

A LEGISLAÇÃO FÓSSIL DO BRASIL E A MENORIDADE SOCIAL DOS SELVAGENS

Barreto Campello

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Recife.

Além da literatura de ficção, via de regra indianófila, na qual avulta José de Alencar com “O Guarani” e em “Iracema”, sob muitos e variados aspectos, históricos (1), antropogeográficos (2), glotológicos (3), sociográficos (4), jurídicos (5) e econômicos (6), foram estudados os selvagens brasileiros; mas a compreensão da sua psicologia criminal e conseqüente entrosamento do respectivo conceito na Teoria Geral do Direito nun-

-
- 1 — Rocha Pitta, História da América Portuguesa; Pedro Calmon, História da Civilização Brasileira; Serafim Leite, História da Companhia de Jesus no Brasil.
 - 2 — Capistrano de Abreu, O Descobrimento do Brasil; Afonso de Taunay, Na Época das Bandeiras; Lima de Figueiredo, Os Índios do Brasil; Roquette Pinto, Rondônia; Martins Junior, História do Direito Nacional.
 - 3 — Couto de Magalhães, O Selvagem.
 - 4 — Cartas e Novas Cartas Jesuíticas.
 - 5 — Desembargador Souza Pitanga, O Selvagem Perante o Direito; Nina Rodrigues, As raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil; Assis Ribeiro, História do Direito Penal Brasileiro; Clovis Bevilacqua, Instituições e Costumes Jurídicos dos Selvagens Brasileiros no Tempo da Conquista.
 - 6 — Roberto Simonsen, História Econômica do Brasil; Alexander Marchant, Do Escambo à Escravidão, tradução de Carlos Lacerda.

ca deixaram de ser tateantes e imprecisos. Ainda hoje, pôsto que pragmáticamente reconhecidos e situados na sua exata realidade pela legislação vigente, a respectiva teoria permanece omissa e tímida.

A atual legislação aplicável aos selvagens contém, efetivamente, todos os elementos necessários à identificação dos seus pressupostos humanos, políticos, jurídicos e filosóficos. Isso, todavia, não basta. Resta que êles surjam, que se tornem expressos e adotem sistematização e terminologia adequadas.

A lei penal é, de certo, uma contingência do criminalista. — Críticos eruditos e brilhantes, mas apaixonados e impulsivos, apodaram de abstrato e retrógrado o incomparável Carrara por ter conceituado o crime como “ente jurídico”. A verdade é, porém, que o crime, em última análise e reduzido à sua característica diferencial e típica, vem a ser isso mesmo, pois não há, nunca houve e jamais poderá haver crime sem ato do poder público que, pré ou pós, como tal o defina e puna. O imperativo do poder, seja este costumeiro, ocasional e difuso ou organizado e permanente, é a única expressão concreta e prática do Direito Penal em tôda a História, sem embargo de que essa expressão freqüentemente se manifeste imprópria, errônea, contraproducente e, às vezes, teratológica. A fôrça intrínseca do Direito age, nestas emergências, de modo a ratificar os desvios da sua rota. Na própria vingança privada, gênese incontestável da pena, existe a homologação pelos órgãos da comunidade como condição necessária do seu exercício.

Não obstante a contingência da lei penal, não basta ao jurista a sua aparência ou superfície. Impõe-se sondá-la em profundidade, à busca dos seus pressupostos e fundamentos, pois só assim afloram os princípios básicos, gerais e sistemáticos de que tôda norma jurídica, — escrita ou costumeira, é simples cristalização ou síntese definitiva.

Aliás, a indecisão teórica, a que nos referimos de comêço, — não ocorre, apenas, na conceituação da psicologia criminal dos índios. Estende-se, também, ao conceito e resultante impre-

cisão terminológica de certo aspecto do instituto jurídico da menoridade.

Eis o que, em seguida, tentaremos demonstrar com apôio na legislação fóssil do Brasil-Colônia, a qual, neste importante assunto, — que tanta e tão marcada influência exerceu sobre a etnografia e o direito brasileiros, saltou sobre o futuro e antecipou, de séculos, a legislação civil, penal e administrativa, hoje entre nós aplicável aos selvagens. Mais que isto, forneceu os elementos com que agora podemos teorizar o que ela praticamente realizou.

A ressurreição dêsse longínquo passado legislativo desencantará, provàvelmente, as lendas que tentam justificar a aparição repentina, nos grupos humanos, de instituições originais. Todavia, a filiação histórica do Direito, na sua lenta ascensão em demanda de novas e mais perfeitas normas de convivência social, impõe-se por evidência ao mais desprevenido observador e confirma o caráter progressivo da mente humana, que exige longo e difícil processo de sedimentação para tôdas as suas criações.

No Direito, como em tudo o mais, só os fatos emergentes e chocantes são logo percebidos. Dado o primeiro passo em qualquer clareira aberta no conhecimento do mundo, do homem ou da sociedade, é aos poucos, por sucessivas e mais amplas analogias e induções e, ao têrmo, por deduções finais, que se modela a figura das instituições jurídicas e se fixam as linhas das suas órbitas.

Eis porque o Direito, que é sempre uma adequação da Justiça imanente à utilidade social mediante normas compulsórias, que ora obrigam em espécie, ora obrigam pela reposição do equivalente, pressupõe um conteúdo de fato social e até uma realidade humana em conexão com fenômeno físico ou biológico. Haja vista, em nossos dias, o Direito Aéreo, que só apareceu por analogia com o Direito Marítimo através de acomodações características, depois que o homem dominou os ares. Ê que o Direito, em certo sentido, assemelha-se ao fenômeno físico da triagem:

assim como não há espaço livre na atmosfera da terra que logo o ar não o encha, assim também não pode haver espaço social vazio que o Direito não ocupe. Aliás, não se pode conceber o Direito sem espaço social ou relação interhumana que o comporte.

A conceituação da menoridade é caso típico da força intrínseca, do processo de formação e da trajetória necessária do Direito. Reconhecida desde a mais remota antiguidade por todos os povos em qualquer estado de civilização, reporta-se a um fenômeno puramente biológico, facilmente perceptível até por homens brancos e rudes. De início, o Direito só atendeu nesse fato ao que dêle se impunha a observações rudimentares, isto é, ao desenvolvimento incompleto do corpo humano com as suas correlativas implicações psicológicas e mais chocantes consequências sociais.

Contudo, a estreiteza dessa compreensão inicial admitiu, com o tempo, uma extensão que quase deixa a perder de vista o seu ponto de partida. Sobre aquele primitivo fundamento repousam agora muitas superestruturas jurídicas, que, não obstante, se identificam como autênticas analogias de conceito originário da menoridade biológica.

Conhece-se, efetivamente, na fase atual da cultura jurídica, uma variada seqüência de menoridade, que tôdas se assemelham e ideologicamente se filiam às primeiras fases da idade do homem, não propriamente, pelo fenômeno biológico do incompleto crescimento do corpo, mas, sim, pelos motivos que impuzeram ao Direito admitir e homologar os seus reflexos na sociedade.

Temos, dest'arte, a menoridade mental dos atrasados e o seu reverso, que determina o cancelamento da menoridade biológica nos supra normais, para efeitos pedagógicos e administrativos, culminando, em certos casos, pela emancipação. Distingue-se ainda a menoridade política, que não coincide com a menoridade biológica e antes se estende, nos analfabetos e condenados, até a velhice. Afinal, o tropel das ocorrências universais, mais recentes e dramáticas, a partir das utopias iconoclas-

tas de Marx até as magníficas construções de Leão XII, indicam, pela sua repercussão no Direito Social, que também existe, aliás sem denominação consagrada, a minoridade econômica dos proletários.

Resta proclamar-se agora “a minoridade social dos selvagens” praticamente aceita na legislação brasileira desde os tempos coloniais, mas ainda sem terminologia própria nem admisão na dogmática jurídica.

Os índios brasileiros, pelo resíduo hereditário de muitas gerações, sedimentado nos costumes tradicionais das tribus; pela ecologia do país e pelo seu precário regime econômico, não podem ser classificados entre os nômades do modelo clássico. Eles estavam muito aquém dessa categoria social e compunham-se, em geral, de hordas vagabundas. — Eram “pescadores e caçadores andarilhos”.

Afrânio Peixoto, “História do Brasil” 2ª. edição, pág. 121, retrata-os em côres sombrias: “Os índios eram boçais, preguiçosos, indomáveis, resistentes à servilidade e ao trabalho regular, intemperantes, viciosos, antropófagos”. Nina Rodrigues é ainda mais radical: “A impossibilidade da civilização e cultura do brasilio-guarany, mesmo em demorado contacto com a raça branca, é uma questão julgada no Brasil”.

Talvez haja exagero e demasiada generalização nesse julgamento. O índio, isolado do seu grupo, é capaz de ascender aos mais altos graus de cultura; mas os grupos selvagens permanecem indefinidamente estacionários.

A verdade é que raras tribus se abstinham de carne humana e faziam simbólicas declarações de guerra ao inimigo (arremesso de arco retesado e flecha no campo inimigo ou quebra da flecha da paz) e celebravam tratados de paz; mas tôdas as outras “faziam suas investidas de imprevisto sem regra e sempre à traição” (Clóvis Beviláqua, Instituições e Costumes dos Índigenas Brasileiros no Tempo da Conquista). Certas tribus viviam em tabas, construídas de uma ou de poucas habitações

comuns, feitas de barro defumado, circundadas por barreiras de terra, á guisa de trincheira, ou paliçadas defensivas.

Quase tôdas as tribus viviam, porém, em choças de duração efêmera, construídas de fôlhas de palmeira. Aí permaneciam enquanto abundavam a pesca e a caça pelas imediações ou colhiam a pouca mandioca que plantavam. Sendo normal o estado de guerra inter-tribal, a necessidade de defesa e ataque determinava, freqüentemente, o abandono dessas povoações provisórias, que as intempéries logo destruíam e a selva sepultava, sem que restassem vestígios de sua existência.

Continuamente se queixavam os Missionários, nas suas cartas, de viagens infrutíferas que faziam pelas veredas da mata virgem à cata de aldeias de índios, que não encontravam por por terem mudado de local.

A massa dos colônos, salvo raros grupos de homens de prole chegados a Olinda e São Vicente e fidalgos isolados na Bahia, compunha-se de degregados, aventureiros sem escrúpulos de nenhuma espécie e, à exceção dos Jesuitas e poucos sacerdotes, seculares, de padres de má vida: “Os clérigos desta terra, escreveu o padre Nóbrega, têm mais ofício de demônios que de clérigos”.

A sábia política criminal do reino, infelizmente nunca imitada pelo Brasil, encontrara no degrêdo a melhor e mais abundante fonte de povoamento da Colônia. E, não obstante a mácula de origem e as desordens que aqui praticaram, devemos ao degregados o mais duro e perigoso trabalho da ocupação do país.

Não só da pena de degrêdo se valeram os reis de Portugal para o povoamento. Recorreram, também, ao exílio voluntário ou facultativo de delinquentes. Aplicando ao Brasil a instituição penal dos “Coutos”, por meio da qual as Ordenações, desde as Manuelinas, haviam segurado as fronteiras com a Espanha, nas cartas de doações e respectivos forais dos donatários, o Brasil foi declarado homísio de criminosos que aqui espontaneamente viessem residir:

“Atendendo El-Rey a que muitos vassallos por delitos que cometem andam foragidos, se ausentam para reinos estrangeiros, sendo, aliás, de grande conveniências que fiquem antes no Reino e outros Senhorios e, sobretudo, que passem para as capitánias do Brasil, que se vão de novo povoar, há por bem declarar-las couto e homísio para todos os criminosos que nelas quizerem ir morar, excetuados sòmente os crimes de heresia, traição, sodomia e moeda falsa”. (Martins Junior, “História do Direito Nacional”, pag. 266).

Ora, os primeiros povoadores, fosse pela ecologia da região, fosse porque o bom senso os tivesse levado a aproveitar as poucas habilidades dos índios escravizados, costumavam fundar povoações provisórias, sobretudo depois que se embrenharam pela terra a dentro. Entre tantos casos que a história registra, basta recordar que o regimento dado a Thomé de Souza o aconselhava a mudar de local a povoação da Bahia. Veja-se ainda a aldeia de Santo André da Borda do Campo, cuja localização custou tantas pesquisas, canseiras e estudos a alguns dos nossos melhores historiadores, principalmente ao venerando Sr. Washington Luiz.

A flutuação, a incerteza e a mobilidade são, portanto, os traços dominantes do Brasil nascente. Nem ao menos as núpcias desordenadas das duas raças conseguiram fixar o caráter dos mestiços e tornar estáveis a maior parte das povoações primitivas.

O mameluco continuou instável e andejo, um pouco pelo sangue e contato com os índios e o resto pelas contingências que haviam forçado os primeiros povoadores à vida errante.

Antropológica e socialmente situado a meia distância de ambas as raças de que provinha, poderia êle, à maravilha, servir de mediador entre elas. Mentiu, porém, o mameluco ao destino natural. Conservou a ferocidade dos nativos, perdendo, porém, a sua ingenuidade e, com a técnica dos colonos, adquiriu

e superou todos os seus vícios. O conhecimento que tenha da língua e da terra usou-o no sentido de devastar a raça de que descendia, a serviço da cobiça dos colonos e, às mais das vezes, por conta própria.

Deu-se, então, entre a selvageria dos índios e a cobiça e luxúria dos colônos, agravada pela degradação dos mamelucos, o choque inevitável. A aproximação, que se ensaiara nos primeiros contactos, tornou-se depois impraticável.

De uma parte, o salto, a prêsa e a escravidão, da outra, a hostilidade e a guerra sem quartel foram as conseqüências desse conflito inicial entre autóctones e conquistadores.

Para isso concorreu, em grande parte, a incompatibilidade entre o direito rudimentar dos selvagens e a legislação português, a que, pela fôrça, queriam submetê-los as autoridades coloniais. Só o jesuita, que aqui viera no louvável intuito de cristianisar os selvícolas, pode compreender a inaplicabilidade das penas das ordenações Manuelinas, código criminal de então, à psicologia do selvagem. O mesmo se deu mais tarde com as Filipinas.

Realmente, o índio desprezava de todo o coração a repugnância da lei português ao homicídio e repelia a proteção que ela dava à propriedade. Para êles, a morte em combate singular era lícita entre os da mesma tribo e constituia título de honra matar e comer o inimigo. Eles praticavam o infanticídio sempre que suspeitavam de adultério ou se o recém-nascido era defeituoso. Sôbre isto escreveu o Padre Anchiêta, de Piratinin-ga, em Maio de 1560.

Se as gestantes, nas vésperas do parto, tivessem sonhos maus, que elas interpretavam como sendo avisos agoureiros sôbre o futuro dos filhos, matavam-nos ao nascerem. As mulheres usavam, à larga, o abôrto, não só para atraírem os maridos que delas se abstinham logo que as percebiam grávidas, mas também por pirraça e vingança a êles. A terra, essa pertencia aos que as conquistassem ou pudessem defendê-la e a caça e a pesca dependiam apenas de habilidade e sorte.

Os jesuitas tentaram pacientemente a conversão dos selvagens, a princípio e sem resultados apreciáveis, com os adultos; e, depois, com as crianças. Muitos selvagens acomodavam-se aos costumes cristãos por algum tempo, os meninos, em geral, até a puberdade; mas, voltando ao convívio das tribus, logo regrediam aos hábitos primitivos. Um dêles, criado em Piratininga e que se desgarrara, foi o cabeça do ataque a essa aldeia e morreu flechado quando assaltava a paliçada que a defendia.

D. João II, para acudir a essas defecções e à instabilidade geral da Colônia, criou o aldeamento, forçando os convertidos a conviverem, aí, com os colonos. A providência resultou contraproducente, porque os brancos e mamelucos, sempre cubiçosos, lúbricos e em carência de braços e mulheres, abusavam dos índios, transformando os homens em animais de carga e as mulheres em escravas de prazer.

Ao choque inicial das duas civilizações, resultante dos desmandos dos colonos e da obstinada resistência dos índios, houve, em seguida, a rutura entre jesuitas e colonos. Estes negavam tudo ao índio, inclusive a sua condição humana; aqueles os consideravam criaturas de Deus e inclinavam-se, pacientemente, à compreensão e tolerância. Acresce que os colonos queriam a todo custo homens e mulheres e as reduções dos jesuitas lhes segregavam a maior parte dos índios disponíveis.

Mais deshumana apresentava-se nesse tempo a situação geral de todo o continente. A América espanhola era teatro dos mais abomináveis abusos dos conquistadores, que consideravam os ameríndios simples animais selvagens e chegavam a alimentar os seus cães com a carne dos que caçavam. A primeira reação veio de Roma:

“Da bula de Paulo III que precisou declarar oficialmente aos espanhóis, ao contrário do que supunham, serem os índios homens como êles — até os nossos dias o sentido moral poliu-se bastante e até com exagêro às vezes, nas classes dirigentes e cultas,

para que os sentimentos de piedade e simpatia as levassem a considerar ou pregar a igualdade cristã, isto é, humana e até social do índio” (Nina Rodrigues, “As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil”, pag. 113).

Seguiu-se-lhe a voz altissonante de Francisco Vitoria, chamado o “Sócrates dominicano”, que, em Salamanca, proferiu a sua célebre conferência “*De indiis*”, a “Carta Magna do Selvagem”, na qual proclamou os direitos do homem americano.

Tal repercussão tiveram pelo mundo afora as idéias de Vitoria que o embaixador extraordinário norte-americano às celebrações do centenário da Universidade de Salamanca propôs que se emparedasse a sala onde êle proferira aquelas memoráveis palavras para que assim nunca se perturbasse a ressonância da sua lição. E assim imediatamente se cumpriu.

Carlos V tudo fez para disciplinar as desorden dos colonos espanhóis, mas o resultado das suas providências foi escasso. Na América do Norte, os ingleses praticavam verdadeiras hecatombes contra os pele-vermelhas.

Os reis de Portugal fizeram quanto podiam no sentido de conter os excessos dos colonos. Isto consta reiteradamente das cartas de doação das capitâneas e, sobretudo, dos regimentos dados aos governadores gerais. Mas a distância da Metrópole, a população rarefeita da colônia, as difíceis circunstâncias locais de toda espécie, notadamente de transporte, tornaram praticamente inúteis as ordens e ameaças reais.

Foi, então, que a simpatia dos jesuitas pelos índios, aliada ao espírito prático e realista que sempre orientou o seu sistema de catequese no Brasil, lhes inspirou a idéia de retomarem o plano das aldeias de D. João III, adaptando-o à natureza e inveterada rebeldia dos índios e suprimindo os inconvenientes que a experiência já indicara.

Surgiu, assim, não os antigos aldeamentos onde se misturavam brancos, selvagens e negros, mas a aldeia privativa de

índios, aliás, fundada ilegalmente. A êsse tempo, as leis eram, no Brasil, de eficácia puramente nominal e aqui se fazia quanto se quizesse. Da licença geral, se aproveitaram os padres; e, contra o paradigma real das aldeias autorizadas e até contra a ordem dos seus superiores, que receiavam o agravamento do conflito com os colonos, instalou-se a primeira aldeia jesuítica, na Bahia, em 1550, sob a influência de Caramurú. A instituição alastrou-se depois por tôda parte, setenta em Pernambuco, muitas no Maranhão e São Paulo. As mais conhecidas em Pernambuco são as de São Caetano, Lagôa Sêca, as marginais de São Francisco e a de Aguas Belas. Desta última ainda subsistem alguns remanescentes.

Nas cartas de doação e forais dos donatários, assim como nos regimentos dos Governadores Gerais, êstes lhes concediam poderes quasi absolutos, reservando-se apenas certos direitos, que, afora os do pau brasil, resultavam mais simbólicos que efetivos, muitos dêles simples preitos de soberania. Tal a amplitude de atribuições levou alguns historiadores a concluir que o regime das capitanias consistia na transportação do feudalismo europeu para o Brasil.

Enfim, os Governadores Gerais do Brasil equivaliam aos vice-reis da colonização espanhola, tais os poderes legislativos, judiciários e executivos de que estavam investidos, inclusive o de vida e morte. Não se conhece integralmente o regimento de Mem de Sá: mas pelos atos que praticou e pelos regimentos outorgados aos seus sucessores, quer no govêrno bi-partido, quer na unificação posterior, sabe-se que podia quasi tudo.

Eis porque em 1558, Mem de Sá, terceiro Governador Geral, promulgou um direito especial aplicável aos índios, direito administrativo, civil e penal — o mesmo direito que os jesuitas praticavam, ilegalmente, nas aldeias que haviam fundado oito anos antes. A suprema autoridade administrativa das aldeias era o meirinho, representante oficial do govêrno, mas, na realidade, simples pseudônimo dos padres. Alí, como nas primeiras reduções, vivia a indiaria na tutela dos sacerdotes e irmãos da Ordem, sob a administração autônoma e legislação especial,

— não podendo sair sem prévia licença. Voltava-se, deste modo, ao regime do *pater familias* romano, com a diferença de que a ligação entre os habitantes da mesma aldeia já não era o sangue, mas a hierarquia espiritual. Instalava-se com esta audaciosa concepção, em plena selva brasileira, no século XVI, o regime de reeducação e justiça paternal para essa espécie de menores grandes, sistema que só nos nossos dias veio a ser preconizado pelos especialistas em pedagogia e criminalidade da infância e adolescência.

Numa só hipótese os índios deviam obediência às autoridades e à legislação ordinárias da colônia, a saber: se saíssem das aldeias e, lá fora, lesassem direitos ou delinquissem. Ainda assim seriam assistidos pelo procurador dos índios e só podiam ser condenados mediante a informação de pelo menos três testemunhas idôneas.

As penas do Livro V das Ordenações Filipinas, lei penal vigente no Brasil-Colônia, depois de passageira eficácia das Mauelinas, eram duras e de caráter intimidativo, pôsto que ficassem muito aquém da brutalidade das suas congêneres, então vigentes na França, Inglaterra e Alemanha.

Dado o seu atrazo social, os selvagens não podiam alcançar a justiça e utilidade das incriminações e penas de semelhantes leis. Eis porque os padres só lhes aplicavam o açoite e alguns dias de prisão no tronco, providências com as quais atingiriam, intuitivamente, a individualização das penas. O chicote doia mais ao orgulho que à pele dos antigos e bravos guerreiros; e a prisão no tronco, com a imobilidade forçada, importava no supremo castigo do selvagem. A sua tradicional liberdade era para êles um bem inalienável, tanto que muitos morriam quando aprezados pelos colônos e mamelucos.

Essa legislação e competência especiais constituem autênticos padrões de glória do direito luso-brasileiro e é lastimável que tivessem sido bruscamente interrompidas pela nefasta ação do Marquez de Pombal, cujo ódio político determinou a dispersão, a aniquilamento e a mestiçagem da raça autóctone do Bra-

sil. Os seus remanescentes, devastados pelas desordens dos conquistadores, pelas epidemias, a que eram muito sensíveis quando em contacto com os civilizados, e, afinal, por aquele improvisado abandono, embrenharam-se no extermo norte e oeste, criando para nós um problema grave e custoso, que teria sido resolvido desde os tempos coloniais.

A aldeia dos jesuitas foi, na verdade, a nascente dos diplomas penais que se lhe seguiram no Império e na República. A justiça paternal de hoje é portanto velha de séculos e honra a clarividência dos missionários católicos. O Serviço Nacional de Proteção aos Índios é também uma reprodução, em termos atuais, da administração desses primitivos aldeamentos.

Arvora-se, em geral, como pressuposto dessa cadeia de leis, o retardamento mental dos índios. Participa dessa opinião Nina Rodrigues e, em certa passagem, o mais arguto e informado comentador do direito dos selvagens, Assis Ribeiro. Na História do Direito Penal Brasileiro, vol. 1.º, pag. 106, conclue êle que os índios: "*não eram homens mentalmente desenvolvidos*". Em seguida, retifica êsse conceito para afirmar à pag. 113: "*Os jesuitas, encontrando os selvagens brasileiros, socialmente falando, em estado de menoridade, os colocaram em regime de tutela*".

Na verdade, o desenvolvimento mental dos selvagens brasileiros era completo e perfeito. Biologicamente maiores, mentalmente sãos e desenvolvidos, era, todavia, atrasados sociais porque a civilização dos seu grupo estava muito abaixo da sociedade dos colonos. Eles eram, enfim, dessemelhantes dos portugueses e a identidade do indivíduo com o grupo humano a que pertence foi elevada a condição *sine qua non* da imputabilidade criminal por Gabriel Tarde.

Em suma, além da menoridade biológica, mental, política e econômica, há também a menoridade social e coube aos jesuitas a glória de, prática e intuitivamente, a reconhecerem, conseguindo a sua homologação pelo direito positivo luso-brasileiro no tempo do Brasil-Colônia. A essa lei fóssil, infelizmente

tão pouco lembrada porque, como diz Afrânio Peixoto, “aqui sabíamos de todo o mundo, menos de nós”, se filia uma cadeia de leis: no Império, a lei de 27 de outubro de 1831 derogou a Carta Régia de 13 de Maio de 1808 que mandava fazer guerra aos Botucudos e obrigava os índios prisioneiros de S. Paulo e Minas Gerais a servirem durante 15 anos aos milicianos que os apreendessem. A mesma lei libertava todos os selvagens escravos e mandava aplicar-lhes as Ordenações Filipinas, L.1.º, Tit. 88 ou seja o Regimento dos Órfãos. Vieram depois o Decreto de 3 de junho de 1833 e o Decreto n. 143 de 15 de março de 1842, art. 4.º, n. 12, entregando aos Juizes de Órfãos a administração dos bens dos índios. Na República e não obstante a deshumana opinião do Dr. Von Ihering, Diretor do Museu Paulista, que considerava os Caingangs “inabordáveis, ferozes e incapazes de domesticidade” por se oporem à construção de uma via férrea ao longo do curso do Tieté, foi reorganizado o Serviço Nacional de Proteção aos Índios pelo Decreto n. 9124 de 15 de Dezembro de 1911 e o Decreto-lei n. 1794 de 22 de Novembro de 1937 creou o respectivo Conselho Nacional, sob a chefia do então tenente-coronel e hoje general Rondon. Depois veio o Decreto 5484 de 27 de Junho de 1928 que reproduziu, em termos atuais, a aldeia jesuítica do século XVI e equiparou os selvagens aos menores para todos os efeitos, inclusive os penais, com algumas adaptações. Eles são, atualmente, impuníveis antes de permanecerem cinco anos nas aldeias indígenas, em regime de civilização; e, decorrido esse prazo, as penas dos seus crimes são reduzidos à metade, sem que funcionem, quanto a eles, qualquer das agravantes previstas na lei penal.

Não obstante o disposto no art. 360 do Código Penal, e muitas lacunas do Decreto 5484, parece-nos fora de dúvida que aos selvagens se aplicam as disposições sobre menores delinquentes previstas no Decreto-lei 6026, de 24 de Novembro de 1943, que alterou o Código de Menores, Decreto 17943-A, de 12 de Outubro de 1927.

Resta, apenas, incorporar-se à Teoria Geral do Direito mais uma espécie de minoridade — *a minoridade social*, prag-

màticamente reconhecida desde o Brasil-Colônia e latente, em germen, pôsto que sob outro aspecto, no princípio da indentidade social do Tarde, menoridade que chegou quase a ser expressamente formulada por Assis Ribeiro.
