



Povos Indígenas e o Direito: Uma Análise à Luz da Jurisdição Penal Brasileira
Indigenous Peoples and the Law: An Analysis in the Light of the Brazilian Criminal Jurisdiction

Pueblos Indígenas y el Derecho: Un Análisis a la Luz de la Jurisdicción Penal Brasileña

Arthur Dias Almeida¹, Dayane Sousa Fontes², Agílio Tomaz Marques³, Mateus Ferreira de Almeida Lima⁴, Carla Rocha Pordeus⁵ e Rosana Santos de Almeida⁶

RESUMO: O presente trabalho visa discutir sobre a autonomia do *jus puniendi* no âmbito do Direito Penal dos povos originários de nosso país, através de métodos dedutivo e dialético, utilizando pesquisas bibliográficas de artigos, doutrinas jurídicas e a lei. Inicialmente, discute-se a evolução histórico-legislativas desses povos, sendo abordados determinados períodos históricos – como Brasil Colônia, República e o Período da promulgação da Constituição Federal de 1988 – com intuito de observar a mutação da imagem do indígena sob a ótica do Direito Brasileiro. Em seguimento traz, como necessário, a definição dos conceitos básicos no Direito Processual: Jurisdição e Competência. Ainda, faz-se uma abordagem referente da capacidade processual dos povos indígenas, de sua capacidade civil e a tutela do Estado. E por fim, passa a discutir o tema propriamente dito: a jurisdição penal indígena, de modo a analisar uma certa inobservância da ótica cultural dessas comunidades e a efetiva aplicação do Código Penal sobre as mesmas.

Palavras-chaves: Jurisdição; Povos Indígenas; Penal. Brasil; Direito.

ABSTRACT The present work aims to discuss the autonomy of *jus puniendi* within the scope of Criminal Law concerning the indigenous peoples of our country, through deductive and dialectical methods, using bibliographic research of articles, legal doctrines, and the law. Initially, the historical and legislative evolution of these peoples is discussed, addressing certain historical periods - such as Colonial Brazil, the Republic, and the period of the promulgation of the Federal Constitution of 1988 - with the intention of observing the mutation of the indigenous image from the perspective of Brazilian Law. Subsequently, it brings, as necessary, the definition of basic concepts in Procedural Law: Jurisdiction and Competence. Furthermore, it addresses the procedural capacity of indigenous peoples, their legal capacity, and state protection. Finally, it proceeds to discuss the topic itself: indigenous criminal jurisdiction, in order to analyze a certain disregard for the cultural perspective of these communities and the effective application of the Penal Code to them.

Keywords: Jurisdiction; Indigenous Peoples; Penal. Brazil; Law.

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo discutir la autonomía del *jus puniendi* en el ámbito del Derecho Penal de los pueblos originarios de nuestro país, a través de métodos deductivos y dialécticos, utilizando la investigación bibliográfica de artículos, doctrinas jurídicas y el derecho. Inicialmente, se discute la evolución histórico-legislativa de estos pueblos, acercándose a ciertos períodos históricos -como el Brasil Colonial, la República y el Período de la promulgación de la Constitución Federal de 1988- con el fin de observar la mutación de la imagen de lo indígena persona desde la perspectiva del Derecho brasileño. A continuación trae, por necesario, la definición de los conceptos básicos en Derecho Procesal: Jurisdicción y Jurisdicción. Aún así, se hace un acercamiento referencial a la capacidad procesal de los pueblos indígenas, su capacidad civil y la tutela del Estado. Y finalmente, se pasa a discutir el tema en sí: la jurisdicción penal indígena, para analizar cierta inobservancia de la perspectiva cultural de estas comunidades y la aplicación efectiva del Código Penal sobre ellas.

Palabras llave: Jurisdicción; Gente India; Delincuente; Brasil; Bien.

¹Graduando em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande;

²Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande;

³Doutorando pela Universidade Federal de Campina Grande

³Doutorando pela Universidade Federal de Campina Grande;

⁴Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande;

⁵Professora e Mestre pela Universidade Federal de Campina Grande;

⁶Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande.

1. INTRODUÇÃO

No decurso da história brasileira, os direitos dos povos indígenas constituem um tema controverso e em constante evolução. Desde o descobrimento do Brasil, os povos originários foram constantemente marginalizados, massacrados e tiveram inúmeros direitos violados, sofrendo com a perda de suas terras, cultura, identidade, autonomia e a limitação do jus puniendi.

No entanto, nas últimas décadas, houve um avanço substancial na garantia dos direitos dos indígenas, principalmente, com a criação do Estatuto do Índio – Lei 6.001/1973 – e a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, também, os órgãos governamentais criados com intuito protegê-los e prestar uma melhor assistência a esses povos, sendo a principal o órgão indigenista a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, também, o Ministério dos Povos Indígenas, sendo presidido pelo indígena Sonia Guanajara.

Apesar disso, existem inúmeros desafios a serem enfrentados, como a demarcação de terras indígenas e a garantia de acesso à saúde e educação de qualidade para esses povos e, primordialmente, e objeto de pesquisa no presente trabalho, a autonomia da jurisdição penal para os povos originários.

A pesquisa retratada, dispõe-se a realizar um estudo sobre a capacidade processual e a autonomia das comunidades indígenas para o julgamento e aplicação de sanções em questões de caráter criminal, dentro da sistemática do Direito brasileiro, sendo assim, respeitando devidamente as diferenças socioculturais inerentes dessa população.

Para principiar o referido tema, o presente trabalho se dividirá em quatro diferentes tópicos. No primeiro, exporemos a evolução histórico-legislativa do tratamento relegado aos indígenas pelo direito brasileiro de forma mais genérica. Partir-se-á das da análise dos seguintes períodos: Brasil-colônia; República e do momento da promulgação da Magna Carta de 1988.

No segundo e terceiro tópico, dedicaremos a abordar, sem grandes aprofundamentos, os aspectos doutrinários de jurisdição e competência do âmbito do direito brasileiro e a capacidade processual dos indígenas. Visto que é uma leitura inevitável no presente trabalho, pois qualquer estudo que se proponha a compreender os mecanismos que compõe a atuação jurídica em determinado ponto deve apreciar os conceitos primordiais para melhor entendimento da temática.

Por fim, o último tópico, organizou-se na forma de apresentar o arcabouço jurídico que envolve a leitura constitucional e a lei específica para legitimar a autonomia penal indígena, por

consequente, instigar uma discussão relativo ao objeto de estudo e fortalecer a cultura jurídica daqueles povos.

A abordagem da pesquisa será os métodos dedutivo e dialético, realizados por meio de pesquisa bibliográfica, tendo em base o material já publicado, constituído principalmente de livros doutrinários, a lei seca e artigos científicos pertencentes ao tema.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA-LEGISLATIVA DO DIREITO INDÍGENA

2.1. BRASIL-COLÔNIA

O Brasil colônia foi marcada por uma série de conflitos e desafios. Durante o período colonial, os povos indígenas foram subjugados e tiveram seus direitos violados pelos colonizadores europeus, na perspectiva legal desse período, factualmente existe atos normativos voltados para os povos originários, entretanto, sem os considerar como sujeitos de direitos (FERREIRA, 2017).

A legislação indigenista na época era de extrema imprecisão, o qual, concedia direitos aos povos originários, ao mesmo tempo que permitia o extermínio em massa, tomada de suas terras, além de outros atos considerados atualmente como crimes, por exemplo, o trabalho escravo (FERREIRA, 2017), consoante como MATOS que afirma como “a legislação sobre os índios era omissa e havia um grande número de situações de fato indefinidas, com muitos índios em regime de servidão ou escravidão” (2015, pág. 20)

Imponte salientar que os indígenas que se submetiam aos colonizadores, sem resistência, eram lhe concedidos os direitos, enquanto, outros que eram resistência eram assassinatos, caso sobrevivessem, tornavam-se pessoas escravizadas, expurgados de direitos, rebaixados a simples “coisas” ou “ferramentas”.

Em 1755, após a nomeação do Marques de Pombal em Primeiro-Ministro da Colônia, houve a promulgação de uma legislação, o qual, objetificava a diminuição da violência pratica contra os povos indígenas, tendo idealizado a unificação da cultura e política da colônia. (FERREIRA, 2017).

Ante o exposto, notavelmente que a legislação destinada aos povos originários deste período consistia na concessão de direitos aos que não ofereciam resistência, ao contrário, dos que resistindo sendo severamente perseguidos.

2.2. VELHA REPÚBLICA

A Velha República foi marcada por uma série de mudanças significativas que impactaram diretamente a vida dos povos originários do Brasil. Primeiramente, ressalva-se que a Magna Carta de 1891 – primeira Constituição do Brasil da era republicana – continuava uma relação de ambiguidade, existia uma vontade de preservar como parte do Brasil - como raízes históricas do povo brasileiro – todavia, não consideravam como seres dotados de capacidade e autonomia.

Durante esse período, houve a promulgação de diversas leis e programas governamentais que visavam garantir a integração, proteção e a preservação dos direitos dos povos indígenas, como Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), segundo ANDRE DA ROCHA FERREIRA, o programa consistia em:

Em um primeiro momento, a instituição lidava igualmente com imigrantes camponeses – negros, que recém haviam conquistado a liberdade, e índios espalhados pelo território nacional. O objetivo do SPILTN era o de integrar o território nacional e de criar mão-de-obra reserva para uma república com uma alta produção agrícola. Por essa razão, o SPLITN estava vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (MAIC). (2017)

Em 1916, houve a promulgação do Código Civil, o qual, os indígenas eram colocados como relativamente incapazes, isto é, era necessário que fossem tutelados pelo Estado, posto que, era observado o nível de integração do indivíduo, dessa forma, quanto menos adaptados à sociedade brasileira, maior a necessidade do Estado tutelar por suas questões, consoante com o art. 6º do Codex citado:

Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)
I - os maiores de 16 (dezesesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156);
II - os pródigos; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962) III - os silvícolas. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962) Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País. (BRASIL, 1916)

Na Magna Carta de 1934, os povos originários são reconhecidos em sua vivência e seres de direito no Brasil, da mesma forma, as Constituições de 1937, 1946 e 1967 seguiram a linha da Constituição de 1934 em relação a população indígena, aliás, destaca-se que desde a primeira Carta Constitucional da República foram garantidos a posse de as terras ocupadas pela população originária, não podendo delas serem retiradas.

Não obstante, em 1973, foi promulgada o Estatuto do Índio – nome pela qual ficou conhecida – consoante com o Código Civil 1916, no qual os indígenas eram colocados como “relativamente incapazes”, vide art. 6º, nisso, deveriam ser tutelados por um órgão estatal, em que foi criado o Serviço de Proteção do Índio, posteriormente, passa a ser a Fundação Nacional

do Índio – FUNAI – a finalidade do órgão era tutelar pelos interesses daquela comunidade até que estivessem integrados à sociedade brasileira.

Diante posto, apesar dessas medidas adotadas, os povos indígenas continuaram a serem rebaixados a tutelados e relativamente capazes. Além disso, a falta de políticas públicas efetivas para a promoção da inclusão social e econômica dos povos indígenas contribuiu para a perpetuação de suas desigualdades sociais e econômicas.

2.3. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A promulgação da Constituição Federal de 1988 é um marco importante na luta pelos direitos e reconhecimento dos povos indígenas no Brasil, indo muito além das constituições anteriores. Outrossim, no art. 231 da Magna Carta de 1988, reconhece a existência de uma multietnicidade, ou seja, entendendo e acolhendo a existência de vários grupos sociais que habitam o território brasileiro, segundo dispõe o artigo citado:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (BRASIL,1988)

É perceptível que até o momento da promulgação, a política brasileira para os povos originários era de extermínio, escravidão e renegar a cultura indígena – no período do Brasil-Colônia – outrora, essa política inicial é substituída pelo intuito da integração desses povos e, por fim, tenta promover o reconhecimento dos direitos e garantias, indo além da ocupação territorial indígena (FERREIRA, 2017).

Dessa forma, a Constituição de 1988 reconheceu a diversidade cultural e étnica do país, estabelecendo que os povos indígenas têm direito à posse das terras que tradicionalmente ocupam e ao uso dos recursos naturais existentes no local. Além disso, a Constituição garante aos indígenas o direito à consulta prévia, livre e informada sobre qualquer projeto que afete seus territórios e culturas, ainda, destaca-se que permanece em vigor o Estatuto do Índio.

Esses avanços na legislação representam um importante passo na construção de uma sociedade mais justa e inclusiva, onde os direitos dos povos indígenas são respeitados e valorizados.

3. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

3.1. JURISDIÇÃO

A jurisdição constitui um dos pilares fundamentais no direito brasileiro se refere, no que tange ao processo penal, segundo Nucci (2020), a jurisdição constitui o poder-dever atribuído, através da Constituição, ao Estado para aplicar a lei no caso concreto, sendo assim, compondo os litígios e resolvendo os conflitos, isto é, o poder que o Estado tem de aplicar as leis em casos concretos.

Ademais, Gonçalves (2021), no âmbito do processo civil, em concordância com Nucci (2020), conceitua jurisdição como: “Função do Estado, pela qual ele, no intuito de solucionar os conflitos de interesse em caráter coativa, aplica a lei geral e abstrata nos casos concretos que lhe são submetidos” (2021, pág. 104).

Vide regra, a atividade jurisdicional é exclusiva do Poder Judiciário, portanto, é exercida pelos juízes e tribunais, embora, a Magna Carta em seu art. 52, abra a exceção para o Senado Federal para processar e julgar:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99)

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988)

Posto isto, o Estado detém a jurisdição, tendo o monopólio da distribuição da justiça, que deve ser exercida com imparcialidade, independência e eficiência. Ela é responsável por garantir o cumprimento das leis e assegurar os direitos dos cidadãos, bem como punir os infratores. Além disso, a jurisdição é um mecanismo de proteção da sociedade, que conta com o Estado para garantir a ordem e a segurança jurídica.

Vale destacar que a Jurisdição, ato emendado do poder estatal, é UNA, não se valendo de distinções categóricas, somente utilizando uma classificação para fins didáticas (GOLÇALVES, 2021).

Ainda, existem os princípios regentes específicos da jurisdição criminal, parte integrante do nosso objeto de estudo, que são a indeclinabilidade, isto é, o magistrado não pode se negar a julgar os casos que lhe forem apresentados; improrrogabilidade – não podendo as partes subtrair o juízo natural de conhecer determinada causa, mesmo entrando em comum acordo –

indelegabilidade – vedado ao juiz transmitir o poder jurisdicional ao sujeito q quem não possui – e a unidade – como já mencionado, a jurisdição é única (NUCCI, 2020).

3.2. COMPETÊNCIA

A competência, no ordenamento jurídico brasileiro, trata-se da delimitação das atribuições de cada órgão jurisdicional, de forma a garantir a eficiência e a celeridade do processo, ou seja, é uma forma de demarcação da jurisdição estatal, sendo o campo que o magistrado poderá exercê-la (MATOS, 2015).

A competência está relacionada profundamente com a jurisdição, assunto abordado acima. Posto isto, a competência é o conjunto de regras que determina qual

órgão jurisdicional é competente para julgar determinado caso. Conforme Manus (2020) determina:

A ideia da competência como a medida da jurisdição auxilia na compreensão do conceito tanto de jurisdição quanto de competência. Com efeito, o Poder Judiciário detém o monopólio da jurisdição, enquanto cada órgão que o compõe possui uma parcela desta jurisdição, que é sua competência fixada por lei.

No Brasil, a competência é definida pela Constituição Federal e pelas leis processuais, de modo que, no Código de Processo Penal em seu artigo 69 estabelece parâmetros para a fixação da competência, conforme segue abaixo:

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:
I - o lugar da infração;
II - o domicílio ou residência do réu;
III - a natureza da infração;
IV - a distribuição;
V - a conexão ou continência;
VI - a prevenção;
VII - a prerrogativa de função. (BRASIL, 1941)

É importante ressaltar que a competência pode ser absoluta ou relativa, a depender do caso concreto. A competência absoluta é aquela que não pode ser alterada pelas partes ou pelo juiz, enquanto a competência relativa pode ser modificada por meio de exceção de incompetência.

Em suma, a competência é um aspecto fundamental do direito brasileiro, consistindo na limitação do órgão jurisdicional, em que visa garantir a efetividade da jurisdição e a justiça nas decisões judiciais.

4. CAPACIDADE PROCESSUAL INDÍGENA

É bem verdade que, anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 1917, no seu art. 6º, inciso III, considerava os índios como relativamente incapazes, sendo possível a aplicação do regime tutelar.

Capacidade é, segundo Mello (2000, p. 17), “aptidão que o ordenamento jurídico atribui às pessoas, em geral, e a certos entes, em particular, estes formados por grupos de pessoas ou universalidades patrimoniais, para serem titulares de uma situação jurídica”.

Desta forma, no tocante a sua capacidade, o índio, chamado anteriormente de “silvícola”, era visto como aquele que não pode ser plenamente capaz de realizar atos da vida civil. Nesse sentido, argumenta Stolze e Pamplona (2022, p. 102):

[...] Por isso, não é razoável firmar-se a premissa da sua absoluta incapacidade, como quer a legislação especial. Apenas em hipóteses excepcionais, devidamente comprovadas, deve ser reconhecida a sua completa falta de discernimento, para efeito de obter a invalidade dos atos por si praticados.

Por conseguinte, há de se considerar que índio era visto por uma perspectiva chamada integralista, conforme se depreende do art. 1º, Lei 6.001/1973 - Estatuto do Índio - que assim dispõe: “Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá- los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”. Logo, verifica-se que a intenção era fazer com que a condição de ser índio fosse considerada uma situação transitória, de modo que deveria ser integrado, de forma progressiva e harmoniosa, à comunhão nacional.

Ademais, ressalta-se a utilização do termo “silvícola”, como aquele que nasce ou vive na selva; vislumbra-se, pois, tal era a visão agressiva do legislador para com a comunidade indígena. Em vista disso, o termo foi alterado para “índio”, através de emenda do Deputado Ricardo Fiuza.

Em sequência, a promulgação da Constituição Federal de 1988 traçou uma nova roda quanto à relação do Brasil com os povos indígenas, de modo a romper com aquela visão integralista outrora existente, que considerava o índio como selvagem, que precisava ser civilizado. De fato, o texto constitucional foi muito feliz ao dedicar um capítulo próprio sobre o tema e a assegurar a aplicação dos demais direitos e garantias fundamentais aos indígenas, bem como reconhecimento a suas culturas e tradições.

Segundo a Araújo (2006, p. 42), “não é preciso repetir que o Capítulo dos Índios na Constituição foi o resultado de intensa mobilização, durante o processo constituinte, por parte dos índios e de setores da sociedade civil”.

Em vista disso, é o que aborda, por exemplo, o caput do art. 231, da supramencionada constituição, que assim dispôs:

“São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

É, a partir dessa nova orientação constitucional que prosperam no país e, sobretudo perante a doutrina diversos princípios que visam proteger a comunidade indígenas e lhes assegurar direitos fundamentais, como o princípio do reconhecimento e da proteção do Estado à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições das comunidades indígenas e o princípio da proteção da identidade.

À vista disso, no tocante à capacidade processual indígena, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 232, estabeleceu a seguinte redação:

Os 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 (BRASIL, 1988).

Desse modo, verifica-se que, pela redação da Constituição supracitada, os índios são sim legitimados ao processo, de modo possuem capacidade processual para ingressarem em Juízo em defesa dos seus direitos e interesses.

Por conseguinte, o art. 10 da Convenção nº 169 da OIT, afirma que “quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais”.

Ato contínuo, o art. 56, do Estatuto do Índio assegura que “No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola”. Ressalte-se, porém, que a ideia de integração do índio é um conceito tido como superado, de modo que, nesse caso, caberá ao Magistrado ponderar a pena de acordo com o grau de conhecimento índio sobre a cultura da sociedade em que se deu o ato delitivo.

Desta forma, de acordo com o parágrafo único, do supramencionado artigo, “as penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado”.

5. JURISDIÇÃO PENAL INDÍGENA

Como já mencionado anteriormente, o índio responde penalmente, pela eventual prática de crime nos termos do Código Penal, verificando, no entanto, a partir de sua cultura, dos seus costumes e tradições, se ele entende o caráter ilícito de sua conduta. Aliás, ressalte-se que a Lei 6.001/73 - Estatuto do Índio - pouco se dedica ao tema.

Observado o que se tem atualmente, e à luz das garantias constitucionais, a responsabilização penal de indígenas é trazida novamente à pauta, com a necessidade da discussão sobre os procedimentos e os institutos do direito penal que, com a sensibilidade que o tema exige, busca da melhor forma de garantir a responsabilização criminal.

A realidade é que no Brasil não existe uma jurisdição penal própria para as comunidades indígenas, sendo relegado aos povos originários uma certa “autonomia penal”, que seria uma forma especial de resolução de conflitos. No entanto, essa certa autonomia está limitada pela jurisdição estatal, de modo a garantir e assegurar o respeito aos direitos constitucionais, como a proibição expressa de penas degradantes e a pena de morte, conforme está expresso no art. 57, da Lei 6.001/73 - Estatuto do Índio:

Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

O Estatuto supracitado também dedica um capítulo para tratar dos crimes cometidos contra os indígenas que tipifica os seguintes crimes cometidos contra os índios e a cultura indígena, a seguir transcritos:

Art. 58. Constituem crimes contra os índios e a cultura indígena:

I - escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendia-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena - detenção de um a três meses;

II - utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos. Pena - detenção de dois a seis meses;

III - propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados. Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. As penas estatuídas neste artigo são agravadas de um terço, quando o crime for praticado por funcionário ou empregado do órgão de assistência ao índio.

Art. 59. No caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado ou comunidade indígena, a pena será agravada de um terço. (BRASIL, 1973)

Assim, verifica-se que pouco é legislado sobre o tema, deixando para que sejam aplicados os procedimentos e os institutos do direito penal comuns, sem levar em consideração as especificidades da comunidade indígena.

Nesse sentido, é todo um sistema penal - investigação, processo, fiscalização - que estão sujeitos a falhas, omissões e dificuldades de ação do Poder Público. Ainda mais, vislumbra-se os diversos conflitos entre índios e garimpeiros que procuram, a todo custo, explorar terras protegidas, de modo a tornar o tema mais complexo.

A título de exemplo, recorde-se a recente situação dos índios yanomamis, que teve grande repercussão internacional. Verifica-se, pois, a complexidade da situação, ao passo da urgente necessidade da discussão de como garantir o devido processo legal, e demais elementos processuais penais, à resolução de lides em comunidades e territórios indígenas, bem como assegurar o rigor das investigações, sob os parâmetros do Estado Democrático de Direito, para a apuração dos possíveis crimes que podem ter sido realizados naquela região. É, de fato, como diria o Morin (2009, p. 108) “pensar a barbárie é contribuir para a regeneração do humanismo. É, portanto, a ela resistir”.

Ato contínuo, existe a necessidade da compressão cultural da comunidade indígena. Segundo o Censo Demográfico realizado pelo IBGE em 2010, é de 817.963 (oitocentos e dezessete mil e novecentos e sessenta e três) indígenas, dos quais 502.783 (quinhentos e dois mil e setecentos e oitenta e três) vivem na zona rural e 315.180 (trezentos e quinze mil e cento e oitenta) habitam as zonas urbanas brasileiras.

Nesse contexto, trata-se de uma realidade completamente diversa daquelas experimentadas nos grandes centros, tendo uma outra organização social, outras crenças e tradições. Destaque para o fato de que, segundo os dados do Censo, há a predominância da comunidade indígena na zona rural (cerca de 61%). Ainda segundo o Censo, são cerca de 274 línguas faladas, de modo que cerca de 17,5% da população indígena nem sequer fala a língua portuguesa. Vê-se, portanto, que é uma situação *sui generis*, da qual a discussão não pode continuar sendo ignorada ou minimizada, antes, instigada e provocada.

Assim, o Código Penal não foi pensado tendo como premissa a valorização e o respeito às culturas indígenas que. Logo, aqui caberia a promoção da discussão do porquê não criar um arcabouço de normas penais e processuais penais Indígena, de modo a considerar as especificidades do tema, valendo-se, assim, dos termos da Constituição Federal de 1988 que assegura, em seu art. 231, caput), que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, bem como ao art. 9º, da Convenção nº 169 da OIT (2004) que afirma que

Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os

povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

A este respeito, não se trata de algo revolucionário, uma vez que existe, por exemplo, todo tratamento dado ao Militar brasileiro, possuindo um Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969), do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969), bem como um Ministério Público Militar, sendo este órgão responsável pela ação penal militar no âmbito da Justiça Militar da União. Tão logo, a presente discussão procura instigar o fortalecimento de uma jurisdição que respeite as dinâmicas sociais singulares dos grupos indígenas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primordialmente, é notável o tratamento relegado às comunidades indígenas, juridicamente falando, é dotado de o ideal colonizar e tutelar nos seus primórdios, enquanto colônia. Ao decorrer da história do Brasil, ficou evidente na legislação, a ambiguidade jurídica, posto que, consistia em um ideal de civilização europeia tornando os povos originários como seres que se fazem necessário uma tutela para atuar na sociedade brasileira, os rejeitando como parte das “raízes” do Brasil.

Verificou-se como, no decurso do tempo, afastou-se a ideia integralista dos povos indígenas, procurando respeitar a cultura e a tradição deles, de modo que a capacidade processual indígena foi um marco histórico que assegurou a defesa dos direitos e interesses dos povos indígenas. Em que pese o preconceito, e a compreensão etnocêntrica da sociedade, os povos indígenas têm direito à cidadania.

Perpassado uma breve discussão e os conceitos sobre Jurisdição e Competência, essencial o entendimento para assimilar o conteúdo da pesquisa. Também, discute-se sobre a capacidade processual indígena decorrendo das legislações correspondentes – Código Civil de 1916 e 2002.

Por fim, no que concerne à Jurisdição Penal Indígena, verificou-se a ausência de respostas adequadas e suficientes à complexa situação dos povos indígenas no

Brasil, frente aos institutos de direito penal. Desta forma, o presente trabalho buscou instigar, à luz da Constituição Federal de 1988, e do direito à diferença, na discussão acerca da promoção de um Código Penal e Processual Indígena, de modo que o direito penal e processual penal possa ser mais bem efetivado, assegurando aos povos indígenas o devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos Indígenas e a Lei dos Brancos**: o direito à diferença. Brasília, MEC/UNESCO 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 junho de 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 3.071/1916, de 01 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm Acesso em: 15 jun. de 2023.

BRASIL. **Lei nº. 6.001/73, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 15 junho de 2023.

FERREIRA, André da Rocha. **A concessão de autonomia penal às comunidades indígenas**: aplicabilidade constitucional do artigo 57 do Estatuto do Índio. Porto Alegre, 12 dez. 2017. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8008>. Acesso em: 15 jun. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**: volume único. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

GOLÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Competência**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/358/edicao-1/competencia>. Acesso em: 15 jun. 2023.

MATOS, Elson Rodrigues de. **Do Conflito de Competência para Julgar Crimes que Envolvem Indígenas**. Cacoal, 8 de julho de 2015. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/294852997.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Achegas para uma Teoria das Capacidades em Direito**. Revista de Direito Privado, São Paulo, 2000.

MORIN, Edgar. **Cultura e barbárie europeias**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.
NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Processual Penal**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. **Estatuto do Índio**. Socioambiental.org. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/Estatuto_do_%C3%8Dndio. Acesso em: 15 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção n. 169/1989.

Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf.

Acesso em: 14 junho de 2023.