

presumir a existencia destes na colonia portugueza da America já em semelhante epocha.» (1)

Do exposto conclue-se que quasi ao mesmo tempo em que os expedicionarios da frota cabralina travavam conhecimento com os indigenas brasileiros, enfrentavam estes com os homens pretos, dos quaes em breve iam ser perfeitos irmãos menos pelo influxo do sangue do que por força da escravidão que os havia de unir no mesmo martyrio.

Fazer o estudo e chegar á constatação das acções e reacções produzidas no seio da nascente sociedade brasileira por esses elementos formadores; estabelecer a equação sociologico-nacional entre as influencias do portuguez monotheista e do indio e negro fetichistas; determinar sobretudo a parte de cada um desses factores ethnico-politicos no trabalho da nossa constituição como povo physico e como nação politicamente organizada;— seria tarefa tão pesada quanto brilhante e util para um historiador consciencioso.

Não nos incumbe, felizmente, faina de tal extensão e rudez. Entretanto cumpre-nos escavar n'uma certa medida um recanto desse terreno, porque precisamos saber como contribuiu, para a elaboração do Direito nacional, cada uma das raças, que constituíram o povo brasileiro.

De uma dellas—a branca, representada pelos nossos avós portuguezes— não temos que fazer indagações particulares: o nosso livro inteiro é a exposição e o commentario do papel juridico que essa gente representou na metropole e na colonia durante larguissimos seculos. Das outras, porem,—a ethiopica e a americana—sentimos

(1) Perdigão Malheiro: *A escravidão no Brazil*: parte 3ª tit, 1º cap. 1º.

necessidade de nos aproximar e de pedir-lhes que nos dêem, na sua linguagem agglutinativa, a resposta de que necessitamos.

Abordemos immediatamente os negros. Estes, «gentes brutaes, submissas e robustas» nada tem que offercer-nos para a elucidação do problema. Seres inferiores na escala da criação natural, barbaros reduzidos a escravos na inconsciencia da sua dignidade e dos seus direitos de homens, elles não foram entre nós factores juridicos senão passivamente, como *cousas* sujeitas a uma legislação especial,— de uma bem triste especialidade, por signal. A lembrança de suas instituições patrias, de seus costumes collectivos e mesmo de suas crenças privadas morria nos porões dos navios negreiros ou dissolvia-se no meio novo em que entravam, formado de crenças e usos differentes, impostos, como a tarefa do engenho, pelo vergalho do senhor. Inutil, portanto, é procurar entre elles alguma cousa de importante ou simplesmente de curioso relativamente á embryologia do nosso Direito.

Deste mesmo parecer é Clovis Bevilaqua, como se verifica das seguintes palavras suas:

« O elemento negro que entrou para a formação do typo ethnico do brasileiro, que contribuiu para o augmento do nosso lexico, para a adopção de certos costumes e saliencia de certas tendencias de character, não penso que deva constituir objecto de um capitulo da historia do direito nacional. E as rasões em que me apoio para assim opinar são as seguintes: como elemento ethnico é natural que a raça negra tenha predisposto o brasileiro para um certo modo de conceber e executar o direito. Sobre tudo a riqueza affectiva que alguns ethnologos e philosophos assignalam como fundamental na psychologia

de muitas tribus africanas, por certo não se perdeu de um modo absoluto. E nossa benignidade juridica não creio que seja exclusivamente latina, nem uma simples superfetação litteraria. Mas por outro lado, e alem dessa tendencia diffusa, não encontro um instituto juridico em que a acção dessa raça escravizada se manifeste de um modo apreciavel. Justamente porque entrou para a formação do povo brasileiro na qualidade de escravo, isto é, sem personalidade, sem attributos juridicos alem daquelles que podem irradiar de um fardo de mercadorias, a raça negra apenas apparece em nossa legislação para determinar o regimen de excepção do escravagismo que ainda a tisonou em nossos dias.» (1)

Com relação aos indios, as condições foram diferentes e portanto o julgamento não pode ser o mesmo. Por mais rudimentar que fosse a situação dos nossos aborigenes ao iniciar-se a colonisação do Brazil, aquelles povos nomades, de caçadores animistas, offerecem-nos um *quid*, inda que tenuissimo, de relações juridicas que pode ser assignalado. Não é—digamos desde já—que esses magros residuos de direito infantil e bronco fossem de natureza a ser assimilados pela legislação completa e superior que os brancos traziam consigo da metropole. Nenhum emprestimo juridico podiam os portuguezes contrahir utilmente com os adoradores de *Tupan*, com os subditos dos *morubixabas* empenachados de *cocâres* multicolores, com os supersticiosos espiritos tutelados pelos *pagés* imbuidos de feitiçarias. Mas o innegavel é que aquellas rudes gentes, muito mais do que os negros importados, podem ser objecto de indagações no terreno do Direito.

(1) Vid. o n. 1 da *Revista Contemporanea*. Recife. Agosto de 1894.

Consultados os historiadores nacionaes, encontrar-se-hão, nos capitulos que elles costumam dedicar aos primitivos habitantes do Brazil, paginas inteiras relativas a certas instituições ou usos selvagens, de alçada perfeitamente juridica. As guerras intertribaes, a hospitalidade, o communismo ou antes a promiscuidade nas *tabas*, as relações de familia, etc, são desse numero.

O Dr. C. F. de Martius comprehendeu a conveniencia de, mesmo n'uma historia geral, estudar-se o aspecto juridico das usanças e praticas dos selvicolas brasileiros. E' assim que na sua celebre *Memoria sobre o modo de escrever a Historia do Brazil*, occupando-se da linguagem dos indios recommendava que «se colligissem em primeiro logar todos os vocabulos que se referem a objectos naturaes, *determinações legaes (de direito)* ou vestigios de relações sociaes». E mais adelante escrevia: «Lançaremos uma vista de olhos geral sobre *as relações sociaes e juridicas destes homens, como membros de uma só tribu, e as que existem entre as tribus diversas.*» (1)

Infelizmente os votos de Martius não foram realisados (2) e até o presente nenhum livro de historia nos fornece dados ou apreciações subordinadas a esse ponto de vista. Aos juristas ficou até agora reservada essa tarefa. E dos juristas brasileiros só um — pelo menos dos que conhecemos — atreveu-se a penetrar na região desconhe-

(1) Vid. cit. *Rev. do Inst. Historico e Geog*; pags. 394 e 395.

(2) Varnaghen (*Hist. Geral*, 2.^a ed. tom. 1.^o sec. 4.^a) falla em *jurisprudencia indiana* quando se refere ás relações de familia e ás funcções dos *morubi-chabs* (chefes guerreiros) e dos *Nhemongaba* (conselhos ou assembléas) entre os tupis. Declarando, porem, que «a jurisprudencia indiana—si assim lhe pode chamar—reduzia-se a mui poucos principios» não estende nem aprofunda a materia.

cida e escura da ethnologia juridica para nos fallar dos lineamentos do Direito entre os nossos selvagens.

Queremos referir-nos ao douto professor de legislação comparada na Faculdade do Recife, o illustre Clovis Bevilaqua que é já uma gloria do alto magisterio nacional.

Em substancioso estudo intitulado *Instituições e costumes juridicos dos indigenas brasileiros no tempo da conquista*—estudo dado á estampa em uma revista litteraria da capital de Pernambuco—explorou Bevilaqua o assumpto em moldes concisos mas de maneira brilhante.

Resumiremos ou antes, exporemos aqui, em pallida miniatura, o precioso trabalho do nosso eminente collega, adoptando a sua destribuição dos costumes juridicos dos indigenas em tres classes, correspondentes ás tres grandes divisões do Direito: — direito publico internacional, direito publico interno e direito privado.

Os indios brasileiros não podiam possuir « um complexo de normas reguladoras das relações internacionaes, quando ainda estavam mal affirmadas as organizações associativas em que viviam. » Assim o que se poderá entender por direito publico internacional dos povos em questão « são as relações externas, de tribus a tribu selvagem, ou de agremiações de aborigenes em frente aos povos europeus. »

Dada a normalidade do estado de guerra entre as hordas brazilicas, faz-se preciso saber se essas hordas obedeciam a regras ou formalidades quaesquer quando tinham de effectuar os seus encontros bellicos ou de celebrar a paz entre as cabildas rivaes. A resposta não póde ser a mesma para todas as tribus. Parece que as tapuyas, isto é, as do grupo *gé*, e entre estas a dos

aymorés « faziam suas investidas de improviso, sem regra e sempre á trahição »; ao passo que as do grupo tupy « tinham adoptado um certo formalismo, não despidido de nobreza, para as suas declarações de guerra e tratados de paz. »

Para comprovar este duplo asserto cita C. Bevilaqua o arremesso ao campo ou taba inimiga de um arco retesado e uma flecha « na qual muitas vezes se achavam marcados, por entalhas, os dias que pretendiam combater, e, por outro lado, o *quebramento da flecha da paz* a que se refere poeticamente, em *Iracema*, o nosso grande romancista José de Alencar.

Já o illustre Glasson membro do *Instituto* de França e autor de um interessante estudo que tem por titulo *Les institutions primitives au Brésil*, havia lembrado que Martius affirmara a existencia de fórmulas solennes de declaração de guerra entre certas tribus brazilicas. E a esse respeito accrescenta o escriptor francez: « On retrouverait même chez ces peuplades un usage semblable à l'ancienne coutume des romains, qui consistait à se rendre à la frontière du pays ennemi pour y lancer un javelot. » (1)

A *hospitalidade* é o outro instituto a que se refere o nosso distincto collega, fallando das rudimentares relações de Direito publico externo entre os indios brazilicos.

Não ha chronista ou historiador nacional que deixe de assignalar o genio e habitos hospitaleiros dos nossos

(1) Glasson vae mais adeante, porque assevera que « lorsque les tribus en guerre concluaient une trêve ou un traité de paix, elles donnaient et recevaient des otages »—o que leva a crer que além do formalismo das declarações de guerra e paz, outros actos que cabem na alçada do Direito das Gentes eram praticados pelos selvagens.

aborigenes; do mesmo modo que—depois dos estudos do grande Ihering sobre a hospitalidade entre romanos, gregos e phenicios—não ha espirito regularmente apparelhado de conhecimentos que não considere a hospitalidade uma instituição de natureza jurídica.

Fosse um resultado da superstição religiosa; fosse uma precisão da ociosidade indolente e ao mesmo tempo curiosa dos selvagens; fosse «um tal ou qual enfatua-mento de hospedeiro, uma ostentação de fartura e largueza»;—o certo é que a hospitalidade figura, com grande relevo, no quadro dos costumes ou praticas dos indios de todas as tribus e grupos.

Entre as manifestações do que com grande dóse de bôa vontade se pode chamar *direito publico interno* dos indigenas, enumera C. Bevilaqua as instituições: dos chefes militares (*che rubichaba*); dos concelhos de anciãos, a que o capuchinho Claudio de Abeville deu uma importancia e significação exaggeradissimas; do talião e da vindicta por familia; das penas ás mulheres adúlteras; da quasi nulla repressão do furto e da prohibição de «matar animaes de caça durante o periodo em que amamentam os filhos».

Passando ao que é propriamente de Direito privado, falla o nosso distincto collega, com erudição e criterio, das relações de familia e propriedade entre os selvicolas brasileiros. E fazendo-o, assignala principalmente o hetairismo de algumas tribus, os habitos polygamos e monógamos de outras, a falta de solemnidade para contrahir e para dissolver os casamentos, os casos de exogamia excepcionalmente verificados aqui e ali, a preponderancia e «supremacia do homem» determinando o «parentesco pela linha masculina» embora pareça que «houve um tempo em que as relações familiares eram

todas pelo lado materno»; emfim, o communismo tribal com ausencia absoluta do dominio territorial.

Sem alimentar a pretensão de retocal-o e menos de completal-o, alargaremos o quadro que acabamos de miniaturar, accrescentando-lhe algumas indicações de E. Glasson e nossas.

O alludido escriptor francez estende mais do que C. Bevilaqua sua analyse dos primordios juridicos dos *pelle-vermelhas* brasileiros. E' assim que occupa-se detidamente das instituições: dos *morubichabas* (poder executivo em tempo de guerra); das *nhemongaba* ou *nhengab* (assembléas da tribu, especie de poder legislativo); das formalidades já mencionadas para as declarações de guerra e de paz; do serviço militar devido por todo o homem livre não invalido; da escravidão e especialmente das uniões entre livres e escravos; das diversas modalidades de casamentos pela compra, pelo raptu ou pela simples acquiescencia das partes interessadas; dos impedimentos matrimoniaes por motivo de consanguinidade; do dote (*mendarepi*) attribuido á mulher legitima (*tembirecô*) e consistente em objectos moveis destinados ás necessidades d'ella; dos actos significadores dos poderes marital e patrio para com as mulheres e filhos; do communismo da terra e immoveis e da propriedade individual das armas de guerra e ornatos pessoaes; finalmente, dos rudimentos de contractos e do formalismo respectivo. (1)

Tratando do *morubichaba* ou chefe guerreiro da tribu, diz Glasson: «il etait chargé de rendre la jus-

(1) *Vid. Le Brésil* (extrait de la *Grande Encyclopedie*) publié par le *Syndicat Franco-brésilien pour l'Exposition universelle de 1889*; app. pags. 93 e segs.

tice ; il vidait les procès entre les plaideurs d'après son opinion qu'il formait en consultant le sorcier et les augures, *pagès* dans la langue des tupys ; il presidait les assemblées de la communauté ; il conduisait les expéditions de chasse, de guerre ou autres : il réglait les relations commerciales qui pouvaient exister avec d'autres peuples ; il accompagnait lui même l'étranger reçu en qualité d'hôte dans la tribu, ou le faisait accompagner par un de ses guerriers.»

Fallando das assembléas das tribus e fundando-se na autoridade de Martius, escreve : « de nos jours encore chaque tribu tient ses assemblées à l'approche de la nuit ; mais les hommes d'un certain âge y viennent seuls à l'exclusion des jeunes ; assi ces assemblées ne sont-elles jamais tumultueuses ; on a soin de ne pas interrompre l'orateur, et lorsqu'il a terminé son discours, chacun fait connaître son avis en deux mots.»

Sobre a escravidão, diz : —Quant à l'esclavage, il a pour source unique la guerre ; aujourd'hui comme autrefois, chaque tribu refuse le pardon aux ennemis dont elle s'empare ; les sauvages qui ne sont plus antropophages tuent sur place ceux qu'ils prennent pendant le combat ; ils n'emmenent avec eux comme prisonniers et esclaves que les femmes avec les enfants... Les esclaves se distinguent des hommes libres même par des signes extérieurs ; ils n'ont pas le droit de se tatouer ni de porter des ornements ; enfin ils ne vont pas à la guerre.»

No tocante á materia dos contractos, eis o que nos refere o autor francez :

« Dans toute société primitive, les contrats (*mûs*) sont peu nombreux ; le plus fréquent consiste dans l'échange ; la vente n'existe pas, la monnaie étant inconnue... Il n'est pas question du louage et il est certain que

le cautionnement et le gage était inconnus. La donation (*mbaé meengei ha*) était fort rare, les Indiens étant, par nature peu portés aux libéralités. On a, au contraire, des exemples de dépôt et d'une sorte de prêt à intérêt.»

As solemnidades ou formalidades contractuaes são assim descriptas :

« La formation des contrats était assez généralement entourée d'un certain formalisme dont nous ne connaissons d'ailleurs pas bien exactement le détail ni le sens. Les contractants venaient avec leurs armes ; puis ils les déposaient en signe d'amitié et de confiance ; l'accord s'établissait au moyen d'une sorte de stipulation, l'une des parties reproduisant mot pour mot les paroles que l'autre venait de prononcer ; puis chacun reprenait ses armes, soit pour prouver que l'opération était terminée, soit pour montrer qu' à la rigueur elles serviraient de sanction aux engagements pris.»

Pouco temos a dizer além do que ahi fica. Relembramos apenas uma interessante passagem do padre Ivo d'Evreux a respeito do captiveiro e uma curiosa pratica dos *mundurucús*, que nos parece ter um certo alcance juridico.

Já sabemos que os escravos indios faziam-se na guerra. O citado padre francez, que em principios do seculo 17 missionou no Maranhão, diz-nos como se effectuava a escravidão durante ou após a luta. Conta elle que reprehendendo uma vez um indio *miary* que estava ao seu serviço por offerecimento de um *tupinambá*, recebeu daquelle a seguinte resposta : « na guerra não me pozeste a mão sobre a espada como fez aquelle que me deu a ti, para agora me reprehenderes.» O indio queria dizer que não era escravo do missionario e sim do *tupinambá*, porque fôra este quem, na guerra, o aprisionára,

pondo-lhe a mão sobre a espadua e proferindo as palavras:— *faço-te meu captivo*—o que era absolutamente necessario para atar o vencido ao vencedor pelo laço da dependencia servil. (1)

Ao espirito do proprio Ivo d'Evreux acodiu a relação de semelhança entre essa pratica dos nossos aborigenes e certos velhos symbolos e usos de outras raças, em gráus superiores de cultura. Assim nota muito bem o padre que desde o tempo de Isaias a imposição do sceptro ou da espada sobre a espadua é o symbolo da dominação. « O sceptro apoiado sobre a espadua significa o poder regio ; a alabarda sobre a espadua declara o poder dos chefes de guerra. » Não seria fóra de proposito recordar tambem que no Direito Romano a idéa de *manus* (*manu capere, manus injicere, mancipare, etc.*) era a que exprimia a propriedade, o dominio.

Tão curiosa quanto a cerimonia de guerra a que se reportava o indio *miary*, era a festa da *pariuate-ran* (*pariuate*: inimigo ; *ran*: cinta), conhecida e frequentemente realisada entre os *mundurucús*, tribu do valle do Amazonas, e de que nos fornece uma interessante descripção o operoso e illustrado indianologo Barbosa Rodrigues.

Dissemos que tal festa nos parece ter um certo alcance juridico, e não temos duvida em repetil-o. Vae-se ver immediatamente porque.

A *pariuate-ran* era uma cinta de algodão, tecida e armada com os dentes dos maxillares de uma cabeça inimiga, e que o chefe da tribu concedia não só aos valentes que ficavam feridos em combate, como a certas

(1) *Historia da missão dos padres capuchinhos na ilha do Maranhão*, pelo padre Ivo d'Evreux ; trad. e annot, pelo Dr. Cesar A. Marques, pag. 42.

familias da tribu, personificadas nas viúvas dos bravos guerreiros mortos na batalha.

Esta condecoração ou agraciamento por serviços de guerra, a que se procedia com um largo ceremonial perante a tribu reunida, não tinha um effeito meramente ornamental ou decorativo ; decorriam della beneficios reaes, utilidades praticas que estabeleciam obrigações e direitos correlativos entre a tribu e os respectivos membros agraciados.

Para tornar evidente esta asserção, basta-nos citar as proprias palavras da Barbosa Rodrigues. Eil-as :

« Si as nações civilisadas têm as pensões que dão ás viúvas de seus soldados, os *mundurucús*, posto que selvagens, têm as *cintas inimigas*, que representam não só uma *insignia e pensão*, como, ainda mais, uma lembrança grata daquelles que succumbiram por amor á tribu. E' uma *pensão vitalicia* o que a *cinta representa, porque aquelle ou aquella que a possui deixa de trabalhar para ser sustentado pela tribu, como um imposto lançado sobre os que gozam da paz alcançada pelos que ficaram no campo de guerra.* »

Não ha nada mais expressivo e mais concludente. A instituição juridica das pensões vitalicias tinha, pois, uma existencia real entre uma parte dos nossos indios. E note-se que a festa da *pariuate-ran* ainda hoje é celebrada pelos *mundurucús*. O indianologo citado descreveu aquillo que verificou *de visu*, e ha poucos annos, no valle do Amazonas. (1)

Chegados a este resultado, cremos poder dar por encerradas as pesquisas até agora feitas sobre aquillo que

(1) *Vid.* artigo intitulado *Tribu dos mundurucús*, na *Revista da Exposição Anthropologica Brasileira*; pag. 45.

consideramos e denominámos — protoplasma ethnico-juridica nacional. Resta-nos, para completar este capitulo, assignar o peregrinismo, ou alienigenismo originario do nosso Direito—o que, aliás, resalta de tudo quanto temos dito e do mais que se terá de ler no seguimento do nosso trabalho.

Vimos que o povo, a nacionalidade brasileira, é uma combinação ethnica ternaria, que ainda hoje não se accentuou em typo particular e unico, conseguindo amalgamar debaixo da pelle os pigmentos e dentro do cerebro as tendencias psychicas das tres raças geradoras.

Vimos que a raça negra não nos trouxe, nem nos podia trazer, elementos para a formação do direito nacional, porque intellectualmente inferior e de mais a mais imbecilisada pelo captiveiro systematico e legal, não foi, entre nós, um factor de vida espirital; foi um instrumento de producção material, uma machina de trabalho.

Acabámos tambem de ver que os aborigenes, os pelle-vermelhas desta parte da America, encontrados n'uma das estações iniciaes de sua trajectoria historica, e, no dizer de Glasson, « não tendo da familia e da propriedade senão uma idéa vaga e confusa, desconhecendo a noção de Estado e respeitando apenas a força, que é a ultima palavra do estado de natureza » estavam impossibilitados de concorrer com as raças preta e branca para a gestação de um organismo juridico autochtonico, viavel e capaz de evoluir.

Portanto, ficou sómente em face de nós, a ser estudado como factor do Direito brasileiro, o elemento europeu, o descobridor e colonizador portuguez, pertencente a uma civilisação avançada e a uma nação já

feita, possuidora de uma legislação completa e codificada.

O portuguez entrou para o Brazil, pela porta do tratado de Tordesilhas, na qualidade de senhor, de dono, de proprietario. Installando-se em sua nova possessão e tendo de realizar *vis-a-vis* do selvagem o processo de luta social a que Novicow chama de *eliminação biologica*, elle trouxe á terra descoberta, e para seu uso, toda sua bagagem legislativa, como trouxe os seus costumes, os seus escravos, as suas roupas e joias. Transportava-se para cá um pedaço da nacionalidade portugueza; era natural que viessem com elle as leis respectivas, como parte que eram do patrimonio moral da metropole.

Assim o Direito que ia vigorar na colonia não tinha que nascer do choque de interesses das populações postas em contacto; era um direito que estava feito e que precisava simplesmente ser applicado, depois de importado.

Phenomeno necessario e inilludivel era esse, uma vez que o Brazil entrava para a vida civilisada como um commensal do Occidente europeu, sob a adopção da familia latina. Prolongamentos da grande e nobre civilisação occidental, que representa o fastigio da evolução humana, são todos os actuaes povos da America e de grande parte da Oceania, os quaes, por isso mesmo não tiveram que argamassar e construir, desde os alicerces, os edificios da sua sciencia, da sua religião, da sua arte, da sua industria, da sua politica, da sua legislação.

Consequentemente nós, os brasileiros, temos—porque deviamos ter *ex-vi* de condições historicas—um Direito de origem peregrina, de procedencia estran-

geira, alienígena. A obra da nacionalização desse aparelho jurídico tem se feito morosamente e levará algum tempo ainda a consumir-se. Trabalhem para que as adaptações e os empréstimos até hoje feitos, formem quanto antes um todo homogêneo e compacto, correspondendo dignamente ao meio físico e social em que elle tem de agir e evoluir.

CAPITULO II

Primeira phase do colonato : O systema das capitánias hereditarias ou o neo-feudalismo brasileiro.

Um dos mais alevantados e nobres espiritos que, entre nós, brandem as finas armas das letras, escreveu bella e justamente, uma vez:

« Si a epocha dos aborigenes, o tempo ante-cabralino, é no Brazil o que se pode chamar a nossa obscura *antiguidade*, o primeiro seculo, o seculo feudal da colonisação é a nossa indecisa idade media.» (1)

Perfeitamente, menos quanto á limitação do medievismo brasileiro aos cem primeiros annos do colonato. A nosso ver elle estende-se pelos tres accidentados seculos que vão desde as feitorias primitivas até os actos do Visconde de Cayrú e do Congresso de Vienna, quer dizer: até a abertura dos portos nacionaes ao commercio estrangeiro e a subsequente erecção do Brazil em reino.

E' durante esse vasto periodo que chocam-se, amalgamam-se, fundem-se, os elementos basicos da nacionalidade brasileira; é por toda extensão d'elle que se

(1) Sylvio Roméro; *A Historia do Brazil ensiuada pela biographia dos seus heróes*; pag. 19.