas, e integradas não só pelos representantes das associações e líderes comunitários mas, também, por servidores e gestores das unidades conservacionistas; representantes das prefeituras envolvidas na disputa territorial; concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, saneamento, serviços de saúde e educação, enfim, visando abrir canais de diálogos na busca de formas alternativas de resolução dos diversos conflitos imbricados nessas colisões de interesses, até mesmo alcançando a facilitação dialógica para o acertamento das bases territoriais e desenvolvimento dos modos de reprodução dessas comunidades.

Todavia, a insistência, pela ótica dos gestores estatais, no aprofundamento das restrições aos modos de vida dessas comunidades, destoa da esfera jurídica, pois não há razões jurídicas, como visto, para fundamentá-las, e desemboca na perpetuação de uma tradição política concebida nos tempos da ordem moral das senzalas, profundamente arraigada nas instituições sociais, da qual é muito difícil,

48 HOBBSAWM, Eric J. **Era dos Extremos**, 1999, p. 397.

49 Exemplos emblemáticos das contradições de instituições brasileiras em relação a comandos internacionais de direitos humanos podem ser extraídos do caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. decisão do STF chancelando os efeitos da lei de anistia aos militares e torturadores que operaram na repressão durante a ditadura civil-militar, provimento esse contrário à decisão da Corte Interamericana que determinou série de providências no sentido de afastar os efeitos da anistia, investigar, julgar e punir os responsáveis pelas violações (Ramos, 2016 b, p.392/403); ou a decisão, também do STF no RE 466.343, criando um tratamento dúplice aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos: os documentos anteriores ao advento do §3º do artigo 5º da CF, introduzido pela EC 45/04, são recebidos, por esse engenho judicial, como normas “infraconstitucionais mas supralegais” e as produzidas após e por esse rito legislativo teriam *status* de normas constitucionais, fenômeno que motivou críticas como as do jurista Antonio A. Cançado Trindade, que atribuiu a essas “inovações” um “retrocesso e um imbróglio tão ao gosto de publicistas estatocêntricos, insensíveis à necessidade de proteção aos direitos humanos”. *Apud* Ramos, op. cit, p. 316.

50 SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**, 2007.

apenas pelos esforços institucionais internos, escapar, pois presa “à túnica rígida do passado inexaurível, pesado, sufocante”.⁵¹

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; CHRISTIAN Courtis. **Direitos Sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2012.

ANDRADE, Anna Maria Castro de. **Estudo Antropológico do Quilombo da Fazenda**, Ubatuba-SP, contido no processo administrativo de titulação ITESP nº 237/2007, São Paulo, mar. 2007.

ARRETCHE, Marta T.S. Emergência e desenvolvimento do Welfare State. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais - BIB**, Rio de Janeiro: 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícia Do Julgamento Da ADIn 3239. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=288144>. Acesso em: 4 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 3239: Pet inicial, 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>.

BRASIL. Justiça Federal. Mandado de segurança nº 0009700-10.2006.4.01.3400, em curso pela 5ª Vara da Justiça Federal em Brasília-DF. 2016. Disponível em: http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00097001020064013400&secao=TRF1&pg=1&trf1_captcha_id=5f95119a440cc48e43cc0a77f62e1eb5&trf1_captcha=q64j&enviar=Pesquisar. Acesso: 7 fev. 2017.

BRASIL. Funai. Disponível em: <http://www.oas.org/es/council/AG/regular/46RGA/>

51 FAORO, Raimundo. **Os Donos do Poder**, 2001, p. 834.

documents.asp. Acesso em: 16 dez. 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Centro de Estudos da PGE – Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos, 1996.

CPISP - Comissão Pró-Índio de São Paulo. Disponível em: http://www.cpisp.org.br/comunidades/html/i_brasil_sp.html. Acesso em: 5 jan. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença caso Mayana, Awas Tigni vs Nicarágua. J. de 31.08.2001. Disponível em: www.corteidh.or.cr.

_____. Sentença caso Yakye Axa vs. Paraguai. J. de 17.08.2005. Disponível em: www.corteidh.or.cr.

_____. Sentença caso Pueblo Saramaka vs Suriname. J. de 28.11.2007. Disponível em: www.corteidh.or.cr. 2007.

_____. Sentença caso Moiwana vs Suriname. J. de 15.6.2005. Disponível em: www.corteidh.or.cr.

COUTINHO, Diogo. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

DIAS, Marina. O problema do menor é o maior. **Jornal Le Monde Diplomatique Brasil**. Ano 8, nº 96, julho de 2015.

DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada**. São Paulo: HIUCITEC. 1996.

FAORO, Raimundo. **Os Donos do Poder**. 3. ed. São Paulo: Ed. Globo, 2001.

FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**, 2. ed. São Paulo: Global Editora, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no mundo moderno**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. 34. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1998.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. 36. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

GRABNER, Maria Luiza. **Os Caiçaras e as Unidades de Conservação**. In: STANICH NETO, Paulo (coord.). *Direito das Comunidades Tradicionais Caiçaras*. São Paulo: Editora Café com lei, 2016.

HAYAMA, Andrew Toshio. **Por um Meio Ambiente com gente**: comunidades tradicionais e unidades de conservação na perspectiva da dupla sustentabilidade. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; WANDSCHEER, Clarissa Bueno; SILVA, Liana Amin Lima da. (Org.). *Biodiversidade, espaços protegidos e populações tradicionais*. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

HOBSBAWM, Eric J. **Mundos do Trabalho**. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1984.

_____. **Era dos Extremos**, São Paulo: Cia das Letras, 1999.

_____. **A Era das Revoluções**. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ITESP. Sobre número de quilombos em SP. Disponível em: http://www.itesp.sp.gov.br/br/info/acoes/assistencia_quilombos.aspx. Acesso em: 13 jan. 2017.

JESUS, Jhonny Martins de. *et al.* **Governo federal entrega quilombolas aos leões**. In: *Direitos Humanos no Brasil – Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos*. São Paulo, 2008.

JORDÃO, Sílvia. **Os vazios geográficos na conservação de áreas naturais no Estado de São Paulo e o isolamento das Unidades de Conservação de Proteção Integral** – Uma situação que precisa ser revertida. São Paulo: MP/SP Temas de Direito Ambiental, 2015.

KATZ, Cláudio. **Neoliberalismo, neodesenvolvimentismo, socialismo**. São Paulo: Ed. Expressão Popular, 2016.

MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano. **Os direitos humanos e fundamentais dos povos indígenas e os juízes**: olhares presentes na jurisprudência da Corte

Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal. 2013. Tese (Dissertação de Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

WASELFSZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência em 2016: Homicídios por arma de fogo no Brasil**. Flacso Brasil, 2016.

NUPAUB. Núcleo de Apoio à Pesquisa Sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras. **Povos/Comunidades Tracionais e Áreas Protegidas no Brasil: Conflitos e Direitos**. Série Documentos e Relatórios de Pesquisa. Pró-Reitoria de Pesquisa USP. São Paulo, 2011.

ONU. Comitê CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Vs. Brasil. Comunicação nº 17/2008, § 21, Documento da ONU: CEDAW/C/49/D/17/2008, 2011.

PACHECO, Tania. **Desigualdade, injustiça ambiental e racismo: uma luta que transcende a cor**. Disponível em: <http://racismoambiental.net.br/textos-e-artigos/tania-pacheco/desigualdade-injustica-ambiental-racismo/>. Acesso em: 28 ago. 2013.

PELUZO, Cezar. Voto proferido na ADIn 3239 em 18.04.2012. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1459_ADI3239. Acesso em: 20 mar. 2017.

PRADO JUNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil: colônia e império**. 21. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2008.

PRIOSTE, Fernando; BARRETO, André. **Território Quilombola**. Distrito Federal: Terra de Direitos, 2012. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/Cartilha-forma%C3%A7%C3%A3o-com-jovens-quilombola.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2016.

RAMOS, André Carvalho de. **Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Processo internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos dos Descendentes de Escravos (Remanescentes das Comunidades de Quilombo). **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 2, p. 189-206, out/2008.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação**. Disponível em: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf. Acesso em: nov. 2016.

SÃO PAULO. Sobre o número de quilombos em São Paulo. ITESP. Disponível em: http://www.itesp.sp.gov.br/br/info/acoes/assitencia_quilombos.aspx. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. JECRIM, comarca de Ubatuba-SP, processo nº 0000655-74.2009.8.26.0642. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=HUY0900I70000&processo.foro=642&uuidCaptcha=sajcaptcha_f2be6ce004ba4cf59d811fb70185f2e5. Acesso em: 7 fev. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. JECRIM, comarca de Ubatuba-SP, processo nº 0007912-19.2010.8.26.0642. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=HUY0A063S0000&processo.foro=642&uuidCaptcha=sajcaptcha_f2be6ce004ba4cf59d811fb70185f2e5. Acesso em: 7 fev. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. JECRIM, comarca de Ubatuba-SP, processo nº 0006427-42.2014.8.26.0642. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=HU0000HLT0000&processo.foro=642&uuidCaptcha=sajcaptcha_f2be6ce004ba4cf59d811fb70185f2e5. Acesso em: 7 fev. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 3ª Vara cível da comarca de Ubatuba-SP. Processo nº 0000727-85.2014.8.26.0642. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=HU0000CNI0000&processo.foro=642&uuidCaptcha=sajcaptcha_f2be6ce004ba4cf59d811fb70185f2e5. Acesso em: dez. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. 1ª Vara Cível da comarca de Ubatuba-SP. Processo nº 1003792-03.2016.8.26.0642. Ação Civil Pública. Disponível em: <https://>

esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=HU00014BM0000&processo.foro=642&uuidCaptcha=sajcaptcha_f2be6ce004ba4cf59d811fb70185f2e5. Acesso em: dez. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 2213095-60.2015.8.26.0000. E-SAJ, 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=5&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2213095-60.2015&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=221-3095-60.2015.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=>. Acesso em: 7 fev. 2017.

SILVA, Dimas Salustiano. **Direito insurgente do negro no Brasil: perspectivas e limites do direito oficial.** *In:* Lições de direito alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes. **Conceito de comunidade tradicional.** *In:* NETO, Paulo Stanich. (coord.). Direito das Comunidades Tradicionais Caiçaras. São Paulo: Editora Café com lei, 2016.

SILVA, Simone Rezende da. **Negros na Mata Atlântica, Territórios Quilombolas e Conservação da Natureza.** Tese (Doutorado em Geografia) – Departamento de Geografia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008.

STÉDILE, João Pedro. **Questão agrária no Brasil.** 11. ed. São Paulo: Atual Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

VIEIRA, Marcelo Garcia. **Os direitos fundamentais das comunidades tradicionais – crítica ao etnocentrismo ambiental brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

O ACESSO À JUSTIÇA DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL: ANÁLISE DA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN BRASIL: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*Rafaella Mikos Passos
Defensora Pública Federal
Defensoria Pública da União
Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade
pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná*

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 representa um novo marco regulatório das relações entre os povos indígenas e o Estado, inclusive no que se refere à garantia de um sistema jurídico acessível a todos, uma das formas do acesso à justiça. Em seu artigo 232, a Carta Magna estabelece que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo, em defesa de seus direitos e interesses. Diante desse contexto, mostra-se relevante a análise do acesso à justiça, no âmbito processual, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois processos de grande relevância sobre o tema tramitam na Corte Suprema e seus julgados repercutem em todas as instâncias do Poder Judiciário brasileiro. O presente artigo analisa o acesso formal à justiça dos povos indígenas no Brasil, com enfoque nas disposições constitucionais sobre o assunto e sua aplicação pela jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. O método utilizado foi o dedutivo, com pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial. Concluiu-se que, a despeito das dificuldades historicamente enfrentadas pelos povos indígenas, especialmente no que se refere à concretização dos direitos previstos pela Carta Magna de 1988, vislumbram-se avanços no acesso à justiça na esfera processual em relação às demandas que tramitam perante a Corte Constitucional brasileira.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Povos indígenas. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência.

RESUMEN

La Constitución Federal de 1988 representa un nuevo marco regulatorio para las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado, inclusive en lo que se refiere a la garantía de un sistema legal accesible para todos, una de las formas de acceso a la justicia. En su artículo 232, la Carta Magna establece que los indígenas, sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para entrar en los tribunales en defensa de sus derechos e intereses. Delante de este contexto, es relevante analizar el acceso a la justicia en el ámbito procesal, basado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, porque los procesos de gran relevancia sobre el tema tramitan en el Tribunal Supremo y sus decisiones repercuten en todas las instancias del Poder Judicial brasileño. Este artículo analiza el acceso formal a la justicia de los pueblos indígenas en Brasil, centrándose en las disposiciones constitucionales sobre el tema y su aplicación por la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema Federal. Se utilizó el método deductivo con investigación doctrinal, legislativa y jurisprudencial. Se concluyó que, a pesar de las dificultades históricamente afrontadas por los pueblos indígenas, especialmente con respecto a la realización de los derechos previstos en la Constitución de 1988, se vislumbran avances en el acceso a la justicia en la esfera procesal en relación con las demandas que tramitan en el Tribunal Constitucional brasileño.

Palabras clave: Acceso a la justicia. Pueblos indígenas. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudencia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. O ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DE UM SISTEMA JURÍDICO AO ALCANCE DE TODOS 2. DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS POVOS INDÍGENAS 3. A JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: HORIZONTE DE VISIBILIDADE DOS POVOS INDÍGENAS. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe grandes mudanças na regulação das relações entre os povos indígenas e o Estado, pois, a partir da Carta

Magna, o ordenamento jurídico brasileiro abandonou o paradigma integracionista e passou a dar um tratamento normativo de respeito e proteção aos povos indígenas.

Assim, desde 1988, é reconhecida aos índios, às suas comunidades e às suas organizações, entre outras garantias, a legitimidade para ser parte em juízo a fim de promover a defesa de seus direitos e interesses. Houve, desse modo, o rompimento com os paradigmas tutelares do Estado. Não basta apenas a participação do Estado nos processos de interesse dos povos indígenas, também deve ser oportunizada a participação desses como parte da relação jurídica processual.

Após séculos de integracionismo e invisibilidade jurídica por parte da sociedade hegemônica, abriu-se um novo horizonte de acesso à justiça para os povos indígenas. Mostra-se relevante, portanto, a investigação de como a nova ordem constitucional está sendo interpretada pela mais alta Corte do país.

Diante desse cenário, busca-se demonstrar por meio do presente estudo que a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal prestigia a garantia do acesso ao sistema jurídico no tocante aos povos indígenas, que representa uma das formas de acesso à justiça. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, com pesquisa doutrinária e jurisprudencial, bem como análise da legislação pertinente.

Cumprе ressaltar que, em razão da amplitude do tema do acesso à justiça, deixou-se de analisar o assunto sob o prisma da obtenção de julgamentos justos, delimitando-se o estudo das decisões do Supremo Tribunal Federal no que tange ao acesso ao sistema jurídico.

Inicialmente, serão tecidas breves considerações sobre o tema do acesso à justiça. Em seguida, far-se-á uma abordagem sobre a participação dos povos indígenas nos processos judiciais. Por fim, serão estudados alguns julgados recentes do Supremo Tribunal Federal que refletem a maneira pela qual o guardião da Constituição interpreta a legitimidade e o acesso ao sistema jurídico pelos povos indígenas.

Concluiu-se que, a despeito das dificuldades historicamente enfrentadas pelos povos indígenas, especialmente no que se refere à concretização dos direitos estabelecidos pela Carta Magna de 1988, é possível identificar avanços no acesso à justiça na esfera processual em relação às demandas que tramitam perante o Pretório Excelso.

1. O ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DE UM SISTEMA JURÍDICO AO ALCANCE DE TODOS

No renomado estudo sobre o tema do acesso à justiça, Cappelletti e Garth¹ enfatizam que, apesar de difícil definição, o termo acesso à justiça determina duas finalidades básicas do sistema jurídico, quais sejam, (a) a existência de sistema estatal igualmente acessível a todos e (b) que produza resultados individual e socialmente justos. Os referidos autores indicaram os seguintes obstáculos a serem transpostos rumo ao efetivo acesso à justiça: os custos do processo judicial; os limites e possibilidades das partes; e a proteção de direitos metaindividuais.

Diante da amplitude do tema e para que seja possível atingir o escopo do presente estudo, será abordado o acesso à justiça dos povos indígenas apenas no que se refere à primeira finalidade mencionada, qual seja, a garantia de um sistema jurídico que esteja ao alcance de todos.

No âmbito das normas internacionais, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas² assegura a esses povos o direito a procedimentos equitativos, céleres e justos, bem como a recursos eficazes contra toda violação de seus direitos individuais e coletivos em relação às controvérsias com os Estados ou outras partes.

Por sua vez, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho³ garante aos povos indígenas a proteção contra a violação de seus direitos, bem como o direito de iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para assegurar o respeito efetivo desses direitos.

Na esfera interna, a Constituição Federal trata do acesso à justiça em diversos de seus dispositivos. Estabelece, entre os direitos individuais e coletivos, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito⁴; assegura, em seu inciso LV, do art. 5º, o contraditório e ampla defesa aos litigantes em processo judicial ou administrativo; determina que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos comprovadamente necessitados⁵; e garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que

1 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 8.

2 ONU, Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, art. 40.

3 OIT, Convenção nº 169, art. 12, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.051/2004.

4 CF, art. 5º, XXXV.

5 CF, art. 5º, LXXIV.

garantam a celeridade de sua tramitação⁶.

Especificamente em relação aos povos indígenas, a Constituição brasileira é considerada um marco normativo que dialoga com as normas e debates internacionais sobre o tema, reconhecendo o valor da diversidade cultural e da busca pela emancipação social⁷. Sustenta-se que a Carta Magna estabeleceu um novo paradigma, pois reconheceu o Brasil como um país pluriétnico e multicultural, adotando a Doutrina Pluralista ou da Autodeterminação⁸.

Souza Filho⁹ enfatiza o caráter revolucionário da nova tônica constitucional, asseverando que a Constituição de 1988 reconhece aos índios o direito de ser índio e de manter-se como índio, com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como assegura o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, rompendo com a repetida visão integracionista.

Nessa esteira, quanto ao acesso ao sistema jurídico dos povos indígenas, a Carta da República prevê que “índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”¹⁰. A Carta Magna inovou nesse ponto, pois anteriormente a legitimidade processual era atribuída apenas aos procuradores da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, autarquia indigenista oficial do Estado brasileiro.

Cumprе ressaltar que o artigo 232 da Constituição Federal trata da legitimidade para a defesa em juízo de direitos coletivos dos povos indígenas¹¹:

Esta legitimação, assim posta na Constituição, deve ser analisada mais de perto. É evidente que não se está a dizer que os índios podem ingressar em juízo em defesa de seus direitos individuais, porque isto seria dispensável, posto que todo o sistema tem esse sentido. O que se está garantindo ao índio é a defesa em juízo dos direitos coletivos, isto é, daqueles que não integram seu patrimônio individual, mas

6 CF, art. 5º, LXXVIII.

7 MOREIRA, Erika Macedo. **ONHEMOIRÃO: o judiciário frente aos direitos indígenas**. 2014. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

8 BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. **Manual de jurisprudência dos direitos indígenas / 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais**. – Brasília: MPF, 2019, p. 16.

9 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 107.

10 CF, art. 232.

11 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 155.

o chamado patrimônio indígena. Quer dizer, este dispositivo constitucional é uma expressa autorização para o indivíduo índio, em nome próprio, postular direito coletivo, alheio, da comunidade, sociedade ou povo que a pertença.

Corroborando esse entendimento, Silva¹² sustenta que “os direitos e interesses dos índios têm natureza de direito coletivo, direito comunitário. Como tais, concernem à comunidade toda e a cada índio em particular, como membro dela”.

Verifica-se, portanto, que as normas internacionais e internas, destacadamente a Constituição Federal de 1988, asseguram aos povos indígenas o direito de ter acesso ao sistema jurídico brasileiro independentemente da tutela do Estado. Por oportuno, salienta-se que essa legitimidade não afasta o dever estatal de proteger e fazer respeitar todos os bens indígenas, conforme estabelece o artigo 231 da Carta Magna.

Analisadas as normas que garantem a legitimidade dos povos indígenas para ingressar em juízo na defesa de seus interesses, passa-se a tecer breves considerações sobre o exercício dessa legitimação processual.

2. DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS POVOS INDÍGENAS

Cappelletti e Garth identificam, entre os problemas inerentes à busca pelo acesso à justiça, o fato de que alguns litigantes sofrem desvantagens estratégicas, como a falta de recursos para arcar com o alto custo do processo e a inaptidão para reconhecer um direito e propor uma ação em sua defesa. Além disso, os autores reconhecem a existência de dificuldades para a defesa dos direitos difusos e coletivos, ressaltando que é inadequado confiar apenas no Estado para que seja promovida a proteção dos interesses desta natureza¹³.

Diante das peculiaridades que lhes são inerentes, os povos indígenas podem se deparar com os obstáculos acima referidos quando da defesa em juízo de seus interesses. Esta circunstância foi ressaltada quando da edição das Novas 100 Regras de Brasília pela Cúpula Judiciária Ibero-americana¹⁴ – documento dirigido, entre outras finalidades, a fomentar o acesso à justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade –, ao incluir como causa de vulnerabilidade o fato de o litigante

12 SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**, 2010, p. 891.

13 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet, 2002, p. 21-26.

14 CÚPULA JUDICIÁRIA IBERO-AMERICANA. **Novas 100 Regras de Brasília**, p. 3.

pertencer a comunidades indígenas.

Ricardo¹⁵ discorre sobre as peculiaridades da representação indígena no Brasil, sustentado que o cenário demográfico, linguístico e espacial indica que a política propriamente indígena, autônoma e permanente:

É uma realidade fundamentalmente local (de cada aldeia, comunidade ou família), faccional (no caso, por exemplo, de aldeias onde a organização social está baseada em metades rituais à cada qual corresponde um chefe) e descentralizada (sem o reconhecimento de um centro de poder).

O autor assevera que, quanto mais se afasta do plano local, a representação dos interesses indígenas experimenta a ação de intermediários não indígenas, razão pela qual destaca a importância de se reconhecer e valorizar as características das formas de organização indígena para que os seus reais interesses sejam reconhecidos e manifestados.

Conforme mencionado no presente estudo, a Constituição Federal atribui legitimidade aos índios, suas comunidades e organizações para estarem em juízo em defesa de seus direitos.

A respeito das organizações e comunidades indígenas, é válida a transcrição dos ensinamentos de Souza Filho¹⁶:

É fácil entender o que são as organizações dos índios. Trata-se, evidentemente, de organizações não governamentais que atendem a defesa dos interesses e direitos indígenas. Estas organizações são regularmente inscritas nos registros das pessoas jurídicas e têm seu nascimento e vida legalmente estabelecidos. Muitos grupos indígenas exatamente para não terem problemas de representação grupal perante a sociedade, para contratar e distratar, postular em juízo e reivindicar direitos, organizaram-se em sociedades civis. (...)

Há ainda muitas outras organizações não governamentais, não formadas exclusivamente por índios, que atuam na defesa, proteção e apoio a seus direitos. A Constituição não restringiu a legitimidade às ONGs formadas por indígenas apenas. Mesmo porque ONGs há que formadas apenas por indígenas não guardam identidade com um único povo, como por exemplo a FOIRN (Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro). (...)

15 RICARDO, Carlos Alberto. Quem fala em nome dos índios? In: Povos Indígenas no Brasil 1991-1995, p. 90-91.

16 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**, 2012, p. 155.

Visto assim, sobrou, do interessante artigo 232 a legitimidade da comunidade indígena. Garantir a legitimidade ativa à comunidade é uma consequência direta do reconhecimento da organização social indígena. De qualquer forma, este reconhecimento já havia no Estatuto do Índio (...). Se no conceito de comunidade indígena estão as isoladas, sem contato com a sociedade envolvente, evidentemente não se pode esperar que elas tenham qualquer registro ou forma preestabelecida. Ao contrário, a Constituição diz que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes e tradições, o que significa que a organização social é aquela cujos costumes e tradições estabelecem. Caso estivesse a exigir uma formalidade, seria o mesmo que não reconhecer a organização social própria, porque a constituição das sociedades indígenas e sua forma de representação são particulares a cada povo e imposições de formalidades, prazos ou declarações de vontade, seria o oposto do que tão solenemente declara a Constituição de 1988.

Desse modo, o sistema jurídico estatal brasileiro abrange a legitimidade para estar em juízo aos povos indígenas por meio de diversas formas de manifestação da personalidade indígena, admitindo a um índio isoladamente a defesa dos direitos coletivos de seu povo, bem como a atuação de organizações não governamentais formadas exclusivamente ou não por índios e das comunidades indígenas.

Considerando o escopo do presente trabalho, passa-se a analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que se refere ao acesso dos povos indígenas aos processos que tramitam perante o guardião da Constituição.

3. A JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: HORIZONTE DE VISIBILIDADE DOS POVOS INDÍGENAS

Ao iniciar este tópico, cumpre esclarecer que o presente trabalho não tem a aspiração de promover o levantamento e a análise de todas as decisões do Supremo Tribunal Federal envolvendo os povos indígenas. Não obstante isso, foram selecionadas algumas decisões recentes, que serão comentadas em ordem cronológica, por meio das quais é possível perceber a evolução do alinhamento da jurisprudência do Pretório Excelso em relação à garantia do acesso à justiça atribuída pela Constituição Federal aos povos indígenas.

Parte-se do exame da ação popular registrada como PET 3.388/RR, por meio da qual se discutiu a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, demanda de reconhecida importância histórico-cultural para o país. Do extenso acórdão, para fins do presente estudo, chama-se a atenção para o ponto em que, por maioria,

o Plenário entendeu-se pela inexistência de vícios processuais na ação popular, admitindo a regularidade da participação dos representantes das comunidades indígenas exclusivamente como assistentes simples.

Assim, em processo no qual inequivocamente foi debatido assunto de interesse direto dos povos indígenas, sete comunidades¹⁷ participaram do processo relativo à ação popular em comento apenas na qualidade de assistentes simples da União.

Depreende-se que as comunidades indígenas em questão foram ouvidas no processo, mas a sua participação como assistentes simples mitiga a participação efetiva dos povos indígenas envolvidos, visto que o assistente simples recebe o processo no estado em que se encontra, a falta de sua participação não constitui causa de nulidade processual, sendo certo ainda que o assistente exerce função secundária no processo, não impedindo a prática de atos por parte do assistido – no caso, a União – que acarretem a disposição do direito material¹⁸.

Passa-se a examinar o Mandado de Segurança 33.922/DF, ainda em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, por meio do qual se discute a demarcação da Terra Indígena Pequizal do Naruvôtu.

O Ministro Edson Fachin avocou os autos e, em decisão monocrática, determinou a inclusão da Comunidade Naruvôtu na qualidade de parte interessada no processo. Confira-se:

DECISÃO: Avoco os autos.

Da redação do artigo 232 da Constituição Federal, deduz-se que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses”.

Isso, em decorrência de todo o arcabouço constitucional, que retirou os indígenas de uma esfera protetiva-diminutiva de suas capacidades, e reconheceu-lhes, dentro de uma noção plural de sociedade que pretendeu regular, a mesma capacidade conferida aos demais cidadãos brasileiros na defesa de seus direitos.

No caso em tela, trata-se de mandado de segurança preventivo, cujo escopo final é impedir a demarcação de terra indígena que, segundo afirma o Impetrante, vem a incidir em terras de sua propriedade.

17 Comunidade Indígena Socó, Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai.

18 MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil comentado**, 2018, p. 166.

Logo, qualquer decisão a ser proferida no presente feito, tem o potencial de atingir a esfera de direitos dos índios da etnia Naruvôtu, uma vez que estes possuem uma demarcação administrativa de terras reconhecida pela FUNAI e pela UNIÃO.

Sendo assim, determino a inclusão da Comunidade Indígena Naruvôtu, na qualidade de parte interessada no processo, devendo ser retificada a autuação do feito.

Ainda, sem prejuízo das determinações contidas no despacho anteriormente prolatado, determino a expedição de carta de ordem ao Juízo Federal da Subseção Judiciária de Barra do Garças, Estado do Mato Grosso, a fim de que se providencie a regular notificação da Comunidade Indígena Naruvôtu, para que, querendo, manifeste-se no processo, uma vez que a terra demarcada situa-se em área sob sua jurisdição, nos Municípios de Canarana e Gaúcha do Norte.

Publique-se.

Brasília, 22 de fevereiro de 2016.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Verifica-se que, neste caso, foi proferida decisão de ofício pelo Exmo. Ministro Relator, que determinou a notificação da Comunidade Indígena potencialmente atingida pela demanda em questão para que, querendo, passe a integrar o processo em questão na qualidade de interessada.

Com efeitos processuais mais intensos, quando da decisão proferida no Mandado de Segurança 34250/DF, o Exmo. Ministro Celso de Mello determinou a citação da Comunidade Indígena Piaçaguera como litisconsorte passivo necessário. O relator ressaltou a imprescindibilidade de realização do referido ato processual, sob pena de incorrer em nulidade processual. É válida a transcrição de trecho da referida decisão:

(...)

Impõe-se, no presente caso, a citação da União Federal e da Comunidade Indígena Piaçaguera, na condição de litisconsortes passivos necessários. Trata-se, no caso, de intervenção “jussu judicis” (CPC/15, art. 115, parágrafo único).

A efetivação do ato citatório em referência constitui providência essencial ao regular prosseguimento da presente ação mandamental, pois a eventual concessão do mandado de segurança terá o condão de afetar a esfera jurídica de referidos sujeitos processuais, considerado o que prescrevem, quanto à União Federal, o art. 20, inciso XI, e, no que concerne à Comunidade Indígena Piaçaguera, o art. 231, § 2º, da Constituição da República.

É tão importante (e inafastável) a efetivação do ato processual em referência, com o consequente ingresso formal desses litisconsortes passivos necessários na presente causa mandamental – o que viabilizará, por imperativo constitucional, a instauração do contraditório –, que a ausência de referida medida (“in jus vocatio”), não obstante o rito especial peculiar ao mandado de segurança, poderá importar em nulidade processual, consoante adverte a jurisprudência dos Tribunais em geral, inclusive a desta Corte (RTJ 57/278 – RTJ 59/596 – RTJ 64/777 – RT 391/192, v.g.): “No caso de litisconsórcio necessário, torna-se imprescindível a citação do litisconsorte, sob pena de nulidade do processo.” (Revista dos Tribunais, vol. 477/220 – grifei)

Desse modo, e pelas razões expostas, determino sejam citados, na condição de litisconsortes passivos necessários, a União Federal e a Comunidade Indígena Piaçaguera.

Para tanto, o ora impetrante deverá adotar, no prazo de 05 (cinco) dias (Súmula 631/STF), junto à Secretaria deste Supremo Tribunal, as providências necessárias à efetivação do referido ato citatório.

Publique-se.

Brasília, 07 de fevereiro de 2017.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

Em outros dois mandados de segurança versando sobre demarcação de terras indígenas ainda em trâmite no Pretório Excelso, ambos da relatoria do Exmo. Ministro Marco Aurélio – MS 28.541/DF e MS 28.574/DF – foram proferidas decisões monocráticas pelo relator deferindo o pedido de ingresso das comunidades indígenas interessadas como litisconsortes passivos necessários.

No mandado de segurança 28.574/DF acolheu-se o pedido da Comunidade Indígena Anaro. Por sua vez, no mandado de segurança MS 28.541/DF admitiu-se a Comunidade Indígena Guarani e Kaiowá de Arroio Korá como litisconsorte passivo necessário. Confira-se excerto da decisão proferida pelo Exmo. Min. Marco Aurélio neste último processo:

(...)

2. Ante a situação jurídica da requerente, passível de ser alcançada por decisão acolhendo o pedido inicial neste mandado de segurança, forçoso é concluir pelo interesse em participar da relação processual como parte passiva. Ao proferir voto na petição nº 3.388, assim assentei:

Nos termos do artigo 6º da Lei nº 4.717/1965, a ação popular será proposta tam-

bém contra os beneficiários diretos do ato lesivo. Trata-se, da mesma maneira, de litisconsórcio passivo necessário:

[...]

É inegável serem as comunidades indígenas, de início, beneficiárias do ato de demarcação. Tanto são que, consoante o § 3º do artigo 2º do Decreto nº 1.775/1996, mostra-se necessária a participação do grupo indígena envolvido, segundo as formas próprias, em todas as fases do processo de demarcação:

§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

No curso do processo, as comunidades requereram o ingresso na qualidade de litisconsortes. O Plenário, porém, admitiu a intervenção apenas na condição de assistentes. Confirmam trecho do voto do ministro Menezes Direito:

[...]

Pois bem, imaginem se a presente ação for julgada procedente, anulando-se o processo demarcatório, não haverá clara nulidade, considerada a ausência da participação dos beneficiários, como litisconsortes? Não é porque o julgamento caminha no sentido da improcedência do pedido que será afastada a observância irrestrita das regras de direito processual, as quais visam, em última análise, a proteger as partes, dando credibilidade ao pronunciamento jurisdicional.

Ante o quadro, faz-se necessária a citação de entidades representativas das cinco etnias existentes na reserva Raposa Serra do Sol, sob pena de nulidade do processo.

Se, de um lado, tem-se configurada a legitimidade como parte, mostra-se adequado, por outro, aproveitar os atos processuais praticados, considerados o estágio atual da demanda, a ausência de prejuízo, os argumentos e documentos apresentados pela comunidade indígena, bem assim a especialidade do rito da via mandamental, a inviabilizar abertura de etapa instrutória.

3. Admito a Comunidade Indígena Guarani e Kaiowá de Arroio Korá como litisconsorte passiva, recebendo o processo na fase em que se encontra.

4. Retifiquem a autuação.

5. Publiquem.

Brasília, 26 de outubro de 2018.

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator

Por fim, passa-se ao exame da Ação Cível Originária 2.323/DF, ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal, por meio da qual se discute a validade do

processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Morro dos Cavalos, bem como a existência de direito originário dos índios Guarani Mbyá e Nhandéva sobre a área demarcada em questão.

Em decisão proferida na data de 26 de março de 2018, o Relator, Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, deferiu parcialmente o pedido da Comunidade Indígena Guarani para admitir o seu ingresso no feito na qualidade de assistente simples. Considerando que o assistente simples recebe o processo no estágio que se encontra, o relator determinou o desentranhamento da contestação apresentada pela Comunidade Indígena em razão de sua intempestividade.

Após a interposição de recurso de agravo, o Exmo. Ministro Alexandre de Moraes monocraticamente reconsiderou a decisão agravada, a fim de admitir a Comunidade Indígena Guarani Morro dos Cavalos como litisconsorte no polo passivo da relação jurídica processual. Em consequência, em respeito à posição de litisconsorte necessário do povo indígena em questão, o relator conheceu da contestação e do pedido de apresentação de provas testemunhais anteriormente apresentados¹⁹.

Depreende-se das decisões em comento que o Supremo Tribunal Federal há anos vem admitindo o acesso aos povos indígenas nos processos sob a sua jurisdição. Entretanto, a forma de ingresso não vem ocorrendo de maneira uniforme.

A exemplo da PET 3.388/RR, naquela oportunidade sete comunidades indígenas participaram de um dos processos mais importantes do país apenas na qualidade de assistente simples. Dez anos depois, apesar de não ter sido verificada nova decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que os Ministros que compõem a Corte dão sinais de que a participação dos povos indígenas nos processos de seu interesse deve ocorrer de maneira mais efetiva, isto é, por meio do litisconsórcio necessário, circunstância que atribui maiores garantias processuais à parte envolvida.

O caminhar da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em direção a um acesso à justiça mais amplo dá esperanças a outros povos indígenas que aguardam definições importantes sobre seus direitos em processos que ainda estão em trâmite perante o Pretório Excelso. A esse respeito, Santos²⁰ especifica alguns casos:

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária 2.323/DF**. Estado de Santa Catarina e União. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 13 de fevereiro de 2019.

20 SANTOS, Rafael Modesto dos. **A Corte Constitucional e o acesso à Justiça aos índios**. 2019, p. 3.

Contudo, o caso Morro dos Cavalos não é o primeiro que passa pela Corte com essa discussão. Outros povos também se encontram na busca desse direito, como exemplo os Guarani e Kaiowá (RMS 29.087) e os Terena (ARE 803.462), do Mato Grosso do Sul, e os Kanela Apãniekrá (RMS 29.542), do Maranhão. Os três casos foram julgados em 2014, pela Segunda Turma do STF, sem que o grupo fosse acrescentado no processo como parte, ignorando o povo indígena como sujeito de direito.

Após as comunidades tomarem conhecimento da anulação do processo de demarcação de suas terras (impedido o acesso à justiça plena), pleitearam o ingresso na qualidade de litisconsorte – estamos a falar de matéria de ordem pública, de maneira que, caso reconhecida a aplicação no caso concreto, o reflexo prático é a anulação de todo os atos decisórios anteriores.

Nos dois primeiros casos, oriundos do Mato Grosso do Sul, o direito foi negado com base no regime tutelar do índio, matéria revogada desde a promulgação da Constituição em 1988. Os três casos ainda pendem de análise pelo Supremo, por meio de recursos das comunidades, da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e do Ministério Público Federal (MPF).

A formação de jurisprudência mais abrangente pelo Supremo Tribunal Federal sobre o assunto também surte efeitos nas demais instâncias do Poder Judiciário pátrio, especialmente considerando o sistema de precedentes vigente no país, razão pela qual se espera a consolidação do entendimento do Pretório Excelso no sentido da ampliação e da visibilidade do acesso à justiça dos povos indígenas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, em consonância com as normas internacionais sobre o tema, representa uma evolução no tratamento dos direitos dos povos indígenas, entre os quais o direito de acesso à justiça.

Após a análise do acesso à justiça sob o prisma da existência de um sistema jurídico ao alcance de todos, foi possível constatar que as normas internacionais e internas, destacadamente a Carta Magna, asseguram aos povos indígenas o direito de ter acesso ao sistema jurídico brasileiro independentemente da tutela do Estado – o que não exclui o dever de atuação deste nas hipóteses previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Por meio do presente trabalho, também se observou que a nova ordem

constitucional abrange a legitimidade para estar em juízo aos povos indígenas por meio de diversas formas de manifestação da personalidade indígena, admitindo a um índio isoladamente a defesa dos direitos coletivos de seu povo, bem como a atuação de organizações não governamentais formadas exclusivamente ou não por índios e das comunidades indígenas.

Para além da análise da valiosa normativa constitucional, objetivou-se com o presente estudo aferir de qual maneira a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal interpreta e concretiza o acesso dos povos indígenas ao sistema jurídico brasileiro.

Como resultado, foi possível vislumbrar uma significativa evolução na jurisprudência do Pretório Excelso em relação ao ingresso dos povos indígenas nos processos de seu interesse. Exemplificativamente, se há dez anos o Plenário da Corte Suprema admitiu comunidades indígenas apenas como assistentes simples em processo de grande relevância, atualmente a tônica dos Ministros que atualmente compõem a Corte é de, monocraticamente, admitir a participação dos povos indígenas como litisconsortes necessários.

Considera-se uma evolução porque ao litisconsorte necessário são atribuídas maiores garantias processuais, como a nulidade ou ineficácia da sentença ou extinção do processo, caso não haja a sua participação na relação processual, conforme estabelece a legislação processual civil²¹.

Desse modo, espera-se que as decisões vindouras em toda a composição do Supremo Tribunal Federal representem a concretização dos direitos estabelecidos pela Carta Magna de 1988, repercutindo em todos os importantes processos envolvendo interesses de povos indígenas ainda pendentes de julgamento perante o Pretório Excelso, bem como surtindo efeitos positivos nas demais instâncias do Poder Judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário**

21 CPC, Art. 115.

Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. **Manual de jurisprudência dos direitos indígenas** / 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais. – Brasília: MPF, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao/manual-de-jurisprudencia-dos-direitos-indigenas.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária 2.323/DF**. Estado de Santa Catarina e União. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 13 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339522439&ext=.pdf>. Acesso em 18 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 33.922/DF**. Mauro Fernando Schaedler e Presidente da República. Relator: Ministro Edson Fachin. 22 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308756371&ext=.pdf>. Acesso em 18 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 34.250/DF**. Espólio de Leão Benedito de Araújo Novaes e Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. 7 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311179650&ext=.pdf>. Acesso em 18 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 28.541/DF**. Maxionilio Machado Dias e Outro e Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. 30 de outubro de 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>.

JUSTIÇA CRIMINAL E INDÍGENAS: NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE UMA POLÍTICA PENAL PAUTADA PELO MULTICULTURALISMO CONSTITUCIONAL

JUSTICIA CRIMINAL E INDÍGENAS: NECESIDADES DE IMPLEMENTACIÓN DE UNA POLÍTICA PENAL BASADA POR EL MULTICULTURALISMO CONSTITUCIONAL

*Caroline Moreira de Oliveira Neves
Defensora Pública Federal
Defensoria Pública da União*

RESUMO

O presente ensaio busca analisar a aplicação de normas e políticas criminais relativas aos povos indígenas no Brasil e a necessidade de mecanismos de incentivo ao reconhecimento da identidade indígena por instituições de justiça criminal.

Palavras-chave: Indígenas. Multiculturalismo. Sistemas de Justiça Criminal. Indígenas em situação de cárcere. Normatização.

RESUMEN

El presente ensayo busca analizar la aplicación de normas y políticas criminales sobre los pueblos indígenas en Brasil y la necesidad de mecanismos de incentivo o reconocimiento de la identidad indígena por instituciones de justicia criminal.

Palabras clave: Indígenas. Multiculturalismo. Sistemas de Justicia Criminal. Indígenas en situación de cárcel. Normatización.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. O BRASIL INTEGRACIONISTA 2. CONSTITUIÇÃO DE 1988 E MULTICULTURALISMO 3. HERANÇA INTEGRACIONISTA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL 4. APROVAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 287 PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

O contexto de criação do Estado Brasileiro trouxe consigo um arcabouço de práticas relacionadas à pessoa indígena, baseadas na supressão da identidade dos povos e culturas originários e sua aculturação. Essa conjuntura é claramente visível do ponto de vista legislativo, refletindo diretamente no tratamento dado aos indígenas pelo sistema de justiça criminal.

Mesmo com a criação de um estado multicultural pela Constituição Federal de 1988, o modelo integracionista ainda se encontra em prática. A ausência de normatização, pelas instituições públicas, acerca da matéria, obstaculiza a mudança de pensamento dos instrumentos de justiça penal do país, principalmente quanto ao reconhecimento da autodeterminação da pessoa indígena e suas particularidades, sendo impreterível a mudança de paradigma.

Diante dessa conjuntura, o presente ensaio busca analisar os regramentos que tratam de indígenas no contexto criminal, as práticas contemporâneas de justiça criminal relacionadas à pessoa indígena no Brasil, e a busca por mecanismos de incentivo ao reconhecimento da identidade indígena nesse cenário.

1. O BRASIL INTEGRACIONISTA

Assim como os países latino-americanos de um modo geral, o Brasil é resultado de uma colonização de exploração invasiva, baseada na ideia de superioridade da cultura ocidental sobre as culturas tradicionais, que resultou no extermínio de incontáveis povos e invasão de suas terras, além da dominação de sobreviventes por meio da escravidão.

Não se pode negar a historicidade do tratamento conferido às questões indígenas, baseada em uma política integracionista que enxerga a incorporação dos indígenas à cultura dominante como algo necessário ao avanço da sociedade, resultando no desrespeito à existência desses povos por meio da marginalização e da consequente violação reiterada de seus direitos.

“A cultura e as tradições não eram reconhecidas como parte integrante da identidade nacional, exigindo-se que os indígenas renunciassem à sua identidade originária e aderissem ao padrão cultural da sociedade hegemônica, inclusive como condição para o exercício de seus mais elementares direitos.”¹

1 CAPONE, Maria Rita Senne. **Direitos Indígenas no Brasil**. In: RIBEIRO, Marilane Lopes *et al* (orgs).

A situação foi substancialmente agravada após a implementação do estado ditatorial de 1964, que resultou na morte de milhares de indígenas e na remoção forçada de dezenas de povos². Recentemente, outros fatores, como a adoção de uma política fundiária influenciada pelo crescimento da economia agropecuária e pela implementação de empreendimentos de expansão urbana em território indígena³, bem como a redução na homologação de terras indígenas⁴, agravaram ainda mais a situação de vulnerabilidade desses povos, expostos aos conflitos fundiários e às mazelas sociais dos dias atuais.

Quanto à legislação indigenista, verifica-se a prevalência da adoção de um modelo assimilacionista, fundamentado na inferioridade cultural e intelectual do indígena, característico por aferir seu discernimento ou capacidade com base no grau de “integração”.⁵ Tal modelo é reproduzido, inclusive, na Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), atualmente em vigor, ao prever, em seu artigo primeiro, o propósito de “integração progressiva dos indígenas à comunhão nacional”.

O Estatuto faz distinção entre indígenas com base em seu grau de integração, diferenciando-os em: isolados, em vias de integração e integrados, conferindo incapacidade civil relativa aos indígenas não integrados, submetidos a um regime especial de tutela, e prevendo uma série de restrições, em especial quanto a direitos civis e políticos.⁶

No que concerne à aplicação da lei penal ao indígena, o Estatuto do Índio prevê em seu artigo 56 a obrigatoriedade de aplicação de atenuante, determinando que “a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola” e, quanto às penas de reclusão e detenção, o cumprimento, sempre que possível, de regime especial de semiliberdade, “no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado”.

Temas Contemporâneos de Direito Latino Americano. Brasília: Editora Kiron, 2018. p. 194.

2 BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório: textos temáticos / Comissão Nacional da Verdade. – Brasília: CNV, 2014. – (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 2) p. 95.

3 Empreendimentos que Impactam Terras Indígenas. Feitosa, Saulo Ferreira; Brighenti, Clóvis Antônio (organizadores) – Brasília: Cimi – Conselho Indigenista Missionário, 2014. p. 59.

4 RELATÓRIO Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2017– Brasília: Cimi – Conselho Indigenista Missionário. p. 43.

5 O Código Civil de 1916 (art. 6, IV e parágrafo único) previa a incapacidade civil relativa de indígenas “não integrados à civilização”, determinando um regime de tutela regulamentado pelo Decreto 5.484 de 27/06/1928, responsável por instituir o Sistema de Proteção do Índio (SPI) também de caráter integracionista.

6 Lei nº 6.001, de 19 de Dezembro de 1973, artigos 1º; 4º; 5º; 7º.

Percebe-se que, em sintonia com o pensamento integracionista da época, o Estatuto do Índio relaciona a responsabilidade civil e penal do indígena ao grau de “integração” do mesmo, conferindo, inclusive, uma espécie de semi-imputabilidade e a aplicação de um regime especial de tutela.

Apesar de sedimentar o pensamento da época, o estatuto traz disposições que merecem destaque, como a previsão de semiliberdade nos moldes citados e o artigo 57, que determina a possibilidade de aplicação de penas ou sanções por parte das comunidades indígenas a seus próprios membros, de acordo com seus regramentos e costumes próprios, “desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.

2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E MULTICULTURALISMO

Importa destacar, contudo, a mudança de paradigma resultante do atual Estado Constitucional, em que o reconhecimento da Dignidade Humana como instrumento basilar e a positivação de direitos fundamentais pétreos refletem uma postura baseada em valores como a fraternidade universal e o multiculturalismo consistente “no reconhecimento da diversidade de culturas no mundo que coexistem e se auto influenciam, sob a ótica de uma comunidade internacional globalizada”⁷.

O Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição de 1988, quebra com a ideia de hierarquia entre as culturas, objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por meio dos artigos 215 e 216, a Constituição reconhece a pluralidade e igualdade entre as culturas nacionais e prevê mecanismos de proteção às culturas e suas manifestações, incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais, além de estabelecer como patrimônio cultural nacional os bens de natureza material e imaterial, relacionados à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Em se tratando dos povos originários, a Constituição prevê o reconhecimento de sua identidade, por meio da autonomia e autodeterminação, bem como a

7 HOLDER, Juliane; SILVA, Maria dos Remédios Fontes Silva. **Proteção à identidade indígena e quilombola: uma análise à luz do multiculturalismo e da abertura constitucional.** Constituição e garantia de Direitos, v. 4, n. 02, 17 out. 2013. p.7. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/4359>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

capacidade processual de suas comunidades. Devido à problemática histórica envolvendo a invasão de terras indígenas, o Constituinte Originário determina mecanismos de proteção às terras tradicionalmente ocupadas, em caráter permanente, vedando expressamente a remoção dos indígenas de seu território.⁸

Somando forças aos dispositivos constitucionais, cumpre mencionar as convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil que versam acerca da proteção e promoção dos direitos das pessoas indígenas e que, por se tratar de matéria de direitos humanos possuem natureza supralegal⁹: “abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei”¹⁰.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT – de 1989, que versa sobre Povos Indígenas e Tribais em Estados Independentes, foi ratificada no Brasil por meio do Decreto nº 5.051 de 2004, e enfatiza a necessidade do reconhecimento da autodeterminação desses povos, de sua cultura e identidade.

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, resultante da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e ratificada por meio do Decreto nº 2.241 de 1997, prevê, no princípio 22, a necessidade de reconhecimento e apoio à identidade, cultura e interesses dos povos indígenas e sua cultura, por parte do Estado, dada a importância de seu conhecimento e práticas tradicionais ao gerenciamento ambiental.

Destaca-se também a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas de 2006, ratificada no Brasil por meio do Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007. A Declaração estabelece objetivos e princípios diretores relacionados à proteção e promoção das expressões culturais e da interculturalidade, a necessidade de vínculo entre cultura e desenvolvimento (sobretudo em países em desenvolvimento), bem como a necessidade da atuação dos Estados e da colaboração internacional para promoção dessa diversidade.

Versando especificamente sobre indígenas em situação de prisão, a Convenção nº 169 da OIT contém previsões relativas à penalização de pessoas indígenas, como o respeito aos métodos tradicionalmente adotados por estes povos no tratamento de delitos cometidos por seus membros, desde que compatíveis com o sistema jurídico

8 Constituição da República Federativa do Brasil. Capítulo VIII - Dos índios.

9 O Supremo Tribunal Federal, analisando o Recurso Extraordinário, 349.703-1, reconheceu “o *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil”.

10 RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. **Rev., atual. e ampl.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 418.

nacional e com os direitos humanos, e a necessidade de se levar em consideração seus costumes durante o julgamento de processos penais.

Ademais, a norma destaca, em seu artigo 10, a necessidade de se considerar, durante a aplicação de sanções penais, as características econômicas, sociais e culturais dos povos indígenas, dando-se preferência a outros métodos alternativos ao encarceramento.

3. HERANÇA INTEGRACIONISTA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Entretanto, em que pese a adoção de um novo modelo constitucional, multicultural, de proteção à dignidade humana e à pluralidade, característico do Estado Plurinacional; o Estatuto do Índio, conforme já mencionado, continua em vigor, funcionando como norma justificante da manutenção do pensamento integracionista por parte de instituições públicas.

Mesmo após a Constituição de 1988, as graves violações a direitos fundamentais indígenas e a problemática envolvendo terras indígenas, agravam a situação de vulnerabilidade por eles vivenciada em um contexto de marginalização e preconceito.

A ausência de uma política indigenista voltada à autonomia dos povos e à estabilidade de seus territórios, desemboca na carência políticas públicas voltadas à garantia de direitos fundamentais básicos, gerando a precariedade dos serviços de educação, saúde, saneamento e segurança nas comunidades, além da carência de apoio aos indígenas que vivem nos centros urbanos.

Importa destacar aqui, a adoção, pelo judiciário, da teoria do “marco temporal”. No ano de 2014, o Pleno do Supremo Tribunal Federal - STF, ao julgar Petição nº 3388 ED RR, definiu um espécie de condicionante à demarcação de terras indígenas, qual seja: a situação em que se encontrava a ocupação dessas terras na data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988).

De forma preocupante, esse entendimento tem sido adotado juntamente com a Súmula nº 650 do STF, que prevê que a proteção constitucional às terras tradicionalmente ocupadas não alcança terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto, dificultando ainda mais o reconhecimento de terras indígenas no contexto nacional de graves e recorrentes violações à posse indígena em relação a essas terras.

Considerando o histórico de violações dos direitos indígenas, a exigência de que

esses povos comprovem sua vinculação ao território ou sua habitação permanente os inferioriza novamente ao exigir que adotassem, às vésperas da promulgação da Constituição, posturas de resistência num momento histórico em que o ordenamento jurídico os tratava como incapazes. Não é difícil depreender que a ocupação do território, na forma apresentada no acórdão, nem sempre poderá ser cristalinamente aferida. Em muitos casos, pode apresentar-se como um dado a ser profundamente analisado, em oposição às certezas supostamente transmitidas por documentos registraes, à luz da trajetória e das formas de organização de um grupo, sobretudo em razão das ameaças e pressões que o seu território pode ter sofrido.¹¹

Na tentativa de minimizar essa situação, por meio dos Defensores Regionais de Direitos Humanos, a Defensoria Pública da União atuou em casos envolvendo conflitos fundiários, reconhecimento e demarcação de terras, acesso à educação básica, bem como promoção de autonomia das comunidades indígenas e empoderamento de sua ancestralidade e cultura.¹²

Não se pode desconsiderar que a situação de vulnerabilidade enfrentada pelos indígenas e sua condição de minoria social afeta diretamente suas relações com as políticas de segurança pública e justiça criminal, sobretudo nos Estados com grande

11 JUNIOR, Julio José Araújo. **O Marco Temporal e uma Prática Constitucional Assimilacionista**. Associação Nacional dos Procuradores da República Índios, Direitos Originários e Territorialidade. / Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Organizadores: Gustavo Kenner. Alcântara, Livia Nascimento Tinôco, Luciano Mariz Maia. Brasília: ANPR, 2018. p. 130.

12 Cita-se: Ação de reintegração de posse contra a Comunidade Indígena Kariri Xocó, no estado da Bahia, em a Defensoria Pública da União ingressou como assistente e, posteriormente, a decisão liminar determinando a desocupação dos indígenas foi revista (PAJ 2017/014-01319). Defesa de comunidades indígenas (Tupi-Guarani e Comboios) em processo judicial em Aracruz, no Espírito Santo (PAJ 2019/017-00473). Projeto de Autonomia da Aldeia Campo Limpo, no Mato Grosso do Sul em que a DRDH angariou, juntamente com entidades da sociedade civil, donativos para a aquisição de materiais para a construção de uma escola, por meio de mão de obra fornecida pelos próprios indígenas (PAJ 2018/02202353). A assistência na representação de Aldeia em Minas Gerais, banhada pelo rio que foi atingido pela lama da barragem de Brumadinho, quanto ao fornecimento de água potável e alimentação uma vez que os índios dependiam do rio para sobrevivência (PAJ 2019/004-00530). Ação Civil Pública em que se obteve tutela de urgência para que o Instituto Nacional de Seguridade Social no Estado do Pará pare de indeferir salário-maternidade às mães indígenas menores de 16 anos alegando tão somente a necessidade de idade mínima de 16 anos ser considerado segurado da Previdência Social (PAJ 2018/003-01544). Fornecimento de água e conserto do poço artesiano para aldeia indígena Pinhalzinho, em Tomazina/PR (PAJ 2018/029-03533:). Reintegração de posse e demarcação de terras à comunidade indígena ava-guarani (PAJ 2018/029-03533). Cumprimento da decisão da Corte IDH acerca do acesso à saúde mental e à educação indígena da comunidade Xukuru do Ororubá na cidade de Pesqueira no estado de Pernambuco (PAJ 2019/038-03604). Proteção da cultura indígena, através da possibilidade de retificação do nome crianças indígenas Guarani do estado de São Paulo diretamente nos cartórios, sem necessidade de ação judicial, uma vez que o ritual de nomeação das crianças se dá ao completar um ano de idade (PAJ 2017/020-15672).

incidência de territórios indígenas carentes de demarcação. A instabilidade territorial das populações indígenas, além de fomentar fatores sociais de hipossuficiência causadores da criminalidade, serve de palco a conflitos fundiários e à consequente criminalização de indígenas nesse cenário.

O Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil, dados de 2017, do Conselho Indigenista Missionário, destaca que, o Mato Grosso do Sul, estado com maior ocorrência de casos graves de violências contra os indígenas no país, também é o estado com a segunda maior quantidade de terras pendentes de regularização na demarcação, com 102 terras indígenas aguardando alguma providência administrativa¹³, além do terceiro estado com maior contingente de indígenas em situação de prisão, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen –, relativo a junho de 2017, atrás apenas dos estados de Roraima e Paraíba.¹⁴

Em se tratando de política criminal, há uma grande dificuldade em se vivenciar um direito penal intercultural. O que se verifica, tanto na Jurisprudência quanto na Doutrina, é justamente o contrário: um alto grau de influência do pensamento assimilacionista, sobretudo quanto a culpabilidade, analisada sob o ponto de vista da inimputabilidade por desenvolvimento psíquico incompleto ou retardado, a depender do “grau de integração” do indígena à cultura predominante.

Com efeito, grande parcela da doutrina assemelha a inimputabilidade dos indígenas àquela conferida aos que possuem desenvolvimento mental incompleto ou retardado, assim como também as oligofrenias e a surdo-mudez, de modo que a exigibilidade de laudo antropológico para aferir a imputabilidade é controversa.¹⁵

Em se tratando de responsabilidade criminal temos que, regra geral, o reconhecimento da imputabilidade está vinculado ao grau de integração do indígena à sociedade nacional, utilizando-se como indicadores de integração o exercício do trabalho remunerado, alfabetização e fluência da língua portuguesa, residência em

13 RELATÓRIO. Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2017– Brasília: Cimi – Conselho Indigenista Missionário. p. 43.

14 Cumpre destacar que Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias apresenta poucas informações acerca da população carcerária indígena, uma vez que grande parcela dos estados brasileiros carece de dados completos relativos à cor, raça ou etnia das pessoas custodiadas. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualização junho de 2017/ organização, Marcos Vinícius Moura. - Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. p. 33.

15 SILVA, Tédney Moreira da. **No banco dos réus, um índio: Criminalização de indígenas no Brasil.** Tese (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília. 2015. p. 94.

município, ser eleitor, portar outros documentos como carteira de trabalho ou carteira nacional de habilitação, sendo dispensado laudo antropológico ou sociológico.¹⁶

Um dos riscos da difusão desse pensamento pelo judiciário é o fato de se pressupor, erroneamente, que a familiaridade com a cultura ocidental, a prática de alguns usos e costumes (o fato de residir em cidades, possuir emprego formal, falar português) seja suficiente para retirar do indivíduo a condição de indígena (e, do ponto de vista difundido, da condição de incapaz), como uma espécie de evolução de sua consciência ou razão, passando a ser reconhecidamente imputável, uma vez que “integrado à comunhão nacional”, desmerecendo, assim, qualquer tratamento diferenciado pelas instituições de segurança pública e de justiça.

A isso chamamos de penalidade civilizatória: uma função política do direito penal aplicado aos indígenas pelas agências do sistema de justiça que, acriticamente, reproduzem argumentos racistas e etnocêntricos com a finalidade de reforçar a ideia de seu desaparecimento ou neutralização, isto é, de sua assimilação, total ou parcial, de usos e costumes da “sociedade nacional” – o que, simultaneamente, conduz à sua inserção forçada na sociedade de Estado e ao controle dos que são a ela resistentes.¹⁷

O multiculturalismo existente no país não pode servir de argumento à hierarquização do pensamento ocidental sobre as demais consciências. Diferentemente do que é refletido majoritariamente pela jurisprudência pátria, a política implantada pós colonialismo não é resultado de um processo evolutivo em que as populações tradicionais são tidas como primitivas de desenvolvimento incompleto.

A reprodução do pensamento etnocêntrico no processo penal, e a consequente desconsideração da identidade indígena enquanto característica inerente à personalidade do indivíduo, desemboca numa série de violações aos direitos e garantias processuais e de execução penal, sobretudo as disposições constantes na

16 “É dispensável a realização de exame pericial antropológico ou sociológico quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.” REsp 1129637/SC, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014. “É dispensável o exame antropológico destinado a aferir o grau de integração do paciente na sociedade se o Juiz afirma sua imputabilidade plena com fundamento na avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e do nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros elementos de convicção. Precedente.” HC 85198, Primeira Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 09-12-2005.

17 SILVA, Tédney Moreira da. **No banco dos réus, um índio**: Criminalização de indígenas no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília. 2015. p. 104.

supra mencionada Resolução nº 169 da Organização Mundial do Trabalho, como a análise de questões sociais, econômicas e culturais (como por exemplo a utilização de laudo antropológico), a preferência por outros métodos de punição que não o encarceramento e o respeito aos métodos tradicionalmente utilizados para repressão de delitos.

É oportuno lembrar a dificuldade de se recolher dados referentes à situação penal e carcerária dos indígenas do Brasil. A ausência de um registro unificado, ou até mesmo de registros estaduais concretos, gera obscuridade e inconsistência quanto às informações oficiais a respeito da quantidade real de indígenas que respondem processo criminal e seu acesso a direitos e garantias processuais, acarretando dificuldades de atuação por parte das instituições e mecanismos de defesa de direitos humanos de minorias.

Como já apontado, o Estado do Mato Grosso do Sul é destaque quanto à vulnerabilidade de indígenas, sobretudo quanto aos conflitos fundiários e ao encarceramento. Uma pesquisa realizada pelo Centro de Trabalho Indigenista, em 2008, destacou a inobservância aos ditames legais desde a fase inquisitorial, na qual indígenas (informantes, testemunhas, indiciados), na maioria das vezes, não dominam a língua portuguesa.¹⁸

O relatório aponta que, na fase processual, a ausência de familiaridade com as regras jurídicas e as condições sociais dos indígenas são desconsideradas, prejudicando substancialmente a plena defesa. Uma vez condenado, essa situação se agrava durante o cumprimento da pena de reclusão, local de maior vulnerabilidade, inclusive pelas dificuldades do isolamento familiar.

Em 2016, o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – MNPCT – realizou visita a unidades do sistema prisional e do sistema socioeducativo do estado do Mato Grosso do Sul, dentre elas a Penitenciária Estadual de Dourados – PED –, o estabelecimento penal masculino com a maior população carcerária do estado, contando, possivelmente, com a maior população de indígenas privados de liberdade no Brasil.¹⁹

Haviam custodiados na penitenciária, 110 indígenas das etnias Kaiowa,

18 Centro de Trabalho Indigenista. **Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul**. 1. ed. Brasília: CTI, 2008. p. 29.

19 Relatório de Visitas a Unidades de Privação de Liberdade do Mato Grosso do Sul - Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, Brasília, 2016. p. 10.

Guarani e Terena²⁰, quantitativo que praticamente dobrou dentro de uma década, vez que em 2006 o contingente de indígenas custodiados no estabelecimento penal era de 69 pessoas.²¹

Posteriormente, em 2018, Defensoria Pública da União, no Mato Grosso do Sul, inspecionou o estabelecimento prisional de Dourados com intuito de verificar, quanto aos indígenas custodiados na unidade, a garantia de acesso à ampla defesa nos processos penais, especificamente no tocante à disponibilização de intérprete de língua nativa e a realização de perícia antropológica. Verificou-se, por meio de questionários aplicados a 86 indígenas, que apenas 9% afirmaram ter tido acesso a intérpretes para tradução de atos processuais presenciais e somente 16% afirmaram ter passado por entrevista com antropólogo durante as ações penais²².

Ainda que por amostragem, a situação reflete a realidade da justiça criminal brasileira quanto ao tratamento conferido aos indígenas em situação prisional ou que respondem a processos penais de modo geral, verificando-se recorrente desrespeito às particularidades da pessoa indígena no processo criminal e na execução penal.

4. APROVAÇÃO DE RESOLUÇÃO Nº 287 PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Reconhecendo as demandas indígenas no que tange à aplicação da lei penal, a Defensoria Pública da União por meio da Secretaria-Geral de Articulação Institucional e da Secretaria de Atuação no Sistema Penitenciário Nacional e Conselhos Penitenciários, iniciou, em 2019, juntamente com a Fundação Nacional do Índio – Funai –, um debate interinstitucional a respeito das especificidades do processo penal em face de réu indígena e da necessidade de uma correta identificação da população indígena inserida no sistema penitenciário.

Em reunião com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – envolvendo instituições que atuam na defesa e proteção à direitos de indígenas (Defensoria Pública da União – DPU –, Fundação Nacional do Índio – Funai –, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD –, Conselho Indigenista Missionário – CIMI) em conjunto com instituições de justiça criminal (Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário – DMF –, Departamento Penitenciário Nacional

20 *Id. ibid.* p. 82.

21 *Id. ibid.* p. 98.

22 Sistema Eletrônico de Informação da Defensoria Pública da União, Processo 08038.003800/2018-02, Documento nº 2899636.

– DEPEN –, Ministério Público Federal – MPF), foram apontados alguns obstáculos à correta aplicação da lei penal, sobretudo quanto ao reconhecimento da identidade indígena e suas particularidades.

Ante a conclusão da necessidade de se estabelecer regramentos nacionais bem definidos, acerca do tratamento conferido pelo sistema de justiça criminal aos indígenas, foi estabelecido a produção de contribuições pelas entidades relacionadas, que seriam analisadas pelo Conselho Nacional de Justiça para elaboração de Resolução específica sobre o tema.

Após tratativas, no dia 25 de junho de 2019, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução nº 287, estabelecendo procedimentos do Poder Judiciário para o tratamento de pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, bem como diretrizes a fim de assegurar seus direitos no âmbito criminal do Poder Judiciário²³.

Buscando quebrar com o comportamento assimilacionista, a resolução prevê procedimentos aplicados a todas e todos que se identificam como indígenas, determinando o reconhecimento da identidade indígena por meio de autodeclaração, que poderá ser manifestada em qualquer fase do processo criminal ou na audiência de custódia, de modo que deverão ser colhidas informações acerca de sua etnia, língua falada e grau de conhecimento da língua portuguesa – informações que deverão constar no registro de todos os atos processuais.

Verifica-se, no dispositivo, a preocupação em se garantir a real compreensão das circunstâncias processuais pelo indígena e, conseqüentemente, seu acesso ao direito de defesa. Uma vez declarado indígena, os autos deverão ser cientificados à regional da Fundação Nacional do Índio mais próxima, por meio do encaminhamento de cópia do auto em até 48 horas.

Ademais, o dispositivo determina a obrigatoriedade de intérprete em todas as etapas do processo, no caso de a pessoa indígena não falar português ou não dominar totalmente o vernáculo, inclusive quanto ao significado dos atos processuais e às manifestações da pessoa indígena, podendo também haver solicitação da defesa ou da Funai, ou pedido de pessoa interessada.

Em sintonia com os ditames constitucionais e determinações da Convenção nº 169 da OIT, verifica-se a previsão de perícia antropológica para o estabelecimento da responsabilidade penal, seja pela análise da qualificação, etnia e língua falada;

23 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 287 de 25 de junho de 2019. Disponível em: http://wwwh.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf.

pelas circunstâncias pessoais, culturais e socioeconômicas da pessoa acusada; bem como as tradições de sua comunidade quanto ao entendimento acerca do crime imputado e os mecanismos próprios de julgamento e punição; além de outras informações pertinentes à elucidação dos fatos.

Quanto à imposição de sanções penais, a Resolução nº 287 reconhece a importância de consulta prévia à comunidade indígena a que pertence o condenado, a fim de considerar a aplicabilidade dos mecanismos próprios de reprimenda por meio de homologação pela autoridade judiciária. Além disso, a imposição de medida cautelar alternativa à prisão deverá estar adaptada às condições e prazos compatíveis com os costumes, o local de residência e as tradições da pessoa indígena.

Na impossibilidade de se adotar sanção estabelecida pelos os costumes e normas da comunidade indígena, o regimento determina que a aplicação de pena e regime de cumprimento deve considerar todas as particularidades da pessoa, analisando-se também os costumes, local de residência e tradições e, no caso de aplicação de pena de prestação de serviços à comunidade, o seu cumprimento, sempre que possível, em comunidade indígena, mediante consulta prévia.

Quanto à aplicação das penas de reclusão e detenção, tem-se o reconhecimento da reprimenda como medida de exceção, que deve ser estabelecida, sempre que possível, em regime de semiliberdade, como previsto no art. 56 da Lei nº 6.001, de 1973 (Estatuto do Índio).

O normativo também prevê regras acerca do tratamento penal conferido às mulheres indígenas, determinando que a prisão domiciliar imposta à mulher indígena mãe, gestante, ou responsável por crianças ou pessoa com deficiência, deverá ser cumprida na comunidade e o acompanhamento da execução das mulheres indígenas beneficiadas pela progressão de regime deverá ser realizado em conjunto com a comunidade.

No que se refere à reclusão de indígenas em estabelecimentos penais, a Resolução nº 287 traz determinações quanto ao exercício do poder de fiscalização por parte do juízo de execução penal com disposições específicas a respeito da assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa aos indígenas em situação de prisão.

A resolução ainda estabelece: quanto às visitas sociais, a observância dos costumes da etnia indígena (quanto ao reconhecimento dos graus de parentesco e possíveis dias de visitação) e à cultura dos visitantes; quanto a alimentação fornecida, a adequação aos costumes da respectiva comunidade indígena, e o

acesso de alimentação vinda do meio externo, com seus próprios recursos, de suas famílias, comunidades ou instituições indigenistas; quanto à assistência religiosa, o acesso de representante qualificado da respectiva religião indígena, inclusive em dias diferenciados; quanto ao trabalho e estudo, o respeito à cultura e aos costumes indígenas, e ao idioma da pessoa indígena, respectivamente.

Por fim, o regramento determina o estabelecimento de medidas com fulcro a garantir o seu melhor cumprimento e, conseqüentemente, os direitos dos povos indígena quanto ao sistema de justiça penal. Tais medidas incluem a implementação de um cadastro de intérpretes especializados e peritos antropólogos e a promoção de cursos de qualificação e atualização funcional dos magistrados e serventuários, em especial nas Comarcas e Seções Judiciárias com maior população indígena.

CONCLUSÃO

Conforme destacado, a ausência de normativos acerca da atuação das instituições de justiça sobre a questão criminal, relacionada à pessoa indígena, influenciou a manutenção do pensamento etnocêntrico integracionista por parte dos instrumentos de justiça penal do país, sobretudo quanto à ausência do reconhecimento de autodeterminação indígena (indivíduo/povo) e seus desdobramentos.

Considerando o atual contexto nacional de recrudescimento de políticas criminais e de minorias (inclusive quanto a aspectos específicos de vulnerabilidade indígena), o reconhecimento da identidade indígena e suas especificidades no contexto criminal, sobretudo por meio de normativos que versem sobre a temática, em sintonia com os preceitos constitucionais, é imprescindível à mudança do paradigma adotado.

Assim, ainda que não se possa visualizar resultados práticos no momento, por se tratar de normativo bastante recente, a aprovação pelo CNJ da Resolução nº 287, acerca do direito de indígenas no sistema penal, resultado do diálogo de instituições na defesa e proteção a direitos de indígenas com as instituições de justiça criminal, acena para a superação do pensamento integracionista na busca pela implementação do modelo multiculturalista constitucional.

A NOVA ARQUITETURA DO ACESSO MULTICULTURAL À JUSTIÇA NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

LA NUEVA ARQUITECTURA DEL ACCESO MULTICULTURAL A LA JUSTICIA EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Jaime Leônidas Miranda Alves
Defensor Público do Estado de Rondônia. Ex-Defensor Público do Estado do Amapá
Especialista em Direito Público pela PUC-Minas e em Direito Constitucional pela
Universidade Cândido Mendes. Brasil
jaime_lmiranda@hotmail.com

RESUMO

A pesquisa tem por objetivo analisar novas dimensões/características do acesso à justiça nos países que perpassam o novo constitucionalismo latino-americano. Esse movimento, de cunho descolonizador, surgiu com o objetivo de superação/reconstrução do Direito a partir de baixo (do Sul), escapando de valores europeus que não se coadunam com a realidade social da América do Sul. Nesse sentido, ocorreu verdadeiro processo de reorganização e rearquitectura constitucional de países como Bolívia, Venezuela, Equador e Colômbia, com modificações estruturais na separação dos Poderes e no sistema de Justiça. Nesse cotejo, impõe-se questionar se houve evolução no tocante à prestação do acesso à justiça enquanto direito público fundamental nesses países a partir do advento do novo constitucionalismo latino-americano. A metodologia adotada é a hermenêutica constitucional de caráter tópico-problemático.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Direitos fundamentais. Novo constitucionalismo latino-americano.

RESUMEN

El objetivo de la investigación es analizar nuevas dimensiones/características del acceso a la justicia en los países que atraviesan el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Este movimiento de descolonización surgió con el objetivo de superar/reconstruir la Ley desde abajo (desde el Sur), escapando de los valores

européus que no se ajustan a la realidade social de América del Sur. En este sentido, un verdadeiro proceso de reorganización y reconstitución constitucional de países como Bolivia, Venezuela, Ecuador y Colombia, con modificaciones estructurales en la separación de los poderes y en el sistema de justicia. En esta comparación, es necesario cuestionar si hubo una evolución con respecto a la provisión del acceso a la justicia como un derecho público fundamental en estos países desde el advenimiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano. La metodología adoptada es la hermenéutica constitucional de carácter tópicamente problemático.

Palabras clave: Acceso a la justicia. Derechos fundamentales. Nuevo constitucionalismo latinoamericano.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. O ACESSO À JUSTIÇA ENQUANTO METADIREITO FUNDAMENTAL
2. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: RECONSTRUÇÃO EPISTÊMICA DO DIREITO PARTINDO DE BAIXO 3. À NOVA ARQUITETURA DO ACESSO MULTICULTURAL À JUSTIÇA NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO. À GUIA DE CONSIDERAÇÕES.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é compreendido como metadireito: direito que, por meio da jurisdição, ou a despeito desta, possui o condão de garantir a eficácia dos demais direitos previstos na Constituição Federal. Em razão disso, necessário o contínuo estudo das dimensões do acesso à justiça, bem como a sua roupagem, especialmente quando do advento de movimentos de releitura e reconstrução constitucional, a exemplo da consolidação do novo constitucionalismo latino-americano.

Conquanto as teorias em torno da melhor interpretação/aplicação do Direito continuem se desenvolvendo, o problema da tutela jurídica da irradiação dos direitos fundamentais, especialmente dos grupos minoritários, ainda subsiste, o que exige, de certa forma, uma quebra com sistemas clássicos no sentido de impor à ciência jurídica um novo paradigma.

É nesse sentido que dialogam os defensores do novo constitucionalismo latino-americano, novo fenômeno de releitura constitucional que implica na

superação do conceito europeu de Estado único (em valores culturais), e impõe uma nova arquitetura dos Estados ditos pluriculturais, justamente no sentido de assegurar, em seus aspectos eficacionais, o axioma dos direitos e garantias fundamentais dos diversos grupos sociais.

O novo constitucionalismo pluralista latino-americano consiste em fenômeno de reconstrução constitucional por qual vêm passando alguns Estados da América do Sul, a exemplo de Bolívia, Venezuela, Equador e Colômbia, e tem como principal fundamento o reconhecimento de um longo processo de invisibilização do “outro” por meio do Direito.

É que, para além do genocídio promovido com a colonização, ocorreu também, nesses países, verdadeiro epistemicídio, na medida em que os saberes dos povos tradicionais foram regalados a segundo plano, levando, por vezes, no máximo a um patamar folclórico, mas esquecido quando da formação dos valores da sociedade e dos fundamentos do ordenamento jurídico.

O novo constitucionalismo pluralista latino-americano parte justamente da constatação desse processo de colonização cultural e da conseqüente necessidade de se descolonizar: ou seja, verifica-se o mister de se construir Estados pautados em valores próprios da realidade vivenciada (que é plural, múltipla e complexa), devendo ser afastados dogmas que se compatibilizam apenas com o modelo europeu de Estado (moderno), mas que, apesar disso, por muito tempo vem se perpetuando.

O movimento constitucional latino-americano, no âmbito dos países que o adota, representa verdadeira releitura de institutos constitucionais clássicos e, com isso, configura-se como uma tentativa de consagrar os direitos fundamentais dos diversos grupos sociais, especialmente minorias, como os povos tradicionais, inseridos em Estados pluriculturais.

Nesse diapasão, a pesquisa se concentra na análise das modificações promovidas, tanto a nível principiológico, como de reengenharia social e dos Poderes, no exercício do direito fundamental ao acesso à justiça, fazendo surgir (ou não) uma tutela constitucionalmente adequada no tocante ao reconhecimento e à efetivação dos direitos dos povos tradicionais.

1. O ACESSO À JUSTIÇA ENQUANTO METADIREITO FUNDAMENTAL

Um dos principais conceitos que perpassam o estudo dos direitos fundamentais em tempos de neoconstitucionalismo é o **acesso à justiça**. O conceito

de acesso à justiça hoje é compreendido como mais amplo que o comando normativo contido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal¹, na medida em que este se limita a estabelecer o acesso ao Poder Judiciário e está relacionado ao ideal de paz social. Nas palavras de Dinamarco², o acesso ao Poder Judiciário:

Saindo da extrema abstração consiste em afirmar que ela visa a realização da justiça em cada caso e, mediante a prática reiterada, a implantação do clima social de justiça, chega o momento de com mais precisão indicar os resultados que mediante o exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida da sociedade.

O acesso à justiça é considerado um dos maiores – senão o maior – instrumento apto a garantir uma ordem jurídica justa, relevando sua intersecção com o exercício da cidadania plena.

É nesse cotejo que o acesso à justiça é compreendido como a ponte entre o processo e a justiça social na medida em que se configura como, talvez, o mais básico dos direitos fundamentais, visto que ostenta a característica de ser imprescindível nas sociedades contemporâneas, marcadas pela conflituosidade que denuncia o inadimplemento dos deveres jurídicos³. De fato, a proclamação da titularidade de direitos subjetivos seria inócua e destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação.

Por isso, a tutela jurisdicional a ser prestada por meio do processo judicial – ou para além dele – viabiliza a concretização dos direitos substantivos consagrados pela legislação e pela Constituição Federal.

Um dos principais marcos do desenvolvimento dos estudos acerca do acesso à justiça remonta à teoria das ondas renovatórias, que surgiu dos estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴, que posteriormente compuseram o denominado relatório ao Projeto Florença de Acesso à Justiça (*Florence Access-to-Justice Project*), obra produzida com o objetivo de analisar os diversos obstáculos que tornavam difícil ou impossível o acesso e utilização do sistema jurídico, além de averiguar os esforços envidados pelos vários países do mundo destinados a superar os mencionados obstáculos.

O relatório foi patrocinado pela Fundação Ford e até hoje é considerado referencial teórico no estudo do acesso à justiça, tendo sido traduzido pela Min. Ellen

1 A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 1998, p. 220.

3 COUTO; TEIXEIRA, 2013.

4 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet, 1988.

Gracie Northfleet e publicado em *terrae brasillis*, em 1998.

É a partir do relatório de Florência que o acesso à justiça é considerado direito humano – nas palavras de Cappelletti e Garth “o mais básico dos direitos humanos”⁵ –, na medida em que deve ser encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico que se pretenda moderno e igualitário; que não se limite a proclamar direitos, mas que busque maneiras efetivas de assegurá-los.

No relatório consignou-se o direito ao acesso à justiça como de natureza diversa dos demais direitos, como moradia, educação, alimentação, dentre outros. Isso porque consiste o acesso à justiça em verdadeiro direito-garantia, instrumento para a realização dos demais direitos, imprescindível para o exercício da cidadania.

Com o foco na efetivação do acesso à Justiça, Cappelletti e Garth⁶, apontam três principais barreiras que dificultam o acesso daqueles que buscam a realização da justiça: i) a barreira financeira; ii) a barreira cultural, e iii) a barreira psicológica. A partir da análise desses obstáculos é que surgiu o conceito de ondas renovatórias de acesso à justiça, como soluções práticas aos problemas observados.

A esse respeito, Esteves e Roger⁷:

Em linhas gerais, a estrutura analítica da evolução do movimento mundial de acesso à justiça delineada pelo Projeto Florença foi desenvolvida em torno da metáfora de três ondas: (i) a primeira referente à assistência jurídica; (ii) a segunda traduzida pela tutela de interesses metaindividuais, com a articulação da representação de direitos coletivos mediante ações de classe e de interesse público; (iii) e, por fim, a terceira onda abordando os procedimentos judiciais, seus custos e o tempo de duração.

Nesse diapasão, a primeira onda de acesso à justiça encontra-se atrelada à capacidade postulatória individual das pessoas que têm problemas econômicos, de modo que o conceito de acesso estaria relacionado àqueles que comprovassem insuficiência de recursos econômicos.

A primeira onda da justiça, que traz o ideal de justiça para pobres, encontra intensa aproximação axiológica com os debates acerca da efetivação da Defensoria Pública.

É nesse cenário que se fala em justiça para pobres, existindo estudos

5 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet, 1988, p. 67-68.

6 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., 67-68.

7 ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2017, p. 72.

recentes justamente com esse objeto, a exemplo do desenvolvido pela Comissão do Empoderamento Legal do Pobre, denominado de “Fazendo a lei trabalhar para todos”. No relatório, há a apresentação do conceito de empoderamento legal do pobre, *in verbis*:

Empoderamento legal é o processo pelo qual o pobre torna-se protegido e é capaz de usar a lei para proteger seus direitos e seus interesses, tanto em relação ao Estado como em relação ao mercado. Ele inclui o pobre tornando expressos seus plenos direitos e consolidando as oportunidades que surgem a partir disso, por meio de apoio público e de seus próprios esforços, assim como de esforços de apoiadores e de redes mais amplas. Empoderamento legal é uma abordagem baseada no país e no contexto específico, que tem lugar tanto em níveis nacionais como locais⁸.

No Brasil, além da criação da Defensoria Pública, a primeira onda de acesso à justiça remonta à edição da Lei nº. 1.060/50, que regulamenta a assistência judiciária e, bem assim, a instituição dos juizados especiais, que possibilitam a propositura de ações independentemente da constituição de advogados, além de prever isenção das despesas de sucumbências.

A segunda onda de acesso à justiça, por sua vez, se preocupa com o problema cultural de acesso à justiça, protraindo-se pela necessidade de tratamento coletivo do processo. Com efeito, Cappelletti e Garth⁹ perceberam a necessidade de serem tuteladas três situações, que até então não eram protegidas pelo sistema: 1) a questão dos bens ou direitos de titularidade indeterminada; 2) bens ou direitos individuais cuja tutela não é aconselhável sob um ponto de vista economicamente, e 3) bens ou direitos cuja tutela coletiva é recomendável por uma questão de economia.

Em relação aos bens e direitos de titularidade indeterminada, a exemplo do meio ambiente e o patrimônio público, entendeu-se que, por via de regra, eram bens que frequentemente ficavam sem tutela, sendo necessária a criação de instrumentos (i.e., lei de ação civil pública) e legitimados coletivos (i.e., a defensoria pública) específicos para o processo coletivo.

No que concerne aos bens ou direitos individuais cuja tutela individual não é coletiva sob um ponto de vista econômico, Garth e Cappelletti¹⁰, apontam que, não obstante possível, no plano jurídico, o exercício da tutela, esta não ocorria em razão

8 ALMEIDA, Guilherme de. Acesso à justiça, direitos humanos e novas esferas da justiça. **Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar**, 2012, p. 83-102.

9 ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, 2017.

10 ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. Op. cit.

da inviabilidade econômica ou pouco recompensa do direito, devendo-se realçar, aqui, elementos como os custos psicológicos e financeiros.

Por fim, a terceira hipótese apontada refere-se aos bens ou direitos cuja tutela coletiva seja recomendável por questões de economia; trata-se de situações em que a tutela coletiva é recomendável, justamente em razão da molecularização dos conflitos. Aqui, a preocupação não é com a parte, mas com o sistema, que deve potencializar a solução de conflitos.

É nesse diapasão que se apresenta o processo coletivo brasileiro, iniciado com a Lei de Ação Popular, mas impulsionado com a promulgação da Lei de Ação Civil Pública e posterior edição do Código de Defesa do Consumidor. O que é característico dessa onda renovatória é a premente necessidade de representação em juízo dos direitos metaindividuais.

Quanto à terceira onda de acesso à justiça, esta está relacionada ao denominado novo enfoque do acesso à justiça, na perspectiva de identificação, elaboração e aplicação de técnicas extrajudiciais.

A terceira onda renovatória de acesso à justiça, por sua vez, compreende que o foco do processo deve estar na sua efetividade. Deve-se buscar, com efeito, um processo menos técnico e que produza mais resultados.

2. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: RECONSTRUÇÃO EPISTÊMICA DO DIREITO PARTINDO DE BAIXO

O novo constitucionalismo pluralista latino-americano pode ser compreendido como movimento de descolonização do Direito, propondo um redirecionamento jurídico em favor das populações até então desconsideradas em suas necessidades fundamentais e invisibilizadas por um discurso linear subalterno.¹¹

De forma similar ao neoconstitucionalismo, o novo constitucionalismo latino-americano encontra seu centro normativo nas Constituições dos Estados soberanos. Além disso, outro aspecto em comum diz respeito à posição dos princípios em uma interpretação do direito, tendo como centro normativo os direitos fundamentais e como proposta o reencontro entre a ética e a ciência jurídica.

A distinção entre os dois movimentos constitucionais parte do fato de que o constitucionalismo latino-americano busca fundamento não em correntes

11 DALMAU, Rúbem Martínez. **El nuevo constitucionalismo latino-americano y el proyecto de Constitución del Ecuador**. In: *Alter Justicia*, 2008, p. 17-27.

jusfilosóficas, mas na sociologia e na antropologia, apontando, assim, para as condições sociais e históricas concretas. Ademais, tem como objetivo a fundação de Estados pluriétnicos e democráticos, voltados à descolonização.

A releitura do direito constitucional na América Latina se destacou tendo em vista uma constância: a característica do pluralismo cultural de seus povos. Com a necessidade de redesenhar o modo como o direito constitucional projeta a irradiação de tutela sobre povos multiculturais, os saberes tradicionais, elevados à condição de princípios, ocuparam espaço de destaque.

Sobre o novo constitucionalismo pluralista latino-americano, impera a tese segundo a qual toda essa desconstrução/reconstrução político-constitucional veio no afã de descolonizar o Direito na América Latina.

Conforme entendimento de Quijano¹², a constituição da América Latina, num momento de formação de um emergente capitalismo, deu-se com base numa relação de sujeição de poder para com os centros hegemônicos localizados sobre o Atlântico. “Em pouco tempo, com a América Latina, o capitalismo torna-se mundial, concentrado, e a colonialidade e a modernidade instalando-se associadas como eixos constitutivos do seu específico padrão de poder, até hoje”, afirma Quijano¹³.

Dessa forma, o Direito na América Latina continuou a refletir o padrão de poder da sociedade europeia, ignorando a formação de novas identidades culturais típicas da colonialidade – índios, negros, mestiços.

É nesse cenário que Quijano¹⁴ aponta para a consolidação de um conhecimento tipicamente eurocêntrico, como característica cultural da modernidade, na medida em que era ignorada qualquer cosmovisão que não refletisse as linhas matrizes da perspectiva cognitiva europeia.

Trata-se do mito da modernidade: a verdadeira incrustação da linearidade histórica (falso linearismo europeu), que categoriza as sociedades em estados de civilização e que separa o indivíduo da natureza, sendo essa percebida apenas como recurso a ser explorado. Essa construção de conhecimento por meio do paulatino evoluir da experiência social é o que Boaventura de Sousa Santos (2009, p. 9) denomina de epistemologia.

12 QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. LANDER, Edgardo (org), 2005, p. 227-278.

13 QUIJANO, Anibal. Op. cit., 227-278.

14 QUIJANO, Anibal. Op. cit., p. 280.

Nesse cenário, os vários rostos da América Latina ficaram à margem da consolidação das novas entidades culturais que surgiam, pelo sistema capitalista e pelo ordenamento jurídico e, nesse sentido, ensina Zaffaroni¹⁵ que:

A inferioridade da região marginal foi sintetizada com clareza por Hegel na versão germânica do etnocentrismo colonialista quando, na sua interpretação da história, deixou de lado, à medida que ascendia o Geist, todas as culturas convergentes em nossa região marginal.

O processo de institucionalização pelo qual passou o período da Modernidade é criticado, nessa toada, por Silva Filho¹⁶, uma vez que legitimou por meio da codificação do Direito e solidificação da ordem jurídica da época uma violação física e também cultural, na qual negava-se a identidade do “outro”.

Segundo ainda posicionamento defendido por Silva Filho¹⁷, “toda a violência derramada na América Latina era, na verdade, um ‘benefício’ ou, antes um ‘sacrifício necessário’”. Dessa forma, puniam-se os negros e índios por “serem inferiores” ou por recusarem “o modo civilizado de vida” sustentado pelo colonizador.

Há, portanto, com o novo constitucionalismo pluralista latino-americano, uma virada epistemológica, uma vez que foram negados os paradigmas constitucionais vigentes (epistemologia dominante) e buscou-se uma transformação desse hipercontexto científico que pretendeu-se universalista.

Nesse sentido é que o epistemicídio neoliberal foi refutado, partindo-se rumo à construção/reinvenção de uma epistemologia do Sul, que abarcasse as peculiaridades culturais comuns às diversas realidades sociais encontradas na América Latina¹⁸.

Com efeito, Nanni¹⁹ leciona que foi o processo de descolonização – embebido pela filosofia da libertação – aliado a outras transformações históricas, que conduziram a maioria dos povos anteriormente dominados a recuperar sua

15 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a parte de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição, 1991, p. 168.

16 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje**: o discurso da “inferioridade” da América Latina. *In*: Revista de Estudos Criminais 7 Doutrina, 2006, p. 107.

17 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje**: o discurso da “inferioridade” da América Latina. *In*: Revista de Estudos Criminais 7 Doutrina, 2010, p. 272.

18 SANTOS, Boaventura Sousa de. **Para além do Pensamento Abissal**: das linhas globais à uma ecologia de saberes. *In*: MENESES, Maria Paula; SANTOS, Boaventura de Sousa. Epistemologias do Sul, 2009, p. 10.

19 NANNI, Antonio. *L’educazione interculturale oggi in Italia*, 1998.

soberania, de forma que se passou a reconhecer, no plano jurídico, o direito de todos os grupos humanos à identidade cultural.

Trazendo esses conflitos epistêmicos para a América Latina, tem-se que a perspectiva racional eurocêntrica, hegemônica e universalizante conseguiu se estabelecer até o início da segunda metade do século XX, quando, então passou a ser questionada via movimentos sociais²⁰.

Está-se frente ao produto de uma antítese – a epistemologia emancipadora –, possível apenas quando se aceita a tese de superação de Estado uno, tal qual idealizado por Schmitt.

Nesse jaez, tem-se que o novo paradigma constitucional (antítese mencionada) ora em apressa, vem como uma resposta tardia para uma política de colonização e desconstrução de identidade, praticada desenfreadamente pelo **colonizador** europeu.

Essa tentativa de hegemonizar ou universalizar as diversas culturas existentes era, na verdade, parte de um plano maior de construir um modelo de Estado nos moldes do Estado europeu uno.

Com efeito, o Estado Constitucional Moderno de Schmitt, fundamentado no constitucionalismo eurocêntrico se institucionaliza quando cria barreiras, fecha suas fronteiras e separa, de modo analítico, amigos de inimigos. Nesse cenário, **inimigos** são todos aqueles que são diferentes. Tal teoria nunca poderia prosperar em se tratando dos Estados componentes da América Latina, visto que a diferença – de etnia, cultura etc. – é característica marcante desses povos.

E por isso mesmo é que se diz que no novo paradigma pretendido com as modificações nas cartas políticas da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador buscou-se superar o antigo sistema colonial e, com isso, trazer à tona setores há séculos marginalizados.

Ilustra com clareza o quadro de descolonização o fato de que esses países incluíram em suas cartas constitucionais referências à refundação de Estados pluriétnicos ou pluriculturais.

A busca por se firmar como sociedades não mais homogeneizadas se vê latente nas Constituições da Venezuela: *“el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural em un Estado”* (preâmbulo da Constituição Bolivariana da Venezuela);

20 LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Pluralismo jurídico, pós-colonialismo e resignificação hermenêutica**. In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza - CE, 2010, p. 573.

do Equador: “*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico*” (artigo 1º da Constituição do Equador); da Bolívia: “*Bolívia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*” (artigo 1º da Constituição Política do Estado de Bolívia); e da Colômbia: “*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista*” (artigo 1º da Constituição Política de Colômbia).

A menção ao caráter plurinacional representa a ideia de construção de nações identificadas com os interesses dos diversos grupos historicamente suprimidos, no sentido de que “*la plurinacionalidad es una demanda por el reconocimiento de otro concepto de nación, la nación concebida como pertinência común a una etnia, cultura o religión*”²¹.

Conforme lição de Santos²², o plurinacionalismo tem como epicentro o reconhecimento dos direitos coletivos dos diversos grupos sociais em situações as quais os direitos individuais positivados se manifestam ineficazes no que tange à tutela jurídica de sua identidade cultural. Nesse prisma, resta evidente que esse novo momento constitucional proposto tem como sustentáculo a releitura dos direitos fundamentais.

Com efeito, a reconstrução constitucional proposta nesses países é balizada especialmente na certeza de se consubstanciarem como países multiculturais e, justamente multiculturalismo, na lição de Touraine²³ representa a novidade de grupos definidos em termos de nação, etnia ou religião e que, até certo tempo, só tinham existência na esfera privada e que adquirem agora existência pública, às vezes forte o suficiente para que se passe a questionar o seu enquadramento em determinada sociedade nacional.

Nesse espeque, a descolonização emancipatória é elemento comum aos Estados refundados da Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador, fato que se comprova com a preocupação no período de elaboração das novas Cartas constitucionais com a tutela jurídica das cosmovisões indígenas e com as redefinições epistêmicas de

21 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado em Latino America**: perspectivas desde una epistemología del Sur, 2010, p. 97.

22 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado em Latino America**: perspectivas desde una epistemología del Sur, 2010, p. 97.

23 TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Trad. Gentil Avelino Tilton, 2006, p. 169.

soberania e democracia participativa.

Acerca do primeiro ponto, pode-se perceber que as novas Constituições estabeleceram extenso rol de direitos fundamentais às comunidades indígenas, com o fim de preservar sua identidade cultural, fato que sob a ótica internacional já vinha sendo reforçado com a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT – e, de forma mais recente, com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas em 2007.

Ademais, os saberes indígenas passaram a constituir parte relevante do conhecimento dessas nações, daí porque cabível pensar em um giro epistemológico rumo ao Sul²⁴.

3. A NOVA ARQUITETURA DO ACESSO MULTICULTURAL À JUSTIÇA NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Conforme se viu, as tradições indígenas foram respeitadas na medida em que são consideradas – nas constituições e em sedimentada jurisprudência – suficientes para inclusive fundamentar decisões judiciais.

No que concerne aos aspectos referentes à soberania, Buckhart²⁵ arvora o entendimento de que esta é transmitida para o povo por meio de contestação, ou seja, via revoluções, movimentos sociais, nos quais se discute a participação popular na política.

Tal como visto, é o que ocorreu nas últimas Constituições dos países objeto de análise e, como consequência dessa rediscussão em torno de exercício de soberania e legitimidade, superou-se a concepção montesquieana de tripartição de poderes, conferindo maior participação do povo nos atos do Estado.

Assim, surgiu na Venezuela o *poder ciudadano*, na Bolívia o controle social e no Equador o quinto poder, todos com o mister de contribuir com a fiscalização da atuação do Estado, bem como para a implementação de políticas públicas. Outra característica comum diz respeito à necessidade vista por vezes de, na produção legislativa, observar-se o procedimento de referendo, corolário da participação do

24 SANTOS, Boaventura Sousa de. *Refundación del Estado em Latino America: perspectivas desde una epistemología del Sur*, 2010.

25 BURCKHART, Thiago Rafael. **O ‘novo’ constitucionalismo latino-americano e a positivação de direitos pluralistas**: uma análise crítica acerca do direito indígena nas recentes constituições. *In*: Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, 2013.

povo no Estado contemporâneo²⁶.

As novas arquiteturas constitucionais e, principalmente, suas filosofias, compartilham de similitudes e pontos de convergência suficientes para que se possa admitir a existência de um novo momento constitucional, o qual seus defensores – Brandão²⁷, Santos²⁸, Wolkmer²⁹, dentre outros – denominam de novo constitucionalismo latino-americano.

Traço da proteção às cosmovisões indígenas se refere à previsão constitucional contida no artigo 246 da Constituição colombiana de 1991, *in verbis*:

ARTICULO 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Como se depreende da leitura do dispositivo supra, ficou instaurado na Colômbia que, paralelamente à Justiça comum ordinária, atuaria uma justiça indígena, norteada pelos saberes tradicionais que não contrários à Carta constitucional.

Com efeito, faz-se mister o comentário de que não apenas a Constituição, mas os Tribunais colombianos vêm cada vez mais defendendo os direitos dos povos aborígenes.

Nesse sentido, a sentença T-921/13 proferida pela Corte Constitucional da Colômbia, veio no sentido de reconhecer a competência exclusiva da jurisdição penal indígena pelos crimes cometidos por seus membros, possibilitando ainda que as medidas de privação de liberdade sejam aplicadas na comunidade de origem do

26 BURCKHART, Thiago Rafael. **O ‘novo’ constitucionalismo latino-americano e a positivação de direitos pluralistas**: uma análise crítica acerca do direito indígena nas recentes constituições. *In*: Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, 2013.

27 BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latinoamericano**: participação popular e cosmovisões indígenas (pachamama e sumak kawsay). Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Área de concentração: Sociedade, Democracia e Direitos Humanos Orientador: Prof. Bruno Galindo, 2013.

28 SANTOS, Boaventura Souza de. **Refundación del Estado em Latino America**: perspectivas desde una epistemología del Sur, 2010.

29 WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações. **Direito em Debate**, 2002, p. 19.

apenado, de modo a preservar seus costumes étnicos³⁰.

No que tange à administração da Justiça, o novo Estado pluricultural venezuelano instituiu instâncias de jurisdição indígena, parte integrante do Poder Judiciário com competência exclusiva para a solução de lides que tenha como partes os índios.

Sobre a justiça indígena, estabelece o artigo 260 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela:

Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

De fato, essa nova roupagem conferida à tutela dos povos aborígenes, que passaram a possuir capítulo próprio na Carta Constitucional - *De los Derechos de los pueblos indígenas* - vem como consequência do pluriculturalismo jurídico, característica marcante na Venezuela pós-1999.

Na Bolívia, a modificação, no tocante ao acesso à justiça, foi de cunho de engenharia constitucional.

Deve-se mencionar que, não obstante o fato da Justiça boliviana ter como órgão central o Tribunal Constitucional Pluricultural, que inclusive possui composição mista, é estabelecida constitucionalmente a equivalência entre a justiça ordinária e as diversas formas de solução de conflitos de origem indígena.³¹

Dessa forma, cada comunidade indígena pode constituir seu próprio tribunal, com juízes eleitos entre os moradores e cuja decisão possui o condão de fazer coisa julgada material, vale dizer, a matéria não pode ser rediscutida na justiça comum.

30 *El fuero indígena es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, a ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir, por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad. En este sentido, se constituye en un mecanismo de preservación étnica y cultural de la Nación colombiana en tanto se conservan las normas, costumbres, valores e instituciones de los grupos indígenas dentro de la órbita del territorio dentro del cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-921/13).*

31 *Artículo 189 I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Agroambiental, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces. La jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades. II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.*

Mais recentemente, ao decidir uma questão de competência, o Tribunal Constitucional Pluricultural boliviano fundamentou o acórdão em critérios culturais e antropológicos, estabelecendo bases jurídicas distintas entre a Justiça Comum e a Justiça Indígena, de modo que se deu passo à frente na consolidação de um modelo de jurisdição multifacetado, comunitário, sem hierarquia e balizado na proteção aos direitos humanos e à plurinacionalidade dos povos.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Tercera; en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y el art. 12.7 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, en revisión, resuelve: APROBAR en parte la Resolución 01/2012 de 27 de enero, cursante a fs. 40 a 41, pronunciada por el Juez Segundo de Instrucción en lo Penal del departamento de Chuquisaca; y en consecuencia, determina: 1º CONCEDER la tutela solicitada, respecto a todos los derechos denunciados como lesivos, disponiendo el cese de todo acto contrario al paradigma del vivir bien desarrollado en la presente Sentencia. 2º ORDENAR a la Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional, en coordinación con Secretaría General, proceder a la traducción de la presente Sentencia al quechua y aymara, idiomas utilizados por el pueblo indígena originario campesino de Poroma de acuerdo al informe pericial cursante en antecedentes. 3º ORDENAR a la Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional, la socialización de la presente Sentencia en el pueblo indígena originario campesino de Poroma. 4º ORDENAR a Secretaría General del Tribunal Constitucional Plurinacional, la difusión del presente fallo por plasmar un entendimiento fundante en cuanto a los roles del control plural de constitucionalidad en relación a decisiones de la Justicia Indígena originario campesina (BOLÍVIA., Decisão: 1422/2012 do Tribunal Constitucional Plurinacional. Magistrada Relatora: Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños).

Avançando nas indagações epistemológicas, arvora-se o entendimento de que a Carta boliviana inaugurou o dito constitucionalismo plurinacional na medida em que “es claro que uno de los aportes centrales del proceso boliviano es haber colocado en primer plano la noción de plurinacionalidad”. Assim, tem-se uma verdadeira releitura e rearquitetura estatal com a superação do Estado nacional monocultural.

Essa nova epistemologia é sustentada em grandes duas dimensões: pela concessão de direitos aos povos indígenas autônomos ao território, à terra e aos recursos naturais, e o segundo aspecto, que se refere à representação direta da população nos poderes públicos (*cogobierno*).

Nesse afã, o refundado Estado boliviano consolidou-se na forma de um “régimen de autonomía y descentralización, en el cual caben las fórmulas tradicionales de departamentos y municipios junto con las territorialidades indígenas originario-campesino”.

Malgrado os desafios em implementar as políticas de inclusão contidas na Constituição boliviana, é certo que se trata de modificações consistentes no que concerne à busca pela construção de um Estado pluricultural e mais democrático, fundado no respeito às diferenças étnico-culturais.

Sobre o Equador, imperioso destacar a lição de Brandão³², para quem a Constituição do Equador mostra-se seriamente comprometida com o projeto de transformação da sociedade e, nesse processo, insere elementos novos à teoria constitucional.

Vem a lume a reconstrução que ocorreu no Equador com a incorporação das cosmovisões indígenas que, ao mesmo tempo, descontrói o ideal de Estado monocultural, tão presente no Direito e na sociedade moderna. Antes de mais nada, afirma o autor³³, as modificações que tomaram conta do Equador “acabam por simbolizar a força daqueles que foram invisibilizados pela história e pelo Direito”.

Santos³⁴ obtempera que representou a Constituição equatoriana importante passo rumo ao reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, mantendo sua identidade, inclusive no que diz respeito à conservação e ao desenvolvimento de seus saberes, aqui tratados como propriedade intelectual e, além disso, patrimônio cultural.

Ainda acerca dos princípios norteadores da refundação do Estado equatoriano, tem-se que tal recebe aporte na jurisprudência. Prova do exposto é a

32 BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latinoamericano**: participação popular e cosmovisões indígenas (pachamama e sumak kawsay). Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Área de concentração: Sociedade, Democracia e Direitos Humanos Orientador: Prof. Bruno Galindo, 2013.

33 BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latinoamericano**: participação popular e cosmovisões indígenas (pachamama e sumak kawsay). Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Área de concentração: Sociedade, Democracia e Direitos Humanos Orientador: Prof. Bruno Galindo, 2013.

34 SANTOS, Boaventura de Sousa. *De las dualidades a las ecologias*, 2012.

publicação do acórdão referente ao processo nº 0072-14 CN³⁵, no qual o Pleno do Tribunal Constitucional decidiu que, em se tratando de questões indígenas, o Código Penal merece uma interpretação intercultural. Vem a lume, aqui, o multiculturalismo não como simples mandado de otimização, mas como suporte hermenêutico.

À GUIA DE CONSIDERAÇÕES

O novo constitucionalismo latino-americano surgiu como proposta de novo paradigma de reconstrução do direito à luz dos valores multiculturais.

Nessa perspectiva, defende-se a tutela de direitos fundamentais dos grupos tradicionais a partir do desenvolvimento de uma nova arquitetura constitucional, complexa, não monódica, mas a voz coral de uma pluralidade diversificada mesmo se coligada.

Um dos destaques do novo constitucionalismo latino-americano refere-se ao acesso à justiça. Isso porque se observa a consolidação – ao menos em nível de previsão constitucional – de uma dimensão plural e diversificada do acesso à justiça, com recortes étnicos e de gênero, especialmente em países como Bolívia, Equador, Venezuela e Colômbia.

Pode-se citar, como exemplo do exposto, a instituição, na Bolívia de um Tribunal Constitucional Plurinacional, com composição mista, sendo estabelecida, constitucionalmente, a equivalência entre a justiça ordinária e as diversas formas de manifestação da justiça indígena, com a possibilidade de criação de tribunais indígenas, com juízes eleitos e utilizando-se do direito natural indígena.

No mesmo sentido, na Venezuela houve a instituição de instâncias de jurisdição indígena, como sendo parte integrante do Poder Judiciário, com competência exclusiva para a solução de lides que tenham como parte os índios.

O mesmo pode se observar na Colômbia e no Equador. Modificações estruturais com o fito de pluralizar o sistema de justiça, facilitando o acesso – não apenas ao Judiciário, mas ao modelo público de assistência jurídica gratuita – como forma de descolonização epistemológica em favor especialmente dos povos tradicionais.

35 *En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional expide la siguiente: SENTENCIA: 1. Aceptar la consulta de norma remitida por el juez segundo de garantías penales de Orellana. 2. Declarar que em el caso concreto la aplicación del artículo innumeraod inserto antes del artículo 441 del Código Penal merece una interpretación desde una perspectiva intercultural, com el fin de evitar vulneraciones a derechos constitucionales (EQUADOR. Caso nº. 0072-14-CN. Corte Constitucional del Ecuador).*

Se de um lado o acesso à justiça se conforma como metadireito, garantia fundamental essencial e indisponível no novo constitucionalismo latino-americano, a preocupação com a tutela dos direitos fundamentais – e por consequência, o acesso à justiça –, perde seu caráter monódico e passa a ser plural, abrindo-se os olhos do horizonte jurídico para os povos tradicionais.

Nessa toada, parte-se de previsões acerca da instituição de instâncias com composições plurais, de sorte a possibilitar a construção de decisões dialógicas e o desenvolvimento de um sistema público de acesso à justiça vocacionado às diferentes demandas multiculturais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme de. Acesso à justiça, direitos humanos e novas esferas da justiça. **Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar**. São Carlos, v. 2, n. 1, jan-jun 2012, p. 83-102.

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latinoamericano**: participação popular e cosmovisões indígenas (pachamama e sumak kawsay). Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Área de concentração: Sociedade, Democracia e Direitos Humanos Orientador: Prof. Bruno Galindo. Recife, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/10796/Disserta%C3%A7ao%20pedro%20augusto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BURCKHART, Thiago Rafael. **O ‘novo’ constitucionalismo latino-americano e a positivação de direitos pluralistas**: uma análise crítica acerca do direito indígena nas recentes constituições. *In*: Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

CANOTILHO, João José Joaquim. **O direito constitucional como ciência de direção - o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade** (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). *In*: CANOTILHO, João José Joaquiomtuiokj; CORREIA, Érica Paula Barcha; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (orgs). Direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Metodología «fuzzy» y «camaleones normativos» en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales.** In: *Derechos y libertades - Revista del instituto Bartolomé de las casas*, p. 35-50, vol. Feb. 1998. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1319?show=full#preview>. Acesso em: 02 out. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. **Revista Forense (318)**. Rio de Janeiro, Forense, Abril/Maio/Junho, 1992, p. 120-128.

CRORIE, Benedita Mac. **Os Direitos Sociais em Crise?** In: CALVÃO, Filipa; GOMES, Carla Amado; GONÇALVES, Pedro; MELO, Helena. (orgs.) *A crise e o Direito Público: VI encontro de professores portugueses de Direito Público*. Instituto de Ciências Jurídico- Políticas: Lisboa, 2013.

DALMAU, Rúben Martínez. **El nuevo constitucionalismo latino-americano y el proyecto de Constitución del Ecuador.** In: *Alter Justicia*, n. 1. Guayaquil, oc. 2008, p. 17-27. Disponível em: <http://sites.google.com/site/martinezdalmau2/AlterJustitia1.doc>. Acesso em: 31 mar. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** São Paulo, Malheiros Editores, 6ª ed., 1998.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Pluralismo jurídico, pós-colonialismo e resignificação hermenêutica.** In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza - CE, 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3228.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

NEGREIROS, Marcelo Costas Fernandes de; RODRIGUES, Rodolpho Penna Lima. **Assistência Jurídica Expansiva e as Facetas da Vulnerabilidade.** Disponível em: <https://www.defensoria.se.def.br/?p=8108>. Acesso em: 11 jun 2019.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rúben Martínez. **La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo.** In: *Debates constitucionales en nuestra America, El nuevo derecho*, nº. 48, 2013. Disponível em: http://www.academia.edu/9744793/_La_Constituci%C3%B3n_democr%C3%A1tica_entre_el_neoconstitucionalismo_y_el_nuevo_constitucionalismo_en_El_Otro_Derecho_no_48_2013_p%C3%A1gs._63-84._Con

Roberto_Viciano_Pastor. Acesso em: 23 mar. 2015.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. LANDER, *Edgardo (org)*. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 227-278.

ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Boaventura Sousa de. **De las dualidades a las ecologias**. 1. ed. La Paz: Red Boliviana de mujeres transformando la Economía, 2012.

_____. **Refundación del Estado em Latino America: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

_____. **Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais à uma ecologia de saberes**. In: MENESES, Maria Paula; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Epistemologias do Sul*. Almedina: Coimbra, 2009.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” da América Latina**. In: *Revista de Estudos Criminais* 7 Doutrina, 2006, p. 107.

STRECK, Lenio Luis. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje**. Trad. Gentil Avelino Tilton. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações**. **Direito em Debate**, Ijuí, n. 16/17, p. 9-32, jan-jun 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a parte de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

**BREVES CONSIDERACIONES AL INFORME DE SITUACIÓN DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS PRESENTADO A NACIONES UNIDAS A PARTIR DE LA EXPERIENCIA DE
UNA DEFENSORA PÚBLICA DE PARAGUAY**

**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O RELATÓRIO DE SITUAÇÃO DOS POVOS
INDÍGENAS APRESENTADO ÀS NAÇÕES UNIDAS A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DE
UMA DEFENSORA PÚBLICA DO PARAGUAI**

*Anahi Benitez do Rego Barros
Defensora Pública del Fuero Penal
Ministerio de la Defensa Pública de la República del Paraguay
Doctora en Ciencias Jurídicas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas
Universidad Católica Nuestra Señora de Asunción*

RESUMEN

En el artículo se analiza el acceso a la justicia de miembros de comunidades indígenas en conflicto con la ley penal, en base al informe sobre situación de los pueblos indígenas en el Paraguay presentado al Consejo de Derechos Humanos Naciones Unidas y la experiencia de la autora en la atención a integrantes de pueblos originarios en juicios en el fuero penal. En el trabajo se busca analizar, las posibles causas que llevan a un integrante de pueblos originarios a delinquir y mostrar que este conflicto con la ley penal se da como consecuencia de la crítica situación de conculcación a derechos fundamentales que atraviesan estos pueblos ancestrales, a raíz de una disminuida acción del estado en su función social y una intensificada acción del mismo en su función penal, generando así lo que en doctrina conocemos como la criminalización de la pobreza. A los efectos de este trabajo, el término pobreza es utilizado para caracterizar a las minorías étnicas de nuestro país y que forman parte de un conjunto mayor de minorías excluidas, llegando a constituirse, a raíz de la misma ineficiencia y discurso del estado, en un enemigo simbólico para el imaginario colectivo paraguayo, lo que a su vez reagrava la situación de exclusión social de este conjunto de minorías, generando así un círculo perverso del cual los defensores públicos somos testigos en el ejercicio de nuestra función jurisdiccional.

Palabras clave: Indígenas. Criminalización. Pobreza. Acceso. Justicia.

RESUMO

O artigo analisa o acesso à justiça para os membros das comunidades indígenas em conflito com a lei penal, com base no relatório sobre a situação dos povos indígenas apresentado ao Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e a experiência do autor em servir aos membros dos povos originários em julgamentos na esfera penal. O trabalho busca analisar as possíveis causas que levam um integrante de um povo indígena a cometer um crime e mostrar que esse conflito com o direito penal ocorre em consequência da crítica situação de violação dos direitos fundamentais, pela qual esses povos ancestrais está passando em consequência de uma ação diminuída do Estado na sua função social e de uma ação intensificada desse em sua função criminosa, gerando o que em doutrina conhecemos como a criminalização da pobreza. Para efeitos do presente documento, o termo pobreza é usado para caracterizar as minorias étnicas em nosso país que são parte de um conjunto maior de minorias excluídas que constituem, devido a mesma ineficiência e discurso do estado em um inimigo simbólico para o imaginário coletivo paraguaio, que por sua vez agrava a situação de exclusão social desse grupo de minorias, gerando assim um círculo perverso do qual nós, defensores públicos, somos testemunhas no exercício de nossa função jurisdicional.

Palavras-chave: Indígenas. Criminalização. Pobreza. Acesso. Justiça.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN 1. NORMATIVA VIGENTE EN PARAGUAY 2. NORMATIVA INTERNACIONAL VIGENTE EN PARAGUAY. 3. OTROS INSTRUMENTOS NORMATIVOS NACIONALES 4. INFORME A NACIONES UNIDAS. 5. ANÁLISIS DE CASO JURISDICCIONAL. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Me fue grato recibir la invitación de escribir un artículo para esta revista sobre el tema: Acceso a la justicia de Pueblos Originarios. La importancia del tópico, desde mi perspectiva, radica en las siguientes circunstancias históricas y actuales que ocurren en mi país respecto a comunidades indígenas.

En cuanto a las circunstancias históricas, las comunidades indígenas

constituyen grupos de cultura anteriores a la formación del estado paraguayo. Como habitantes del Paraguay y de América tenemos como individuos y como comunidad una herencia genética, social y cultural indígena. Nuestra identidad comunitaria tiene su raíz en los pueblos originarios. A partir de esto, a mi entender, cualquier vulneración a un integrante de la comunidad indígena es una vulneración a nuestra esencia como comunidad.

En relación a las circunstancias actuales, tenemos dentro del seguimiento a comunidades indígenas, realizado por organismos internacionales en mi país, un documento por demás relevante, el informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli Copuz, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el Palacio de Naciones, el 13 de agosto de 2015, como Documento A/HRC/30/41. En este informe se describe la situación de los pueblos indígenas del Paraguay y se establecen comprobaciones muy preocupantes al decir que se ha verificado “una situación de desprotección generalizada de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos, vitales para su supervivencia y dignidad, lo cual genera conflictos y violaciones de los derechos humanos”¹. Señala además que el Gobierno de Paraguay debe considerar la actual situación como una emergencia.

Estas circunstancias revisten de importancia al tema y este artículo tiene como objetivo hacer unas breves consideraciones al informe mencionado, a partir de la experiencia que como defensora pública del fuero penal he tenido en la atención a miembros de comunidades indígenas en conflicto con la ley.

Para realizar las consideraciones² al informe, en primer lugar se repasará brevemente la normativa vigente en mi país sobre protección a comunidades indígenas, luego se seleccionará partes del informe relevantes para el tema que nos ocupa de “Acceso a la Justicia de Pueblos Originarios”, con la aclaración de que este artículo se circunscribe solo al ámbito de acceso a la justicia en el ámbito penal, concretamente, el acceso a la justicia de miembros de pueblos originarios sometidos a un proceso penal. Por último, en base al análisis de casos concretos atendidos³ en el marco de nuestro trabajo, se analizará las posibles causas que llevan a integrantes

1 *Ibidem*.

2 Se aclara que las consideraciones y comentarios son de carácter personal de la autora y en ningún caso guardan relación con una postura institucional del Ministerio de la Defensa Pública.

3 Los casos concretos por su número no constituyen una muestra válida para conclusiones fehacientes de rigor científico sino se describen situaciones observadas en casos jurisdiccionales en los cuales ha tenido intervención la autora.

de comunidades indígenas a delinquir.

1. NORMATIVA VIGENTE EN PARAGUAY

La Constitución del Paraguay de 1992, reconoce a los pueblos indígenas como grupos de culturas anteriores a la formación y organización del Estado Paraguayo, al mismo tiempo que garantiza el derecho de los mismos a preservar y desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat, y su derecho a aplicar sus sistemas de organización política, social, económica entre otras, igualmente en su artículo 64 establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. Se establece que **el Estado le proveerá gratuitamente de estas tierras** (el destacado es nuestro). En su art. 6.512 la Constitución Nacional garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país y en el art. 6.613 el Estado se obliga a respetar las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas.

2. NORMATIVA INTERNACIONAL VIGENTE EN PARAGUAY

El Paraguay es signatario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual en su artículo 1 prohíbe la discriminación al establecer que: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”⁴. Otros instrumentos internacionales incorporados al sistema paraguayo son:

- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT – sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por la Ley n° 234 del año 1993.

- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, ratificado por la Ley n° 5 del año 1992.

- Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, ratificado por la Ley n° 4 del año 1992.

4 Declaración Universal de los Derechos Humanos Art 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, accesible en: <https://www.un.org>.

- Convención Internacional sobre el Delito de Genocidio, ratificado por la Ley n° 1.748 del año 2001.

- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, ratificada por la Ley n° 2.128 del año 2003.

- Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes ratificada por la Ley n° 69/90.

- Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, ratificada por la Ley n° 1.215 del año 1986.

- Convención Americana de los Derechos Humanos, Pacto de San Jose, ratificada por la Ley n° 1 del año 1989 y del Protocolo de San Salvador, ratificado por la Ley n° 1.040 del año 1997.

- Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer ratificada por la Ley n° 1600 del año 2000.

- Declaración de la Organización de los Estados Americanos – OEA – sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, junio de 2016.

3. OTROS INSTRUMENTOS NORMATIVOS NACIONALES

Dentro del ámbito nacional otras leyes a destacar son: la Ley n° 904 de 1981; “Estatuto de las Comunidades Indígenas”, donde se establece una serie de garantías para las comunidades indígenas, entre ellas el reconocimiento de su personería jurídica (Art. 8) y el procedimiento para el otorgamiento de tierras, la Ley n° 43/89 que modifica disposiciones de la Ley n° 1.372/88 “que establece un régimen para la regularización de los asentamientos de las comunidades indígenas”.

Otros cuerpos normativos se refieren también en secciones especiales a los pueblos originarios como el Código Agrario Ley n° 1.863 del 2002 y el Código Procesal Penal Ley n° 1.268 de 1998.

4. INFORME A NACIONES UNIDAS

Entre las partes relevantes que me gustaría extraer del Informe a Naciones Unidas⁵ son las que se refieren al régimen de tierras cuya legislación

5 Informe. Situación de los pueblos indígenas en el Paraguay. Naciones Unidas Asamblea General

vigente, como lo viéramos en el acápite anterior, data de hace casi 40 años, ya que la ley específica sobre el tema es la Ley nº 904/81. La relatora Victoria Tauli Corpus señala en el informe:

Según el III Censo de 2012, 375 comunidades indígenas declaran ser propietarias de tierras, aunque el **3,9 % de dichas comunidades carecen de títulos**, y **134 comunidades declaran no tener tierras**. Asimismo, **145 comunidades reportaron problemas en relación con la tenencia de la tierra** tales como apropiación indebida de empresarios, invasión de campesinos, apropiación indebida por entidades públicas, superposición de títulos o alquiler o préstamo de tierras a terceros⁶.

A estos datos se suma el hecho de que la relatora señala haber recibido “denuncias recurrentes de **invasiones de tierras indígenas por colonos, campesinos y empresas madereras**, dedicadas al **cultivo extensivo de soja o la ganadería**, que han dado lugar a un gran número de conflictos”. Según dice la relatora en el informe:

Muchos de estos casos se resuelven a favor de los terceros debido, entre otras causas, **al racismo y discriminación** respecto a los pueblos indígenas imperantes en las instancias políticas provinciales, a veces vinculadas a los intereses de quienes ocupan las tierras. En algunos casos, esta situación deriva en a **insuficiente aplicación de las normas constitucionales e internacionales por parte del sistema judicial**, lo que genera **impunidad**. Sigue señalando el informe que la Relatora Especial recibió con preocupación información sobre la vulneración de los derechos territoriales de los pueblos indígenas por parte de instituciones públicas. En este sentido, los testimonios se refirieron particularmente a **licencias ambientales otorgadas por la SEAM que incumplen que incumplen la legislación interna** y los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas.⁷ (el destacado es nuestro).

En cuanto a la **problemática del acceso a la justicia** la relatora señala en el informe que:

El **acceso a la justicia** sigue estando seriamente **limitado** para los pueblos indígenas en el país. Existen tanto problemas procesales como problemas estructurales y sustantivos. La Relatora Especial recibió información sobre varios casos con

Consejo de Derechos Humanos 30° Periodo de sesiones Tema 3 Agenda A/HRC/30/41/Add.1 13 de agosto de 2015. Disponible en: unsr.vtaulicopuz.org/site/index.php/es/documentos/country-reports/84_report_paraguay.

6 *Ibidem*.

7 *Ibidem*.

sentencias contradictorias emitidas por diferentes tribunales, lo que afecta a la claridad y certidumbre legal para todas las partes implicadas, a la vez que paraliza el ejercicio efectivo de los derechos, particularmente en relación con los derechos indígenas sobre sus tierras. De acuerdo con la información recibida, persiste una **actitud de racismo y discriminación** muy arraigada, sobre todo **en tribunales de primera instancia y tribunales provinciales**, a lo que se suma **desconocimiento de los estándares internacionales** de protección de los derechos humanos y de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las **consideraciones de la Dirección de Derechos Étnicos son ignoradas por algunos fiscales y faltan defensores públicos** para garantizar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Asimismo, la Relatora Especial pudo comprobar con preocupación la **escasa promoción** y validación de los **sistemas propios de justicia de los pueblos indígenas** como mecanismo adecuado de aplicación de justicia y su coordinación con los mecanismos de justicia estatales de conformidad con lo establecido por los estándares internacionales⁸(el destacado es nuestro).

En relación a los **derechos económicos, sociales y culturales** la relatora señala que:

El **modelo de desarrollo del país**, que fomenta un **rápido crecimiento económico** a través de actividades como los **monocultivos**, en particular la **masiva extensión del cultivo de la soja**, o la ganadería, ha tenido como resultado la **mayor tasa de deforestación en el mundo**, aumentando los **problemas ambientales** causado por los cultivos transgénicos y con grandes insumos de productos químicos.

En otra parte dice:

Dada la especial relación y dependencia de los pueblos indígenas respecto a sus tierras, territorios y recursos naturales, los **pueblos indígenas** están entre los más **afectados por las formas de producción insostenibles y la destrucción ambiental**. Además de la pérdida de los bosques y otros ecosistemas y de los conocimientos tradicionales y sistemas económicos asociados⁹.

En el ejercicio de la defensa en el ámbito penal somos testigos cómo estas verificaciones realizadas por la relatora adquieren rostros humanos en casos judiciales concretos atendidos, observamos cómo miembros de comunidades indígenas deben emigrar de sus comunidades y venir a la ciudad, en busca de satisfacción de

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

necesidades básicas como ser acceso a la tierra, a semillas, a tratamiento médico, entre otros, acampando frente al Instituto Nacional del Indígena, en el centro de la ciudad de Asunción, por lo general construyen carpas de plástico en la calles y veredas frente a esta institución, en total estado de vulnerabilidad, sin que sus necesidad básicas les sean satisfechas, constituyendo así un problema urbano, esto implica un gran número de familias indígenas, con gran cantidad de niños y adolescentes que también son víctimas de los peligros propios de la ciudad. Numerosas familias que no tienen cómo sostenerse. Estas condiciones les hacen presa fácil del sistema penal.

El sistema penal, lejos de solucionar los problemas estructurales de fondo, tiene como solución el encierro, muchas veces también en condiciones inhumanas, se completa así un círculo perverso donde el Estado que no intervino en un primer momento en su función social, sí interviene esta vez en su función punitiva.

En el caso que a continuación se expone se trata de demostrar, en la realidad y en base a un caso jurisdiccional concreto atendido, el ciclo de criminalización de la pobreza; se verá como la situación de conculcación de derechos fundamentales termina siendo un caso jurisdiccional penal.

5. ANÁLISIS DE UN CASO CONCRETO. SE ANALIZA UN CASO DONDE 6 PERSONAS INTEGRANTES DE COMUNIDADES INDÍGENAS FUERON IMPUTADAS

Expediente n° 266/2017 Carátula: E-E y otros s/ trata de personas. Juzgado de Garantías n° 10.

Hechos e Imputación: El Ministerio Público a través de un informe remitido por la Secretaría de la Niñez y Adolescencia toma conocimiento de la presencia de varias niñas y adolescentes de pueblos originarios en las calles Hernandarias y Gral. Díaz de la ciudad de Asunción, quienes estarían ejerciendo la prostitución y que varios automóviles estarían acudiendo al lugar a fin de mantener relaciones sexuales con las niñas y adolescentes, por valor de Gs 30.000 guaraníes treinta mil aproximadamente y al cabo de una hora y media las retornarían al lugar y así sucesivamente.

Se informó también luego de un monitoreo la provisión de tolueno (crack) a los niños y adolescentes.

En fecha 12 de febrero de 2017 la comitiva fiscal se constituyó hasta el lugar para la verificación de la denuncia y rescate de las víctimas.

La imputación fue presentada en fecha 12 de febrero de 2018.

Calificación de la conducta según la imputación: 6 integrantes de

comunidades indígenas fueron imputados por el hecho de “Trata de personas (Art. 5° de la Ley Integral contra la Trata de Personas Ley nº 4.788/12)”¹⁰

Medidas cautelares impuestas: Por resolución A.I. n° 74 del 14 de febrero de 2018 se decreta la prisión preventiva de las personas imputadas.

Análisis de situación de los procesados: En el caso he ejercido la defensa de las personas imputadas quienes eran:

Imputadas mujeres:

E.E.: mujer, proveniente de la Comunidad Indígena Ka aguy Py ahu de la Colonia Santa Barbara Distrito de Santa Rosa del Aguaray.

E.G.P.: mujer, proveniente de la Comunidad Indígena Ka aguy Py ahu de la Colonia Santa Barbara Distrito de Santa Rosa del Aguaray.

A.M. mujer, proveniente de la misma comunidad anterior.

Imputados varones:

J.M.B.P: hombre, proveniente de la Comunidad Indígena Tuna Poty del Distrito de Yasy Kañy Departamento de Canindeyu.

P.B.: hombre, proveniente de la Comunidad Indígena Ka aguy Py ahu de la Colonia Santa Barbara Distrito de la Ciudad de Santa Rosa del Aguaray.

A.F.: hombre, proveniente de la Comunidad Indígena Ka aguy Pyahu de la Colonia Santa Bárbara del Distrito de Santa Rosa del Aguaray.

En entrevista con ellos pude determinar las razones por las que habían abandonado sus comunidades y llegaron hasta la ciudad: se encontraban aquí pidiendo semillas para la siembra, víveres para sus comunidades: chapas, instrumentos de trabajo, otros llegaron a la ciudad en busca de tratamiento odontológico. Se encontraban esperando respuesta estatal a estas necesidades, acampando en las calles, en condiciones de vulnerabilidad.

Aplicación de medidas alternativas a la prisión: A través de un pedido de revisión de medida cautelar planteado por la defensa, por resolución A.I. n° 277 del 20 de abril de 2018 las mujeres imputadas fueron beneficiadas con la libertad

10 Ley n° 4788/2012 de Paraguay Art. 5º: El que con el propósito de someter a otro a un régimen de explotación sexual; captare, transportare, trasladare, acogiere o recibiera a la víctima directa, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta ocho años. 2º El que, con el propósito de someter a otro a un régimen de servidumbre, matrimonio servil, trabajo o servicio forzado, esclavitud o cualquier práctica análoga a la esclavitud; captare, transportare, trasladare, acogiere o recibiera a la víctima directa, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta ocho años. 3º El que, con el propósito de someter a otro a la extracción ilícita de sus órganos o tejidos; captare, transportare, trasladare, acogiere o recibiera a la víctima directa, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta ocho años”.

ambulatoria. Por resolución A.I. n° 410 del 7 de junio de 2018 los imputados varones fueron beneficiados con la libertad ambulatoria. Se les impuso como regla de conducta residir en sus comunidades y el traslado hasta las mismas fue ordenado al Instituto del Indígena (Indi).

Con la descripción de un caso concreto hemos tratado de transpolar las verificaciones del informe a Naciones Unidas a una realidad particular, tangible, con rostros humanos de un caso jurisdiccional. Las personas imputadas en la causa, miembros de comunidades indígenas, se vieron obligados a emigrar a la ciudad en busca de respuesta a necesidades básicas: víveres, semillas, implementos. Los mismos habían venido a Asunción a solicitar al Instituto del Indígena estos recursos. Se vieron en la necesidad de permanecer varios días y semanas en la ciudad, en condiciones de vulnerabilidad y esto los llevó a enfrentarse con la ley penal.

El proceso de penalización de este problema social surge a su vez dos consecuencias: por un lado, no resuelve los problemas sociales estructurales de las comunidades indígenas al contrario los agrava, por otro lado, acalla sus voces para demandar la respuesta estatal adecuada a sus necesidades básicas.

CONCLUSIONES

La Constitución del Paraguay reconoce a los pueblos indígenas derechos y garantías fundamentales. El Paraguay ha ratificado tratados y convenios internacionales a través de los cuales se obliga a la puesta en vigencia de derechos fundamentales a toda persona humana.

El informe presentado a Naciones Unidas describe la realidad social, económica, cultural y de acceso a la justicia en que se desarrollan los pueblos originarios en nuestro país. Establece que el Gobierno debería considerar la situación como de emergencia en razón a que las comunidades indígenas se encuentran en una situación de desprotección de derechos humanos fundamentales, generado por el mismo modelo económico de desarrollo del país, la debilidad institucional para la respuesta social, la corrupción.

Esta situación de desprotección obliga a los miembros de comunidades indígenas a emigrar hasta la ciudad en busca de respuesta institucional, la falta de respuesta estatal los obliga a permanecer en la ciudad en condiciones de vulnerabilidad, originando con ello las posibilidades de entrar en conflicto con la ley penal.

El entrar en conflicto con la ley penal, significa mayor vulneración a derechos fundamentales pues el encierro en el Paraguay necesariamente conlleva no solo la privación de libertad, sino de la privación de muchos otros derechos fundamentales: alimentación, salud, comunicación, entre otros.

Con el caso jurisdiccional concreto descrito hemos podido transpolar las descripciones del Informe a Naciones Unidas en las partes extractadas, a un caso jurisdiccional penal de la realidad nacional en concreto, verificando así la interrelación existente entre problemas sociales y penales y el consecuente proceso de criminalización de la pobreza.

Como actores jurisdiccionales, y defensores en el ámbito penal, es nuestro trabajo aportar una crítica al debate jurídico, pero creo que como miembros de una comunidad y ante las realidades sociales que nos cabe atestiguar a través de nuestra intervención en procesos jurisdiccionales, debemos crear y participar en espacios de discusión nacional e internacional donde podamos aportar con nuestras voces los reclamos de muchos sectores minoritarios de la sociedad, cuyas voces se hallan acalladas en razón a los ciclos perversos de victimización que hemos descrito. Este trabajo ha pretendido ser un pequeño aporte a ese debate social nacional e internacional que desde mi experiencia en la defensa jurisdiccional penal he logrado plasmar.

REGRAS PARA SUBMISSÃO DE ARTIGOS

Os trabalhos devem ser escritos em português ou espanhol, digitados em processador de texto *Word* e enviados para o e-mail publicacoes.esdpu@dpu.def.br. Os materiais submetidos devem conter de 10 a 25 laudas. Textos de menor ou de maior extensão serão publicados a critério dos Coordenadores, caso seu tamanho seja justificável.

REGRAS

- Atuar como Defensor Público Federal;
- Limite de três (3) coautores por artigo. Obrigatório que um destes seja Defensor Público Federal.

FORMATAÇÃO

Os trabalhos deverão ser encaminhados com as seguintes regras de formatação:

- Editor de texto: Microsoft Word;
- Fonte: Times New Roman, tamanho 12 para o corpo do texto e para as referências, tamanho 10 para notas de rodapé e citações longas (mais de 3 linhas);
- Espaçamento entre linhas: 1,5 cm (corpo do texto) e 1,0 cm (notas de rodapé e citações longas - mais de 3 linhas);
- Alinhamento: justificado;
- As palavras em língua estrangeira deverão ser grafadas em itálico e os destaques, em negrito. As aspas devem ser reservadas às citações;
- Título: fonte maiúscula, tamanho 14, em negrito e centralizado (português e espanhol).

TEXTO

No caso dos **artigos**, a primeira página deve conter:

- O nome do autor ou autores deverá estar abaixo do título, por ordem de importância ou alfabética (segundo critério dos autores). Abaixo destes deverão aparecer, em fonte tamanho 10, a titulação acadêmica seguida do nome da instituição a qual estão relacionados, o país a que pertencem e e-mail para contato;
- Resumo em português e em espanhol, de 100 a 250 palavras, com alinhamento justificado;
- Palavras-chave: até 5 palavras com alinhamento justificado, separadas por ponto;
- Sumário: seções numeradas progressivamente em algarismos arábicos.

REFERÊNCIAS

As referências no corpo do texto deverão ser no modelo nota de rodapé. O sistema autor-data não será aceito.

GUÍA PARA SOMETER ARTÍCULOS A LA REVISTA

Los trabajos deberán ser escritos en portugués o español en procesador de texto Microsoft Word (MS Word) y enviados al correo electrónico **publicacoes.esdpu@dpu.def.br**. Los artículos presentados deberán contener entre 10 y 25 páginas. Textos de menor o de mayor extensión serán publicados a criterio de los Coordinadores, en caso de que su tamaño sea justificable.

REGLAS

- Actuar como Defensor público;
- Límite de tres (3) coautores por artículo. Obligatorio que uno de ellos sea Defensor Público.

FORMATO

Los trabajos deberán ser enviados con las siguientes reglas de estilo:

- Editor de texto: MS Word;
- Letra: Times New Roman, tamaño 12 para el cuerpo del texto y para las referencias, tamaño 10 para las notas de pie de página y las citas más largas (más de 3 líneas);
- Interlineado: 1,5 cm (cuerpo del texto) y 1,0 cm (notas de pie de página y citas largas -más de 3 líneas-);
- Alineamiento: justificado;
- Las palabras en lengua extranjera deberán ser escritas en cursiva y los puntos destacados deberán estar en negrita. Las comillas deben ser reservadas a las citas;
- Título: letras mayúsculas, tamaño 14, en negrita y centrado (portugués y español).

TEXTO

En los **artículos**, la primera hoja debe contener:

- Los apellidos y los nombres del autor o de los autores deberán aparecer debajo del título, por orden de importancia o alfabético de apellidos (según criterio de los autores). Debajo de los autores aparecerán, en letra tamaño 10, la titulación académica seguida del nombre de la institución a la que se relacionan, del país al que pertenecen y las direcciones de correo electrónico;
- Resumen en portugués y español, entre 100 a 250 palabras, con alineación justificada;
- Palabras clave: hasta 5 palabras, con alineación justificada y separadas por punto final;
- Sumario: secciones numeradas en orden progresiva y en números arábigos.

REFERENCIAS

Las referencias en el cuerpo del texto deberán estar en las notas de pie de página. El sistema autor-fecha, no será aceptado.

