



O Direito extra-europeu é diferente, mas não inferior

Entrevista com
Mario G. Losano

A obra do professor Mario G. Losano é muito conhecida: professor catedrático de Filosofia do Direito e de Introdução à Informática Jurídica na Università del Piemonte Orientale (Itália) e Doutor *honoris causa*, em 2004, pela Faculdade de Direito da Universidade de Hannover (Alemanha), o eminente jurista italiano possui vários vínculos com o Brasil. Em 2002, recebeu o título de Comendador da Ordem Nacional do Cruzeiro do Sul, por méritos culturais. É professor visitante permanente da Universidade Federal da Paraíba e sócio correspondente da Academia Pernambucana de Letras, da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas, da Academia Sergipana de Letras e do Instituto Tobias Barreto de Educação e Cultura. Pode-se ler a respeito de sua obra em seu portal na internet: <<http://www.mariolosano.it>>.

Losano dedicou-se aos grandes nomes da cultura jurídica europeia e foi responsável pela edição crítica em alemão das cartas de Rudolf von Jhering (1818 – 1892), pela edição de um inédito de Kelsen e Umberto Campagnolo, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, e pela tradução para o italiano de obras não só de Hans Kelsen (1881 – 1973) e Jhering, mas também de W. H. Hohfeld. Contudo, em sua obra, toda atenção é dedicada aos direitos africanos, asiáticos e americanos. No Brasil, estão disponíveis *Os grandes sistemas jurídicos* (São Paulo: Martins Fontes, 2007) e o primeiro volume de *Sistema e estrutura no Direito* (São Paulo: Martins Fontes, 2008).

A entrevista foi concedida em português aos professores Pádua Fernandes e Leonel Pessôa.

Prisma Jurídico – A obra *Os grandes sistemas jurídicos* distingue-se de outras congêneres, entre outros motivos, por tratar a América do Sul como objeto de estudo. No prefácio à edição brasileira, traduzida da terceira edição italiana, o professor inclui um prefácio em que estuda a obra comparativista de Clóvis Beviláqua, na qual diferenciava os países criadores e imitadores do Direito. O senhor defende que os países sul-americanos também são criadores.

Mario G. Losano – Clóvis Beviláqua tinha essa opinião, os países sul-americanos não fizeram uma pura recepção passiva.

PJ – Quais seriam as principais criações dos sul-americanos?

MGL – Se se considerar a época em que se começou a criar o Direito sul-americano, a época da independência, começo do século XIX, a principal inovação é a fusão entre o direito público das colônias livres da América do Norte e o Direito Privado tradicional da origem romanista. Fez-se a fusão entre um sistema de Direito Público, próximo da *common Law*, e um de Direito Privado, próximo do europeu continental. Trata-se de dois sistemas muitas vezes considerados incompatíveis. Em grandes linhas, a característica mais típica dos direitos latino-americanos – republicanos, democráticos em geral –, no campo do Direito Privado, é serem vinculados a uma tradição monárquico-imperial da Alemanha, da Áustria... A Alemanha, a essa altura, não era um Estado nacional. Os europeus falam dos Estados americanos como jovens. Na realidade, são mais velhos do que a Alemanha ou a Itália. Na constituição brasileira monárquica havia esse quarto poder, que é o moderador, mas isso é uma peculiaridade daqui. O sistema latino-americano, ao lado do europeu continental, *common law*, indiano, chinês, diferenciava-se por essa fusão de elementos que depois se desenvolveu de forma

autônoma em cada um dos Estados independentes. Diferentemente dos vizinhos dominados pela Espanha, que se fragmentaram nos Estados nacionais que conhecemos hoje, a colônia portuguesa foi a única que ficou unida.

PJ – Ainda sobre Beviláqua, ele caracterizava os direitos sul-americanos como essencialmente democráticos. Acha correta essa análise, embora uma crítica que se fazia à Constituição brasileira de 1891, na sua tentativa de importar instituições norte-americanas, fosse a de que não era democrática?

MGL – Considere que se precisa comparar as idéias com as idéias e a práxis jurídica com a práxis jurídica. A realidade jurídica do século XIX, também das repúblicas, não era democrática, no sentido atual. Na Europa, as repúblicas tinham um direito de voto não-generalizado, restrito somente aos homens, mais especificamente àqueles que tivessem certo nível de propriedade. Passar da situação de colônia de uma monarquia para a de Estado independente com estrutura republicana é, efetivamente, uma transição na direção democrática. Em seguida, o objetivo final pode ser uma instituição democrático-autoritária, democrático-liberal, e se o Estado for pequeno, ter-se-á democracia direta (mas isso é possível somente na Suíça, nos pequenos cantões). São perspectivas democráticas estruturadas de maneira distinta e que dependerão da história de cada país. No regime colonial, existia o princípio que provocou a revolução na América do Norte *no representation, no taxation* – se precisamos pagar impostos, é necessário ter uma possibilidade de representação. Na Constituição de 1812 da Espanha, a representação das colônias era limitadíssima, mais simbólica do que real. Por outro lado, os espanhóis diziam que, se realizassem a estrutura democrática de representar proporcionalmente a população no parlamento das monarquias parlamentares, seria predominante a população das colônias americanas em comparação com a ibérica. Isso, efetivamente, era um pouco

difícil para os espanhóis. Por isso, a representação, também na Constituição de Cádiz, praticamente não tinha os elementos democráticos que hoje seriam considerados fundamentais.

PJ – Ainda sobre a colonização, o senhor, ao falar da Índia, afirmou que o direito inglês serviu mais para dar forma ao direito indiano do que para conferir conteúdo às relações jurídicas. Pode-se dizer que isso ocorreu em outros Estados que saíram da colonização?

MGL – Quais Estados?

PJ – Da Ásia e da África.

MGL – Não. Isso é uma peculiaridade da Índia que, imagino, seja também ligada à posição particular desse país como jóia da coroa britânica. O nível de educação da Índia colonial não era comparável ao das colônias africanas, que foram bloqueadas duas vezes em seu desenvolvimento econômico. A primeira vez, no período da escravidão, quando, constantemente, os europeus, e também os poderes locais, exploravam a população com a venda dos escravos. A segunda ocorreu quando chegou o colonialismo imperialista, de 1850 até o Tratado de Berlim. Já a Índia tinha uma tradição cultural mais antiga do que a da Inglaterra. A própria literatura jurídica da Índia é anterior à romana. O único direito antigo comparável ao romano é o bramânico. Essa posição da Índia como jóia da coroa, com uma cultura própria, com a formação de muitos juristas indianos na Inglaterra, combinava-se com o uso do idioma inglês, que era muito difundido. Como na Índia se falam mais de cento e cinquenta dialetos principais, o inglês tornou-se o idioma unificador das distintas partes desse País. A formação de quadros de nível superior ocorreu nas universidades da Inglaterra. Além disso, deve-se destacar o tamanho da Índia que não permitia utilizar fun-

cionários britânicos em todo o território. A administração da justiça tinha de ser confiada aos próprios indianos. No Direito Privado, o princípio dos ingleses e franceses foi não mexer nas tradições locais. No Direito Público, temos outra história. Na medida do possível, os direitos pessoais e os de família eram deixados aos costumes locais, porque se sabia que esse era um setor em que não seria possível a imposição vinda de fora do País. Exemplo típico desse problema é o da Turquia, de Atatürk, que tentou aplicar o código suíço em 1926. Como resultado, todos se casavam segundo o direito islâmico, e não de acordo com o direito do próprio código civil. De 1926 até hoje foi realizada mais de uma dezena de reformas das leis, porque os filhos não eram reconhecidos. As crianças dos casamentos islâmicos eram perfeitamente legítimas, de acordo com o direito islâmico, mas, segundo o laicismo do código civil, os pais não eram casados e as crianças eram ilegais. Isso não aconteceu na Índia nem na colônia francesa da Argélia, em que o direito de família era o local.

PJ – O senhor mencionou o direito islâmico; as escolas mais ocidentalizantes seriam compatíveis com o direito internacional dos direitos humanos?

MGL – Pouco compatíveis. O cádi, autoridade islâmica, pode impor, para a mesma ação, uma pena de rezar ou uma pena física ou corporal. Isso significa que, de acordo com o julgamento ético do cádi, a incerteza é total. Os direitos humanos são ocidentais e foram moldados segundo o individualismo do Ocidente. Nascidos na época da Ilustração, eles são incompatíveis com um direito que continua medieval até hoje. Temos Estados que reconhecem os direitos fundamentais e ainda praticam a pena capital: os Estados Unidos, por exemplo. No entanto, pense nas penas degradantes. Quase todas as penas do direito islâmico o são: cortar as mãos, chicotear, a lapidação da adúltera... E há também a sexofobia: em comparação com os islâmicos, os católicos são todos uns libertinos. A minha opinião é que a

estrutura tradicional desse direito é incompatível com os direitos humanos. A comunidade islâmica é muito forte. Em todas as outras religiões você tem a possibilidade de entrar e sair. Aqui, a apostasia é proibida. Depois da conversão, a única maneira de sair da religião islâmica é a morte. Você – como católico – pode fazer uma declaração de apostasia e partir para onde quiser, para o agnosticismo racional, o protestantismo, o budismo... O direito islâmico tem uma absoluta falta de flexibilidade para os assuntos religiosos. A religião é o direito; o especialista jurídico, o teólogo. Ele vai aplicar o Corão. No futuro, as correntes mais modernas do Islã chegarão a aceitar as posições ocidentais. No entanto, o que acontece agora, ante a essa possibilidade de aceitar, é uma insurgência ou, como diria Gilberto Freyre, um ressurgimento do velho Islã, incompatível com todas essas coisas. Nesse quadro, a posição atual da Turquia é interessantíssima, porque pode vir a ser a comunidade mediadora entre Oriente e Ocidente. Muitos países islâmicos assinaram tratados internacionais sobre direitos humanos, mas isso não quer dizer nada, pois o Paquistão assinou esses tratados e, ao mesmo tempo, modificou a constituição reconhecendo o direito islâmico no patamar do direito herdado dos ingleses, de maneira que hoje o juiz tem a possibilidade de escolher entre o direito de tradição inglesa e o islâmico, com as conseqüências que se podem imaginar para as mulheres. Assinar o tratado tem uma razão prática: não prejudicar as ajudas internacionais ligadas ao respeito aos direitos fundamentais. Na mão esquerda, os dólares; na direita, o tratado dos direitos humanos. Depois, o tratado vai para a cesta de papéis.

PJ – Como surgiu, em sua obra, a preocupação com a recusa ao etnocentrismo e ao eurocentrismo?

MGL – Essa é uma atitude muito pessoal. Eu viajei muito, e a ideologia tradicional da esquerda socialista democrática é igualitária (e precisa sê-lo não somente no quadro europeu). Se você deseja fazer uma teoria ver-

dadeiramente geral do Direito, precisa não introduzir elementos de avaliação no estudo do direito positivo. Para mim, o Direito islâmico, apesar das críticas que posso fazer, é não-inferior ao ocidental, e sim diferente. Depois de verificar concretamente as diferenças, é possível fazer um julgamento de valor sobre certas instituições jurídicas, mas separando claramente o julgamento de valor do de fato. A primeira consideração é que o direito extra-europeu é diferente, mas não inferior. A segunda, é preciso considerar que os direitos extra-europeus são funcionais em sua própria situação. Por exemplo, os direitos consuetudinários da África são perfeitamente compatíveis com o pequeno comércio intertribal, que era o da atividade econômica local, mas não com o comércio colonial; para ele, nosso direito é melhor.

