



**A HISTORICIDADE DE GADAMER COMO PRESSUPOSTO
FUNDAMENTAL PARA O PLURALISMO JURÍDICO NA AMÉRICA LATINA**
*GADAMER'S HISTORICITY AS A FUNDAMENTAL ASSUMPTION FOR LEGAL
PLURALISM IN LATIN AMERICA*

Arthur de Oliveira Souza*

Alsidéa Lice de Carvalho Jennings Pereira**

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de apresentar a hermenêutica de Gadamer, a qual define que toda interpretação depende de uma compreensão, visualizando o fenômeno hermenêutico como uma estruturação para a compreensão do ser. Sendo assim, um dos pressupostos da filosofia de Hans-Georg Gadamer é atribuída a tradição, que reconhece a historicidade como elemento norteador para a nossa interpretação. Por essa razão, utilizará da filosofia de Gadamer como pressuposto para a compreensão do pluralismo jurídico na América Latina. Por isso, propõe-se (i) apresentar o pluralismo jurídico na América Latina; (ii) identificar como a hermenêutica jurídica de Gadamer se apresenta a partir da historicidade e (iii) demonstrar como a historicidade da filosofia gadameriana pode ser visualizada como pressuposto para a compreensão do pluralismo jurídico no contexto latino-americano. Metodologicamente, o trabalho utiliza-se da pesquisa hipotético-dedutiva, a partir da análise qualitativa, descritiva, utilizando-se como procedimentos técnicos a pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Pluralismo Jurídico; Historicidade; Gadamer; Direitos Humanos; América Latina.

ABSTRACT: This work aims to present Gadamer's hermeneutics, which defines that every interpretation depends on an understanding, viewing the hermeneutic phenomenon as a structure for understanding the being. Therefore, one of the assumptions of Hans-Georg Gadamer's philosophy is attributed to tradition, which recognizes historicity as a guiding element for our interpretation. For this reason, it will use Gadamer's philosophy as a prerequisite for understanding legal pluralism in Latin America. Therefore, it is proposed (i) to present legal pluralism in Latin America; (ii) identify how Gadamer's legal

* Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Advogado. Membro do Lugar de Justiça Global e Educação em Direitos Humanos na Amazônia (LAJUSA). E-mail: arthuro.souzaa@gmail.com

** Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA). Advogada. Integrante dos Grupos de Pesquisas LAJUSA CNPq e MinAmazônia CNPq. E-mail: alsidealice@hotmail.com.



hermeneutics presents itself from the point of view of historicity and (iii) demonstrate how the historicity of Gadamer's philosophy can be viewed as a prerequisite for understanding legal pluralism in the Latin American context. Methodologically, the work uses hypothetical-deductive research, based on qualitative, descriptive analysis, using bibliographical and documental research as technical procedures.

KEYWORDS: Legal Pluralism; Historicity; Gadamer; Human rights; Latin America.

1. INTRODUÇÃO

A dinâmica jurídica acaba por possuir uma forte ligação com o papel da interpretação dela – estabelecida a partir do campo da hermenêutica. Nesse sentido, como é sabido, a legislação, jurisprudência, os contratos e outras fontes de manifestações jurídicas acabam por requerer constantemente interpretações visualizando aplicar a lei de modo mais próximo daquilo que se objetiva dentro do direito – a justiça.

Nesse sentido, a hermenêutica jurídica apresenta uma peculiaridade de extrema relevância na medida em que permite a interpretação de determinado ordenamento jurídico, dando-lhe um significado a partir do caso concreto apresentado ao juiz ou intérprete da lei, significado esse que muitas vezes não foi almejado pelo próprio legislador.

A partir desse plano, observa-se de modo inicial que a América Latina tem vivenciado consideráveis mudanças no aspecto político, tendo em vista a mudança político-ideológica fundamentada, principalmente, na ideia de pluralismo jurídico, na crítica aos modelos liberais de Estado, no diálogo entre os países da América Latina e no resgate da emancipação política e econômica visando o seu desenvolvimento. E essas mudanças, considerando que estão inseridas dentro de um ordenamento jurídico, devem ser objetivo de interpretações por parte do intérprete, o que as condicionam para a hermenêutica jurídica a seguir apresentada.

Ocorre que, especialmente a partir dos anos 80, a América Latina começa a verificar um processo de promulgação e reforma de Constituições, nas quais incorporam elementos comuns relativos às matérias privilegiadas nos novos textos constitucionais, principalmente pautadas na garantia de Direitos Humanos, marcando um momento de expansão do Direito Constitucional, no qual alimenta um debate sobre um novo constitucionalismo latino-americano.



A partir dessa perspectiva, verifica-se que a América Latina tem vivenciado consideráveis mudanças no aspecto político, tendo em vista a mudança político-ideológica fundamentada, principalmente, na crítica aos modelos liberais de Estado, no diálogo entre os países da América Latina e no resgate da emancipação política e econômica visando o seu desenvolvimento.

Por isso, cabe a hermenêutica jurídica reconhecer os valores que estão inseridos de modo implícito à letra da lei, tendo o cuidado de que esses valores continuem condicionados para a causa do homem e da sociedade. Sendo assim, o presente trabalho propõe a responder a seguinte pergunta: **Como a historicidade proposta por Gadamer pode ser objeto fundamental para a compreensão do pluralismo jurídico na América Latina?**

Para a exequibilidade da pesquisa a ser desenvolvida, tem-se por base inicial o desenvolvimento de uma pesquisa científica teórica, a qual permite articular conceitos e sistematizar a produção de uma determinada área de conhecimento. Portanto, busca-se criar novas questões em um processo de incorporação e superação daquilo que já se encontra produzido, especialmente ao que cerne a hermenêutica jurídica de Gadamer e o pluralismo jurídico na América Latina.

Para responder o problema apresentado, será utilizado o método hipotético-dedutivo, seguindo a premissa de que esse método inclui a formulação de um problema de pesquisa, a confecção de uma hipótese e o teste de verificação da hipótese, na qual termina por sua comprovação ou negação. Nesse sentido, a partir do problema apresentado, pretende-se verificar como a hermenêutica jurídica, a qual tem a historicidade como pressuposto fundamental para a compreensão de determinada lei pode auxiliar na interpretação, compreensão e aplicação do pluralismo jurídico no contexto latino-americano.

Dessa maneira, quanto ao método e a forma de abordar o problema, a pesquisa se classifica como qualitativa, considerando a base teórica a ser explorada sem a utilização exhaustiva de critérios estatísticos aos quantitativos, pois este método é caracterizado, em princípio, pela não utilização de instrumental estatístico na análise dos dados, o que classifica a presente pesquisa.

Quanto aos objetivos, a presente pesquisa se caracteriza como descritiva, na qual procura conhecer a realidade estudada, suas características e seus problemas, objetivando



descrever com exatidão os fatos e fenômenos de determinada realidade. Desse modo, a partir do arcabouço teórico formado sobre a hermenêutica jurídica de Gadamer, será possível verificar como ela pode ser utilizada como suporte para o alcance do pluralismo jurídico.

Quanto aos procedimentos técnicos, os tipos de pesquisa a serem utilizados serão: a pesquisa bibliográfica, a documental e o jurisprudencial. Dessa maneira, primeiramente, será realizada pesquisa bibliográfica a partir de um compilado de doutrinários sobre o tema a ser desenvolvido, utilizando-se principalmente de artigos no acervo de periódico da CAPES, dissertações sobre o tema, bem como, artigos publicados em revistas temáticas. Assim, a partir da pesquisa bibliográfica poderá se observar as variáveis do problema apresentado.

Além disso, foi escolhida a pesquisa jurisprudencial que consistirá na análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente nos casos Caso Aloeboetoe y Otros Vs. Suriname; Caso Yatama vs. Nicarágua, nos quais houve manifestação da Corte sobre o tema a ser discutido no trabalho. Dessa maneira, a partir dessa análise jurisprudencial, poderá se observar como a historicidade de Gadamer foi (ou não) incorporada na interpretação sobre o pluralismo jurídico.

1. O PLURALISMO JURÍDICO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

Conforme Assis e Vieira (2020), a história da América Latina se caracteriza pela dominação e escravização dos povos colonizados. Em razão disso, as culturas indígenas e dos primeiros povos que aqui habitaram, foram suprimidas, sendo negado a esses povos suas organizações sociais, seus direitos próprios e sua pluralidade cultural.

Em razão do colonialismo, as constituições latino-americanas foram criadas de acordo com o modelo europeu, as quais se preocuparam somente em garantir direitos de cunho individuais, sem quaisquer preocupações com a garantia de direitos que buscassem integralizar os povos e garantir suas respectivas particularidades e pluralidades (ASSIS; VIEIRA, 2020).

Sendo assim, parte dessa população começou a reivindicar a partir de movimentos sociais a busca pelo reconhecimento de seus direitos, contra as forças dominantes e contra conceitos tradicionais, que impossibilitaram o desenvolvimento local na América Latina



(ASSIS; VIEIRA, 2020). De acordo com Caovilla (2015), a América Latina tem vivenciado consideráveis mudanças no aspecto político, tendo em vista a mudança político-ideológica fundamentada, principalmente, na crítica aos modelos liberais de Estado, no diálogo entre os países da América Latina e no resgate da emancipação política e econômica visando o seu desenvolvimento.

Desse modo, observa-se que a América Latina foi atingida por diversas transformações e inovações resultantes do processo de democratização e reestruturação do Estado, marcada até hoje pela desigualdade social e pelo esforço de consolidação de uma política democrática. Sendo assim, é cediço que se trata de um continente repleto de países que passaram por momentos de autoritarismo que implicaram em modificações sociais, políticas e jurídicas. Assim, verifica-se que o grande desafio latino-americano é conseguir romper com a cultura autoritária, consolidando os regimes democráticos e o a garantia aos direitos fundamentais (FREITAS; GURGEL, 2019, p. 53).

Dentro dessa perspectiva, observa-se que a cultura jurídica incorporada na América Latina advém, principalmente, da tradição europeia, representadas pelas clássicas fontes do direito romano, germânico e canônico. Conforme pontua Antônio Wolkmer (2011), as instituições jurídicas são fortemente marcadas pela centralização do poder, formas de democracia excludente, sistema representativo clientelista, experiências elitistas e ausência de grandes massas campesinas e populares. No mesmo sentido, ressalta-se que as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo acabaram por não possibilitar o atendimento das necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como as nações indígenas, as populações afro-americanas, as massas de camponeses agrários e os múltiplos movimentos urbanos (WOLKMER, 2011, p. 147)

Por essa razão, o pluralismo jurídico se apresenta como ferramenta para suprir as lacunas ainda existentes no contexto latino-americano e preencher importantes espaços não alcançados pela tutela estatal. Conforme preconiza Freitas e Gurgel (2019), a realidade apresentada pela América Latina possibilitou a manifestação de alternativas para a superação do processo de colonização, sendo uma delas da própria região e não inspirada em modelos transplantados de outros países, especialmente do continente europeu.



Para Wolkmer (2001), o pluralismo jurídico nasce principalmente pelo reconhecimento da desigualdade dos desiguais:

Ora, o espaço do pluralismo jurídico é onde nasce a juridicidade alternativa. O Estado não é o lugar único do poder político, tampouco fonte exclusiva da produção do Direito. O pluralismo jurídico expressa um choque de normatividades, cabendo aos pobres, como novos sujeitos históricos, lutar para fazer prevalecer seu Direito (p. 203)

Dessa maneira, esse novo caráter com viés pluralista do Estado se manifesta a partir de um regime especial no qual está condicionado a proteger os direitos das culturas ancestrais dos povos indígenas, por exemplo. Em outra ocasião, esse pluralismo pode ser apresentado como princípio para reforçar a democracia contemporânea, bem como, a herança cultural em seus aspectos materiais e intangíveis.

Nesse sentido, a América Latina é uma região rica em matéria de pluralismo jurídico pela sua diversidade cultural. Para Ocampo (2018) este panorama cultural revela que se caracteriza não só por conexões e interconexões entre sistemas de valores, com miscelânea de heranças, mistura de identidades, mas também por contraste entre espaços sociais relativamente homogêneos e espaços sociais onde prevalece a diversidade cultural. Essa afirmação implica dizer que o Direito não deve ser visto apenas pela perspectiva de um “Direito Estatal”, pois não é o único existente considerando as distintas práticas jurídicas como a jurisdição indígena e justiças comunitárias também podem ser reconhecidas como forma de Direito (OCAMPO, 2018, p. 366).

Nos mesmos moldes, observa-se que o pluralismo jurídico pode ser utilizado para alcançar a integração entre as diferentes ordens normativas de sociedades plurais, porém, sua integração sem fusão é o passo inicial para a construção de um Estado plurinacional na América Latina. Sendo assim, é uma tarefa que exige repensar toda a base conceitual e racional do próprio direito, onde os primeiros passos foram dados a partir dos países andinos com a formação do Tribunal Constitucional Plurinacional na Bolívia e os órgãos jurídicos para a articulação entre o Direito Estatal e o Direito Indígena (OCAMPO, 2018, p. 367).

Fajardo (2015) observa que o pluralismo jurídico é fortemente encontrado a partir das Constituições do Equador, Bolívia, Peru, nas quais reconheceram, por exemplo, a jurisdição indígena. Esse reconhecimento permeou o reconhecimento pelo Estado do direito costumeiro e das funções jurisdicionais dos povos indígenas (FAJARDO, 2015, p.



35). Além disso, conforme observa Freitas e Gurgel (2019), o reconhecimento do pluralismo jurídico na América Latina passa por três ciclos constitucionais representados pelo constitucionalismo multiculturalista, posteriormente pelo constitucionalismo pluricultural e, por fim, pelo ciclo do constitucionalismo plurinacional.

Desse modo, importante verificar que o primeiro ciclo, representado pelo constitucionalismo multiculturalista possibilitou uma concepção de multiculturalismo, multilíngue da sociedade e diversidade cultural, onde alguns países reconheceram formalmente em suas constituições a diversidade cultural. No mesmo sentido, o segundo ciclo é caracterizado pelas positivações nas Constituições de direito de caráter individual e coletivo, da identidade e diversidade cultural com apresentação de conceitos como nação multiétnica/multicultural e de Estado Plurinacional. Por fim, o último ciclo é representado pelos processos constituintes da Bolívia e Equador, com fundamento na aprovação da Declaração das Nações Unidas dos Direitos dos Povos Indígenas (FAJARDO, 2015, p. 46).

Com isso, as constituições do Equador e Bolívia se apresentam como emblemáticas para o desenvolvimento do pluralismo jurídico na América Latina ao ponto que inauguraram uma verdadeira reconfiguração e reestruturação do Estado, tendo em vista que essas constituições não apenas declaram direitos, mas traçam os caminhos para sua real efetivação (WALSH, 2009).

Nesse viés, o Estado deixa de ser um agente que apenas protege direito dos povos originários, mas também começa a introduzi-los no campo da estruturação jurídica, política e social naquele território, pois não apenas introduz novos elementos, mas se esforça para construir uma nova lógica e forma de pensar sob os parâmetros desses povos (WALSH, 2009).

Sendo assim, o pluralismo jurídico, enquanto manifestação jurídica, é uma conquista dos movimentos sociais e grupos marginalizados ou excluídos, significativo de países da América Latina a estabelecerem em seus textos constitucionais, sendo fruto de um diálogo intercultural "aparente", em condições de igualdade, e da existência de sistemas regulatórios distintos e paralelos ao direito estadual (OCAMPO, 2018, p. 370).

Dessa maneira, o pluralismo jurídico, enquanto fato jurídico, representa nesse contexto uma ruptura com as normativas liberais incorporadas na América Latina, motivadas principalmente pelo processo colonial. Para além disso, a aplicabilidade do



pluralismo jurídico demonstra a ressignificação do papel do Estado e do ordenamento jurídico, possibilitando a aproximação do Direito da sociedade. Para isso, valoriza-se que o pensamento democrático na América Latina deve ter respostas para a possível contradição entre democracia e sistemas jurídicos alternativos ou simplesmente sistemas coexistentes com o sistema hegemônico.

2. A HERMENÊUTICA DE GADAMER: COMPREENSÃO A PARTIR DA HISTORICIDADE

As reflexões propostas por Gadamer giram em torno ao estudo das condições das possibilidades da interpretação e da compreensão. O autor utiliza dos preceitos formulados por Heidegger para formular uma contraposição entre o saber científico e o saber hermenêutico. A teoria de Heidegger da pré-compreensão e do círculo hermenêutico possibilitou ao Gadamer o desenvolvimento do historicismo a partir do objetivismo, reconhecendo a historicidade do objetivo histórico.

Para Gadamer (1999), a interpretação antes de ser um método é a expressão da situação do homem, pois possibilita ao intérprete que aborda uma obra já está situado no horizonte dessa própria obra. Para o autor, isso vem ser o círculo hermenêutico, pois a interpretação deve ser vista como a elucidação da relação que o intérprete estabeleceu com a tradição de que descende, o que condiciona a hermenêutica do Gadamer a compreensão de um sujeito histórico.

Nesse sentido, observa-se que Gadamer (1999) desenvolve seu método se inspirando na experiência da arte. Em *Verdade e Método*, Gadamer afirma que a obra de arte não oferece apenas uma fruição estética, pois ela também é um encontro de verdade. Por isso, reduzir a obra de arte a uma questão puramente estética é contribuir para os entendimentos da consciência metódica, a qual reivindica um monopólio sobre a noção de verdade, limitando-a àquilo que é cientificamente cognoscível (GRODIN, 2012).

Assim, com o objetivo de pensar esse encontro com a verdade, Gadamer o desenvolve a partir da noção de “jogo”. Para o autor, entender uma obra de arte é deixar-se levar pro seu jogo, no qual somos menos aqueles que dirigem e mais aqueles que são levados ou encantados pela obra, o que nos leva a participar de uma verdade superior (GRONDIN, 2012). Assim, esse jogo se demonstra de extrema relevância para a compreensão de Gadamer, pois ele possibilita que a subjetividade proposta pela



interpretação da obra foge da objetividade, pois o sujeito se encontra engajado em um encontro que o transforma.

Sendo assim, Gadamer ressalta que as variações das interpretações da obra de arte resultam da subjetividade do intérprete e essas variações se demonstram de extrema relevância para a compreensão. Para o autor, a experiência de verdade não deve decorrer tanto da perspectiva pessoal, pois antes de tudo ela decorre da própria obra, que abre os olhos para o que é (GRONDIN, 2012).

É nesses moldes que Gadamer desenvolve os aspectos essenciais da historicidade da compreensão. Assim, Gadamer (1999) afirma que a compreensão de um texto necessita sempre um projetar, ou seja, o intérprete prelimita um sentido do todo. Desse modo, a historicidade é compreendida muito mais como um modo de ser do mundo histórico, onde não há nenhuma consciência sem a presença da história. Por isso, para Gadamer, o ponto central não é como interpretar, o que é interpretado.

Os estudos de Gadamer demonstram que o autor se preocupa em apresentar as condições de possibilidade, isto é, em que medida a compreensão pode ser atingida. Sendo assim, a questão da compreensão se destina a verificar como compreender a compreensão, considerando que somos desde já sempre carregados pela história. Portanto, deve-se afirmar que compreensão deveria ser pensada por meio da historicidade (GADAMER, 1999).

Nessa medida, a reflexão hermenêutica proposta por Gadamer é aquela em que demonstra a influencia da historicidade no nosso conhecer. A partir da história, ela permite verificar em nós qualquer compreensão, em qualquer conhecimento do mundo. Por isso, o principal objetivo a ser alcançado pela hermenêutica seria tematizar a história da compreensão que age sobre cada intérprete. Assim, Gadamer ressalta:

o horizonte do presente não se forma, pois, à margem do passado. Nem existe um horizonte do presente em si mesmo, nem há horizontes históricos que houvera que ganhar. Compreender é sempre o processo de fusão destes horizontes para si mesmo (GADAMER, 1999, p. 376)

Portanto, compreendemos o mundo a partir da nossa capacidade de desenvolvimento da historicidade, pois desde já sempre nos movimentos a partir desse espaço. Na concepção de Gadamer (1999), história e linguagem assumem o papel de meios relevantes, os quais o homem inevitavelmente se entrega. Sendo assim, o não



reconhecimento do peso da história e da linguagem implicaria a negação do fato de que estamos inevitavelmente entregues desde sempre a tal espaço, o que é insustentável (GADAMER, 1999).

A partir disso, Gadamer começa a desenvolver sua hermenêutica a partir do campo normativo. O autor, então, desenvolve relevantes estudos para compreender a diferença entre o jurista e o historiador jurídico a partir de um mesmo contexto ou caso concreto apresentado para ser analisado a partir de um plano normativo.

Nesse plano, Gadamer (1999) ressalta que os protocolos parlamentares não lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei. O autor questiona como buscar o sentido originário da lei e seu respectivo valor, bem como a intenção no momento de sua promulgação.

Como semelhança, Gadamer (1999) aponta como pontos convergentes da hermenêutica do jurista e do historiador jurídico a capacidade de ambos encontrarem uma certa expectativa de sentido imediato, isto é, ninguém possui um acesso imediato ao objetivo histórico capaz de proporcionar objetivamente seu valor posicional. Sendo assim, o historiador realiza a reflexão que orienta o jurista, enquanto que o jurista faz uso da história para compreender o passado do presente, considerando-os como um processo contínuo. Sendo assim, a hermenêutica jurídica de Gadamer busca a ligação entre o passado e o presente.

Em relação às diferenças, Gadamer (1999) aponta que o juiz procura corresponder à ideia jurídica da lei a partir do caso concreto, reconhecendo o significado jurídico da lei e não o significado histórico de sua promulgação. Por outro lado, o historiador jurídico torna-se diferente na medida em que investiga o significado histórico da lei, considerando-a como objeto fruto do Direito e, por isso, precisa ser entendido juridicamente.

A partir dessa perspectiva, é importante observar a relação proposta para a interpretação jurídica a partir dos estudos do Gadamer. Como demonstrado anteriormente, a compreensão pode ser alcançada através da analogia com a obra de arte e, nesse ponto, a concepção gadameriana demonstra que aquele que compreende não escolhe de modo arbitrário um ponto de vista, pois seu lugar já é condicionado



anteriormente. Por isso, para que haja uma real hermenêutica jurídica, deve-se visualizar a lei a partir de um aspecto de igualdade entre todos os membros da comunidade jurídica, pois caso contrário, não há hermenêutica a ser apresentada.

3. A HISTORICIDADE DE GADAMER COMO PRESSUSTO PARA A COMPREENSÃO DO PLURALISMO JURÍDICO NA AMÉRICA LATINA

A partir da perspectiva gadameriana, observa-se que o autor visualiza que o entendimento aparecerá menos como uma atividade do sujeito do que como algo que advém do trabalho da história. Gadamer (1999) destaca que a constante mediação do passado e do presente está na raiz, a qual funde a ideia de “fusão de horizontes”. Nessa perspectiva, Grondin (2012) disciplina que o entender o passado não é sair do horizonte do presente e de seus pré-juízos, pois na verdade é a tradução do passado na linguagem do presente, onde há o encontro do passado com o presente.

Nessa medida, essa fusão do presente com o passado é também uma perspectiva do intérprete com aquilo que ele entende, pois o entendimento é uma experiência tão fusional que não se pode mais distinguir o que provém do objetivo e o que deriva do sujeito que o entende (GRONDIN, 2012).

Somado a isso, Gadamer (1999) disciplina que a fusão com o presente sempre encerra uma parte da aplicação, pois no momento em que entende, o intérprete acaba por incluir algo de sua época, sua linguagem e seus questionamentos. Por isso, entender é aplicar um sentido ao presente, pois para a concepção gadameriana entender nada mais é do que a aplicação de um sentido ao presente.

Sendo assim, é possível então observar a fusão de horizontes considerando a historicidade como pressuposto para o entendimento do pluralismo latino-americano? De certo modo, pode-se dizer que a pluridiversidade que viabiliza o harmonioso diálogo entre os saberes vem se mostrando timidamente possível, a partir de um entendimento histórico e ancestral sobre direitos humanos.

Para demonstrar isso, será utilizado como exemplo dois casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, os quais versam sobre a matéria do pluralismo jurídico nas sentenças proferidas pela referida corte.

Dessa maneira, importante observar que o Caso *Aloeboetoe y Otros vs. Suriname* teve sua primeira sentença publicada em dezembro de 1991, sendo apresentado pela



Comissão em razão de fatos ocorridos no ano de 1998, o que demonstra que a Corte já estava desempenhando esforços para um entendimento próximo ao que se pretendia discutir a partir das reformas constitucionais na América Latina. Em síntese, o caso envolvia agressões sofridas pelas vítimas que acabou por resultar na morte de sete pessoas da mesma comunidade.

No presente caso, considerando que as vítimas eram marrons e pertenciam ao povo Saramaka, foi levado como ponto de discussão dois aspectos relevantes: primeiro dizia respeito à necessidade de que as relações de parentesco e direito consuetudinário familiar fossem levadas em consideração, a fim de determinar os familiares que deveriam ser indenizados por danos materiais e morais decorrentes da violação de direitos. O segundo ponto seria a alegação feita pela Comissão de que a comunidade deveria ser indenizada e não apenas os indivíduos (MOREIRA, 2017).

Em relação ao primeiro ponto de discussão, observa-se que a Comissão alegava o reconhecimento dos costumes do povo Saramaka, sob os seguintes argumentos:

En el caso presente, en cuanto a la determinación de los sucesores de las víctimas, existe disparidad de criterios entre las partes: la Comisión reclama la aplicación de las costumbres de la tribu Saramaca, en tanto que Suriname solicita la aplicación de su derecho civil. La Corte manifestó anteriormente que la obligación de reparar prevista en el artículo 63.1 de la Convención Americana es una obligación de derecho internacional, el cual rige también sus modalidades y sus beneficiarios (supra, párr. 44). Sin embargo, conviene precisar el derecho interno vigente en cuanto al régimen de familia pues éste puede ser aplicable en algunos aspectos (CIDH, 1988).

A Corte, por sua vez, reconheceu que as leis do Suriname sobre direito de família não se aplicam ao Saramaka. Ao entendimento da Corte, as evidências produzidas permitem deduzir que as leis do Suriname nessa matéria não são efetivas com relação a essa tribo, pois seus membros os desconhecem e regem-se por regras próprias e o Estado, por sua vez, não mantém a estrutura necessária para o registro de casamentos, nascimentos e óbitos, requisito essencial para a aplicação da lei surinamesa. Adicionalmente, os conflitos que ocorrem nestas matérias não são submetidos pelos Saramakas aos tribunais Estaduais e a intervenção destes nas referidas matérias, relativamente aos Saramakas, é praticamente inexistente (CIDH, 1993).

Dessa maneira, observa-se que houve por parte da Corte um reconhecimento da existência de um direito consuetudinário Saramaka, o que evidencia uma decisão baseada



em princípios mínimos do pluralismo jurídico, na medida em que reconhece outros modos de governança e organização para além do direito estatal.

No que cerne ao segundo ponto, a Corte rejeitou as alegações apresentadas pela Comissão sob a justificativa de que não havia provas suficientes que demonstrassem que a violação ocorreu por razões sociais, bem como, que decorria de uma relação entre o governo e os Saramaka. No entanto, alegou que a possibilidade de reconhecimento de uma indenização coletiva por dano moral à comunidade poderia ser executada se comprovada a ocorrência de dano direto (CIDH, 1993).

O Caso Yatama vs. Nicarágua, julgado em 2005, discutiu a negação do exercício de direitos políticos a candidatos a prefeito, vice-prefeito e conselheiros pelo partido político indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (YATAMA), que significa “Organización de los hijos de la madre tierra”, nas eleições de 2000, os quais foram impedidos de participar das eleições municipais nas Regiões Autônomas do Atlântico Norte e Atlântico Sul (MOREIRA, 2017).

No caso, discutia-se o direito de participação política das organizações indígenas em vistas das normas de organização do direito consuetudinário, valores, usos e costumes indígenas. Em sede de Comissão, foi alegado que o Estado não previu um recurso que permitisse amparar o direito destes candidatos a participar e ser eleitos nas eleições municipais de 5 de novembro de 2000, e tampouco adotou medidas legislativas ou de outro caráter que fossem necessárias para fazer efetivos estes direitos, em especial, não previu “normas na lei eleitoral a fim de facilitar a participação política das organizações indígenas nos processos eleitorais da Região Autônoma da Costa Atlântica da Nicarágua, de acordo com o direito consuetudinário, os valores, usos e costumes dos povos indígenas que a habitam (CIDH, 2005).

O representante legal de YATAMA disciplina que para participar das eleições municipais de 2000, os candidatos da organização foram elegidos de acordo com a forma de organização das comunidades indígenas a partir de assembleias municipais (CIDH, 2005)

O Estatuto do YATAMA disciplina que a organização YATAMA tem uma forma organizativa própria herdada de seus antepassados, denominada “democracia comunitária”, a qual está baseada em assembleias de comunidades e bairros, assembleias territoriais nos territórios indígenas ou étnicos, e regionais (CIDH, 2005). Sendo assim,



considerando a negativa do Estado ao reconhecimento da forma tradicional a Corte entendeu que a Nicarágua restringiu de modo indevido os direitos políticos, considerando que houve uma imposição de participação exclusiva por meio de partidos políticos, o que violaria os usos, costumes e tradições do grupo envolvido.

No mesmo sentido, a Corte considera que a limitação do Estado e a obrigatoriedade de partido político para a participação nas eleições municipais constitui uma restrição indevida ao exercício de um direito político, que implica um limite desnecessário ao direito a ser eleito. No mesmo sentido, a Corte considerou necessário afirmar que qualquer requisito para a participação política elaborada para partidos políticos, que não possa ser cumprido por agrupamentos com diferente organização, é também contrário aos artigos 23 e 24 da Convenção Americana, na medida em que limita, além do estritamente necessário, o alcance pleno dos direitos políticos e se converte em um impedimento para que os cidadãos participem efetivamente da direção dos assuntos públicos (CIDH, 2005).

Conforme destacado por Moreira (2017), o voto concorrente do juiz Sérgio García Ramírez destaca que para além da apreciação sobre a violação dos direitos de indivíduos, deve-se observar a análise do contexto coletivo. Para o juiz, dentro das características substanciais, os direitos coletivos das comunidades a que pertencem, sua cultura e costumes devem ser levados em consideração para entendimento e resolução dos casos apresentados, tendo em vista que esses dois elementos lhe conferem uma identidade cultural a que tem direito e que afeta diretamente o desenvolvimento pessoal e social daquela comunidade.

Sendo assim, a partir dos casos apresentados, observa-se que a Corte Interamericana a partir das suas jurisprudências vem trilhando um caminho semelhante ao que Gadamer determina sobre compreensão a partir da historicidade, especialmente no que cerne ao reconhecimento da cultura das comunidades indígenas, a qual lhe confere o direito de autodeterminação e organização, atribuindo o histórico ao plano normativo.

O que é isso se não a fusão de horizontes proposta por Gadamer em Verdade e Método? Parece, que o reconhecimento de uma pluridiversidade pautada no campo histórico e ancestral não só é o primeiro passo para o desenvolvimento do pluralismo jurídico na América Latina, mas também o principal, na medida em que a verdade por trás da “verdade” é que ela nunca esteve condicionada ao método objetivador.



Por fim, conforme destacado por Gadamer (1999) a interpretação condiciona uma tarefa árdua em concretizar a lei a partir de cada caso, isto é, a partir de sua aplicação. Na ideia da ordem judicial é suposto que a sentença do juiz não deve surgir a partir de arbitrariedades imprevisíveis, mas vista a partir de uma ponderação justa de conjunto.

4. CONCLUSÃO

O processo de aberturas democráticas vivenciados na América Latina impulsionaram debates relevantes para o contexto jurídico do continente. Em vista do cenário apresentado, observa-se que o contexto de dominação enfrentado pelos grupos minoritários ocasionou na tentativa de um giro epistemológico acerca da estruturação do estado, pautado principalmente nas críticas aos modelos liberais impostos a partir do constitucionalismo moderno.

Ocorre que a existência de um ordenamento jurídico, por si só, acaba por não garantir a finalidade do direito e por isso a existência e a aplicação da hermenêutica jurídica possibilita uma mínima aproximação do direito à justiça. Por isso, ao jurista cabe a tarefa além da mera aplicação da lei ao caso concreto, mas saber interpretá-la com a finalidade de alcançar o justo, principalmente buscando considerar a historicidade que cada ato normativo pode apresentar a partir de determinado contexto jurídico.

Gadamer demonstra que a lei não pode ser vista a partir de um plano normativo e positivista, desconsiderando a interpretação a partir de um plano histórico. Sendo assim, na medida em que há o afastamento da lei de sua finalidade original, ela perde seu compromisso em garantir ou estabelecer um sentido mínimo de aplicação da lei a partir de um viés da historicidade e a partir da perda do seu sentido, essa lei deixa de ter efeitos nos casos concretos.

Por isso, observou-se, a partir do trabalho apresentado, que a historicidade gadameriana se apresenta no contexto da hermenêutica jurídica como elemento interpretativo de fundamental contribuição para a compreensão do pluralismo jurídico na América Latina, na medida em que visualiza a aplicação da lei para além da aplicabilidade normativa dela. A partir da historicidade, o aplicador tem o dever de visualizar a lei sob o viés histórico, caráter esse primordial no contexto dos sistemas plurais de justiça, na



medida em que há a necessidade de reconhecimento de diversos modos de organização dentro de uma mesma sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Fábio José Silva de.; VIEIRA, José Ribas. Do neoconstitucionalismo ao novo constitucionalismo latino-americano: um processo de luta das minorias. In: **Constitucionalismo Latino-Americano: teoria, direitos fundamentais, instituições e decisões**. Organização de Adriano Correa de Sousa *et al.* Rio de Janeiro: Multifoco, 2020.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. Os movimentos sociais na América Latina do século XXI: um novo paradigma. IN: WOLKMER, Antônio Carlos; CAOVILLA, Maria Aparecida. (Org.). **Temas atuais sobre o constitucionalismo latino-americano**. [ebook] São Leopoldo: Karywa, 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Aloeboetoe y otros Vs. Suriname**, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos: 1993.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Aloeboetoe y otros Vs. Suriname**, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos: 1993.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Yatama Vs. Nicarágua**, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos: 2005

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Yatama Vs. Nicarágua**, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos: 2005

FAJARDO, Raquel. Pluralismo Jurídico Y Jurisdicción Indígena em El horizonte del constitucionalismo pluralista. In: **Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade** – aprendendo desde o sul. BALDI, César Augusto (coordenador). Belo Horizonte: Forum, 2015.

FREITAS, Janaina Helena de Freitas; GURGEL, Maria da Graça Marques. **As Perspectivas e Desafios do Pluralismo Jurídico na América Latina**. Suffragium – Revista Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 10, n. 17, jul./dez. 2019, p. 44-64.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer, com revisão de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 1999.





GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

MOREIRA, Eliane Cristo Pinto. **Justiça Socioambiental e Direitos Humanos Uma Análise a partir dos Direitos Territoriais de Povos e Comunidades Tradicionais**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2017.

MOREIRA, Eliane Cristo Pinto. **Justiça Socioambiental e Direitos Humanos Uma Análise a partir dos Direitos Territoriais de Povos e Comunidades Tradicionais**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2017.

OCAMPO, Eduardo Díaz. **El Pluralismo Jurídico en América Latina. Principales Posiciones Teórico-Prácticas. Reconocimiento Legislativo**. Revista De La Facultad De Derecho De México, 68(271), 363–394. (2018).

WALSH, Catherine. **Carta do Equador é intercultural e pedagógica**. Revista Consultor Jurídico. Equador, 27 jun. 2009. Trad. César Augusto Baldi. (Trad. César Baldi).

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo e crítica do Constitucionalismo na América Latina**. Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst. - Curitiba/PR, ABDConst., 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 3ª Edição. Editora Alfa Omega: São Paulo, 2001.