



**TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL
Tocantins**

Revista do TRE-TO

Ano 1

Número 1

jan/jun 2007

A CAPACIDADE POLÍTICA DO ÍNDIO NO BRASIL

ELIAS MESQUITA LOPES. Analista Judiciário do TRE-TO, Bel. em Direito, pós-graduando (especialização) em Direito Eleitoral, pela UNITINS, e em Docência para o Ensino Superior, pela UFT.

INTRODUÇÃO

Este artigo traz uma leitura panorâmica sobre a atual situação da capacidade política do índio no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista a manifesta eclosão de sua participação no meio político nacional, não apenas como eleitores mas também concorrendo e ocupando cargos públicos eletivos, participando de congressos de âmbito nacional e internacional, realizando manifestações públicas para reivindicação de direitos etc., e considerando que nem as leis, nem a Constituição Federal têm uma disciplina clara para definir a capacidade política do indígena, sendo necessário buscar suprir essa lacuna a partir das interpretações que se faz das normas constitucionais e infraconstitucionais correlatas.

Como são pressupostos da capacidade política a capacidade civil e a nacionalidade, e esta dispensa maiores explanações, visto que a Constituição Federal adota a regra de que todos que nascem no Brasil são brasileiros (art. 12, inc. I, alínea "a"), a capacidade civil do índio será tratada com certa detenção, uma vez que se trata de tema bastante controverso, para, em seguida, entrar no cerne da questão deste trabalho: a capacidade política dos indígenas.

Antes de tudo, faz-se mister definir o que é índio e, para isso, a doutrina do Professor José Afonso da Silva¹ cumpre muito bem a missão, na medida em que traz uma definição moderna, em consonância com o Projeto de Lei nº 2.057/1991 ("Estatuto das Sociedades Indígenas"), em curso no Congresso Nacional, que pretende substituir o antigo Estatuto (Lei nº 6.001/1973)², e usa o critério da consciência de pertinência étnica como fator determinante:

"O sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. A dizer, é índio quem se sente índio. Essa auto-identificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada na continuidade histórica do passado pré-colombiano que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para a identificação do índio brasileiro. (g.n.)".

¹ SILVA, 2007, p. 866.

² Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional.

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Cumpra, também, definir capacidade, capacidade política e direitos políticos, mas para isso será feito nos itens próprios a seguir.

1. A CAPACIDADE CIVIL DOS INDÍGENAS

Na terminologia jurídica, em relação às pessoas, capacidade significa “a aptidão legal que tem a pessoa (...) de adquirir e exercer direitos. É a *capacidade jurídica*”.³

Conforme MOREIRA ALVES, embora consideradas expressões sinônimas pelos doutrinadores, urge distinguir **personalidade jurídica** de **capacidade jurídica**, ou **capacidade de direito**, ou ainda **capacidade jurídica de gozo**, pois, a primeira constitui-se da “potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações”, personalidade jurídica é conceito absoluto, ou a tem e é sujeito ou não a tem e é objeto de direito, enquanto que a segunda é conceito relativo, “é o limite dessa potencialidade”, pode ter-se mais ou menos capacidade jurídica, assim, a capacidade de direito é inerente à personalidade.⁴

Distingue-se também a **capacidade de fato** ou **capacidade de agir**, ou **capacidade de exercício**, que é a aptidão que tem o sujeito de direito para praticar, por si só, os atos que geram efeitos jurídicos (atos jurídicos).⁵

Essa distinção entre a capacidade de fato e a capacidade de direito é importante para determinar quem, dentre as pessoas potencialmente hábeis a praticar atos que importem na aquisição de direitos ou na contração de obrigações, pode fazê-lo por si mesmo, pois nem toda pessoa que dispõe da capacidade jurídica possui a capacidade de fato (quando tem as duas capacidades simultaneamente, diz-se que ela é absolutamente capaz), ou seja, conforme já citado, segundo o art. 1º do Código Civil Brasileiro, todo ser humano possui capacidade de direito, no entanto, os arts. 3º e 4º do referido diploma legal enumera algumas pessoas que não estão habilitadas a exercer pessoalmente (por si só) qualquer ato jurídico (são incapazes: os menores de 16 anos, os dementes e os impossibilitados de exprimir sua vontade) e outras que não estão habilitadas para certos atos ou à maneira de exercê-los (são relativamente incapazes: os menores entre 16 e 18 anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os deficientes mentais e excepcionais que não tenham discernimento pleno, e os pródigos). Para a prática dos atos jurídicos, as pessoas que não estão habilitadas precisam de ser representadas e as que possuem certas restrições para praticá-los precisam de ser assistidas.⁶

³ SILVA, 2006. pp. 238/249.

⁴ NERY JUNIOR, 2006, p. 169.

⁵ ALVES, 1999, *idem*, p. 97.

⁶ *ibidem*; NERY JUNIOR, *idem*, n. 8 do art. 1º, p. 166; MARKY, 1995, p. 29; MEIRA, 1977, p. 55.

No decurso da história do Brasil, o índio sempre foi considerado um ser inferior que precisava de ser incorporado à denominada “comunhão nacional”.⁷

A primeira legislação a estabelecer a tutela aos índios no Brasil é uma lei de 27/10/1831 que atribuiu aos juizes de órfãos o encargo da proteção dos índios que então estariam saindo da servidão. Em seguida, um decreto de 3/6/1833, atribuiu aos mesmos juizes a administração dos bens de qualquer índio, que até a extinção dos Ouvidores das Comarcas, em 1932, fora da competência destes.⁸

Foi com base na junção dessas duas tutelas de caráter orfanológicas que o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071), passou a tratar o índio como pessoa relativamente incapaz para os atos da vida civil (art. 6º, inc. III), isto é, apesar de possuírem capacidade de direito, para praticarem certos atos da vida civil precisavam de ser assistidos, sendo anulável o ato jurídico praticado sem essa assistência (art. 147, I).

Em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121), foi acrescido o parágrafo único ao art. 6º daquele diploma civil que criou o regime tutelar que veio a ser estabelecido pelo Estatuto do Índio (art. 7º), em 1973. O dispositivo consignou que o regime tutelar seria extinto, gradativamente, na medida em que os índios fossem incorporando a cultura do país.⁹

A matéria da capacidade civil do índio, ou capacidade de agir, no novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002) foi remetida à legislação especial (“A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”, CC/2002, art. 4º, par. único), com o intuito de, conforme o Professor Miguel Reale, em sua exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil, mensagem 160, de 16/1/1975:

“Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinária, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica. (g.n.)”.

A tutela estatutária (Lei nº 6.001/73, art. 7º, § 1º) segue os mesmo princípios da tutela civil, é incumbência da União, exercida, atualmente, pela FUNAI (art. 7º, § 2º, e Estatuto da FUNAI, art. 2º, I) e aplicada tanto aos índios, enquanto indivíduos, quanto às suas comunidades até que sejam, uns e outros, declarados integrados (art. 7º, *caput*). Somente fica liberado do regime tutelar o índio ou a comunidade indígena que obtiver a

⁷ BARRETO, 2003, p. 65.

⁸ *ibidem*.

⁹ *ibidem*.

declaração formal de sua integração ao restante da sociedade brasileira (arts. 9º e 10º).

Mas essa tutela estabelecida pelo Estatuto tem um caráter assistencial, tanto que nele tutela e assistência são tratadas como sinônimas, mesmo porque pelo Código Civil que então tinha o índio como relativamente incapaz, coloca as pessoas nessa condição jurídica sob a assistência de outrem. Esse caráter assistencial da tutela estabelecida pelo Estatuto do Índio justifica-se pelas “condições peculiares” reconhecidas pelo próprio estatuto (art. 4º), tendo em vista resguardar os usos, costumes e tradições indígenas (art. 1º, par. único), muito embora tenha como propósito o de (...) *preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional (art. 1º, caput).*

O índio integrado, embora não conte com a especial assistência do Estatuto, visto que dele “emancipado” mediante regular processo judicial (ou administrativo levado a crivo judicial) no qual deve ficar demonstrado ter ele plenas condições psíquicas, isto é, tem discernimento suficiente para decidir o que é melhor para si mesmo e gerir seus próprios atos na sociedade nacional, ainda assim, terá garantido o direito que lhe assiste a Constituição Federal, em seus arts. 231 e 232, conforme se verá adiante, não estando, pois, o índio, em qualquer momento de sua vida, desamparado.¹⁰

No âmbito constitucional, a primeira Carta a tratar dos direitos dos índios foi a de 1934 que lhes reconheceu a posse da terra que estivessem ocupando em caráter permanente, vedando, contudo, sua alienação (art. 129), bem como fixou a competência da União para legislar sobre “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” (art. 5º, inc. XIX, “m”). As Constituições de 1937 (art. 154) e de 1946 (art. 216) repetiram as disposições quanto à posse da terra e esta última introduziu a política integracionista no âmbito constitucional (art. 5º, inc. XV, “r”). A de 1967, embora repetindo as disposições quanto à política integracionista (art. 8º, XVII, “o”), inovou quanto às terras ocupadas permanentemente pelos indígenas, transferindo-as ao domínio da União (art. 4º, IV e 186), mas lhes atribuindo o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e demais utilidades. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não alterou as disposições da Carta de 1967 quanto à política integracionista (art. 8º, XVII, “o”), quanto à posse da terra e usufruto dos seus recursos (art. 198, *caput*) e quanto ao seu domínio atribuído à União (art. 4º, inc. IV), mas, no art. 198, *caput*, tornou possível a alienação das terras ocupadas pelos índios, a ser regulada por lei ordinária; no § 1º declarou nulos os atos que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios, bem como todos os seus efeitos jurídicos extintos; e, no § 2º eximiu a União e a FUNAI da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes da nulidade

¹⁰ Cf. *ibidem*.

dos atos supracitados, bem como elidindo o direito de ação aos prejudicados.¹¹

Já a Constituição Federal de 1988, tendo em vista as fortes pressões que os órgãos indigenistas, bem como as próprias comunidades indígenas, diretamente, infligiram à Assembléia Nacional Constituinte, foi bastante inovadora, contemplando os índios com um capítulo especialmente a eles dedicado (Capítulo VIII, do Título VII, que trata “Da Ordem Social”), que, muito embora bem sucinto (dois artigos), abriu um vasto leque de direitos aos indígenas (arts. 231 e 232, CF) e abandonou o paradigma integracionista.¹²

Em seu art. 232, a nossa Carta Magna atribuiu ao índio capacidade postulatória (que é aquela aptidão de estar em juízo em nome próprio) ao dispor: “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses (...)”.

Isso, como se viu, quando o índio ainda estaria sendo considerado pelo Código Civil de 1916 (art. 6º, inc. III) como uma pessoa relativamente incapaz, e o seu próprio Estatuto (Lei nº 6.001/73, art. 35), ainda estabelece a tutela estatal para a representação dos indígenas na defesa de seus interesses em juízo: “Cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas”

Mas essa capacidade de estar em juízo, assegurada pela Constituição Federal, é para a defesa dos direitos e interesses indígenas, que tem natureza coletiva, comunitária, conforme José Afonso da Silva¹³, e “Como tal, concerne à comunidade toda e a cada índio em particular como membro dela”, por isso a legitimidade reconhecida aos índios, às comunidades e às organizações de proteção ao índio. Certamente que para estar em juízo, ressalvadas as poucas exceções legais que não vem ao caso, todas as pessoas devem estar representadas por profissional habilitado (art. 36, CPC e 1º, da Lei 8906/1994), no caso do índio, conforme preceitua o artigo supracitado do Estatuto do Índio, bem como o art. 3º, do Estatuto da Fundação Nacional do Índio, aprovado pelo Decreto nº 4.645/2003, *in verbis*:

“Art. 3º Compete à FUNAI exercer os poderes de representação ou assistência jurídica inerente ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais”.

É certo, também, que o Ministério Público, em sua função institucional, também poderá exercer o patrocínio da causa que envolva os direitos dos índios, nos termos do disposto na Constituição Federal e da Lei

¹¹ *ibidem*.

¹² “Ao abandonar o viés integracionista, a nova carta magna também põe em cheque [*sic*] a figura da tutela”. RAMOS, 1999, p.11.

¹³ SILVA, 2004, p. 840.

nº 8.625/1993, assim como o faria em relação a qualquer outra pessoa sob tutela ou curatela, que lhe venha pedir amparo.

2. A CAPACIDADE POLÍTICA DOS INDÍGENAS

Capacidade política é a habilidade para o exercício dos direitos políticos, ou seja, é atributo da condição de cidadão.

Cidadão é a pessoa que está apta para o exercício dos direitos políticos, essencialmente o de votar.¹⁴

Cidadania é o atributo político decorrente do direito de participar do exercício do poder.¹⁵

Direitos políticos é sinônimo de direitos de cidadania, que são os direitos que habilitam o cidadão para o exercício da soberania popular¹⁶ consagrada na Constituição Federal (art. 1º, par. único e art. 14, *caput* e incisos). Sintetizando, como o faz o Ministro Teori Zavascki¹⁷, direito político é o direito de ser eleitor.

Os direitos políticos podem ser de duas naturezas: ativos e passivos. Os direitos políticos ativos são aqueles que o cidadão exerce de forma positiva, são resumidos, essencialmente, no direito de votar¹⁸. Os direitos políticos passivos são os que habilitam o cidadão a concorrer a cargo público eletivo, resumem-se no direito de ser votado. O gozo dos direitos políticos passivos pressupõe o dos direitos políticos ativos. Assim, é possível ser cidadão e não poder ser candidato mas não pode ser cidadão e, consequentemente, candidato sem que seja eleitor.

Com relação aos indígenas, como vimos, as Constituições brasileiras ao tratar deles, em suma restringiram-se ao binômio integração e posse de terras, até que com o advento da Constituição Federal de 1988 o leque foi aberto para abranger outros enfoques, atribuindo-lhes capacidade postulatória e reconhecendo “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, abandonando, assim, a velha política integracionista, e, fundada na garantia do direito à diferença, passa a adotar como novo paradigma a interação, pela qual povos indígenas e sociedade envolvente passam a interagir em igualdade de condições, no entanto, falta legislação que regulamente a aplicação dessa interação de sociedades de culturas tão distintas.

As leis, por seu turno, restringiram-se a cuidar melhor da capacidade civil dos índios. Assim o fez o Código Civil de 1916 e a Lei nº 6.001/73,

¹⁴ RAMAYANA, 2006, pp. 20 ss.

¹⁵ *ibidem*.

¹⁶ É o princípio da democracia segundo o qual “todo poder emana do povo” (art. 14, par. único, CF).

¹⁷ ZAVASCKI, 1997, p. 181.

¹⁸ Mas também inclui o de participar do processo legislativo, mediante a iniciativa popular, propor ação popular etc.

quando o objetivo original das leis do início do Império, que introduziram o regime da tutela orfanológica, era de amparar aqueles índios que estavam ameaçados do jugo escravagista dos fazendeiros e, depois, os bens de todos os índios; os índios, então, foram considerados como órfãos para a preservação de sua higidez física e de seus bens. A tutela hoje existente não se reveste mais daquela característica de orfanológica, mas de curadoria de incapaz.¹⁹

O Estatuto do Índio em vigor até traz um título denominado “Dos Direitos Cíveis e Políticos”, no entanto, aos direitos políticos, restringe-se apenas a dizer no parágrafo único, do art. 5º, que: “*O exercício dos direitos cíveis e políticos pelo índio depende da verificação das condições especiais estabelecidas nesta Lei e na legislação pertinente*”.

Verifica-se, pois, que, segundo o Estatuto, os requisitos aplicáveis para determinar a capacidade política (exercício dos direitos políticos) são os mesmos para definir a capacidade civil (exercício dos direitos cíveis). As condições a ser verificadas na Lei nº 6.001/73, conforme preceitua o dispositivo supra são as do art. 4º, ou seja, são as condições de assimilação, ou não, e de completa integração à “comunhão nacional”.²⁰ Quanto a estes últimos, ou seja, os integrados, a lei (inc. III) é explícita ao dizer que são “reconhecidos no pleno exercício dos direitos cíveis”, portanto, também, absoluta a sua capacidade política ativa e passiva. Em relação aos isolados, os que não sofreram assimilação de elementos da “comunhão nacional”, por ser pouco ou nenhum o contato com eles (inc. I), assim, igualmente é incontroversa a sua incapacidade civil, tanto é que o art. 15, sem excepcionar ato praticado com ou sem assistência do órgão tutor, diz que: “*Será nulo o contrato de trabalho ou de locação se serviços realizado com os índios de que trata o artigo 4º, I*”.

Isso, de certa forma, parece até evidente. Pois como poderia ser válido um ato em que uma das partes sequer entende a sua natureza e conseqüências ou até mesmo o seu objeto? É muito provável que o legislador teve um propósito em inserir tal dispositivo, talvez o de evitar a exploração da mão-de-obra dessas pessoas, ludibriadas por qualquer gênio dotado de más intenções. Os índios isolados, portanto, não estão no gozo de seus direitos políticos, assim como qualquer menor de 16 anos de idade,

¹⁹ BARRETO, 2003, p. 65.

²⁰ Art. 4º Os índios são considerados:

I – isolados – Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II – Em vias de integração – Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III – Integrados – Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos cíveis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

os doentes ou deficientes mentais sem discernimento para a prática dos atos civis e os que não podem exprimir sua vontade, ainda que por causa transitória, pois, pressuposto da capacidade política é a capacidade civil.²¹

Quanto aos índios “em integração” a questão é um pouco mais intrincada, estabelece o art. 8º e seu parágrafo único, *in verbis*:

*“Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.
Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.”*

Tem-se que os dispositivos não tratam dos índios “isolados”, uma vez que se estes não têm contatos com os “elementos da comunhão nacional”, ou os têm raramente, não é crível que seriam nesses contatos escassos que já se iam fazendo negócios. Trata-se, portanto, apenas, dos índios “em integração”.

Subsume-se dos dispositivos supra a seguinte regra: o negócio realizado pelo índio não integrado com não-índio é nulo, mas se a FUNAI interveio na operação, ele é válido e, ainda, mesmo que a FUNAI não tenha assistido o negócio, se esse índio demonstrar consciência do ato realizado, “desde que não lhe seja prejudicial”, o negócio será válido. A contrário senso, sem essa assistência, aquele índio em integração que pratique um ato jurídico com pessoa não-índio, ainda que o negócio lhe seja benéfico, basta alegar não ter pleno entendimento do que fez para que se tenha o ato como nulo.

Portanto, tem-se as seguintes conclusões: 1) o índio **integrado** é plenamente capaz para todos os atos da vida civil (CC/2002, art. 5º, c/c Lei nº 6.001/73, art. 9º e/ou 10º)²², e, assim, está em pleno gozo de seus direitos políticos, sejam eles ativos ou passivos; 2) o **isolado** é absolutamente incapaz para os atos da vida civil, podendo ser enquadrado dentre aquelas pessoas que “mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade” (CC/2002, art. 3º, inc. II), mesmo em vista de seu isolamento social, portanto, não estão no gozo dos direitos políticos; 3) o

²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Direitos Políticos: perda suspensão e controle jurisdicional**. In: Revista de Processo, ano 22, nº 85, pp. 181-189, jan/mar 1997, disponível em <www.bdjur.stj.gov.br>.

²² Diz-se art. 9º e/ou 10º, porque, dependendo do ato de declaração de liberação da tutela, será pelo art. 9º (judicial) ou pelo art. 10º e aplicando-se o 9º subsidiariamente quanto aos requisitos a serem atendidos (administrativo). Em relação ao inciso I, do art. 9º, do Estatuto, há certa discussão quanto a sua aplicação em razão do disposto no art. 5º, do CC/2002, isto é, o Código estabelece que a maioria se alcança aos 18 anos enquanto que o Estatuto exige a idade de 21 anos para que o índio pleiteie a sua liberação do regime tutelar. O Estatuto é lei especial e o Código Civil, lei geral, portanto, em tese, prevalece aquela. No entanto, é certo que o Estatuto seguia as regras do Código Civil de 1916, não fazendo mais sentido sua subsistência quando o cidadão indígena maior de 18 anos venha a requerer o reconhecimento de sua condição de integrado, ainda que apenas judicialmente.

em integração, tendo em vista os limites da tutela imposta pelo Estatuto, conforme mencionado, entende-se que é “equiparado”²³ ao relativamente incapaz, estando, pois, no gozo de seus direitos políticos ativos, mas não passivos.

3. O TRATAMENTO DADO PELA DOUTRINA

A doutrina trata a questão de maneira simplória. Conforme o Professor Thales Tácito²⁴, nos termos do art. 5º, inc. II, do Código Eleitoral, os que não saibam exprimir-se na língua portuguesa não podem alistar-se eleitores, os índios que estejam nessa situação não podem ser eleitores, por isso não tem capacidade política (nem mesmo para o exercício dos direitos políticos ativos), portanto, não podem ser cidadãos.

Para o Professor Joel J. Cândido²⁵, desde que o índio seja capaz de exprimir-se na língua nacional, como requer o Código, e porte documento hábil, pode alistar-se eleitoralmente. Os documentos que habilitam o pretense eleitor a requerer seu alistamento são aqueles listados no § 2º, do art. 5º, da Lei nº 7.444/1985 que revogou tacitamente o art. 5º do Código Eleitoral. O ilustre professor bem lembra que o documento que comprove o registro administrativo feito pela FUNAI também tem validade para tal fim, nos termos do § 2º, do art. 50, da Lei de Registros Públicos.

O Professor Ramayana²⁶ segue esse mesmo entendimento do Professor Joel e acrescenta:

O índio isolado que não sabe exprimir-se na língua nacional não vota, mas o totalmente aculturado e com desenvolvimento mental completo pode ser penalmente imputável segundo já decidiu o STF (RT 614/393). Portanto, deve ser reconhecido ao mesmo o direito de votar e é plena sua capacidade eleitoral ativa. (g.n.)

Acrescenta, ainda, que se esse índio a quem se lhe atribui capacidade política praticar, e.g., o crime de destruição de urna eletrônica, tipificado no inc. III, do art. 72, da Lei das Eleições, ele: “*será processado e julgado pelo Juiz Eleitoral do local do crime com aplicação do artigo 70 do Código de Processo Penal em razão do disposto no artigo 364 do Código Eleitoral*”.²⁷

²³ Diz-se equiparado, tendo em vista que é a lei civil quem estabelece os limites da capacidade civil e quando o fez quanto aos relativamente incapazes, o Código Civil de 2002 deixou de relacionar os índios, como o fazia o Código de 1916, informando, apenas que “A capacidade dos índios será regulada por legislação especial” (art. 4º, par. único).

²⁴ CERQUEIRA, 2004, p. 146.

²⁵ CÂNDIDO, 2005. P. 65.

²⁶ RAMAYANA, 2006, p. 25.

²⁷ RAMAYANA, 2006, p. 25.

4. O TRATAMENTO DADO PELA JURISPRUDÊNCIA

Muito embora não seja conhecida nenhuma norma que discipline o alistamento militar do índio, o Exército Brasileiro exige desse cidadão o seu “Registro de Emancipação”²⁸ para que se aliste no serviço militar, o que parece ser um contra-senso, uma vez que o índio, cidadão brasileiro, portanto portador de Título Eleitoral (uma vez que ele pode ter título a partir dos 16 anos, como os demais brasileiros, desde que atendidos os requisitos acima), às vezes até matriculado em instituição de ensino superior, defronta-se com uma situação de necessidade de exibir um documento que comprove que não mais está sob o regime tutelar estatutário. Por outro lado, parece também contrariar os próprios fundamentos do serviço militar obrigatório que o entendem como “um dever de cidadania”²⁹, além de afrontar o próprio estatuto indigenista que estabelece no seu art. 2º, inc. I, que cumpre ao Estado, bem como seus órgãos administrativos, “estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível sua aplicação”. Entende-se que a legislação militar é comum, pois aplicável a todo brasileiro.

Não obstante isso, a Justiça Eleitoral tem pautado seu procedimento, no do Exército Brasileiro, condicionando a obrigatoriedade da comprovação da quitação com o serviço militar (Res. TSE nº 21.538/03, art. 13, alínea “b” e par. único) para o alistamento eleitoral à integração formal do índio. Assim, o índio pode ser cidadão, pode ter direitos políticos, mas o “suposto” dever de cidadania consistente na prestação do serviço militar obrigatório fica preterido se o cidadão não demonstrar que está livre da tutela indigenista, que em nenhum ponto prejudica o desempenho das atividades conscrionais.

O posicionamento da Justiça Eleitoral acima relatado está na Resolução TSE nº 20.806/01, de 15/1/2001, que foi resultado de consulta formulada pela Corregedoria Regional Eleitoral do Amapá, no ano de 2000, teve como Relator o Ministro Garcia Vieira que modificou seu voto para acompanhar o entendimento do Ministro Nelson Jobin. Segue ementa:

“Alistamento eleitoral. Exigências.

São aplicáveis aos indígenas integrados, reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, nos termos da legislação especial (Estatuto do Índio), as exigências impostas para o alistamento eleitoral, inclusive de comprovação de quitação do serviço militar ou de cumprimento de prestação alternativa.”

Relacionado ao tema indígena, há o acórdão do TSE nº 3.210, de 18/11/1960, Relator então Juiz Idelfonso Mascarenhas, que cuidou da questão de instalação de seção em postos indígenas:

²⁸ V. <www.exercito.gov.br/02ingr/Servmili.htm>.

²⁹ *idem*.

“Seções eleitorais. Na distribuição dos eleitores pelas seções o Juiz eleitoral deve atender ao local de suas residências e aos meios de transporte de que dispõem. É lícita a localização de seção eleitoral em Posto Indígena”.

Quanto ao alistamento eleitoral de indígenas, em 9/9/1966, o TSE expediu a Resolução nº 7.919, relatada pelo então Juiz Décio Miranda. Segue ementa: *“Os índios são alistáveis nas condições exigidas pelos arts. 131 e 132 da Constituição Federal”*.³⁰

Nesse mesmo sentido, o TRE de Santa Catarina, em 9/10/1985, no Acórdão nº 8.100, Relator Juiz Manoel Lauro Volkmer, decidiu:

*“Consulta. Conhecimento.
Os índios alfabetizados e analfabetos que souberem se exprimir na língua nacional podem alistar-se leitores ainda quando relativamente incapazes para certos atos da vida civil. Distinção entre capacidade civil e política.”*³¹

Também interessante é o Acórdão TSE nº 8.204, de 25/9/1986, Relator Ministro Oscar Corrêa, que trata da regra de prazo mínimo de domicílio eleitoral do indígena no local onde pretende concorrer a cargo público eletivo. O recurso dirigido ao TSE insiste na tese rejeitada pelo TRE-SP de que, tendo em vista a situação peculiar do indígena em nosso meio, ele não deveria submeter-se às exigências de domicílio eleitoral por supostamente não entender as regras de divisões geográficas determinadas pela legislação:

*“Domicílio eleitoral – Prazo.
Indígena. A lei não distingue os indígenas – ainda que isso se comprovasse – par assegurar-lhes a isenção da exigência.
Recurso especial não conhecido”.*

Por fim, tem-se a Resolução TSE nº 21.212, de 19/9/2002, Relator Ministro Fernando Neves, em que a FUNAI solicita que o TSE (conforme consta do relatório) discipline as atividades político-partidárias em terras indígenas, especialmente quanto à realização de propaganda eleitoral e de comícios, a fim de preservar os valores dos índios, tendo em vista que tais atividades como estão sendo desenvolvidas (quantitativo excessivo de pessoas e forma de abordagem) ameaçam o modo de vida e os valores dos

³⁰ A Constituição a que se refere a resolução é a de 1946 e os artigos citados prescreviam o seguinte (*in verbis*):

“Art. 131 – São eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos que se alistarem na forma da lei.

Art. 132 – Não podem alistar-se eleitores:

I – os analfabetos;

II – os que não saibam exprimir-se na língua nacional;

III – Os que estejam privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos.

Parágrafo único – Também não podem alistar-se eleitores as praças de pré, salvo os aspirantes a oficial, os suboficiais, os subtenentes, os sargentos e os alunos das escolas militares de ensino superior.”

³¹ Ementa elaborada pelo setor de jurisprudência do TSE, não faz parte do acórdão.

índios. A matéria não foi examinada devido ao fato de que foi apreciada fora do período estabelecido pela lei (art. 105, da Lei nº 9.504/97) para expedir regulamentação para campanha eleitoral. O relator sugere seja feita anotação para posterior análise e eventual implementação das medidas pleiteadas, mas a questão não foi mais apreciada pela Corte.

CONCLUSÃO

Tendo em vista, pois, que o índio não integrado, mas em processo de assimilação da cultura nacional, tem assegurado direito ao trabalho em igualdade de condições com os demais trabalhadores brasileiros, e com as mesmas garantias (art. 14 do Estatuto); ao regime geral da previdência social (art. 55 do Estatuto); à educação (art. 50); e, até mesmo, à cota de vagas em universidades públicas etc., nada mais justo que atribuir-lhe capacidade para gozo dos direitos políticos, já que a Constituição Federal não faz nenhuma distinção dentre os brasileiros para o exercício da cidadania. E é assim que entende a doutrina e, em sua consonância, a jurisprudência, admitindo-se, apenas, a incapacidade política dos índios que não são capazes de exprimir-se na língua nacional.

Assim, o Cartório Eleitoral é obrigado a preencher o Requerimento de Alistamento Eleitoral (RAE) do índio que porte documento de identidade de onde se infira a nacionalidade brasileira e a idade mínima de 18 anos, ainda que certidão expedida pela FUNAI, desde que tal índio consiga expressar-se na língua portuguesa sua pretensão de fazer seu alistamento eleitoral. Ao Juiz, compete, pois, deferir o requerimento se outra razão não houver para fundamentar a negativa. Eis que tal índio é dotado de capacidade política.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 11ª ed. rev. e acrescentada, Rio de Janeiro: Forense, 1999, 1 v.

BARRETO, Helder Girão. **As disputas sobre direitos indígenas**. In: R. CEJ, Brasília, nº 22, pp. 63-69, jul/set de 2003, disponível em <<http://www.cfj.gov.br/revista/numero22/artigo09.pdg>>, acessada em 8/5/2007.

CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral brasileiro**. 11ª ed., rev. e atual., Bauru, SP: Edipro, 2005.

CERQUEIRA, Thales Tácito P. L. de Pádua. **Direito Eleitoral brasileiro**: o Ministério Público Eleitoral, as eleições em face das leis (...). 3ª ed. rev., ampl. e atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRA, Sílvio A. B. **Instituições de direito romano**. 4ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Max Limonad, 1977, 1 v., p. 61.

NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. **Código civil comentado**. 4ª ed. rev., ampl. e atual. até 20/5/2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMAYANA, Marcos. **Código Eleitoral comentado**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006.

RAMOS, Alcida Rita . **Projetos indigenistas no Brasil independente**. In: Série Antropologia, Brasília, 1999, art. 267, disponível em <<http://www.unb.br/ics/dan/Serie367empdf.pdf>>.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**: capacidade. 26ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 3ª ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 23ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. Revista de Processo, ano 22, nº 85, pp. 181-189, jan/mar 1997, disponível em <<http://www.bdjur.stj.gov.br>>.

<<http://www.exercito.gov.br/02ingr/Servmili.htm>>, acessada em 8/5/2007.

<<http://www.tse.gov.br/sadJudSjur/>>, acessada entre 8 a 14/5/2007.