
O RECONHECIMENTO DA JURISDIÇÃO INDÍGENA E O PLURALISMO JURÍDICO NA COLÔMBIA

THE RECOGNITION OF INDIGENOUS JURISDICTION AND LEGAL PLURALISM IN COLOMBIA

Jadson Correia de Oliveira

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Pernambuco - PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE. Professor da Faculdade Sete de Setembro e da Universidade Católica do Salvador, graduação, especialização e mestrado. Advogado.

Carlos Henrique Limeira Alves

Mestre em Ciências Políticas pela Universidade Federal de Campina Grande. Especialista em Direito. Bacharel em Direito pela Faculdade Sete de Setembro. Advogado.

RESUMO

O presente artigo, valendo-se do método dialético, analisa o julgamento realizado pela Corte Suprema Colombiana do caso Feliciano Valencia Medina vs. Jairo Danilo Chaparral Santiago, para tanto, será feito um estudo dos fatos, do sistema jurídico colombiano e da fundamentação da decisão que reconheceu a validade do pluralismo jurídico, através de uma decisão oriunda da jurisdição indígena. Para atingir seu objetivo, o estudo iniciará pelas variações conceituais do Direito desde a ideia de rigidez até a de porosidade, considerando eventos e elementos que influenciaram qualitativamente, tendo como ponto de partida a modernidade, passando pela contrariedade, até chegar na pós-modernidade. Num segundo momento, será feito o exame do princípio da segurança jurídica em contraponto com o pluralismo jurídico, para ao final avaliar as possíveis aproximações e tensões na coexistência simultânea de ambos em um mesmo ordenamento jurídico, e, por fim, será dedicado um capítulo para análise do caso mencionado. Verifica-se, portanto, uma busca pelo reconhecimento de direitos inerentes às minorias, ainda que de fonte não estatal, os quais assumem especial relevância no movimento denominado de Novo Constitucionalismo Latino Americano.

Palavras-Chave: Novo Constitucionalismo Latino-Americano; Pluralismo Jurídico e Jurisdição indígena; Caso Feliciano Valencia Medina.

ABSTRACT

The article, using the dialectical method, analyzes the Colombian Supreme Court judgment in the case Feliciano Valencia Medina vs. Jairo Danilo Chaparral Santiago, for this purpose, a study of the facts, the Colombian legal system and the basis of the decision that recognized the validity of legal pluralism will be made through a decision originating from the indigenous jurisdiction. To achieve its objective, the study will begin with the conceptual variations of Law from the idea of rigidity to that of porosity, considering events and elements that influenced qualitatively, starting from modernity, from contrariety to postmodernity. Secondly, the principle of legal certainty

will be examined as a counterpoint to legal pluralism, in order to assess the possible approximations and tensions in the simultaneous coexistence of both in the same legal system, and, finally, a chapter will be dedicated to analysis of the case mentioned. Therefore, there is a search for the recognition of rights inherent to minorities, even if they are from a non-state source, which take on special relevance in the movement called New Latin American Constitutionalism.

Keywords: New Latin American Constitutionalism; Legal Pluralism and Indigenous Jurisdiction; Feliciano Valencia Medina case.

1 INTRODUÇÃO

Esse estudo busca analisar o julgamento realizado pela Corte Suprema Colombiana - SCC no caso Feliciano Valencia Medina vs. Jairo Danilo Chaparral Santiago. Em síntese, trata-se de julgado ocorrido no ano de 2017, apreciado em sede de recurso SP 9243-2017 pela SCC.

Segundo relatado na ocasião, Jairo Danilo Chaparral Santiago, vestido de civil, retornava, em seu veículo, de licença de trinta dias, para reincorporação no Exército Nacional Colombiano, no qual servia. Entretanto, durante o percurso, fez opção por pegar um caminho alternativo, supostamente desconhecendo tratar-se de um território indígena, momento no qual foi interceptado por índios por transitar em território sagrado.

Assim, a comunidade indígena, suspeitando tratar-se de um integrante das forças revolucionárias armadas – FARC's, grupo paramilitar, foi levado imediatamente à sede do conselho dos indígenas, no qual foi julgado e condenado a uma pena de detenção de vinte e nove dias.

Posteriormente, quando em liberdade, o senhor Jairo Danilo procurou as autoridades estatais que, cientes do ocorrido, pleitearam a prisão do líder indígena Feliciano Valencia sob alegação de crime de sequestro e tortura. Entretanto, o juízo de primeiro grau extinguiu o processo, reconhecendo a validade da decisão proferida em sede de jurisdição não estatal.

Insatisfeito, o Ministério Público recorreu e logrou êxito na condenação do líder indígena, o que motivou a defesa a apresentar o recurso à SCC, que o conheceu e, no mérito, decidiu pela absolvição do líder indígena sob o fundamento da necessidade de jurisdição especial, direito

próprio, baseado no pluralismo jurídico defendido pelo movimento intitulado de Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Assim, o problema de pesquisa consiste na análise da suposta afronta aos meios legítimos de produção normativa, outrora protegidos pelo Estado de Direito, sob os estandartes da segurança jurídica e da legalidade. Dessa forma, os questionamentos residem em saber se a prevalência da cultura e costumes indígenas, invariavelmente, resultará no reconhecimento de outra fonte de direito ainda que não proveniente de fonte estatal e quais os eventuais riscos que tal modelo oferece ao princípio da legalidade.

O questionamento tem espaço uma vez que é crescente a defesa das tradições culturais pelos países latino-americanos, em clara tentativa de ruptura com uma forma de pensar tida como opressora e trazida pelos europeus quando do movimento de colonização daqueles países.

O caso em apreço assume ainda mais relevância já que a constituição colombiana de 1991 é tida como uma das precursoras da defesa do multiculturalismo, melhor trabalhado pelo movimento intitulado de Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Por conta disso, o trabalho visa perquirir, passando por períodos históricos, a importância para a sociedade da ideia de centralização da produção do Direito para, posteriormente, averiguar a viabilidade, no cenário atual, da ruptura com tal modelo clássico em prol da valorização das tradições culturais dos povos tradicionais da América-Latina.

2 A MODERNIDADE COMO UM PROJETO DE PADRÃO UNIVERSAL E GENERALIZANTE PARA O DIREITO

A Modernidade trouxe consigo a ideia do surgimento de um direito que visa garantir a conquista e exploração de terras. O Tratado de Tordesilhas, pacto assinado em sete de julho de 1494 entre Portugueses e Espanhóis, tinha por finalidade dividir o mundo em duas partes. O denominado Novo Mundo, seria explorado nos seguintes termos: do meridiano 370 léguas ao oeste de cabo verde pertencia a Coroa Portuguesa as terras ao oeste da linha pertenciam aos espanhóis.

O Tratado de Tordesilhas revela os principais fatos que caracterizaram a modernidade: a conquista de novas terras, a colonização de povos e a exploração econômica, esta última, entenda-se, exploração/escravização de mão de obra dentre os colonizados de e extração recursos naturais.

José Luiz Quadros Magalhães ao abordar este período da história, que é tido como a origem da modernidade, estabelece três eixos que gravaram o período:

- a) A invasão da “América” pelos “europeus”, marcando o início da construção da hegemonia europeia que marca a modernidade. Invadiram também o “resto” do mundo: África Ásia e Oceania. Está aí a origem da lógica binária subalterna do “nós versus eles”. Nós, os civilizados, nós, os bons, nós, os europeus, versus eles, os bárbaros, selvagens, muçulmanos, inferiorizados (o projeto moderno é um projeto narcisista).
- b) A expulsão do “outro”, diferente (o muçulmano), do que se constituirá como Espanha. A queda do Reino de Granada. Este, momento histórico marca um dos movimentos da modernidade: a expulsão dos mais diferentes (judeus e muçulmanos) e a uniformização dos menos diferentes (os povos que habitavam a península ibérica antes da chegada dos “outros diferentes”: catalães, valencianos, bascos, galegos e outros). A uniformização pela subalternização violenta se transformam na nova nacionalidade inventada: espanhóis.
- c) Ainda em 1492, temos a primeira gramática normativa: o castelhano. Está aí o aperfeiçoamento do controle do pensamento, da limitação da compreensão do mundo pelos seus signos e significantes e pela hegemonia na determinação dos significados.²⁶

Em seu diagnóstico o autor apresenta as bases para a compreensão do processo de colonização latino americano, bem como, também evidencia a formação e transformação da cultura, dos costumes e a modificação do direito, aqui entendido como controle social, dos povos já estabelecidos.

A primeira observação do autor reside no fato de que o processo de colonização nada mais é que a imposição de uma lógica binária, nós versus eles, os civilizados versus os selvagens. O que se pode concluir é que toda diversidade era inferiorizada, de sorte que o padrão de costumes e valores do colonizador era superior.²⁷

Neste mesmo sentido, para melhor compreensão deste período da história com vista no primeiro eixo é oportuna a análise abaixo colacionada:

Num contexto extremamente distinto do da Europa, habitavam sociedades indígenas providas de uma complexa organização política, social, econômica e cultural: a América – território que sequer era chamado deste modo pelas populações ameríndias. É uma empreitada audaciosa tentar caracterizar tais sociedades devido à sua diversidade e complexidade de suas culturas produzidas

²⁶ MAGALHÃES, J. L. Q. Novo Constitucionalismo e superação da Modernidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 66, Belo Horizonte, 2015, jan./jun. 2015, pp. 378-380.

²⁷ MAGALHÃES, J. L. Q. Novo Constitucionalismo e superação da Modernidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 66, Belo Horizonte, 2015, jan./jun. 2015, pp. 375-394.

nestes espaços, que desempenharam um papel decisivo nas relações posteriores estabelecidas com os espanhóis. Entretanto, é de nossa obrigação considerar os habitantes da América como sociedades portadoras de diversas características, caso contrário, cairíamos em desgraça enquanto historiadores, descaracterizando-os e afirmando a recusa do outro. Havia na América sociedades estruturadas, cuja organização ocorria a partir de pressupostos cosmológicos, onde mantinham relações comerciais, estabeleciam alianças entre si, guerreavam e possuíam a sua política nativa. Tinham as suas formas de negociação e os seus meios para alcançar os seus objetivos políticos. Sem falar na exploração ambiental que foi posta sobre as terras utilizadas por estes povos para o desenvolvimento de suas sociedades.²⁸

Este processo de modernização dos bárbaros se desenvolve de maneira impositiva e paulatina ao longo dos séculos de colonização, o que, por sua vez, acarretou na redução da diversidade sociocultural dos povos originários. A diferença do outrem deveria ser superada por um padrão comum e universal, todavia, este período da história atribui a si mesmo o desenvolvimento da modernidade a partir de um modelo, o europeu.

Os colonizadores consideravam que os colonizados eram selvagens e bárbaros, logo, a adequação ao novo estilo de vida flertava com a subjugação, buscava-se uma aproximação integral com o modelo europeu, inclusive no que tange a crença.²⁹

Elas sugerem provocativamente que muitos avanços da modernidade são, na realidade, avanços insubstanciais ou pseudo-avanços dependentes do poder do grupamento racialmente dominante e que, conseqüentemente, a crítica da modernidade não pode ser concluída satisfatoriamente de dentro de suas próprias normas filosóficas e políticas, ou seja, de modo imanente. Todas as figuras representativas cujas obras devo explorar mais adiante tinham consciência aguda da promessa e do potencial do mundo moderno. No entanto, suas perspectivas críticas a seu respeito apenas em parte eram fundamentadas em suas próprias normas. Apesar da insegurança com que suas obras compensavam suas apologias da modernidade com críticas a mesma, eles bebiam de forma deliberada e constrangida das imagens e símbolos pré-modernos, que ganham um poder adicional diante dos fatos brutos da escravidão moderna. Essas figuras contribuíram para a formação de uma variedade vernacular de consciência infeliz que demanda repensarmos os significados de racionalidade, autonomia, reflexão, subjetividade e poder a luz de uma meditação prolongada, tanto sobre a condição dos escravos quanto sobre a sugestão de que o terror racial não é meramente compatível com a racionalidade ocidental, mas voluntariamente cúmplice dela.³⁰

Logo, o processo de colonização sorrateiramente diminui a diversidade cultural, língua matriz, as sociedades e os costumes dos povos colonizados, fazendo desaparecer qualquer coisa que se mostre resistente. O diferente, quando não passivo de transformação, deve ser excluído, rechaçado, expulso já que aqueles sujeitos ou subalternos aos colonizadores acabam se aproximando do ideal europeu.

²⁸ ROSA, L. W.; DEVITTE, N.; MACHADO, N. G. Mecanismos e o processo de conquista e colonização da América indígena. **Revista Amerindia**, v. 12, Fortaleza, dez. 2012, p. 7.

²⁹ MAGALHÃES, J. L. Q. Novo Constitucionalismo e superação da Modernidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 66, Belo Horizonte, 2015, jan./jun. 2015, pp. 375-394.

³⁰ GILROY, P. **O Atlântico Negro: modernidade e dupla consciência**. São Paulo: 34, 2001, p. 127.

Apenas para traçar um cenário atual da realidade indígena no Brasil, o senso realizado no ano de 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geográfico e Estatística, que foi o último, apresentou que aproximadamente 817 mil pessoas se autodeclararam indígenas. Atualmente, estima-se que o Brasil, possua aproximadamente 900 mil índios, de 305 etnias, que falam cerca de 274 línguas diferentes.³¹ Contudo, quando da chegada dos portugueses no período de colonização o Brasil tinha em torno de 700 línguas matrizes (RODRIGUES, 2013) e aproximadamente 3 milhões de índios (BRASIL, 2013).

Por sua vez, retornando ao tema central, o último eixo da modernidade, a limitação da compreensão do mundo, suscita a primeira gramática normativa, o castelhano. Observe-se que o último eixo da modernidade aparece como meio de conclusão do projeto de poder, uma vez que tenta pôr termo na diversidade de saberes, as percepções de mundo são minimizadas de maneira que venham a convergir com o padrão imposto pela modernidade.

Finalmente, pode-se destacar que a Modernidade gira em torno dos três eixos os quais cabem na seguinte síntese: a conquista dos selvagens pelos civilizados no processo de colonização em massa; a exclusão do diferente e ou uniformização do próximo por meio de um padrão universal, ainda que mediante uso da força; e a limitação dos saberes através de uma imposição de visão do mundo, reduzindo o grau de cientificidade dos saberes, ainda que empíricos, dos povos originários.

3 A SEGURANÇA JURÍDICA COMO HERANÇA DA MODERNIDADE

Em que pese a existência de alguns institutos anteriores, a exemplo da prescrição, da usucapião e da Magna Carta de 1215, quando mencionou o devido processo legal, o princípio da segurança como garantia jurídica data da Revolução Francesa de 1789, sendo, contudo, a Declaração dos Direitos Humanos e o Preâmbulo da Constituição francesa de 1793 os primeiros a defini-la oficialmente, vedando a retroatividade das leis e garantindo a liberdade individual. (COELHO, 2015)

No campo da jurisprudência, nota-se a evolução do STF, que passou a invocar a segurança jurídica inclusive para convalidar os atos praticados irregularmente, mas que persistiram por

³¹ BRASIL. IBGE. **Os indígenas no Censo Demográfico de 2010**: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça. Disponível em: https://indigenas.ibge.gov.br/images/indigenas/estudos/indigena_censo2010.pdf. Acesso em: 17 jan. 2018.

longo tempo em favor de cidadãos de boa-fé, justificando-se a manutenção dos mesmos, consagrando assim o princípio da confiança, ligado à boa-fé objetiva, revogando súmulas anteriores e renovando a teoria da invalidade dos atos administrativos, evitando, com isso, o efeito surpresa nas relações jurídicas. (COÊLHO, 2015).

Verificada a complexidade das sociedades políticas da contemporaneidade, tem-se que a regulação de condutas por meio de regras gerais e abstratas é condição vital para prevenir a arbitrariedade e o despotismo, permitindo a eficiência e o perfeito funcionamento do Estado, considerando que a pós-modernidade instaurou considerável insegurança no campo do direito e em outros seguimentos da sociedade.

Em se tratando das sociedades pós-modernas, onde as relações sociais são cada vez mais complexas e de alcance global, o Princípio da Segurança Jurídica torna-se cada vez mais fundamental na busca pela estabilidade das relações entre o os particulares e entre estes e o Estado.

Atualmente há uma preocupação generalizada com a irretroatividade do Direito como um todo, sendo inconcebível o cidadão ser surpreendido por novas normativas atribuídas a fatos passados, onde não é possível voltar no tempo para mudar a prática de quaisquer atos, não podendo aquele ser punido por seguir uma nova orientação Estatal.

O Estado Democrático de Direito não almeja só a legalidade de suas ações, mas também a proteção da confiança jurídica, a boa-fé nas ações do Estado e o preenchimento das expectativas geradas não só pela legislação como pelas decisões judiciais.

4 A ASCENSÃO DO PLURALISMO JURÍDICO NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

Falar em pluralismo jurídico consiste em compreender que o Estado não detém as fontes do Direito e que tal pluralidade decorreria da existência e reconhecimento de dois ou mais sistemas jurídicos concomitantes, todos dotados de eficácia.

Trata-se de definição relativamente simples, contudo, há, ainda, grande controvérsia acerca do conceito de pluralismo jurídico face à ausência de consenso concernente ao que é direito e,

Jadson Correia de Oliveira | Carlos Henrique Limeira Alves

portanto, de quais regras devam ser consideradas em determinados contextos em razão da complexidade das relações humanas.

O pluralismo jurídico nasce a partir da tentativa de superação da ideia unitária e centralizadora do direito diante da existência de várias realidades sociais que se comunicam com o mundo jurídico, demandando ações práticas e eficazes, evidenciando a complexidade de suas características particulares.

Na mesma perspectiva de digressão histórico linear em busca da Pluralidade através do tempo, cabe trazer à baila a concepção de Antônio Carlos Wolkmer:

Na Idade Média, a descentralização territorial e a multiplicidade de centros de poder configuram em cada espaço social um amplo espectro de manifestações normativas concorrentes, composto de costumes locais, foros municipais, estatutos das corporações de ofício, ditames reais, Direito Canônico e Direito Romano. Certamente foi com a decadência do Império Romano no Ocidente e com a fixação política dos povos nórdicos na Europa, que se solidificou a ideia de que a cada indivíduo seria aplicado o Direito de seu povo e de sua comunidade local. Com a chamada “personalidade das leis”, estabeleceu-se que a representação das diferentes ordens sociais corresponderia a uma natural pluralidade jurídica. (WOLKMER, 2001, p. 184-185)

Busca-se, com isso, a adequação do pensamento jurídico com vistas a uma maior eficácia do Poder Judiciário, dentro de sua atuação prática, considerando principalmente a visão interdisciplinar e priorizando a produção multiforme a partir da legitimação de outras fontes diversas da estatal.

Trata-se de uma visão antidogmática e interdisciplinar que advoga a supremacia de fundamentos éticos sociológicos sobre critérios tecnoformais [...] limita-se tão-somente a uma reação das forças vivas da sociedade contra a onipotência funcional do moderno Estado capitalista. (WOLKMER, 2001, p. 183)

Da perspectiva sociológica, o pluralismo jurídico evidencia um conceito de direito bastante amplo, para além de uma identificação legal-estatal. Predomina-se a visão de um conjunto de regras acompanhadas de sanções, observadas nas mais diversas esferas sociais, onde os conflitos são resolvidos com base numa lógica interna de cada comunidade.

No campo sociológico, o pluralismo jurídico se verifica à medida em que a sociedade exige uma diversificação das atribuições de cada indivíduo frente ao surgimento da divisão de classes e associações profissionais, buscando-se a defesa de seus interesses.

Jadson Correia de Oliveira | Carlos Henrique Limeira Alves

Filosoficamente falando, o pluralismo jurídico vai contra o individualismo materialista que determina o idealismo moderno devido à complexidade das relações sociais. Admite-se, com isso, a racionalidade humana associada a valores, verdades e interesses diversos, não podendo dessa forma restringir-se ao individualismo, consoante leciona Wolkmer:

A compreensão filosófica do pluralismo reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade. (WOLKMER, 2001, p. 172)

No campo político, o pluralismo jurídico idealiza acabar com a ligação entre o Estado e o monopólio do poder, admitindo-se a existência de um corpo social formado pela diversidade de partidos, movimentos políticos e organizações sociais.

O pluralismo jurídico não admite a ingerência totalitária do Estado, que muitas vezes desconsidera o interesse das minorias e desrespeita a diversidade fruto da evolução social.

Tal conceito visa priorizar as diversas formas de produção normativa geradas por movimentos organizados que compõem a vida social, sem se reduzir a um único poder político centralizador.

5 SUPERANDO A TENSÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E O PLURALISMO JURÍDICO

Da forma como foram postos, o princípio da segurança jurídica e o pluralismo jurídico parecem ter naturezas jurídicas conflitantes, ideias e postulados próprios os quais não permitiriam, em tese, a coexistência harmônica num mesmo ordenamento jurídico.

Neste sentido, oportuno lembrar que a sujeição ao império da lei é parâmetro para administração e administrados, todos sem exceção estão sujeitos à lei, contudo, lei aqui se trata de norma regra emanada do poder público, o qual tem competência típica formalmente prevista, no caso, o Legislativo, que por sua vez, deve ser legitimado pelo povo, mediante escolha.

Portanto, a segurança jurídica é inerente ao Estado de Direito e se amolda perfeitamente às suas características, especialmente, a do império da lei. No mesmo sentido a segurança jurídica também tem características que a definem: igualdade (formal), boa fé nos atos do Estado, sujeição à lei, estabilidade das relações e previsibilidade dos comportamentos. Logo,

pode-se concluir que ambos, segurança jurídica e Estado de Direito, primam pela previsibilidade dos comportamentos, mediante um parâmetro legal, proveniente de uma única fonte legítima, o Legislativo, enquanto poder do Estado.

O pluralismo jurídico questiona as bases características da segurança jurídica uma vez que postula o reconhecimento das forças vivas do Estado, quais sejam, os grupos sociais integrantes, indígenas, sindicatos, sociedades, grupo de moradores, que seriam os legítimos produtores do direito (WOLKMER, 2001).

Na verdade, o pluralismo jurídico, em que pese poder ser encontrado em vários níveis sociais e estatais ao longo da história, foi inteiramente minguado com a consolidação de um direito uno, comum para todos, igual, ainda que não materialmente fruto do Estado de Direito.

Nesta perspectiva, é que se fala em centralização das fontes normativas. Dessa forma, o Estado em um movimento paulatino enrijece o direito, formulando conceitos estanques, com direito igual e comum a todos, com base no princípio da igualdade, ainda que em sua dimensão formal.

Doravante, tal perspectiva não fulmina a desigualdade, de outra sorte a alimenta, pois deixa de reconhecer o que legitimamente foi construído socialmente a título de direito, ainda que consuetudinariamente, para forjar um postulado legal, proveniente única e exclusivamente de fonte estatal.

De fato, exsurge a contraposição entre o pluralismo jurídico e a segurança jurídica, desenhadas a partir de suas características intrínsecas, ao passo em que o primeiro cobra uma igualdade material, enquanto que a outra preocupa-se com uma igualdade meramente formal.

Estas diferenças parecem são impulsionadas quando alcançam o tema da legitimidade da produção normativa, a principal cizânia entre os temas, posto que o reconhecimento da legitimidade de um parece anular o outro, situação que inversamente também se repete.

6 O RECONHECIMENTO DO PLURALISMO JURÍDICO PELO ESTADO COLOMBIANO: O CASO FELICIANO VALENCIA MEDINA

A Suprema Corte Colombiana, situada na cidade de Bogotá, no dia 28 de junho de 2017, por sua sala de recursos criminais, registre-se, sala seria equivalente a uma câmara ou turma, no que tange aos tribunais superiores pátrios, STF e STJ, apreciou o recurso extraordinário SP9243-2017 de relatoria de Eugenio Fernández Carlier (COLÔMBIA, 2017).

Após considerar os argumentos das partes, a sala ou câmara de assuntos penais adentrou ao mérito, o qual sentenciou nos seguintes termos: A Corte Suprema Colombiana, resolveu cassar a decisão emitida em 10 de setembro de 2015, pelo Tribunal Superior de Popayán, uma espécie de juizado de segundo grau; Confirmar a sentença emitida em 24 de março de 2015, pelo primeiro Tribunal Criminal Especializado de Popayán que absolveu Feliciano Valencia Medina do crime de sequestro; Ordenar a liberdade imediata e incondicional do processado Feliciano Valencia Medina e por fim, ordenou ao juízo de primeiro grau que cancele os registros e anotações provenientes do processamento do feito. (COLÔMBIA, 2017).

A defesa de Feliciano arguiu a nulidade por falta de competência da jurisdição ordinária, entendendo a defesa que, existiam elementos que caracterizavam necessidade de uma jurisdição especial indígena nos termos previstos, para tanto, cita como lastro do seu fundamento jurídico o descumprimento dos artigos 29 e 246 da Constituição Colombiana.

O argumento de nulidade por incompetência tem fundamento no devido processo legal previsto na Carta Política Colombiana (1991), que visto sob o prisma da previsão de uma jurisdição especial não deixaria margem para manutenção da sentença condenatória nos termos postos pelo Tribunal Superior de Popayán.

Artigo 246. As autoridades dos povos indígenas podem exercer funções jurisdicionais dentro do seu alcance territorial de acordo com suas próprias regras e procedimentos, desde que não estejam contrários a Constituição e às leis da República. A lei estabelecerá as formas de coordenação desta jurisdição especial com o sistema judicial nacional.

Neste momento é importante que sejam feitas considerações sobre o momento constitucional vivenciado pela Colômbia. Assim, deve-se dizer que a atual Constituição Colombiana é fruto da inquietação de alguns grupos sociais, bem como da necessidade de reforma da Constituição de 1886:

A nova Constituição de 1991, elaborada por indígenas, grupos de esquerda, guerrilheiros desmobilizados, minorias religiosas e representantes do poder tradicional, é reconhecida democraticamente e bem recebida pela opinião pública, e com essa Constituição os colombianos acreditam que eles abriram um novo ambiente institucional de reconciliação. (SANTOS, 2010)

A pluralidade de agentes na Assembleia Geral Constituinte forjou um documento no qual, dentre outros temas, reside a representação de classes e grupos da sociedade costumeiramente excluídos e um programa constitucional de reconciliação que aponta o futuro dessas minorias, resguardando e reconhecendo direitos originários.

Na Colômbia, a Constituição o faz com a atenção para os "grupos étnicos" como sujeitos de direitos, do direito à própria língua (artigo 10), à "identidade cultural" (artigo 68), ao "patrimônio cultural" (Artigo 72), à representação política (artigo 176) e a autonomia territorial dos "territórios indígenas" (artigos 286, 320, 321, 329, 330 e 56 transitórias) ou "entidades territoriais indígenas" (artigos 286, 329 e 356), com reconhecimento Expresso de justiça e ordem apropriadas (artigo 246). O termo constitucional para a identificação deste tema de direitos é o de um grupo étnico ou grupo étnico-minoritário, mas também é usado, como pode ser visto, a qualificação indígena. Há referências no texto constitucional às "comunidades indígenas" (artigos 171, 329 e 330) e até aos "povos indígenas" (artigos 96 e 246, o primeiro sobre povos transfronteiriços). (CLAVERO, 2015, p.20).

Assim, a construção da Carta Constitucional colombiana amparou e fundamentou o direito de minorias étnicas, no mesmo sentido:

A Constituição colombiana de 1991 notabilizou-se pelo fato de ter reconhecido, de uma forma praticamente inédita, a natureza pluriétnica e multicultural da sua nação, dando um lugar específico tanto às comunidades indígenas, quanto às comunidades negras. Tal reconhecimento veio acompanhado ainda de uma nova política fundiária, que pode levar ao reconhecimento de quase um quarto do território nacional como "resguardo indígena" (cerca de 2% da população colombiana), assim como instituiu uma nova figura de direito territorial, que beneficia as comunidades negras rurais (cerca de 10% a 12% da população). (ARRUTI, 2000, p.95)

Por último, a SCC, valendo-se da recepção da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, sedimentou o reconhecimento do pluralismo jurídico, no caso em apreço.

Artigo 2º : 1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

Artigo 3º: 1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.

Artigo 4º: 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.

Artigo 5º: a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente; b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;

É importante destacar que a Convenção 169 da OIT foi construída sob a égide da pós-modernidade, aspecto fundamental para a compressão do seu conteúdo, pois foi nesta época que surgiu o questionamento acerca da desconstrução do pensamento científico moderno. A relativização e abstração são marcas características dessa época. Logo, reconhecer a diversidade e pluralidade é contrariar o que foi outrora negado pelo modelo posto na modernidade.

Contudo, a impressão que sobressai é que mesmo que se reconheça como legítima a descentralização das fontes de produção do direito, invariavelmente o órgão legitimador é o Estado. O reconhecimento do direito que é legítimo pela sua fonte social de produção, depende, da legitimação do Estado, sem qual, não é.

Cabe ressaltar que o Brasil, à semelhança da Colômbia, aproxima-se do Novo Constitucionalismo Latino Americano, bem como é signatário da Convenção 169 da OIT.

Contudo, em que pese a existência de direitos construídos consuetudinariamente por esses povos, o reconhecimento e incorporação prática a ponto de descentralizar suas fontes, inevitavelmente, depende do aval do próprio Estado. Logo, conclui-se que nas sociedades pós-modernas a legitimidade do pluralismo jurídico não está ligada ao agente que produz a norma utilizada como controle social, mas sim, a quem a reconhece, neste caso, o Estado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Caminhou-se no sentido de examinar a pós-modernidade enquanto lugar da desconstrução de conceitos jurídicos rígidos. Há uma mudança paradigmática que rompe integralmente com os ideais apregoados anteriormente. A pós-modernidade é o lugar da porosidade conceitual, neste sentido é importante destacar suas principais características: Visão do ser humano como parte integrante em uma sociedade de muitas vozes e interesses; quebra da tradicionalidade; rompimento com os ideais da modernidade; mudança paradigmática na forma de entender a ciência; relativização das verdades e nova interpretação dos significados e processos.

A modernidade buscou estabelecer um padrão universal, fato que teve seu contributo na expansão marítima e conquista de novas terras, este processo trouxe três marcas, invasão da América e estabelecimento do projeto de poder, nos versus eles e a limitação dos saberes por meio de uma única visão de mundo, a europeia. Tais acontecimentos minguem qualquer

possibilidade de manutenção da diversidade social, política, cultural e jurídica. Logo, a primeira conclusão é que teve início na modernidade o processo paulatino de enrijecimento do direito.

Por sua vez, a pós-modernidade serviu de base para a desconstrução dos conceitos jurídicos rígidos. A pós-modernidade é o lugar da porosidade conceitual, neste sentido é importante destacar suas principais características: visão do ser humano como parte integrante em uma sociedade de muitas vozes e interesses; quebra da tradicionalidade; rompimento com os ideais da modernidade; mudança paradigmática na forma de entender a ciência; relativização das verdades e nova interpretação dos significados e processos.

Logo, pode-se concluir que, o direito recebe toda carga de influência da pós-modernidade, ao passo que desconstrói conceitos para posteriormente reconstruir sob uma nova perspectiva, agora de acomodação de novas camadas sociais, reconhecendo a diversidade e o pleito dos excluídos.

Outrossim, o reconhecimento jurídico acerca da vigência de um pluralismo jurídico depende da cessão da legitimidade exclusiva do Estado na produção normativa, o que invariavelmente leva a uma segunda conclusão, a legitimidade do pluralismo não está ligada às fontes dos quais emanam o direito, mas de quem a reconhece como legítima.

Por fim, há que se reconhecer que, muito embora o pluralismo jurídico esteja condicionado a um reconhecimento estatal, garantir sua eficácia prática é resgatar e preservar toda a diversidade cultural, social, política e jurídica.

REFERÊNCIAS

ARRUTI, J. M. A. Direitos étnicos no Brasil e na Colômbia: notas comparativas sobre hibridização, segmentação e mobilização política de índios e negros. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, a. 6, n. 14, nov. 2000, p. 93-123.

CLAVERO, B. Consulta Indígena Colômbia (e Espanha) entre Direito Constitucional e Direitos Humanos. **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**, ESMPU, Brasília, 2015.

COÊLHO, M. **Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Jadson Correia de Oliveira | Carlos Henrique Limeira Alves

COLÔMBIA. Carta Política Colombiana. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em 16 fev. 2018.

COLÔMBIA. Estrutura organizacional da SCC. Disponível em: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/estructura-organizacional/>. Acesso em 16 fev. 2018.

COLÔMBIA. Recurso Extraordinário, SP9243-2017. Disponível em: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/06/Fallo.pdf>. Acesso em 10 fev. 2018.

GARGARELLA, R. O quarto de máquinas das constituições latino americanas. Entre o antigo e o novo. **Nueva Sociedad**, n. 257, Buenos Aires, jul./ago. 2015, p. 96-106.

GILROY, P. **O Atlântico Negro**: modernidade e dupla consciência. São Paulo: 34, 2001.

BRASIL. IBGE. **Os indígenas no Censo Demográfico de 2010**: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça. Disponível em: https://indigenas.ibge.gov.br/images/indigenas/estudos/indigena_censo2010.pdf. Acesso em: 17 jan. 2018.

MAGALHÃES, J. L. Q. Novo Constitucionalismo e superação da Modernidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 66, Belo Horizonte, 2015, jan./jun. 2015, p. 375-394.

ROSA, L. W.; DEVITTE, N.; MACHADO, N. G. Mecanismos e o processo de conquista e colonização da América indígena. **Revista Ameríndia**, v. 12, Fortaleza, dez. 2012, p. 6-15.

STF. **Informativo n. 798**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 22 fev. 2018.

WOLKMER, A. C. **A história do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001.