

FORENSE

VOLUME
31

REVISTA DE
DIREITO
PENAL

ÓRGÃO OFICIAL DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS DO RIO DE JANEIRO

© Copyright

Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro

Rua Paulino Fernandes, n.º 32, 1.º andar — Botafogo
22270 Rio de Janeiro - RJ

Nº 1323

Revista de direito penal, v. 1
n. 1 1971

Rio de Janeiro: Forense: Instituto de
Ciências Penais do Rio de Janeiro, 19
v.

1. Direito penal — Periódicos I. Instituto
de Ciências Penais do Rio de Janeiro

CDU J 343 (05)

Reservados os direitos de edição e distribuição deste número pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE
Av. Erasmo Braga, 299 - 1.º e 2.º andares - 20020 - Rio de Janeiro - RJ
Largo de São Francisco, 20 - loja - 01005 - São Paulo - SP

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

PRÁTICAS PENAIS NO DIREITO INDÍGENA

Nilo Batista

Duas dificuldades preliminares se apresentam ao estudo das práticas penais no direito indígena. A primeira delas reside na indistinção entre um “direito penal” e um “direito civil” de povos primitivos. A segunda consiste na técnica de interpretação das práticas penais, particularmente na correta utilização daquilo que foi chamado de raciocínio ou pensamento pré-lógico.

A primeira das dificuldades propostas está homenageada quando se emprega a expressão “práticas penais no direito indígena” ao invés de “direito penal indígena”. Nas comunidades selvagens, como lembrava Malinowski, o aspecto “penal” do direito era talvez ainda mais vago que o aspecto “civil”;¹ muitos mal-entendidos se propõem, portanto, se o observador classificar as normas e os usos da cultura por ele estudada segundo sua própria experiência do que seja ou deva ser “penal” ou “civil”. Trata-se, aqui, daquele delicado “controle da lógica da cultura da comparação” a que se referia Bohannan, indispensável face à tentativa da “quimera” da “unidade psíquica da humanidade”.²

Max Weber anotava que a primitiva administração da justiça desconhecia por completo a distinção entre um direito penal e um direito civil.³ São comuns, em estudos historiográficos de direito primitivo, advertências sobre o desconhecimento, por parte dos povos

¹ Bronislaw Malinowski, *Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje*, trad. J. Alier, Barcelona, 1973, p. 91.

² Paul Bohannan, *Etnografia e Comparação*, no volume *Antropologia do Direito*, org. Shelton Davis, trad. Tereza Cristina A. Costa, Rio, 1973, p. 110, 121 e *passim*. A quimera da unidade psíquica está presente quando Fustel de Coulanges formula a temerária afirmação de que o direito antigo derivou-se de “crenças religiosas universalmente admitidas na idade primitiva” (*A Cidade Antiga*, trad. J. C. Leite e E. Fonseca, S. Paulo, 1975, p. 68).

³ *Economia y Sociedad*, trad. J. M. Echavarría et al., Bogotá, 1977, v. I, p. 503.

estudados, de divisões ou classificações das normas de direito, usadas não obstante pelo pesquisador.⁴

Como ensina com precisão Machado Neto, “entre os primitivos não fazia sentido a hoje notória distinção entre os vários ramos do direito, nem sequer a mais notória e geral dessas distinções em direito público e privado”.⁵ O primeiro *distinguo* explícito entre direito público e privado apareceu no direito romano, e deitava âncora na utilidade pública ou privada da relação jurídica estabelecida pela norma.⁶ Está claro que tal distinção pressupõe o surgimento do Estado, com a superação do regime gentílico, e a divisão social do trabalho, e ainda a conseqüente divisão da sociedade em classes; no caso de Roma, “a sociedade gentílica se converteu numa aristocracia fechada, em meio a uma plebe numerosa e mantida à parte, sem direitos mas com deveres; a vitória da plebe destruiu a antiga civilização da *gens*, e sobre os escombros instituiu o Estado”.⁷ O Estado operaria uma diferenciação entre *imperium* e *dominium*, monopolizando titularidade e exercício de direitos públicos, separando dessa forma as atribuições políticas do monarca de seus direitos privados.⁸ A Idade Média assistiria à reunificação dessas categorias no senhor feudal, que não só dispunha de autoridade política como também controlava a propriedade da terra;⁹ portanto, os marcos divisórios entre direito público e direito privado atravessam este período mal aviventados. Em verdade, só “com o processo histórico da formação dos Estados nacionais”¹⁰ a distinção adquiriria a nitidez de hoje.

⁴ Lucio Mendieta y Núñez, ao estudar o direito nos reinos de Texcoco, México e Tacuba, divide seu trabalho em direito público, direito privado e direito processual, advertindo entretanto que não pretendeu afirmar “*que los pueblos aborígenes a los que se refiere este estudio tenían claro concepto sobre las divisiones jurídicas apuntadas*” (*El Derecho Precolonial*, México, 1976, p. 31).

⁵ *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, S. Paulo, 1975, p. 241. Cf. no mesmo sentido, Mario G. Losano, *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, trad. A. F. Bastos e L. Leitão, ed. Presença, Lisboa, 1979, p. 140.

⁶ “*Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet*” (*Instituta*, liv. I, tit. I, § 4.^o). Sobre a aceção (correspondente ao nosso Estado) em que deve ser tomada a expressão *rei Romanae*, veja-se a fina observação de Bonfante (*Instituciones de Derecho Romano*, trad. L. Bacci et al., Madrid, 1965, p. 13). Sobre o critério da distinção, cf. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, S. Paulo, 1973, p. 383 ss.

⁷ Frederico Engels, *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, trad. Leandro Konder, em *Obras Escolhidas*, Rio, 1963, v. 3, p. 135. Sobre a revolta da plebe, cf. Antonio Guarino, *La Rivoluzione della Plebe*, Nápoles, 1975.

⁸ Hermes Lima, *Introdução à Ciência do Direito*, Rio, 1955, p. 64.

⁹ Sobre o último aspecto, veja-se Leo Huberman, *História da Riqueza do Homem*, trad. W. Dutra, Rio, 1979, cap. I.

¹⁰ Machado Neto, *op. cit.*, p. 242.

Na lição de Radbruch, “a superação do feudalismo coincidiu, como se sabe, com o aparecimento da consciência desta distinção entre direito público e privado”.¹¹

Por tudo isso, é delicada a seleção de práticas “penais” ou “civis” no estudo de povos primitivos, e dificultoso que o investigador recorra impunemente ao expediente lógico da classificação. Renunciando-se a um critério relativamente seguro — a natureza da sanção —, por ser estranho ao direito primitivo, e recorrendo-se ao exame da própria conduta, a indefinição para o observador não só subsiste, como se acrescenta. Pense-se no seguinte exemplo: a significação do canibalismo. Hermann Helmuth arrola os seguintes motivos gerais para a prática do canibalismo: 1.º) amor e afeição; 2.º) canibalismo judicial; 3.º) ódio e desprezo; 4.º) aquisição de poder; 5.º) a idéia de continuidade; 6.º) magia cerimonial; 7.º) ritual funerário.¹² Quem considerasse que todo episódio de canibalismo merece ser arrolado e tratado como “direito penal”, estaria incorrendo em grave equívoco. A comparação pura e simples de práticas penais primitivas — dissociadas do contexto cultural que as produziu, à maneira da antropologia evolucionista¹³ — com práticas penais modernas, à base da similitude de sanções, deságua num jogo eventualmente brilhante, porém estéril.

A segunda dificuldade preliminar se situa no chamado “pensamento pré-lógico”, ou mais propriamente na incorporação acrítica das hipóteses fundamentais da teoria do “pensamento pré-lógico” pelos juristas que estudam o direito primitivo. É fácil oferecer exemplos da irrestrita aceitação dessa teoria. Kelsen afirmava que “não havia razão para supor nos homens primitivos uma tendência ao conhecimento ou um direto desejo de uma explicação objetiva do mundo”, acrescentando que sua mentalidade “se caracteriza pela falta de curiosidade”, sendo “alheia a sua natureza a busca de causas mais profundas”.¹⁴ Soler abre sua resenha histórica da evolução do direito penal com um estudo sobre formas primitivas de pensamento, dominado por dois tópicos: a idéia, tomada a Frazer, de que a causalidade, ignorada pelo selvagem, era substituída por relações de contigüidade e semelhança, e a idéia, tomada a Lévy-Bruhl, do animismo mágico.¹⁵ Uma aplicação prática ilustrará melhor os riscos dessa

¹¹ Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, trad. L. C. Moscada, Coimbra, 1961, v. II, p. 13.

¹² *Apud* Ashley Montag, *A Natureza da Agressividade Humana*, Rio, 1978, p. 103.

¹³ A propósito, Roberto da Matta, *Relativizando: uma Introdução à Antropologia Social*, Petrópolis, 1981, p. 90.

¹⁴ Hans Kelsen, *Sociedad y Naturaleza*, trad. J. Perriau, B. Aires, 1945, p. 8 e 9.

¹⁵ Sebastian Soler, *Derecho Penal Argentino*, B. Aires, 1970, v. I, p. 39, 72 e *passim*.

aceitação acrítica. Registra João Bernardino Gonzaga, baseado em informações de Cardim, Thevet, Anchieta e Evreux, que o furto era um “delito” bastante incomum entre os aborígenes, anotando que, entretanto, “no que concerne às pessoas estranhas ao bando, não havia nenhum escrúpulo em lhes subtrair os haveres”.¹⁶ É idêntica a referência no estudo de Clóvis Bevilacqua: “o furto a inimigos e estranhos que não fossem hóspedes era um ato lícito. Dentro da taba, entre consócios era quase desconhecido”.¹⁷ Parece claro, por um lado, que a consideração do caráter coletivo da propriedade entre os índios, relacionado à forma pela qual obtinham bens, especialmente alimentos, elucida a falta de furtos internamente; por outro lado, a consideração de sua organização social e condições objetivas de existência, determinantes de notável coesão grupal — coesão que seria reprocessada ao nível de ritos e cerimônias específicas — elucida a neutralidade jurídica do furto contra estranhos. Veja-se, no texto de Bernardino Gonzaga, a seguir transcrito, a taxa paga ao acatamento acrítico da teoria do pensamento pré-lógico: “Nada ameahavam (os índios) pois, com a imprevidência própria do primitivo. A já consignada incapacidade de abstração mental em muito prejudicava o reconhecimento do efetivo valor dos bens”.¹⁸ Ora, o fato desses índios não procederem à acumulação de excedentes de produção e, assim, não operarem com valores de troca, no acesso, por doação ou escambo, a bens, pode ser explicado por vias mais convincentes e demonstráveis do que vagas referências à imprevidência e incapacidade de abstração mental; é possível resgatar aí uma racionalidade perfeitamente demarcável.

Correspondeu a Lévy-Bruhl o mais completo empreendimento para a descrição e compreensão do que foi por ele chamado de mentalidade primitiva, devotando-lhe nada menos que sete livros.¹⁹ Para Lévy-Bruhl, a mentalidade primitiva é definida essencialmente pelo caráter místico e pré-lógico das representações. Raciocínio pré-lógico seria aquele que não observa o princípio lógico da contradição. Relata João Pacheco de Oliveira Filho²⁰ que progressivamente Lévy-

¹⁶ *O Direito Penal Indígena à Época do Descobrimento do Brasil*, S. Paulo, ed. Max Limonad, s/d, p. 142 e 144.

¹⁷ “Instituições e Costumes Jurídicos dos Indígenas Brasileiros ao Tempo da Conquista”, no volume *Criminologia e Direito*, Bahia, 1896, p. 236. César Tripoli também afirma que “o roubo era desconhecido” (*História do Direito Brasileiro*, S. Paulo, 1936, v. I, p. 36).

¹⁸ *Op. cit.*, p. 142.

¹⁹ Cf. João Pacheco de Oliveira Filho, Lévy-Bruhl, Rio, 1974, mimeografado inédito. A série se inicia em 1910, com *Les Fonctions Mentales dans les Sociétés Inférieures*, e se interrompe em 1940, com o póstumo *Les Carnets de Lévy-Bruhl*. O livro que mais influenciou trabalhos jurídicos é *La Mentalité Primitive*, de 1922.

²⁰ *Op. cit.*, p. 10.

-Bruhl abandonou a procura de diferenças lógicas entre o primitivo e o civilizado, em favor da ênfase no caráter místico das representações. Com efeito, mais importante do que as teses sobre incapacidade de abstração, substituição do raciocínio pela memória, aversão ao raciocínio, e outras, é o exame das categorias de participações místicas e causalidade mística. O caráter místico das representações dos primitivos determinaria o surgimento de associações dinâmicas entre o indivíduo e a sua imagem, seu nome, sua sombra, seus sonhos e seus pertences pessoais.²¹ “Nas representações coletivas da mentalidade primitiva, os objetos, os seres, e os fenômenos podem ser, de uma maneira incompreensível para nós, ao mesmo tempo eles mesmos e outra coisa além deles. De uma maneira não menos incompreensível, eles emitem e recebem forças, virtudes e qualidades”.²² As participações místicas podem “assumir múltiplas formas: por contágio, por transferência, por simpatia, por ação à distância”.²³ A ignorância da causalidade apaga qualquer diferença entre a morte por velhice, por doença, ou violenta, porquanto, na concepção do primitivo, a doença ou o ataque do animal não são as verdadeiras causas da morte, e sim estão a serviço da força oculta que quis essa morte e que poderia ter eleito, se o desejasse, outro instrumento.²⁴ A causalidade não é representada como lei física, e, evidentemente, menos ainda como categoria puramente gnoseológica, a vincular com constância a emergência de dois fenômenos.

A revisão das idéias de Lévy-Bruhl (revisão de que ele mesmo participaria, de resto) já em 1923, um ano após o lançamento de *La Mentalité Primitive*, recebia a contribuição de Mauss, que afirmava existirem entre o espírito humano primitivo e o nosso “semelhanças muito mais profundas” do que as consignadas por Lévy-Bruhl, e procurava revelar que nas “participações” não há apenas uma confusão, e sim um esforço de identificação e discernimento.²⁵ Evans-Pritchard observa que Lévy-Bruhl “mostrou os povos primitivos como sendo muito mais supersticiosos do que o eram”, e “excluiu o que há de místico em nossa cultura tão severamente quanto excluiu o que há de empírico nas culturas selvagens”.²⁶ Na verdade, como assinala Evans-Pritchard, Lévy-Bruhl “estava errado ao supor que há necessariamente uma contradição entre uma explicação objetiva

²¹ Oliveira Filho, *op. cit.*, p. 17.

²² Lévy-Bruhl, 1910, *apud* Oliveira Filho, *op. cit.*, p. 18.

²³ Oliveira Filho, *op. cit.*, p. 20.

²⁴ Lucien Lévy-Bruhl, *La Mentalité Primitive*, Paris, 1947, p. 27 e 28.

²⁵ Marcel Mauss, *Mentalidade Primitiva e Participação*, trad. Regina L. Morel, no volume *Antropologia*, S. Paulo, 1979, p. 160 e 163.

²⁶ E. E. Evans-Pritchard, Lévy-Bruhl, no volume *Antropologia Social da Religião*, trad. E. Viveiros de Castro, Rio, 1978, p. 128.

causal e uma explicação mística".²⁷ Lévi-Strauss iria apresentar o homem do neolítico como "o herdeiro de uma longa tradição científica", chamando a atenção para que "toda classificação é superior ao caos, e até uma classificação ao nível das propriedades sensíveis constitui uma etapa em direção a uma ordem racional".²⁸ Tudo isso adverte o estudioso para que, diante da observação direta, do relatório etnográfico, ou da narrativa do cronista, que revela uma prática penal aparentemente estranha, ao invés de desde logo renunciar à sua compreensão, em nome da "mentalidade primitiva", trate de buscar em elementos da investigação antropológica, que incluam as condições objetivas da existência daquela comunidade, uma racionalidade capaz de abranger e decifrar a prática sob exame. Valeria aqui ter presente a advertência de Hoebel: "se as sociedades mais primitivas possuem um direito menos desenvolvido do que as mais civilizadas, não significa que sejam, *ipso facto*, mais desordenadas; ao contrário, é porque são mais homogêneas".²⁹

Colocadas as duas dificuldades preliminares ao estudo das práticas penais do direito indígena, cabe lamentar o abandono a que foi relegado tal estudo pelos penalistas brasileiros. As obras gerais que consagraram um tópico à história do direito penal brasileiro podem ser divididas em dois grupos: o primeiro, representado por trabalhos que sequer mencionam a experiência indígena;³⁰ o segundo, representado por trabalhos que a mencionam tão-só para consig-

²⁷ *Op. cit.*, p. 126. Veja-se, por exemplo, o estudo do próprio Evans-Pritchard, "A Noção de Bruxaria como Explicação de Infortúnios" (Brasília, ed. Univ. de Brasília, s/d). Entre os Azande, o dono de uma choupana fora examinar, à noite, os potes de cerveja destinada a uma festa mortuária, valendo-se de uma tocha de palha como iluminação, tendo involuntariamente ateado fogo à choça; o fato era atribuído a bruxaria. O raciocínio Zande foi assim recolhido por Evans-Pritchard: "todo ano centenas de Azande vão inspecionar sua cerveja à noite e sempre levam consigo tochas de palha para iluminar a choupana onde ela está fermentando. Por que, então, teria este homem em particular, nesta única ocasião, incendiado a cobertura de sua casa?" Vê-se que a causalidade (a tocha próxima ao teto) não é ignorada; pelo contrário, a noção de bruxaria procura ir *além* da simples causalidade, da mesma forma que as noções "civilizadas" de fatalidade, provação, azar, destino, e, parcialmente, algumas teorias psicanalíticas, e, no corpo do direito penal — por exemplo —, a culpabilidade da culpa inconsciente.

²⁸ Claude Lévi-Strauss, *La Pensée Sauvage*, Paris, 1962, p. 24.

²⁹ Edward Adamson Hoebel, *Il diritto nelle società primitive*, trad. A. Colajanni, Bolonha, 1973, p. 413. A uma "sociedade pouco diferenciada" se referia Machado Neto (*op. cit.*, p. 241).

³⁰ Por exemplo, Galdino Siqueira, *Direito Penal Brasileiro*, Rio, 1932, v. I, p. 5 ss.; Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, S. Paulo, ed. Max Limonad, 4.^a ed., s/d, v. I, t. I, p. 115 ss.; Heleno Fragoso, *Lições de Direito Penal*, PG, Rio, 1980, p. 57 ss.

nar a pouca importância de seu exame.³¹ Os raros estudos monográficos socorreram-se predominantemente da opinião de historiadores, como Assis Ribeiro,³² ou de relatos dos cronistas, como Bernardino Gonzaga, cuja obra, já citada, constitui não obstante o mais documentado trabalho de que dispomos sobre o assunto que ora nos interessa. Existe hoje uma apreciável literatura antropológica sobre os índios brasileiros,³³ não visitada pelos penalistas, que dessa forma reeditam, ao nível da elaboração jurídica, a síndrome de supremacia e extermínio que marcou — e até hoje marca —³⁴ as relações entre europeus conquistadores e aborígenes conquistados. Ao lado do exame indeclinável do direito dos índios, há outro personagem jurídico à espera de um autor: o direito *contra* os índios, os instrumentos legais de manipulação e dominação usados pelo colonizador.³⁵ Entrementes vejamos, de forma breve, algumas práticas penais do direito indígena brasileiro à época do descobrimento.

A conhecida hipótese de Roberto Lyra, segundo a qual o direito dos aborígenes era tão evoluído quanto o dos conquistadores, comportando inclusive definição de ramos, nunca foi demonstrada, como também nunca foi demonstrada a suposição de Assis Ribeiro acerca de uma corte de justiça à qual tocara o julgamento de infrações graves. Como ensina João Bernardino Gonzaga, o exame das fontes não revela “a instituição de órgãos judiciários, nem (...) de um

³¹ Por exemplo, Salgado Martins, *Direito Penal*, S. Paulo, 1974, p. 75 ss; Aníbal Bruno, *Direito Penal*, Rio, 1959, v. I, p. 155 ss.; Magalhães Noronha, *Direito Penal*, S. Paulo, 1978, v. I, p. 63.

³² *História do Direito Penal Brasileiro*, Rio, 1943, v. I.

³³ Por exemplo Júlio Cezar Melatti, *Índios do Brasil*, Brasília, 1972; cf. as indicações bibliográficas de Anthony Seeger, *Os Índios e Nós*, Rio, 1980, p. 135 ss.

³⁴ Sobre relações entre a expansão de frentes produtivas e índios no século XX, cf., extensamente, Darci Ribeiro, *Os Índios e a Civilização*, Petrópolis, 1979. Uma reportagem longa em Lucien Bodard, *Masacre de Índios em el Amazonas*, trad. J. Piatigorsky, Caracas, 1970.

³⁵ A crônica da subjugação está saborosamente relatada no livro de John Hemming, *Red Gold — The Conquest of Brazilian Indians*. Harvard Un. Press, Cambridge, Massachusetts, 1978. Cf. também Carlos A. Dias, *O Indígena e o Invasor*, em “Encontros com a Civilização Brasileira” n.º 28, Rio, 1981, p. 201 ss. Logo após o descobrimento, mão-de-obra escrava indígena foi utilizada na extração de pau-brasil; em 1534 D. João III autorizava a escravidão, e inclusive a venda de número limitado de escravos em Lisboa. Cf., a respeito, Manoel Maurício de Albuquerque, *Pequena História da Formação Social Brasileira*, Rio, 1981, p. 27. Expedições eram realizadas para capturar índios. Mais tarde, o suprimento de escravos tornou-se insuficiente “para a voraz demanda da nova indústria do açúcar; então os portugueses incitaram os índios a atacar seus inimigos” (cf. Hemming, *op. cit.*, p. 39; cf. também Manoel Maurício de Albuquerque, *op. cit.*, p. 30). Na metade do século XVI, com a chegada dos primeiros jesuítas, iniciou-se um relacionamento complexo e tumultuado entre a Companhia de Jesus, comprometida com a redenção espiritual

conjunto de normas (...) organizadas".³⁶ Se as regras derivadas de situações já vivenciadas pelo grupo tendiam a reproduzir-se, como observa Florestan Fernandes,³⁷ e portanto a opinião dos velhos poderia decidir certo tipo de conflitos, nada de equiparável ao cenáculo idealizado por alguns cronistas é compatível com a cultura tupi. Devemos pois renunciar à idéia de uma instância judiciária distinta do próprio grupo social ou da pessoa ofendida; a execução da sanção era quase sempre ritualizada em si mesma, e dispensava ritos de mediação ("processo") entre infração e pena.

A responsabilidade tinha caráter extensivo-grupal, isto é, ultrapassava a pessoa do autor material da falta para alcançar membros do mesmo grupo familiar, totêmico ou étnico, limitando-se no grupo apreciado. Esta forma de responsabilidade, como já foi fartamente observado, resulta da extraordinária coesão grupal que provém das condições objetivas da existência selvagem, e tem como corolário que

³⁶ *Op. cit.*, p. 21 e 31.

³⁷ Florestan Fernandes, "Organização Social das Tribos Tupis", em *História Geral da Civilização Brasileira*, S. Paulo e Rio, 1976, v. 1.º, p. 79. Os velhos, nas sociedades tribais, não se inscrevem necessariamente como autoridades governativas ou religiosas; veja-se o estudo "Os Velhos nas Sociedades Tribais", de Anthony Seeger, *op. cit.*, p. 61 ss.

do "gentio", e as diversas etnias tribais. Alguns documentos legais testemunham o nível desse relacionamento como o Regimento das Missões do Estado do Maranhão e Pará, de 1.º de dezembro de 1686, segundo o qual os padres da Companhia passavam a ter "o governo não só espiritual, que antes tinham, mas o político e temporal das aldeias sob sua administração". O Regimento outorgava aos Padres as funções de registro e controle sobre a força de trabalho indígena, e alterava a disciplina das repartições. Em 1755 tal regime foi alterado, editando-se em 3 de maio de 1757 o ato que, regulamentando o anterior alvará régio, criou o Diretório para as Povoações dos índios do Pará e Maranhão. Este ato intervinha em diversas expressões da cultura indígena: do nome dos índios, obrigados doravante a usar sobrenome (n.º 11), à forma objetiva de sua casa, proscribida a habitação coletiva (n.º 12); e, naturalmente verberando os males advindos da ociosidade (n.º 20), prescrevia a quais cultivos do solo deveriam eles dedicar-se (ns. 22, 23 e 24), estendendo-lhes a obrigação do Dízimo (n.º 27); os Diretores eram estipendiados com a sexta parte de quanto cultivassem ou adquirissem os índios (n.º 34); proibia-se aos índios o livre comércio (n.º 39) salvo, limitadamente, na própria povoação (n.º 43), recomendando-se pudessem eles trocar o produto de sua agricultura por fazendas — mas não por aguardente (n.º 40) —, impedindo-se recebessem em espécie, porquanto se considerava que o pagamento direto, frente a sua "rusticidade e ignorância", ofendia "não só as leis da Caridade, mas da Justiça" (n.º 58); e, por fim, tratava meticulosamente da distribuição dos índios aptos para o trabalho (assim considerados entre 13 e 60 anos). Quanto ao período da união ibérica, dentro da política espanhola de preservar as autoridades portuguesas instaladas na colônia, não há indícios de que tenham sido aqui observados, no tratamento dos índios, os princípios legais recolhidos na *Recopilación de las leyes de las indias*, livro VI, título primeiro (*De los indios*).

a ofensa seja tomada como ofensa ao grupo. Portanto, não só a autoria do delito se estende ao grupo do autor, como também o grupo da vítima se sente vitimizado. Como assinalou Florestan Fernandes: "Qualquer que fosse a situação, a responsabilidade pela ocorrência era atribuída ao grupo local a que pertencia o autor (ou os autores) da morte (...) Os membros do grupo local responsável e dos outros grupos locais a ele solidários deviam pagar, indistintamente, pelo derramamento de sangue".³⁸ Parece que da agressão a um membro de outro grupo resultava a ruptura da solidariedade e confiança recíproca entre os dois grupos, estabelecendo-se uma situação de inimizade estável, cuja purgação não raro se fazia através de rituais antropofágicos.³⁹

Se tudo o que contava era a existência objetiva de uma ofensa, e se a responsabilidade se estruturava como acima se enunciou, é claro que não se encontrará vestígio das idéias de causalidade, tentativa, autoria e participação, e ainda dolo e culpa. Para raciocínios que concebiam a causalidade como algo associado aos desígnios da divindade, suscetível de sofrer interferências através de iniciativas de caráter mágico, é impensável o nexo causal como forma objetiva de limitar a responsabilidade. Por outro lado, se o que contava era a existência objetiva da ofensa, a tentativa nunca se apresentaria como entidade punível autônoma, salvo quando o processo executivo, por si mesmo, produzisse algum dano; aí, entretanto, já não se tratava de tentativa com respeito ao delito inatingido, e sim responsabilidade pelo dano que efetivamente se consumou.⁴⁰ Num regime de responsabilidade extensivo-grupal, não tem cabimento procurar qualquer coisa assimilável às formas de autoria e participação no crime. Por último, o caráter intencional ou involuntário com que fosse produzida a ofensa não desempenhava qualquer função atenuante ou classificatória das ofensas, dada a absoluta predominância do resultado objetivo; o único texto que ampararia a posição oposta, certa

³⁸ *Apud* Bernardino Gonzaga, *op. cit.*, p. 117.

³⁹ Este estado de inimizade entre grupos, muito comum em sistemas jurídicos primitivos, alcançou institucionalização no antigo direito germânico, sendo conhecido pela designação de "perda da paz". Enquanto circunscrita à parentela (*sippe*) do ofensor e do ofendido (perda da paz relativa), tal situação chamava-se *faida*, e era resolvida, seja pela vingança exercida por membros da *sippe* do ofendido, seja por formas composicionais. Veja-se, a respeito, Heinrich Brunner e Claudius von Schwerin, *Historia del Derecho Germánico*, trad. Alvarez López, ed. Labor, 1936, p. 11 ss.; Pasquale del Giudice, *Diritto Penale Germanico*, in *Erc. Pessina* Milão, 1905, v. I, p. 439 ss. Sobre a evolução do conceito de responsabilidade, cf. o clássico Paul Fauconnet, *La Responsabilité*, Paris, 1928.

⁴⁰ Cf. as interessantes observações de Brunner e v. Schwerin, *op. cit.*, p. 23.

passagem de Evreux, é excelentemente contestado por Bernardino Gonzaga.⁴¹

Quem pretenda afirmar que a pena entre os índios brasileiros à época do descobrimento tinha caráter retributivo deve estar disposto a associar, em sua origem e desenvolvimento, o instinto de vingança e o princípio da retribuição — como fez Kelsen.⁴² A idéia de que qualquer ofensa a um membro da tribo deveria merecer inclinável reação punitiva respondia à solidariedade grupal e a imposições religiosas; o exercício da vingança aparecia, pois, como ato indisponível, de conteúdo comunitário e místico. Isso explica aquilo que Bernardino Gonzaga chamou de “inexorabilidade das sanções”,⁴³ bem como sua imprescritibilidade. Há referências de cronistas sobre o uso do talião,⁴⁴ o que representa um certo estágio de controle das práticas punitivas (o talião, próprio ou simbólico, limita *intensivamente* a reação penal).⁴⁵ Há indícios de que os aborígenes brasileiros conhecessem a “expulsão da paz”, através da qual, rompendo os laços que integravam o autor da violação ao grupo familiar ou étnico, evitava-se a generalização da vingança e o estado de animosidade intergrupar (“perda da paz”); a “expulsão da paz” também exprime uma certa evolução no controle de práticas punitivas, limitando *extensivamente* a reação penal. A morte era executada basicamente por golpes de tacape (“ivirapema”, “tangapema”) no crânio, e sempre desta maneira quando se tratava do sacrifício de prisioneiros de guerra. Bernardino Gonzaga refere ainda a administração de veneno e o sepultamento com vida; e, possivelmente já sob influência do colonizador europeu, enforcamento, afogamento e açoitamento.⁴⁶ A execução pelo tacape parece ter sido a mais ritualizada, especialmente se seguida de refeição antropofágica. Florestan Fernandes menciona certos ritos de inculpação, que tinham o objetivo de “identificar o prisioneiro ao grupo a que ele pertencia”, evocando-se na ocasião ações sacrílegas dos inimigos contra ancestrais ou parentes, e conferindo à execução o sentido de vingança e expiação.⁴⁷ A ingestão

⁴¹ O texto é o seguinte: “Quanto são misericordiosos os selvagens para com os criminosos por acaso e sem malícia”, e tal observação resultaria de incidente no qual, durante uma festa, um índio teria ferido involuntariamente seu irmão, que morreu, exprimindo o pai de ambos ao Governador francês a necessidade de atender ao caráter involuntário do ocorrido. Cf. Bernardino Gonzaga, *op. cit.*, p. 105 ss.

⁴² *Op. cit.*, p. 79 ss.

⁴³ *Op. cit.*, p. 53.

⁴⁴ Cf. Clóvis Bevilacqua, *op. cit.*, p. 235, e Bernardino Gonzaga, p. 125.

⁴⁵ Costuma-se chamar talião simbólico à prática que infligia o castigo no órgão ou membro fisicamente relacionado ao delito: cortar a mão do ladrão, mutilação em crimes sexuais, etc. (cf. Rodolfo Pessagno *et al.*, *Temas de Historia Penal*, B. Aires, 1953, p. 24).

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 127.

⁴⁷ *Apud* Bernardino Gonzaga, *op. cit.*, p. 118.

comum da mesma substância colaborava para renovar os laços sagrados que unificavam o grupo, dividindo entre todos o exercício da vingança.⁴⁸ A privação de liberdade era desconhecida como pena, intervindo eventualmente às vésperas da execução da morte; antes de acercar-se o dia da execução, o prisioneiro tinha liberdade de locomoção, e não raro se lhe concedia uma mulher.

O homicídio em sociedades primitivas não pode ser concebido segundo critérios de um direito penal civilizado. Por um lado, ignorada a distinção entre homicídio voluntário e involuntário, prevalece estritamente a representação social que possa ter o resultado morte, e a leitura religiosa deste acontecimento retira ao homicídio, embora ressaltada sua importância, qualquer caráter infamante.⁴⁹ A perseguição e resposta penal ao homicídio não atende, dessa forma, a nada de semelhante ao objetivo de proteger a vida humana como valor em si mesma.⁵⁰ Por outro lado, o homicídio de um membro do próprio clã tem a significação que já se procurou capturar com a expressão "suicídio parcial", pois o autor, enquanto mutila um corpo organicamente indecomponível (o grupo), atinge-se a si mesmo; nessa ordem de idéias, a punição, pela morte, do autor do homicídio, só faria aumentar a extensão do dano.⁵¹ Será sempre necessário, pois, distinguir o homicídio intergrupar (que provocará perda da paz, e postulará inexorável vingança, podendo levar à guerra), e o mais improvável homicídio intragrupal, que pode reduzir-se a soluções não penais. Os cronistas referem a ocorrência de casos de abortamento, prática sobre a qual não recaía qualquer censura (uma hipótese de abortamento narrada menciona a interrupção da gravidez de mulher que servira de esposa a prisioneiro, uma vez que, neste caso, seria inevitável a morte da criança tão logo nascesse).

O rapto de mulheres era considerado ofensa grave, e dava origem à perda da paz⁵² porque, praticando os tupis casamento preferencial, tal fato perturbava extraordinariamente as possibilidades normais de, pela aliança matrimonial, renovarem-se os laços de

⁴⁸ Sobre a significação do sacrifício entre primitivos, cf. Sigmund Freud, *Totem e Tabu*, trad. J. Salomão, Rio, ed. Imago, s/d, p. 160 ss.

⁴⁹ Vincenzo Manzini, *Contributo alle ricerche sulla genesi del diritto e della procedura penale*, em *Scelta di Scritti Minori*, Turim, 1959, p. 15.

⁵⁰ Quintano Ripolles, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Madrid, 1972, t. I, v. I, p. 44.

⁵¹ Cf. Roger Caillois, *O Homem e o Sagrado*, trad. G. Cascais Franco, Lisboa, 1979, p. 82; por isso, "nas estâncias esquimós, considera-se acidental qualquer homicídio". Afirma Bernardino Gonzaga que "de um modo geral a sociedade se mostrava indiferente diante de ofensas à vida ocorridas dentro do ambiente familiar" (*op. cit.*, p. 135).

⁵² "Nesse caso, as parentelas antagônicas separavam-se e todo o sistema de solidariedade intergrupar precisava ser recomposto" (Florestan Fernandes, *Organização Social*, cit., p. 75).

coesão grupal. O casamento tinha, ante os tupis, forma avuncular (tio materno e sobrinha) ou se realizava entre primos cruzados.⁵³ Para casar, o homem precisava de renominar-se, o que só podia ser feito se ele abatasse outro homem, não sendo raro o "empréstimo" de um prisioneiro, para viabilizar o rito de nomeação do noivo. O adultério da mulher era castigado duramente, às vezes com sua morte imediata; o comborço, se estranho ao grupo, era poupado, para que se evitasse a perda da paz e a vingança. O estupro era igualmente punido com severidade. Como em quase todas as sociedades primitivas, o incesto era proibido e sua prática era associada a sucessos desventurosos (proibição do tipo *tabu*).

Como já vimos anteriormente, os índios brasileiros que mantiveram contacto com os europeus conquistadores no século XVI subsistiam através de uma economia marcadamente coletivista. Seja o produto acumulado de caça e pesca, seja algum eventual excedente de produção da mandioca ou outra lavoura, tudo pertencia ao grupo, e era distribuído consoante as necessidades de seus integrantes. Dessa forma, desconhecia-se o furto intragrupal. O apoderamento de bens pertencentes a estranhos era ato lícito para o "direito penal indígena". Um texto de Anchieta refere, entretanto, que se algum praticasse furto contra seus companheiros estaria sujeito a açoitamento.⁵⁴ Desconhecida qualquer espécie de domínio territorial,⁵⁵ não havia como apresentar-se qualquer ilicitude envolvendo imóveis, cuja significação como elemento da organização tribal-religiosa e da coesão familiar suplantava inteiramente toda consideração material.

⁵³ *Idem, ibidem.*

⁵⁴ *Apud* Bernardino Gonzaga, *op. cit.*, p. 144.

⁵⁵ Bevilacqua, *op. cit.*, p. 244.