

O DIREITO CONSUETUDINÁRIO KAIOWÁ/ GUARANI FRENTE AO NOSSO DIREITO POSITIVO

Fernando Franco Serrou Camy*

Diante do universo cultural dos índios brasileiros surge a necessidade de estudos que visem os conhecimentos e análise dos costumes e da realidade da vida atual desse povo sob o ângulo da Ciência do Direito. A relação entre o direito consuetudinário indígena com o nosso direito positivo será o enfoque desse trabalho que analisará essa problemática dentro de uma comunidade específica: os Kaiowá/Guarani, localizados no Sul do Estado de Mato Grosso do Sul.

Entende-se que o Direito consuetudinário, costume jurídico ou direito costumeiro é a mais antiga das fontes do direito. Também chamado de “direito não escrito” (*jus non scriptum*), contrário à lei que é sempre direito escrito. Esse tipo de denominação pode ser usada por aqueles que não possuem língua escrita, em que os costumes se transmitem apenas oralmente de geração para geração.

“O costume visto segundo a Ciência do Direito consiste no conjunto de normas de comportamento a que as pessoas obedecem de maneira uniforme e constante pela convicção de sua obrigatoriedade. Por obediência uniforme entende-se a prática de atos da mesma espécie. Por constante, entende-se a sua reiteração de forma continuada, por período mais ou menos longo.

* Acadêmico do curso de Direito na UCDB. Bolsista IC/CNPq – Programa Kaiowá/Guarani.

*Distingue-se o costume do hábito pela convicção de sua obrigatoriedade jurídica. Os romanos, além do termo **consuetudo** (costume), empregavam a expressão **mores**, para indicar os costumes em geral, e, **mores maiorum**, para designar os costumes dos antepassados (...). É a **longa, inveterada, diuturna, consuetudo** dos romanos, relativa à determinada situação de fato e observada com a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica” (MONTORO, 1997).*

O direito positivo, por sua vez, exprime-se através das normas que compõem o ordenamento jurídico, formando, com os princípios que lhes dão as diretrizes, os sistemas jurídicos que presidem a sociedade mundial. No sistema positivo o juiz, na aplicação da justiça, deverá basear-se principalmente na norma observando posteriormente outras fontes, isso só ocorrerá quando a lei for omissa para determinado caso, e da absoluta imprecisão normativa o juiz se utilizará de outras fontes. O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil especifica bem como é esta questão: “*Quando a Lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito*”.

O positivismo jurídico não pode ser confundido com o positivismo filosófico ou com o positivismo científico.

Aglutinam-se esses sistemas jurídicos, por sua vez, em três grandes famílias em sua classificação mais difundida, a saber: a romano-germânica, a do “*common law*” anglo-americana e a dos direitos socialistas, figurando em um quarto grupo os outros sistemas, nos quais estão os africanos e os orientais (muçulmanos, etc.).

Buscam elas a disciplina da convivência humana, a possibilitação da vida em sociedade, compondo pelos meios jurídicos hábeis os litígios que desta emergem pelo embate dos interesses conflitantes.

O nosso sistema encontra habitat no primeiro desses grupos (romano-germânico), conhecido como *civil law*, regido preponderantemente pelo normativismo e tendo suas origens no antigo direito romano.

Apesar da grande diferença existente entre o direito positivo brasileiro e o direito consuetudinário Kaiowá/Guarani, a Constituição Federal de 1988, revela um grande interesse no sentido de preordenar um sistema de normas que possa efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios. Estabelece o art. 231 “*São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre a terra que tradicionalmente ocupam...*”.

Entretanto, apesar do esforço constitucional, ainda assim, existem muitas interferências por parte do sistema positivo sobre o sistema costumeiro¹.

Pretende-se nesse trabalho, primeiramente, partir para o estudo das principais normas costumeiras dos Kaiowá/Guarani, no passado, por meio de revisão bibliográfica e por meio de entrevistas realizadas em campo com os membros mais antigos da aldeia, tendo em vista a tradição oral da cultura desse povo.

Assim, será possível analisar as normas que ainda persistem no cotidiano do grupo, além de poder perceber como essas normas, do “direito não escrito”, articulam-se com as normas de nosso direito positivo. Procurar-se-á descobrir quais as questões em conflito entre os dois sistemas e quais as conseqüências trazidas pelo contato com a sociedade envolvente.

¹ O capitão Sílvio da aldeia de Carapó, confessou-me que em caso de lesão corporal gerada por briga entre índios, o hospital da cidade, só prestará socorro se for apresentado o Boletim de Ocorrência. Isso prova que a polícia é obrigada a proceder inquérito policial, conseqüentemente, fará investigações na aldeia, ou poderá realizar uma prisão. No entanto, se no caso em questão, o capitão também se utilizar de uma pena, conforme seus costumes, o índio envolvido na briga poderá ser apenado duas vezes, uma por nosso sistema positivo (prisão), e outra pela expulsão da comunidade por parte do sistema consuetudinário.

Não estaria ocorrendo, então, *o bis in idem*? O nosso sistema não estaria entrando na aldeia de uma forma exageradamente forçada, sem mesmo ser observado o art. 231 da Constituição Federal? O sistema consuetudinário não estaria sendo levado a ser desacreditado?

Provavelmente, esse estudo servirá como uma reflexão sobre qual o sistema é o mais utilizado (consuetudinário ou positivo), e ainda, qual deles é mais respeitado pelas comunidades indígenas do povo Kaiowá/Guarani.

De nada adiantarão os esforços de muitos para a devolução da terra esbulhada para os índios, se esses não estiverem organizados como um grupo. Toda sociedade ou agrupamento de pessoas necessita de um elo para que possa continuar unida; precisa de uma organização em comum que preserve os costumes e que a identifique enquanto grupo étnico. É necessária uma determinada conduta para que consiga, dessa forma, permanecer coesa.

O direito representa um dos elos que unem a sociedade, contribuindo com isso para o estudo do direito consuetudinário Kaiowá/Guarani, podendo contribuir para resolver seus problemas e conflitos de acordo com seus costumes e cultura, que é milenar. Dispensando decisões e resoluções “paternalistas e muitas vezes desastrosas” por parte do governo e qualquer outra instituição voltada para os índios.

BIBLIOGRAFIA

CHARSE-SARDI, Miguel. *El Derecho consuetudinario indígena y su bibliografía antropológica en el Paraguay*. Assunção : Biblioteca Paraguaya de Antropología, 1990.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1997.

MONTORO, A. Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

TEIXEIRA, S. Figueiredo de. A arbitragem no sistema jurídico Brasileiro. *Revista Jurídica Consulex*, jan./jun. 1997.