O SISTEMA JURÍDICO GUARANI: HISTÓRIA, MEMÓRIA E COSMOLOGIA

The Guarani Legal System: History, Memory and Cosmology

Almires Martins Machado [1]
Rosalvo Ivarra Ortiz [2]

RESUMO

Este artigo versa sobre o Direito Guarani, com a sua principiologia, nuances no trato e subsunção das questões comunitárias e como se dirimem os conflitos nos mais diversos campos da epistemologia jurídica, em uma sociedade Guarani. Aborda a importância que a sociocosmologia tem para esse Direito nativo, do qual advém o juízo holístico de pensar/atuar. Desta forma, discorre-se sobre os princípios gerais do Direito Guarani: a solidariedade, reciprocidade e prevalência do interesse coletivo sobre o individual. Embora trate do Direito indígena, o enfoque está delimitado ao direito de propriedade Guarani. Vale-se do aporte teórico sobre o pluralismo jurídico, para sustentá-lo como um sistema jurídico, embora pensado e legislado de forma diferente do Direito nacional. Ao final, adentra-se nos nefastos resultados da intervenção externa, sem os devidos cuidados antropológicos necessários a tais ações, que parte neste caso de quem tem a incumbência jurisdicional de defender o direito e interesse indígena. Explicita a dificuldade que se tem em trabalhar com Direito de povos indígenas, devido à escassez de bibliografia tratando do assunto e porque cada povo indígena tem suas formas próprias de pensar e

ABSTRACT

This paper addresses the right Guarani, with its principles, nuances in conversation and subsumption of community issues. How to resolve conflicts in various fields of law, in a society Guarani. Discusses the importance that traditional religion has for the native Law, which stems from the holistic mind. Discusses the principles of Guarani Law: solidarity, reciprocity and prevalence of the collective interest of the individual. While dealing with indigenous law, the focus is on the right to hold Guarani property. It works with the theoretical framework of legal pluralism, to sustain it as a legal system, although thought and legislated differently than national law. In the end, it checks on the adverse outcomes of external intervention, without due care anthropological necessary to such actions, departing in this case who is in charge of defending the legal right and interest indigenous. It explains the difficulty that has to work with right of indigenous peoples, to the limited literature that deals with

1 Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN, 2004), Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA) 2009. Doutor em Antropologia pela Universidade Federal do Pará (UFPA), 2015. Membro do Núcleo Jurídico do Instituto Indígena Brasileiro para a Propriedade Intelectual (INBRAPI). Pertencente à Etnia Guarani e Terena. E-mail: ateguara@gmail.com

2 Possui graduação em Licenciatura plena em Ciências Sociais pela Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Federal da Grande Dourados- FCH/UFGD. Atualmente é acadêmico do Mestrado em Antropologia Sociocultural- (Linha de Pesquisa: Arqueologia, Etno-História e Patrimônio Cultural) pela mesma instituição de ensino, com início em 2017. É membro do grupo de pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ) GIPEDAS - "Grupo Iberoamericano para Pesquisa e Difusão da Antropologia Sócio-Cultural". Possui artigos publicados no Brasil e na Europa. Filho de indígena Guarani. Pesquisa arte, memória e cosmologia Guarani em Mato Grosso do Sul. Bolsista: FUNDECT/MS. E-mail: rosalvortiz@hotmail.com

aplicar as leis, punições ou ações, que podemos entender como jurídico.

it and because each indigenous people has its own ways of thinking and applying the law.

PALAVRAS-CHAVE
Direito Guarani, cosmologia, propriedade.

KEYWORDS
Guarani Law, cosmology, property.

SUMÁRIO: 1 O pluralismo jurídico: iniciando a discussão. 2. O direito guarani. 3. O *Aty Guassu*. 4. O direito penal indígena guarani. 5. O direito penal público. 6. O direito penal privado. 7. Tipos de penas. 8. A responsabilidade penal. 9. O crime contra o patrimônio. 10. O crime contra o indivíduo. 11. O crime contra a família. 12. O direito civil. 13. A família. 14. A propriedade. 15. Considerações e reflexões finais. Referências.

SUMMARY: *1 Legal pluralism: beginning the discussion. 2. Guarani Law. 3. The Aty Guassu. 4. Guarani indigenous criminal law. 5. Public criminal law. 6. Private criminal law. 7. Types of feathers. 8. Criminal liability. 9. Crime against property. 10. Crime against the individual. 11. Crime against the family. 12. Civil law. 13. The family. 14. The property. 15. Final considerations and reflections. References.*

1. O PLURALISMO JURÍDICO: INICIANDO A DISCUSSÃO

A atual Constituição Federal Brasileira promulgada em 1988, no *caput* do art. 5º, enuncia "o direito de igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", indicando que esta é a orientação ao intérprete do direito para que pondere sobre o princípio da igualdade, quando estiverem em questão os direitos fundamentais do homem. Destarte, a República Federativa do Brasil tem como um dos de seus objetivos fundamentais "[...] reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3°, IV, CF/88). Nesse sentido, o que se busca é a igualdade jurídica, entendendo a igualdade constitucional como aquela ideal para que se viva em sociedade".

As constituições brasileiras, desde o império cuidam da igualdade como a igualdade formal, é a igualdade perante a lei, que pressupõe não dispensar a ninguém tratamento que tenha a pretensão de tão somente nivelar o ser humano, os cidadãos do país, à norma legal posta, e, esta não pode destoar da isonomia.

O sistema jurídico brasileiro ainda não oferece os meios legais para resolver todos os conflitos que possam surgir em uma sociedade indígena, assim como não consegue oferecer todos os meios para resolver os conflitos, entre indígenas e não indígenas no seio da sociedade brasileira.

Nesse diapasão, há necessidade de atentar para o pluralismo jurídico, a outros modos de juridicidade em operação. O direito pode existir sem o Estado, como é o caso dos povos indígenas, que têm o seu Direito próprio e não precisam do Estado para se organizarem em sociedade. A questão é que comumente se identificava o Direito com o Estado e a consequência é julgar os povos indígenas como não tendo Direito

próprio, ficando assim explicitado o etnocentrismo jurídico, típico de Estados modernos de origem colonial.

'Há Direitos resultantes de fontes distintas do Estado, da norma positivada, no entanto vigente, eficaz, havendo ou não aceitação ou reconhecimento estatal, com validade jurídica no seu local de origem, desempenhando a função primordial para o apaziguamento do conflito social, oferecendo soluções práticas, necessárias para se alcançar e concretizar o que se entende por Justiça, quando aplicadas ao caso concreto.

O professor Wolkmer define pluralismo jurídico como:

> Multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais [...]. Designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si. Sua intenção não é a de negar o Direito estatal, mas sim reconhecer que este é apenas uma das múltiplas formas de direito [...]. Objetivando a denúncia, a contestação, a ruptura e a implementação de novos Direitos. (WOLKMER, 1994, p. 157-158).

Um dos efeitos da concepção do Estado monista, em relação aos povos indígenas, tem sido a sistemática imposição dos princípios e formas de organização em sua vida social que em tudo difere da organização social indígena. Visa o controle das suas formas de aplicação do direito ao caso concreto na solução de conflitos nos *tekohas*. Como o Estado não tem se feito presente nas áreas indígenas, internamente os povos indígenas mantiveram a aplicação do seu direito, modelo próprio de justiça, chamados de "usos e costumes".

Esse direito é concebido como um conjunto de normas e práticas baseadas na cosmologia, de essência religiosa, estruturado ao longo milhares de anos e aplicado por povos indígenas em lugar do direito estatal ou em conjunto com este.

Nesse raciocínio o pluralismo jurídico passou a ser entendido como uma relação de dominação por parte do Estado e resistência da parte dos povos indígenas. O Estado com seu paradigma jurídico dominante fixam parâmetros para as normas e práticas legais dos povos dominados, que não é outra coisa senão uma imposição.

O antropólogo Roberto Cardoso de Oliveira alerta para as falhas do entendimento e comunicação intercultural afirmando que: "O contexto interétnico em que se dá a confrontação entre essas normas está contaminado por uma indisfarçável hierarquização de uma cultura sobre a outra, reflexo da dominação ocidental sobre os povos indígenas". (OLIVEIRA, 1998, p. 175).

Um dos problemas para operacionalizar o pluralismo jurídico ou a existência de múltiplos sistemas de direito em um mesmo espaço é o da delimitação material e formal

desses sistemas com o sistema jurídico estatal, tendo em vista que um é puramente oral, no caso indígena, e o estatal é sistematizado, codificado por escrito, com outra principiologia. Isto tem levado à marginalidade esses sistemas plurais, em contraponto ao Direito Estatal.

O pluralismo jurídico, a jus diversidade é um fato reconhecido pela Constituição Federal de 1988, mas que não é aceito ainda pela sociedade, embora os tribunais já estejam abrindo caminho para a aceitação deste outro modo de pensar o direito. O Pluralismo Jurídico se apresenta como uma realidade social concreta oferecendo formas alternativas de realização e resolução de conflitos em uma sociedade multicultural, dado que o Estado positivista e ineficaz não tem velado e nem resguardado os interesses e não têm correspondido às necessidades de justiça, principalmente das minorias.

Tem-se que, mesmo não sendo reconhecido, o pluralismo jurídico sempre esteve presente no país, desenvolvendo-se num contexto jurídico pluralista e materializado através de aplicação de outras formas de solucionar conflitos entre as diversas comunidades existentes no território brasileiro, como os povos indígenas, os colonizadores portugueses e os diversos povos imigrantes que vieram para o Brasil. Povos como os holandeses, ingleses, italianos, poloneses, japoneses, os africanos, que formataram as concepções jurídicas pluralistas fruto do multiculturalismo brasileiro.

O Pluralismo Jurídico torna-se importante neste contexto contrariando a realidade do monismo estatal, buscando primar pela igualdade e por um verdadeiro estado democrático de direitos, um novo marco de juridicidade. Não nega a estrutura do Estado, mas pede o reconhecimento de outras formas de pensar o direito, afirmando que há outras fontes igualmente legítimas e atuantes.

O intelectual italiano Norberto Bobbio, grande referência para o Direito compreende o fenômeno jurídico a partir de ordenamento, entendido como sistema, um conjunto de normas de uma determinada ordem jurídica positiva. Parte da relação norma-sanção é explicitada através dos aspectos de exterioridade e de institucionalização. Dessa maneira, a norma jurídica é definida a partir do ordenamento, esse é o principal argumento da teoria do ordenamento jurídico.

A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder em condições de satisfazê-la sozinho. A determinação de quais normas são reconhecidas ou não depende, em última análise, do poder originário que a justifica. Esse poder originário é por Bobbio chamado de fonte das fontes.

O fato de ser o sistema complexo não exclui a sua unidade, pois Bobbio aceitando a teoria da construção escalonada do ordenamento de Hans Kelsen, parte de uma estrutura hierárquica de normas inferiores e superiores, tendo ao topo a norma fundamental que

não é expressa, mas pressuposta.

Já Canaris (1996) define o sistema jurídico como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, sendo que tal unidade valorativa é sempre material, ou seja, só pode realizar-se numa ordem jurídica historicamente determinada. O sistema jurídico, portanto, caracterizado como um sistema de decisões de conflitos transforma o que seria um mero conjunto ou agrupamento de regras e proposições num organismo coeso e coerente, com valores, princípios e regras, cada um cumprindo sua tarefa, tudo voltado para o fim máximo do direito, que é a Justiça.

Karl Larenz (1983) pressupõe que as normas jurídicas são interligadas, parte de uma regulação mais ampla, motivo pelo qual toda interpretação leva em consideração uma rede de significados, o contexto e sua função no caso concreto. O ordenamento jurídico está subordinado a princípios; verdadeiras diretrizes pautadas em valores para o qual todo o sistema converge a fim de encontrar a devida harmonização.

Para Arthur Kaufmann (2004), é necessário estabelecer o que se entende por Justiça. Na opinião deste autor, o principal é o homem e a ideia de direito é secundária. Contudo, diz que existe um consenso alargado no sentido de que a ideia de Justiça é o mais elevado valor do Direito.

Quanto ao conceito de justiça, diz que não é algo definido exatamente ou conclusivamente. Justiça, para o autor, é um conceito fundamental, absolutamente irredutível, da ética, da filosofia social e jurídica, bem como da vida política, social, religiosa. Segundo o entendimento filosófico e ideológico, a justiça surge como a segunda das quatro virtudes: 1) prudência, 2) justiça, 3) coragem e, 4) temperança.

Considerando a dificuldade de conceituação do pluralismo jurídico, do sistema jurídico, do que é Direito, justiça, dado o fato que são inúmeras as teorias a respeito desse assunto, a seguir se descreve como o Direito Guarani é estruturado.

2 O DIREITO GUARANI

Uma falsa compreensão dos não indígenas é entender as sociedades indígenas como homogêneas/harmônicas, esquecendo que cada etnia possui a sua particularidade, língua, cultura e forma de organização social. Trata-se de um todo, em que nada é dissociado, há uma indivisibilidade, ou seja, o sistema jurídico, a religião, a política interna, as práticas sociais, a sua cosmovisão, funcionam como um todo, como círculos que se tocam e se afastam constantemente, sendo praticamente impossível isolá-los, estão intrinsecamente ligados. Portanto, a divisão que será utilizada a seguir é um mero recurso didático, para facilitar a compreensão e análise.

É um Direito de tradição oral, não se encontrará um Direito "autêntico", arcaico, entretanto, muitos dos seus institutos se fazem presentes nas relações internas e externas

com outras comunidades Guarani, como no caso do Direito civil e penal.

Todo o Direito Guarani é norteado pelos princípios da valoração de Direitos coletivos, em detrimento dos individuais. Por assim indagar, é marcado pelos princípios da responsabilidade coletiva, da reciprocidade e da solidariedade. Ao caráter jurídico assomam-se modos de coerção que induzem e asseguram o respeito às regras do convívio social em comunidade; não sendo os Guarani por elas "escravizados", mas a observância mantém o equilíbrio da convivência, através do respeito à tradição. Ademais elas são reforçadas pela cosmologia, que a cada momento instiga o Guarani a voltar sua atenção para esses princípios que são a base para uma convivência pacífica.

As regras de Direito têm a sua gênese no tempo mítico, dos heróis, do Deus da criação; a sua força reside na religião professada, por isso o Guarani não se atreve a desrespeitar os tabus, provocando o castigo dos entes da natureza, pois as consequências poderiam ser aterradoras, não só para o indivíduo autor do ato, mas para toda a comunidade. O maior temor é desaparecer enquanto ser vivo, porque o povo pode ser destruído pela ira dos espíritos que repousam nos planos celestes.

Ocorrendo uma infração grave, não haveria mais condições de equilíbrio psicológico ante a eminência de um cataclismo; a solução estava na própria religião tradicional. O direito e a religião estão intimamente associados. Ainda que não houvesse tribunais como os que se vê nos dias atuais, nem a codificação das leis, pois eram povos ágrafos, o direito e a justiça se apresentavam diante do caso, para dirimi-lo; isso ocorria nos *Aty Guassu* (grande assembleia), convocado toda vez que ocorria um desequilíbrio na harmonia do convívio social. Os preceitos desse ordenamento gravitam em torno do ser Guarani, por isso a melhor tradução do termo Direito é a expressão *Nhande Repy* (nosso preço). Assim, o delito quase sempre não era outra coisa senão uma transgressão ao preceito religioso e o juízo é de cunho holístico, como será demonstrado adiante.

O Direito indígena está umbilicalmente ligado à prática cultural de cada povo indígena, aos princípios de convivência aceitos e professados por todos na comunidade, razão de ser estável. É uma práxis nascida do consenso social, modificando-se na própria práxis.

São esses princípios que norteiam a moral comunitária, tabus e mitos, que cerceiam e redirecionam a convivência social ao plano do equilíbrio e quando então ocorre um desequilíbrio, esses princípios são direcionados a sanar a ruptura havida, para que tudo volte ao estado da normalidade, isto graças à existência de um sistema jurídico, que regulamenta a vida em comunidade.

A dificuldade de apreender o Direito Indígena está na forma como é concebido, em ser reconhecido como o Direito do outro, oferecendo um lugar à alteridade, é um diálogo de saberes que deve ser entendido como intercâmbios de epistemologias, como

uma necessidade coletiva da qual todos nós necessitamos mutuamente e cada parte é um ente inacabado.

Toda a previsão do Direito indígena vem acompanhada de uma respectiva sanção, seja moral ou social, pois o funcionamento do Direito Indígena baseia-se sobre uma trilogia de fundamentos: o moral, o social e o jurídico, princípios que podem ser analisados pela perspectiva enunciada por Bobbio.

Sempre houve no sistema jurídico indígena, procedimentos com medidas inibidoras e os procedimentos com medidas punitivas. O primeiro ficava no âmbito do fuxico, que, ridicularizando o indivíduo, o inibe; o segundo nasce com a sentença prolatada no *Aty Guassu*, mas poderia ser ditada pelo conselho do *Tekoha* (nosso lugar de morar), caso fosse de menor potencial ofensivo.

Os povos indígenas têm claros os limites do que são costumes e o que é lei; por essa razão o sistema jurídico no seio do povo indígena não sofre transformações drásticas, embora tenha sofrido influências na convivência com o colonizador. O fato de ser razoavelmente estável no tempo decorre do modo de ver e pensar o mundo a partir de outros valores que não correspondem ao modo ocidental de ser, e, em segundo lugar, esse Direito alicerça-se nos valores espirituais. O Direito, o sistema jurídico, está imbricado no sagrado, na espiritualidade. Parafraseando o "Direito achado na rua," tem-se aqui o "Direito achado nos *Tekoha"*, gerado em outra forma principiológica; é essencialmente um Direito axiológico.

O Direito indígena não é impositivo, mas cria na voluntariedade a lei e a ordem. As características que permeiam os sistemas jurídicos indígenas estão na produção coletiva do Direito e no controle social sobre o mesmo.

O poder está na e é da comunidade, que aplica os princípios e controla o resultado social referente à sua observância ou não. "É um direito que nasce com a vida, com o ser de um povo e que é fruto de uma prática diária (...), o jus indígena está no pensamento cosmogônico, que não separa o saber do agir, a análise da conclusão, a realidade da proposta".

3 O ATY GUASSU

Os passos trilhados no exercício do campo de pesquisa possibilitaram uma reflexão maior acerca do Aty Guassú, uma categoria jurídica do povo Guarani.

A instância na qual ocorre a aplicação do Direito é chamada de *Aty Guassu* (grande assembleia); ordenamento jurídico originado nos mitos, na religião e nos princípios que norteiam o modo de vida e a relação do Guarani com a natureza. É aqui nominado de ordenamento jurídico-religioso-político. Jurídico-religioso no primeiro momento, a que chamamos de *Aty Guassu* tekoha88 e no segundo momento, *Aty Guassu Joa*. A aplicação

do direito guarani encontra-se dividida em três momentos: *aty guassu nhande repy, aty guassu tekoha* e o *aty guassu joa*. Tal divisão é utilizada, para discorrer de forma pertinente sobre a grande assembleia e sobre os momentos que se sucedem na mesma.

Compreendermos ser esta a maneira pertinente de dissertar a respeito do conteúdo do *Aty Guassu*, procurando contemplar o olhar de quem integra o momento jurídico-religioso, lembrando que esta divisão não existe, é mero recurso didático.

O *Aty Guassu* é uma instância de subsunção do direito Guarani, por isso sua aplicação se processa no espaço do *Tekoha*. Valemo-nos do princípio do pluralismo jurídico e das orientações normativas, como a Convenção 169 da OIT, a Constituição Federal Brasileira e a Declaração Universal dos Direitos Indígenas, aprovada pela ONU em setembro de 2007, para argumentar a favor da aplicação do sistema jurídico Guarani.

As lideranças indígenas têm utilizado diferentes espaços e acionado suas comunidades em momentos específicos da vida Guarani para a realização deste evento. Mais que uma expressão do modo de Ser Guarani, é sua essência de ser pensante, sujeito de direito, que sabe onde, quando e como resolver os seus problemas; para isso quer tão somente o respeito a sua forma de pensar e de tomar decisões.

4 O DIREITO PENAL INDÍGENA GUARANI

Ainda não é pacífica a aceitação da existência de um direito penal indígena. Os primeiros levantamentos sobre o assunto, os estudos direcionados na intenção de "descobrir" esse direito, apontam para a sua existência; seus significados não se ajustam ao preceituado no conceito referente a um código, como por exemplo, o código penal brasileiro.

Se entendido como tal, seria um código com um número exíguo de condutas graves, capazes de provocar a comoção da comunidade a ponto de ser convocado o *Aty Guassu*, no entanto havia um sem-número de infrações de menor potencial ofensivo, resolvidas pelo chefe de família grande ou quando levado ao chefe político, religioso ou ao conselho dos velhos, estes a subsumiam ao direito guarani, decidindo-o de imediato. Essa subsunção da norma é marcada pela celeridade, na sua aplicação ao caso concreto, não poderia o que sofreu uma ação má voltar para casa sem uma resposta do direito Guarani.

Há normas pré-estabelecidas na comunidade definidoras do que vem a ser o delito e como restabelecer o equilíbrio social causado pela não observância do preceituado nas regras de direito da comunidade em questão. Os delitos ameaçavam a paz social, a própria existência como ser humano, dependendo do tipo de transgressão cometida, ameaçava a coesão sócio-política e religiosa do grupo.

O comportamento antissocial sempre foi severamente punido, o que estava em jogo não era somente a conduta do réu e sim o equilíbrio político, social e psicológico

de todo o grupo que poderia até mesmo desaparecer, devido à transgressão cometida, seja ela individual ou grupal, portanto a coação física era imposta pela liderança de cada *Tekoha* por meio do seu conselho de anciãos.

Para cumprir a pena prolatada, havia uma força instituída para tal que era denominada de soldados ou *Tembiguais*, estes eram os encarregados de cumprir a sentença fosse ela qual fosse.

A lógica do convencimento da pena seguia o círculo da causa e efeito, intimamente ligados à dualidade vida-morte, inseparáveis na cosmologia guarani.

5 O DIREITO PENAL PÚBLICO

A postura, ações e comportamentos atingiam as pessoas da comunidade em seus sentimentos, honra interesses de ser Guarani, qualidade de guerreiro, bom orador, causado por um de seus membros. Ser o autor de ações que envergonhassem os demais, atingindo não só uma pessoa, mas a todos, era algo que não podia ficar impune.

A pena em alguns casos poderia ser uma censura advinda de todas as pessoas da comunidade. O exemplo clássico é a covardia de um guarani diante de uma situação que lhe exigisse coragem e bravura; isso expõe todos da sua comunidade a uma ridicularização pública, então a censura é aplicada por todos do grupo, e em qualquer outra comunidade aonde o autor porventura vá, ou onde a notícia do caso chegue, o estigma de ser covarde o acompanhará. A vergonha sentida por seus familiares é tanta que acabam se mudando para outro lugar do território ou para outra comunidade distante, evitando constrangimentos.

6 O DIREITO PENAL PRIVADO

Um dos motivos de na ocupação territorial Guarani, as habitações serem distantes umas das outras é que as desavenças ocorridas no núcleo familiar sejam ali mesmo resolvidas, sem a inconveniência de envolver outras pessoas; uma queixa apresentada pela vítima ou prejudicados por via formal, como se fosse um boletim de ocorrência oral, poderia chegar ao conhecimento do *Mburuvixa1*e este, juntamente com o conselho, sopesariam o caso inquirindo as testemunhas oculares do fato, podendo então prolatar punição ou a compensação do fato, conforme sua gravidade.

Quase sempre na desavença ocorrida, na briga propriamente dita, em que se chegava às vias de fato, não havia interferência dos demais no intuito de separar ou apaziguar. Se um procurou confusão, se quer brigar, é porque vai assumir todas as responsabilidades decorrentes do seu ato.

Às desavenças familiares, sempre se fazia vista grossa ao fato; no entanto quando era gravíssimo poderia provocar uma ruptura no grupo e nascer um descontentamento a ponto de a comunidade se dividir em duas, cada qual seguindo o seu líder.

A vingança privada era o meio de se evitar a responsabilização coletiva pelo crime e objetivava evitar o confronto entre famílias; por essa razão, havia a convocação do *Aty Guassu*. Nessa grande reunião, os atos delituosos eram sopesados por todos e durante longo tempo se deliberavam as possíveis penas a serem aplicadas ao caso concreto. Essa convocação tinha o caráter de extraordinária urgência e requeria celeridade, pois a solução da lide não podia esperar.

Tal situação não era regra entre os familiares ou entre os parentes da mesma linhagem, âmbitos nos quais não havia reprimendas das lideranças em razão de que a pessoa autora do ato seria punida pela indiferença dos seus parentes próximos, algo como um ensaio da morte social ou da exclusão social. Por onde quer que fosse seria acompanhada do estigma de encrenqueiro, brigão, vergonha da família.

Quando uma ofensa ou um crime é praticado por membro de uma família contra membro de outra família do *Tekoha*, poderia ocorrer a vingança como meio reparador para retorno do equilíbrio após a ruptura no círculo do convívio social. Assim, evitava-se o conflito declarado entre famílias grandes. Diferentemente do que ocorre fora dos *tekohas*, uma morte punha um ponto final em um problema havido na comunidade. É claro que com a aproximação dos centros urbanos e a influencia explicita de segmentos da sociedade não indígena, têm-se transformado muitos costumes na comunidade.

7 TIPOS DE PENAS

O Direito aqui referido sempre foi atuante no seio das comunidades do povo Guarani; não é entendido como um meio de apenar o individuo, mas de sanar uma ruptura ocorrida no círculo da existência do Ser Guarani, onde o equilíbrio foi posto em risco e as consequências nefastas podem alcançara todos.

Há dois tipos de penas que coagem ou procuram inibir as ações reprovadas pela comunidade, atuando como controlador social:

a) as coações inibidoras são aquelas que levam o individuo a ser ridicularizado, exposto ao escárnio público, à humilhação, ao desprestigio, deixa de ser *Avaete*, é a desqualificação de não ser possuidor de boas palavras. O meio eficaz da disseminação desta coação é a instituição do fuxico.

b) a coação punitiva varia de intensidade, conforme a gravidade do caso, podendo até ser decretada a morte social. Dentre as penas que poderiam ser inculcadas ao infrator estão à expulsão, o degredo, a prestação de serviços comunitários, a compensação por danos causados a terceiros em forma de prestação de serviços, castigos corporais como o chicoteamento e em último caso a pena de morte.

No caso da morte social, do isolamento do indivíduo ou a cassação dos seus

direitos civis de membro da comunidade, manifesta-se de modo que todos o ignoram, não lhe dirigem a palavra, o olhar, não lhe cumprimentam, não lhe oferecem alimentos ou abrigo, perdia todos os direitos a uma vida familiar, tornava-se muito mais que um pária perante a sociedade comunitária.

De acordo com Gonzaga:

> Nos casos menos graves, a reação consistirá em mera sanção moral, gerando difusa reprovação da coletividade. Nos mais sérios, poderá haver uma sanção ritual, que torne o indivíduo impuro, com perigo para si próprio e para os que com ele mantenham contato, o que gera às vezes o seu apartamento da comunhão social; ou se chegará a verdadeiros castigos, de variada qualidade, como sanção retaliatória. Em se tratando de delitos privados, os povos mais atrasados deixam à discrição da vítima responder à ofensa e até mesmo a compelem a assim proceder, sob pena de desonra. (GONZAGA, 1993, p. 37).

Embora o autor se aproxime do que seria o direito penal indígena, deixa transparecer a ideia etnocêntrica de julgar mais desenvolvido ou atrasado, ideias prevalentes em seu tempo. Hodiernamente é sabido que há diferentes formas de pensar e que as lógicas são diferentes de acordo com cada povo. Cada comunidade indígena tem o seu modo próprio de entender o que é o delito e como apená-lo, suas formas de punir variam de acordo com a gravidade do ato praticado.

8 A RESPONSABILIDADE PENAL

Quando ocorre um fato ou um ato é praticado de cunho eminentemente criminoso, de acordo com a lógica Guarani, não se procura entender a causa ou as causas, mas procurara-se investigar o ponto de partida para a prática do ato, sua origem. Quase sempre uma conduta é resultado de como o indivíduo se comportou perante as forças espirituais, seu comportamento pode ou não provocar a ira dos espíritos ou ainda a prática incipiente das artes mágicas pode levar à invocação de forças da natureza que até então estavam adormecidas e os efeitos desse ato são percebidos e suas consequências maléficas podem causar danos a todos da comunidade.

Em geral não há distinção entre o dolo e a culpa, o que vai pesar mesmo é o alcance das consequências do ato praticado, pode acontecer que a pessoa foi induzida a erro, a cometer o delito por meio da influência de forças espirituais, nesse caso não conta a intenção; ocorre que, se causou grandes danos, a não intenção pode ser agravante, em se comprovando que o indivíduo na sua curiosidade provocou a ira dos espíritos, das forças da natureza, isto em se tratando do mundo espiritual influenciando o mundo terreno.

No caso que envolve embriaguez, alterações de comportamento, do emocional, não são alegadas como excludentes de culpabilidade; o indivíduo ao beber ou ter alterações de

humor sabe que podem ocorrer consequências danosas, portanto não procede a alegação em sua defesa o fato de estar sob o efeito do álcool.

É nesse âmbito que poderia ocorrer à vingança privada, pois sempre paira a sombra do espectro do mal sobre a família da vítima e a simples ideia de ter que enfrentar o *Anguere* faz qualquer guarani entrar em pânico.

A punibilidade não se extingue pela prescrição, cessa somente quando alcança o autor do ato infracional, ainda que para isso o tempo transcorra longamente, lembrando que as sentenças prolatadas no âmbito do *Aty Guassu* são revestidas da extraterritorialidade da norma e qualquer guarani pode cumprir a sentença em relação ao condenado.

9 O CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO

Ao longo da história Guarani predominou o coletivo sobre o individual, sendo a propriedade particular limitada e nas comunidades guaranis de outrora tudo ou quase tudo era de todos e os produtos da natureza abundavam, não havia a necessidade de furtar, embora estes casos ocorressem ocasionalmente.

Em se tratando de comunidades pequenas, cada família tem a sua marca registrada, seu selo particular de identificação, ocorrendo um furto era fácil identificar com quem estaria o objeto e assim denunciá-lo às lideranças do *Tekoha*, estas providenciavam em reunião com o conselho de anciãos, o julgamento e a aplicação da pena ao autor do furto. A pena poderia consistir na devolução do objeto furtado, compensação ou ainda a aplicação de chicoteamento.

Não havia na comunidade guarani a ideia de propriedade tal e qual concebida pelo espanhol e português; por esta razão o princípio da solidariedade sempre esteve vivo e atuante, socorrendo aqueles que precisavam de ajuda, que se manifestava de forma espontânea.

10 O CRIME CONTRA O INDIVÍDUO

Há diferença marcante no direito indígena guarani. Em se tratando de crimes, antes de qualquer coisa, a própria ideia de delito não é a mesma do entendimento ocidental, portanto as condições em que o fato ocorre são determinantes para que seja considerado como delito ou não.

Os casos de homicídio e lesões corporais graves quase sempre eram julgados pelo *Aty Guassu*, porém havia casos em que a família preferia deixar o tempo transcorrer, em se tratando de homicídio decorrido em virtude de rixas, resolvendo-se na vingança privada, na qual se poderia utilizar armas ou então o feitiço.

As brigas que aconteciam por motivos fúteis, ou não, por vezes poderiam acabar em morte, neste caso são levados em conta os fatos que levaram ao ato, podendo ir de

uma reprovação geral e ser apenado na censura pública ou ainda quem ficou vivo fica à mercê do julgamento da família da vítima, absolvendo-o ou pedindo a sua condenação ao conselho dos velhos.

Embora o duelo fosse comum, sua incidência maior ocorria nas festas, sendo pelos mais variados motivos, como os casos de difamação de alguém da família e nesse caso quase sempre era uma mulher a difamada; a difamação poderia ser estendida a toda a família, caso em que a ofensa atenta contra a honra das mulheres, da honra pessoal, honra da família.

Aconteciam os duelos com ares de espetáculo, que objetivava restabelecer o prestígio social do indivíduo, da mulher, da família injuriada; poderia ou não terminar em morte. É possível que no passado não houvesse sanções contra esse tipo de comportamento, hodiernamente é considerado como delito grave, julgado pelas lideranças políticas do *Tekoha*; a sanção vai de simples prestação de serviços à família da vítima ou ser apenado ao degredo.

As brigas, desavenças havidas entre casais, na maioria dos casos era resolvida no âmbito da família, porém se houvesse violência explícita chegava ao conhecimento das lideranças por meio de uma denúncia da vítima e o agressor era chamado e apenado. Quando não havia denúncia da vítima, esta aguardava o momento propício e se vingava das agressões sofridas, poderia ainda trocar de companheiro ou simplesmente deixá-lo.

Quanto ao aborto, não havia restrições a esta prática. A gestante dispunha de liberdade de vontade sobre o seu corpo, isto se dava em razão de uma gravidez indesejada ou ainda para demonstrar o descontentamento com o companheiro. A liberdade sexual era uma constante nos *Tekohas*, razão de um crescente número de mães solteiras e o(s) filho (s), ficava(m) sob os cuidados dos avôs.

A morte de crianças era praticada no passado em algumas situações, para tanto é preciso levar em conta o modo como o guarani entende a vida: como aquela que inicia com o nascimento e a posteriori adquire força vital, por meio dos rituais. O nascimento estava envolto em uma série de preceitos religiosos que deveriam ser seguidos à risca e após o nascimento havia um intervalo de idade entre um filho e outro, para garantir o seu crescimento e educação.

O nascimento de gêmeos não era aceito, estes eram mortos em razão de se acreditar que um deles seria extremamente mau, dominado pelos espíritos ruins e como não se sabia qual deles seria, então os dois morriam. No caso de crianças órfãs, elas são adotadas por famílias interessadas em ter filhos.

Hodiernamente, na totalidade das aldeias não se atenta mais contra a vida das crianças, seja qual for a circunstância, porém surge outro problema social, como oferecer o bem estar a essas crianças que nascem portadoras de necessidades especiais, sejam

físicas ou mentais? O Estado não chega às terras indígenas com o seu braço protetor. A situação agrava-se ainda mais em comunidades onde a terra não oferece mais condições de sobrevivência, ficando tais pessoas à mercê dos programas sociais do Estado, pois estas não têm como prover o seu alimento.

11 O CRIME CONTRA A FAMÍLIA

Nos *Tekohas* Guarani sempre houve plena liberdade sexual, a mulher dispunha de seu corpo de acordo com a sua vontade, não havia a ideia de preservar a virgindade até o casamento. Após a união conjugal é que havia o dever da fidelidade; no meio social Guarani, adultério é tanto do homem como da mulher e normalmente as brigas dos casais ocorrem em função da desconfiança de infidelidade.

Se as brigas são uma constante, causadas pela desconfiança da mulher, consequentemente o homem abandona a sua casa, deixa sua companheira e filho(s), dirige-se para outro *Tekoha* e lá constitui nova família.

No caso do homem que desconfiava da infidelidade de sua companheira, ela poderia abandoná-lo a qualquer hora se assim lhe conviesse. Em se tratando da infidelidade do homem, a postura da mulher em relação ao mesmo era idêntica, poderia perdoar, repudiar ou abandoná-lo.

Em caso flagrante de adultério, poderia ocorrer um duelo, porém o mais comum era aplicar uma surra na mulher e repudiá-la, no entanto o perdão ocorria e o episódio era esquecido. Havendo reincidência ela era expulsa de casa.

Um ato imperdoável considerado gravíssimo era o incesto. Este atentava contra os preceitos da religião, provocando os malefícios do mundo sobrenatural, ameaçava toda a comunidade. O parentesco determinava toda uma linhagem de consanguinidade, o que era determinante em uma comunidade guarani, por essa razão o incesto era apenado com a morte.

12 O DIREITO CIVIL

Por muito tempo não se aceitou a existência de um direito entre os povos do novo mundo. Esta ideia era reforçada pelas teorias dos que então estudavam os povos indígenas com os quais tinham contato, nascendo então, na visão etnocêntrica, certo consenso de que estes povos não tinham "fé, nem lei, nem rei", pelo fato de que na língua guarani não havia o uso das letras F, L, R.

Embora no passado tenha se considerado os povos ágrafos sem direito, Gilissen, contrariamente à maioria, afirmava que estes povos: "Já haviam percorrido uma longa evolução jurídica, como na instituição do casamento, o poder paterno, materno sobre os

filhos, a propriedade (pelo menos a mobiliaria), a sucessão, a doação, diversos contratos como o empréstimo". (GILESSEN, 2003, p. 31).

O direito guarani é norteado pela reciprocidade (há prevalência do coletivo sobre o individual) e a solidariedade. O interesse da comunidade é que prevalece, sempre que possível haverá uma composição.

13 A FAMÍLIA

Toda a rede de relacionamentos e composições políticas tem por base a família, interligada pelas relações de consanguinidade, afinidade ou as alianças políticas; pertencer a uma família é praticamente uma condicionante para existir. É inconcebível a estabilidade emocional e social sem esse pertencimento, pois sem ele não se constitui um ator social. É a partir da família que todas as relações do direito se desenvolvem.

Dessa rede de relacionamentos é que surgem os casamentos, com estes os diversos graus de parentela, que por sua vez estão ligados diretamente na formação das relações econômicas (nos graus de reciprocidade a ser dispensada a um indivíduo), jurídicas e as tramas do poder político, aliado ao poder religioso.

O casamento representa uma importância vital para que o grupo se mantenha unido, coeso; é essa instituição que dá suporte à fluidez dos mecanismos sociais de controle sobre o poder político e o religioso. Embora haja relatos de que havia no passado a poligamia, se houve, hoje não existe mais essa prática.

Comumente a família grande tinha na sua composição uma linha que unia do mais velho ao mais novo. No passado seu espaço era representado pela casa comunal, que comportava um grande número de famílias sob o mesmo teto, formando uma unidade. Hodiernamente não há essa formação única, mas várias casas nucleares em torno de outra, que geralmente é do chefe do grupo familiar.

Essa composição quase sempre seguia o princípio da matrilocalidade, ocorrendo também casos de patrilocalidade, cada caso era interpretado de acordo com o prestígio principalmente do noivo, este permanecendo na ou próximo da casa dos pais. O poder familiar, ou melhor, a influência dos pais nas decisões dos filhos, tem o seu peso, político e jurídico.

No passado era comum o guarani viajar de um *Tekoha* a outro em busca de um casamento, esse costume ainda perdura nos dias atuais. No passado aquele que se tornou o novo membro da família por meio do casamento, deveria demonstrar ser bom caçador, pescador, fazer armadilhas; expunha dessa forma ter qualidades e condições de sustentar uma família. A reciprocidade tem aí o seu viço prático, o genro assume tarefas para com o sogro e a sogra, como é o caso de cuidar das roças.

No tocante à administração da economia doméstica, concordamos com Pereira

quando afirma que:

> No geral a responsabilidade é das mulheres. O compromisso feminino socialmente estabelecido com o bem estar dos integrantes do fogo favorece, segundo a concepção Kaiowá, uma administração mais racional e previdente dos recursos, enquanto os homens tendem sempre ao excesso e ao esbanjamento. Se depender da maioria dos homens, o dinheiro é gasto com demonstrações públicas de generosidade e de status econômico. É por isso que as mulheres procuram circunscrever a participação do homem na economia basicamente enquanto produtores, o dinheiro ganho deve ser destinado à mulher, encarregada da compra e distribuição dos produtos, quando os homens no final da cadeia como consumidores de produtos distribuídos pelas mulheres. (PEREIRA, 2004, p. 74).

O casamento ainda é uma instituição instável, podendo ser extinta a qualquer momento, principalmente entre as uniões de jovens. Com o fim do casamento é provável que findem as redes políticas, acordos entre famílias, nesse caso as alianças podem ou não subsistir ao fim do casamento.

Reivindicar a pertença a um grupo familiar, seu laço de parentesco, é uma forma legítima de adentrar em uma rede de relações do *Tekoha*; ao ser reconhecido como membro da família, inicia os deveres e obrigações recíprocos advindos dos laços consanguíneos de pertença.

Pessoas fora do círculo genealógico podem ser aceitas como parentes, e estes têm o dever de assumir uma postura como se fosse real o seu signo de pertença, deve m esquecer a sua condição primeira e do momento do aceite em diante passam a ter associado a si o nome e o prestígio da família a qual passou a pertencer e a esta tem o dever da solidariedade, reciprocidade, compromisso de pertença.

Ainda Pereira afirma:

> Além do parentesco, a amizade e o companheirismo- iñirunkuera – são ingredientes importantes na constituição de redes de alianças, principalmente entre as lideranças das parentelas que constituem uma espécie de elite política, estrategicamente dispersas por várias parentelas e reservas. Por disporem de maior mobilidade, os membros dessa elite participam com frequência de reuniões políticas, viagens, re-ocupações, rituais religiosos, etc., e, não raramente, estas relações de amizade e companheirismo evoluem para o compadrio ou para as trocas matrimoniais, selando alianças mais permanentes e transformando essas pessoas em parentes reais. É claro que isto constitui uma tendência e não uma prescrição. (PEREIRA, 2004, p. 122).

Não é somente o desejo de ter uma família que impulsiona o indivíduo a obter uma pertença de consanguinidade, o prestígio sempre está presente delineando o valor e a influência que uma família possui.

A separação ocorria pelos mais diversos motivos, como o não provimento do sustento da família, a incompatibilidade de gênios, adultério, um dos cônjuges ter idade avançada, ciúmes em excesso, esterilidade, instabilidade emocional. As acusações de falta de romantismo, não dar atenção ao cônjuge, ser indiferente àquele (a) com o qual se convive, a promiscuidade nas relações ou a infidelidade explícita, potencializavam a separação.

A guarda das crianças, quando houver, pertence à mãe, no entanto quando a criança já tem um discernimento mais apurado pode optar em ir morar com o pai ou continuar com a mãe; nos casos de separação dos casais com consequente estabelecimento de outro matrimônio, em grande parte das vezes o destino da prole é ficar com os avós maternos, constituindo-se assim a figura do guacho. A filiação não destaca a diferença entre filhos de um casamento e de outro casamento, o reconhecimento ocorre a ambos assim como aos que são "adotados", são filhos legítimos. Quase sempre na separação todos os bens ficam para a mulher e os filhos, a casa e todos os pertences que nela há; ao pai cabe a obrigação de prover o sustento dos filhos que ficam sob a guarda da mãe, porém isso não é regra.

No passado havia o costume do *couvade*, ou seja, o resguardo paterno após o nascimento do filho(a), todos os cuidados relativos à mãe se estendem ao pai, que é uma marca registrada de reconhecimento da paternidade, essas prescrições são em razão da segurança e saúde da criança. Esse período perdurava até a queda do cordão umbilical, o pai estava proibido de ir caçar, andar no mato, trabalhar. Certos tipos de alimentos eram proibidos de serem consumidos e se deveria estar sempre alerta, para a segurança espiritual e material do recém-nascido. Nos dias atuais este costume já não é observado com assiduidade.

14 A PROPRIEDADE

A propriedade era entendida como sendo a de cunho coletivo dos bens como o ar, a terra, água e os recursos naturais. A propriedade privada hoje abarca tudo o que é adquirido com o trabalho assalariado.

Embora seja prevalente a ideia do coletivo, prevalece à noção do privado em relação à posse da terra nos dias atuais. Cada família nuclear tem o seu lote, administrado por seu possuidor sem a interferência de terceiros, dela dispõe como melhor lhe convier, considerando o viés da autonomia.

O trabalho assalariado tem permitido às famílias acumularem em bens móveis duráveis, exteriorizando a assimilação da noção de direito privado. As pessoas exibem os bens adquiridos como sinal de poder, que se transforma em influência e muitos dos bens adquiridos serão futuramente produtos de barganha entre a força de trabalho de outrem

e o bem em questão.

15 CONSIDERAÇÕES E REFLEXÕES FINAIS

A maior dificuldade em discorrer sobre o Direito Guarani reside exatamente em que a sua valoração não segue a lógica do não Guarani, a sua estruturação segue outro modo de pensar, razão pela qual o conhecimento indígena é acusado de não ter epistemologia. No entanto essa epistemologia reclamada é de quem e para quem? Pensada com que lógica? Construída com quais princípios e para qual finalidade?

O que está exigindo reflexão e esforço dialético e hermenêutico é o embate do novo (moderno), com o velho (tradições) ou o que permanece e o que muda? Foi exatamente com essa preocupação que a dissertação foi desenvolvida, embora tenha sido uma construção coletiva da qual participaram as mais diversas lideranças com sugestões de como escrever; ela não se direciona a indígenas, mas também aos não indígenas, portanto deveria ser de fácil assimilação.

Ademais, a abordagem do assunto aqui tratado é desaconselhada pelos mais velhos, mesmo diante da necessidade de se falar sobre tal, o que dificulta ainda mais a construção do raciocínio sobre o Direito Guarani. A outra dificuldade está em como costurar esses princípios quando o Kaiowá e Guarani têm usos e costumes que por vezes são similares, mas não iguais.

A construção da escrita passou pelo breve histórico de como se iniciou a RID, em razão de muitos pesquisadores se equivocarem na afirmação de quem começou a ocupação da terra que hoje é o *Tekoha*. Tal confusão acirra as desavenças internas agravadas por uma tendência a ser partidário de uma etnia em detrimento de outras duas que formam a atual população do *Tekoha*.

Em toda comunidade indígena, mesmo sendo pequena, haverá dissensões e diferenças de pensamento, porem quando isso é tratado pelos próprios membros, há como se consensuar uma solução; ainda que haja uma fragmentação da comunidade em duas, tem-se uma solução para o problema.

Sempre haverá conflitos, pois na própria RID as três etnias foram instigadas por influencias externas a esquecer o contrato interétnico e atropelar as convenções internas há muito consensuadas.

Portanto, O *Aty Guassu* tem se tornado na atualidade para o povo Guarani um momento em que é possível reinterpretar seus direitos internos e reafirmar seu modo de ser perante a sociedade nacional. É o momento em que chama a atenção das autoridades para os problemas que assolam os *Tekoha* e que não são levados em consideração no momento de se elaborar as políticas públicas, desmerecendo a hermenêutica e a dialética da construção cultural e social.

16. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* 6. ed. Brasília: Editora UnB, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *O conceito de sistema.* In: Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito.* 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003.

GONZAGA, João Bernardino. *O direito indígena.* À época do descobrimento do Brasil. São Paulo:Max Limonad, 1986.

KAUFMANN, Arthur. *A ideia de direito* – A justiça como igualdade (justiça comutativa) – Justiça e equidade. In Filosofia do Direito. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* Lisboa:Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. Capítulo VI – A formação do conceito e dos sistema na jurisprudência.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso. *O trabalho do antropólogo.* Editora UNESP, 1998.

PEREIRA, Levi Marques. *A socialidade na família kaiowá:* relações geracionais e de gênero no microcosmo da vida social. IFCH-UNICAMP. Mimeografado, 2004.

_____.*Imagens Kaiowá do sistema social e seu entorno.* Tese de doutorado, apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico:* Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo, editora Alfa Omega, 1994.

Revista Jurídica Unigran

Recebido em: 01.08.2018
Primeira revisão: 05.09.2018
Aceito em: 18.10.2018