

INTERPRETAÇÃO DAS FONTES E PLURALISMO JURÍDICO NO DIREITO ISLÂMICO

INTERPRETATION OF SOURCES AND LEGAL PLURALISM IN ISLAMIC LAW

*INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES Y PLURALISMO JURÍDICO EN EL DERECHO
ISLÁMICO*

Leonardo Almeida Lage¹

Maurizio Oliviero²

Resumo: O artigo aborda o pluralismo jurídico no direito islâmico e suas possíveis implicações para a teoria jurídica. Nesse sentido, apresenta o direito islâmico como ordem jurídica e discute suas fontes, que são o Corão, a tradição do profeta, o consenso dos estudiosos e a analogia. Em seguida, expõe o desenvolvimento das escolas arcaicas do rito sunita em quatro escolas do pensamento jurídico que se consolidaram no final do terceiro século da Hégira, mais ou menos no século X da era cristã, e discute a forma como elas se relacionavam entre si, a fim de explicar por que motivo e em que medida faz sentido dizer que o direito islâmico é caracterizado pelo pluralismo jurídico. Por fim, especula algumas implicações teóricas, entre as quais se destacam o reconhecimento das variações locais do direito, o raciocínio tópico como forma

1 Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

2 Professor titular de Direito Público Comparado da Università degli Studi de Perugia (Itália).

conducente ao pluralismo e a necessidade de estudar a interpretação jurídica desde uma perspectiva histórica.

Palavras-chave: Direito islâmico. Fontes do direito islâmico. Escolas doutrinárias. Interpretação jurídica. Pluralismo jurídico.

Abstract: The article addresses legal pluralism in Islamic law and its possible theoretical implications for legal theory. Accordingly, it presents Islamic law as a legal order and discusses its roots, which are the Qur'an, the Prophet's traditions, the consensus of the scholars, and analogy. It then goes on to expound the development of the Sunni ancient schools into four legal schools that consolidated themselves at the end of the third Islamic century, approximately the 10th Christian century, and discusses the way they relate to each other, in order to explain why, and to what extent it makes sense to say that legal pluralism is one of the main features of Islamic law. Finally, the article speculates on some theoretical implications, including the admission of local variations of the law, topical reasoning as conducive to pluralism, and the need to study legal interpretation from a historic perspective.

Keywords: Islamic law. Sources of Islamic law. Legal schools. Legal reasoning. Legal pluralism.

Resumen: Este artículo aborda el pluralismo jurídico en el derecho islámico y sus posibles implicaciones para la teoría jurídica. En ese sentido, presenta el derecho islámico como orden jurídico y discute sus fuentes, que son el Corán, la tradición del Profeta, el consenso de los estudiosos y la analogía. A continuación, expone el desarrollo de las escuelas arcaicas del rito sunita en cuatro escuelas de pensamiento jurídico que se consolidaron al final del tercer siglo de la Hégira, más o menos en el siglo X de la era cristiana, y discute la forma en la que ellas se relacionaban entre sí, a fin de explicar por qué motivo y en qué medida tiene sentido decir que el derecho islámico se caracteriza por el pluralismo jurídico. Por último, especula acerca de algunas implicaciones teóricas, entre las cuales se destacan el reconocimiento de las variaciones locales del derecho, el razonamiento tópico como forma conducente al

pluralismo y la necesidad de estudiar la interpretación jurídica desde una perspectiva histórica.

Palabras clave: Derecho islámico. Fuentes del derecho islámico. Escuelas doctrinarias. Interpretación jurídica. Pluralismo jurídico.

INTRODUÇÃO

“**U**ma árvore, cujas redes de ramos e galhos resultam do mesmo tronco e raízes; um oceano, formado pela fusão das águas de diferentes rios; uma variedade de fios tecidos em uma única peça; até mesmo os buracos entrelaçados de uma rede de pesca”.³ Com essas metáforas, as pessoas muçulmanas pretenderam explicar a coexistência de opiniões diversas que caracterizam a estrutura geral do direito islâmico. O objeto deste artigo consiste em uma exposição sobre a existência de escolas jurídicas distintas no interior dessa ordem jurídica e sobre a forma como elas se relacionavam, bem como em uma especulação sobre as possíveis implicações teóricas para o pensamento jurídico contemporâneo.

Há uma estória que pode servir como ilustração para o tema que se pretende abordar. Conta-se que, no início do terceiro século da Hégira, o califa abássida Al-Ma'mun, incomodado com os conflitos religiosos que atingiam partes do império islâmico, resolveu convidar os representantes mais ilustres das quatro escolas doutrinárias do direito islâmico, a fim de resolver os impasses causados pela interpretação da fé e de buscar as bases para a unidade do califado e da religião.⁴

Considerando que hanifitas, maliqitas, chafiitas e hanbalistas ainda demorariam um pouco para chegar a Bagdá, Al-Ma'mun decidiu tentar convocar também os sábios que mais admirava e que naquele momento seguiam a Rota da Seda em direção a um local onde pudessem meditar de maneira isolada. Quando todos os representantes se reuniram na Casa do Saber, receberam a notícia de que os

3 COULSON, Noel J. **A history of islamic law**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1964, p. 86, tradução livre.

4 FERREIRA, Odim Brandão. **Laiaali: A universalidade do problema hermenêutico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. Remete-se o leitor ou a leitora a esse livro quanto a todos os aspectos mencionados no texto sobre a história do califa Al-Ma'mun.

sábios não se juntariam a eles, mas haviam enviado ao califa uma correspondência, na qual perguntavam: “por que os representantes dos quatro ritos se julgam os únicos autorizados a decidir questões tão graves como as suscitadas no concílio convocado? Por que não admitir outros modos de pensar, se nem todos os muçulmanos contentam-se com as opções até aqui representadas?”.⁵

Os representantes das *madhabs* iniciaram, então, uma discussão a respeito da sugestão dos sábios de que fossem chamados também os xiitas e os estrangeiros. Os maliqitas opuseram-se à ideia, argumentando em torno da história de vida de Maomé e do interesse público de ordem e segurança. Em seguida, os hanbalitas também manifestaram sua repulsa, em razão da desconfiança que tinham em relação a toda forma de inovação. No dia seguinte, os chafiitas recomendaram limitar a discussão a todos os crentes, mas não aos estrangeiros, pois o consenso da comunidade islâmica solucionaria os problemas. Por fim, os hanifitas ressaltaram a tolerância do Islã e a existência de inúmeras interpretações possíveis para o Corão e concordaram com a sugestão dos sábios.

O califa impressionou-se com o argumento de que os xiitas eram irmãos na fé e deveriam ser chamados. Em contrapartida, sentiu-se convencido de que o interesse público tornava inconveniente o convite aos estrangeiros, mas ponderou que suas ideias poderiam ser alcançadas por meio dos livros reunidos na Casa do Saber. Por fim, declarou um intervalo prolongado para aguardar a vinda dos xiitas.

Encerrada essa discussão, os hanbalitas ensaiaram uma objeção de natureza distinta. Na noite seguinte, lembraram o rigor extremo pelo qual eram conhecidos e questionaram a utilidade daquele debate, cujo ponto de partida seria falho: a razão seria incapaz de resolver os problemas ali colocados; aos homens, caberia apenas se submeterem à vontade de Deus. Depois de muitos dias, o ponto foi retomado com a fala dos discípulos de Shafi'i, que ressaltaram inicialmente o fato de que “O método para compreender os preceitos superiores do Islã tem que ser islamicamente adequado”.⁶ Aduziram que “muitas são as alternativas válidas de interpretação do texto sagrado”,⁷ constituindo um dever dos fiéis a busca do

5 FERREIRA, Odím Brandão, **Laiaali**: A universalidade do problema hermenêutico. p. 20.

6 FERREIRA, Odím Brandão, **Laiaali**: A universalidade do problema hermenêutico. p. 37.

7 FERREIRA, Odím Brandão, **Laiaali**: A universalidade do problema hermenêutico. p. 37.

bem e da verdade. As reuniões seriam válidas, porque refletiriam a ciência. Os representantes das outras escolas limitaram-se a concordar com os chafiitas.

Depois de postergar muito sua decisão, Al-Ma'mun pronunciou-se no sentido de que "a razão representa o traço com o qual o agraciador Deus distinguiu o homem dos demais seres".⁸ Porém a razão deveria ser usada com a finalidade estrita de compreender a revelação e de agir em conformidade com ela.

Superadas as questões preliminares, passou-se ao segundo assunto contido na mensagem dos estudiosos da Rota da Seda: seria um erro tratar as desavenças entre os muçulmanos como um problema teórico que pudesse ser solucionado por sábios reunidos em conselho. Os chafiitas sentiram-se ultrajados, pois a fala contrariava o princípio fundamental defendido por eles: o *igma*, consenso entre os estudiosos. Abandoná-lo acarretaria o risco do retorno ao *ra'y*, isto é, à interpretação pessoal. Os maliqitas também não aceitavam a ideia de que as decisões pudessem decorrer simplesmente do sentimento de justiça dos juízes, porque isso seria incompatível com o interesse público, mas salientaram suas diferenças em relação aos seguidores de Shafi'i, para quem o *igma* não seria um método do direito, mas uma fonte de normas. Os hanifitas concordaram com os sábios, enfatizando a necessidade de autocrítica das limitações humanas e declarando aceitável, na melhor das hipóteses, apenas o consenso entre todos os membros da comunidade. Por fim, os hanbalitas também rejeitaram o consenso como fonte do direito, pois isso significaria equiparar os homens a Deus.

No fim da primavera, coube a Al-Ma'mun concluir os trabalhos. O califa lembrou o motivo alarmante que havia dado ensejo àquela reunião e declarou:

Minha cegueira impedia-me de ver que a beleza do Islã está justamente em reconhecer que a crença no único e protetor Deus não se faz à custa da variedade de suas manifestações sobre a terra, todas de igual mérito. Hanifitas, hanbalistas, maliqitas e chafiitas têm o mesmo valor e não podem ser substituídos uns pelos outros. Fixar entendimentos sobre conceitos abstratos importa pouco; mais importantes mostram-se percorrer a senda do justo e afirmar um único princípio – Deus acima de todos a garantir a cada qual o que lhe é devido. As diferenças no restante são todas suportáveis.⁹

8 FERREIRA, Odím Brandão, **Laiaali**: A universalidade do problema hermenêutico. p. 40.

9 FERREIRA, Odím Brandão, **Laiaali**: A universalidade do problema hermenêutico. p. 61.

Essas considerações parecem oferecer uma introdução interessante para o tema, cuja abordagem será dividida em três tópicos principais. Em primeiro lugar, delinear-se-ão os traços definidores do direito islâmico e de suas fontes, a fim de compreendê-lo como fenômeno propriamente jurídico. Em segundo, analisar-se-á o pluralismo jurídico nessa ordem jurídica, observando as escolas que se desenvolveram em seu âmbito e a forma como elas se relacionavam. Em terceiro, discutir-se-ão especulativamente as implicações teóricas possíveis para o pensamento jurídico contemporâneo, em especial quanto à valorização do direito local, ao raciocínio tópico como forma conducente ao pluralismo e à necessidade de estudar a interpretação jurídica a partir de uma perspectiva histórica. Em conclusão, argumentar-se-á que a compreensão do direito islâmico abre novos caminhos para a pesquisa acadêmica no campo jurídico.

SHARI'A E AS FONTES DO DIREITO ISLÂMICO

De início, cabe perquirir o significado do Islã. Essa palavra, que é central ao discurso jurídico islâmico, deriva do verbo *aslama*, que significa "aceitação", "submissão". Portanto, em seu sentido original, o Islã é um exercício de aceitação, de submissão. Contudo o Islã pode igualmente ser compreendido como *Din-Daulah*.

De um lado, *Din* refere-se à religião. Nesse sentido, a cultura islâmica determina uma série de regras que disciplinam a relação fideísta entre os indivíduos e Deus. São basicamente cinco regras que constituem "os pilares do Islã". A primeira é a aceitação da fé, o testemunho de que "só há um Deus, e Maomé é o Seu Profeta".¹⁰ A segunda regra corresponde à afirmação ritual dessa crença em cinco preces diárias que devem ser feitas pelo crente em posição direcionada a Meca. A terceira é a obrigação moral de dar esmola, "doações tiradas da própria renda para certos fins específicos: para os pobres, os necessitados, o socorro aos endividados, a libertação dos escravos, o bem-estar dos viajantes".¹¹ A quarta regra é o jejum no mês do Ramadã, aquele em que o Corão foi revelado, que corresponde mais ou menos ao mês de agosto, dependendo da inclinação do

10 HOURANI, Albert. **Uma história dos povos árabes**. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 201.

11 HOURANI, Albert. **Uma história dos povos árabes**. p. 202.

sol. Nesse período, os muçulmanos devem abster-se de comer, beber e praticar relações sexuais entre o nascer e o pôr do sol, com algumas exceções “para os que se encontram muito debilitados fisicamente, os doentes mentais, os ocupados em trabalho pesado ou na guerra, e os viajantes”.¹² Por fim, a última regra, que deve ser cumprida pelo menos uma vez ao longo da vida do fiel muçulmano, é a peregrinação a Meca.

De outro, *Daulah* remete ao Estado, aqui compreendido em sentido amplo, envolvendo também o ordenamento jurídico. O conceito de Estado, no modelo ocidental, refere-se precipuamente a uma coletividade organizada estavelmente sobre um território; seus elementos constitutivos, por conseguinte, são o povo, o território e a soberania. Diversamente, no mundo islâmico, embora se mantenham o povo e a soberania, o conceito de Estado manifesta uma ideia supranacional. Por esse motivo, o direito islâmico consiste no conjunto de regras que rege todos os adeptos da fé islâmica, independentemente de onde se encontrem.¹³ Nesse sentido, explica Salem Hikmat Nasser:

O direito islâmico, uma vez que não é uma ordem normativa criada por um Estado ou por outro poder político, não está destinado a vigor e ser aplicado em um território específico sobre o qual opera tal poder, pelo menos em princípio. Um Estado ou um governo só pode pretender aplicar o direito islâmico que, por definição, antecede o Estado e deve sobreviver depois dele, para e no seu território.¹⁴

O direito islâmico abrange todos os aspectos da vida humana, não apenas aqueles que interessam à sociedade e ao Estado,¹⁵ estabelecendo obrigações religiosas, morais e jurídicas, sem diferenciá-las precisamente. Tanto é assim que o árabe, língua franca do direito, não contém palavra para as noções distintas do moral e do jurídico.¹⁶ Dessa maneira, a *shari'a*, que em tradução literal significa “via a seguir”, prescreve aos crentes como devem agir. No entanto não funciona

12 HOURANI, Albert. **Uma história dos povos árabes**. p. 202.

13 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

14 NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, dez. 2012. Sem paginação. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200014&lng=pt&nrm=iso. Acesso: 30 ago. 2014.

15 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An introduction to comparative law**. 3. ed. Trad. Tony Weir. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 304.

16 HALLAQ, Wael. **An introduction to islamic law**. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 19.

por meio do código binário que caracteriza o direito moderno: as condutas não são simplesmente qualificadas como legais ou ilegais, mas se classificam em cinco graus distintos – há comportamentos obrigatórios, recomendáveis, neutros, repreensíveis e proibidos.¹⁷

O direito islâmico não é dado ao homem pronto, mas “deve ser ativamente construído com base naqueles textos sagrados que são suas fontes reconhecidas”.¹⁸ Assim, compete à ciência do direito (*fiqh*) determinar de maneira precisa as regras de conduta dos muçulmanos. Em sua maior parte, é construída por especialistas, por meio de processos lógicos de dedução a partir das fontes do direito, voltados à finalidade de compreender a vontade de Deus. Na metáfora islâmica tradicional, a ciência do direito é como uma árvore: “as quatro fontes são as raízes, a Lei revelada é o tronco, os ramos constituem as soluções especiais deduzidas da lei revelada”.¹⁹

Desse modo, o *fiqh* veio a determinar o corpo do direito islâmico, que é deduzido de suas fontes. Enquanto a *shari'a* é fixa e imutável, a ciência do direito muda e desenvolve-se de acordo com as circunstâncias em que ele se aplica. Isso também em razão da natureza das normas que o constituem: a *shari'a* tem um conteúdo de modo geral vago, ao contrário do *fiqh*, que é caracterizado por princípios explicativos, a demonstrações de como as normas genéricas da lei islâmica podem se aplicar nas diversas circunstâncias.

A primeira e mais importante fonte do direito islâmico é o Corão. Nele se encontra a revelação de Deus ao profeta Maomé, por intermédio do anjo Gabriel. Trata-se, na visão dos muçulmanos, de um texto complexo e completo.²⁰ O Corão contém 114 capítulos ou *suras*, subdivididos em versículos e dispostos em ordem que não corresponde à cronologia, mas à extensão – do mais longo ao mais curto, sistemático que, no início, gerou problemas de aplicação.²¹ Não é um livro jurídico, mas uma mistura de história sagrada, máximas filosóficas, regras

17 KHADDURI, Majid. Nature and sources of islamic law. In: **The George Washington Law Review**, v. 56, 1953-1954, p. 8-9.

18 WEISS, Bernard. Interpretation in islamic law: The theory of ijthihad. In: **The American Journal of Comparative Law**, v. 26, 1978, p. 206, tradução livre.

19 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 119.

20 OLIVIERO, Maurizio. I paesi del mondo islamico. In: CARROZZA, Paolo; GIOVINE, Alfonso Di; FERRARI, Giuseppe F. (org.). **Diritto costituzionale comparato**. Roma: Laterza, 2009, p. 554-582.

21 OLIVIERO, Maurizio. I paesi del mondo islamico.

ritualísticas. Entre seus 6200 versículos, cerca de 500 contêm regras jurídicas,²² “muito insuficientes para regular as relações entre os muçulmanos, algumas instituições fundamentais do Islã não sendo sequer mencionadas”.²³

A segunda fonte consiste na tradição do profeta (*sunna*), que corresponde aos atos e às falas do profeta, registrados a partir dos relatos de testemunhas confiáveis e recuperados por narrativas transmitidas em cadeias ininterruptas de comunicação (*hadith*). O silêncio do profeta também poderia fazer parte da *sunna*, pois, para alguns, em especial para os maliquitas, ele representaria a concordância tácita com as práticas da cidade de Medina.

A terceira fonte é o consenso da comunidade (*igma*). Ela não foi aceita sem alguma resistência, porque existia o medo de que pudesse se caracterizar como legislação pelos homens. No entanto a validade do consenso como fonte do direito é atribuída a uma fala do profeta, segundo a qual seu povo jamais concordará em um erro. Na prática, não se fazia necessária a unanimidade entre todas as pessoas, mas somente entre os estudiosos.²⁴

Por fim, a analogia e o raciocínio a contrário senso (*qiyas*) são considerados a última fonte do direito islâmico. A analogia caracteriza-se como um método, por meio do qual o jurista chega à norma jurídica.

Como arquétipo para todo argumento jurídico, *qiyas* são consideradas compostas por quatro elementos, quais sejam: (1) o novo caso exigindo uma solução jurídica [...]; (2) o caso original que pode ser encontrado declarado nos textos revelados ou sancionado pelo consenso; (3) a *ratio legis*, ou o atributo comum tanto ao caso novo quanto ao original; e (4) a norma jurídica que deve ser encontrada no caso original e que, em razão da similaridade entre os dois casos, deve ser transposta para o novo caso.²⁵

O exemplo típico refere-se ao vinho, que é explicitamente proibido pelo Corão. Diante dessa constatação, surge a pergunta quanto ao suco fermentado de tâmara. Considerando que a *ratio legis* é o atributo da intoxicação, presente

22 GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi giuridici comparati**. 3. ed. Torino: UTET, 2008, p. 344.

23 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 410.

24 SCHACHT, Joseph. **An introduction to islamic law**. Oxford: Oxford University Press, 1982, p. 33-35.

25 HALLAQ, Wael. **An introduction to islamic law**. p. 22-23, tradução livre.

em ambas as bebidas, o jurista pode concluir que, “assim como o vinho, o suco fermentado de tâmara é proibido em razão de sua qualidade inebriante”.²⁶

A analogia é também a mais polêmica e problemática das fontes,²⁷ em especial quanto à extensão de seu emprego, “sendo controverso se é perscrutável a razão que Deus observou promulgando determinada norma”.²⁸ De toda maneira, geralmente se diz que as analogias podem partir apenas de exemplos contidos nos textos sagrados, não existindo nada no direito islâmico comparável ao princípio do *stare decisis* da *common law*. Assim, “todo *qiyas* deve estar fundado em um *asl*, caso de referência, que é uma citação direta do Texto. Isso gera a não transitividade do *qiyas*; não se pode tomar como argumento a conclusão de uma argumentação precedente, não é possível compor as argumentações”.²⁹ Christian Plantin cita uma alegoria utilizada para justificar essa restrição:

Al-Ghazâli justifica essa proibição comparando o trabalho de inferência ‘ao trabalho de alguém que tenta encontrar, na praia, conchas que se assemelhem. Tão logo encontre uma concha que se parece com a original, ele lança fora a original e se põe a buscar uma concha que se assemelhe à segunda, e assim por diante. Quando tiver encontrado a décima, não ficará surpreso ao constatar que ela é totalmente diferente da primeira da série’.³⁰

Além das quatro fontes usualmente reconhecidas do direito islâmico, parece relevante conhecer também dois outros elementos, que se caracterizam como fontes secundárias ou instrumentos de interpretação e “que podem incidir sobre a construção jurídica, ainda que seja impossível quantificar ou delimitar com precisão o âmbito de sua operatividade”.³¹ O primeiro é a *istihsan*, que reflete a opinião discricionária do jurista, guiada pela sua noção de adequação ou de equidade; um meio hermenêutico empregado pela escola dos hanifitas, mas rechaçada pelos chafiitas.³² O segundo é a *istislah*, que consiste em considerações sobre o interesse público, ressaltadas pelos maliquitas.

26 HALLAQ, Wael. **An introduction to islamic law**. p. 23, tradução livre.

27 OLIVIERO, Maurizio. I paesi del mondo islamico.

28 GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi giuridici comparati**. p. 344, tradução livre.

29 PLANTIN, Christian. **A argumentação: História, teorias, perspectivas**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2008, p. 139.

30 PLANTIN, Christian. **A argumentação: História, teorias, perspectivas**. p. 139.

31 GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi giuridici comparati**. p. 344, tradução livre.

32 GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi giuridici comparati**. p. 344; SCHACHT, Joseph. **An introduction to islamic law**. p. 37.

Como visto, quinhentos versículos do Corão não eram suficientes para resolver todos os casos que se apresentassem ao juiz. Por isso, fez-se necessário um esforço interpretativo para que se pudessem alcançar os melhores palpites a respeito de como resolver determinado caso. Esse esforço interpretativo é denominado *ijtihad*.³³ Como salienta Rodolfo Sacco, "Se em sede teórica se dirá que toda a *shari'a* é revelada e é destituída de lacunas, no âmbito da verdade histórica se deve dizer que o direito islâmico é criação dos doutos; é, antes, o exemplo mais típico de criação doutrinária do direito".³⁴ Sobre a *ijtihad* e o papel dos doutores da lei na construção do direito, cabe mencionar a lição de Bernard Weiss:

Estritamente falando, não é o Direito como tal que é interpretado, mas em vez disso as fontes do direito. O Direito como um produto topicamente organizado finalizado consistindo em regras formuladas em termos precisos é o *resultado* da interpretação jurídica; ele se coloca no final, não no começo, do processo interpretativo. Mesmo assim, não seria aceitável falar daqueles que interpretam as fontes como se em qualquer sentido estivessem criando o direito. É muito mais apropriado referir-se a esses intérpretes como alguém que *descobre* o direito. A teoria da *ijtihad* pressupõe que o processo de produção de regras é um processo de elucidação daquilo que está *presente*, mas ainda não autoevidente. Em princípio, o jurista muçulmano nunca inventa regras; ele formula, ou tenta formular, regras que Deus já decretou e que estão ocultas nas fontes. Essas regras, que constituem o Direito de Deus ideal, existem objetivamente acima e além de todos os empreendimentos jurídicos.³⁵

Essa característica, em alguma medida paradoxal do direito islâmico, permitiu que ele fosse elaborado pelos estudiosos ao longo do período formativo. Foi graças ao *figh* islâmico que ele evoluiu e adaptou-se às circunstâncias históricas que foram progressivamente se instalando, até que no século X da era cristã – correspondente, de forma aproximada, ao quarto século da Hégira – se passasse a afirmar o princípio de que as soluções consolidadas pelas quatro principais escolas jurídicas seriam imutáveis, em razão do "fechamento dos portões da *ijtihad*".³⁶ Esse princípio, por vezes, é contestado,³⁷ o que não convém analisar

33 NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação.

34 GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi giuridici comparati**. p. 344, tradução livre.

35 WEISS, Bernard. Interpretation in islamic law: The theory of *ijtihad*. p. 200, tradução livre.

36 GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi giuridici comparati**. p. 345, tradução livre.

37 Para uma crítica à afirmação de que os portões da *ijtihad* fecharam-se, cf. HALLAQ, Wael B. Was the

neste texto. De toda forma, o direito islâmico manteve o pluralismo jurídico, sobre o qual se falará no tópico a seguir.

AS ESCOLAS DOUTRINÁRIAS E O PLURALISMO JURÍDICO NO DIREITO ISLÂMICO

A estória que introduz este artigo ilustra um aspecto relevante do direito islâmico. Todos os juristas concordavam que o livro sagrado era uma fonte do direito, contendo revelações infalíveis. Esse acordo, contudo, era limitado, pois o Corão, além de conter algumas disposições contraditórias, não provê orientação para legislação futura. Isso provocou várias controvérsias, sobretudo quanto às fontes e quanto aos métodos do direito.

Joseph Schacht lembra que o direito islâmico não existia no tempo de vida de Maomé: “ele veio gradualmente à existência durante o primeiro século do Islã”.³⁸ Schacht sustenta que o nascimento do direito islâmico coincide com a evolução das escolas jurídicas e do *fiqh* praticado por elas, enfatizando o elemento humano, correspondente à obra dos juristas, para a determinação do ordenamento, e minimizando a relevância da revelação e da obra do profeta. Hourani explica que no período dos primeiros califas e dos omíadas, aconteciam dois processos paralelos, que resultaram na pluralização do direito islâmico. De um lado, os governantes e seus delegados, os *qadis*, “ministravam a justiça e decidiam disputas levando em conta os costumes e as leis existentes nas várias regiões”.³⁹ De outro, estudiosos muçulmanos perseguiram o objetivo de elaborar um sistema ideal de conduta humana, interpretando as palavras do Corão e as memórias da comunidade.

Durante os anos iniciais do Islã, esses dois processos permaneceram em grande medida separados. Tanto o público em geral quanto os governantes respeitavam

gate of ijtihad closed? In: **International Journal of Middle East Studies**, v. 16, n. 1, mar. 1984.

38 SCHACHT, Joseph. Law and justice. In: HOLT, P. M.; LAMBTON, Ann K. S.; LEWIS, Bernard. **The Cambridge history of Islam**. v. 2B. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 542, tradução livre. Em sentido contrário, afirmando que o direito islâmico foi colocado em prática imediatamente após a morte do Profeta Maomé, cf. GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world**. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 200.

39 HOURANI, Albert. **Uma história dos povos árabes**. p. 100.

os especialistas pios, cuja autoridade provinha de sua “preocupação sincera com o ideal de uma vida de acordo com os ditames do Islã”.⁴⁰ Esses estudiosos desenvolveram-se, ao longo do segundo século da Hégira, “naquilo que pode ser chamado as escolas arcaicas do direito, um termo que não denota qualquer organização definitiva, nem uma uniformidade rígida da doutrina no interior de cada escola, nem qualquer ensino formal, nem mesmo a existência de um corpo jurídico”.⁴¹ Essas escolas, como eram ligadas a seu território de referência, adotaram regras diferentes em contextos geográficos diversos, espalhando o conceito de direito metaestatal, com o qual se definiu a *shari’a*. As diferenças entre elas podem ser atribuídas a fatores geográficos, “tais como variações locais nas condições sociais, direito costumeiro, e prática”,⁴² mas não a desavenças perceptíveis sobre princípios e métodos:

As escolas arcaicas compartilhavam não apenas uma atitude comum à prática omíada e, é claro, um corpo considerável de direito positivo religioso, mas o essencial de uma teoria jurídica, cujo conceito central era a ‘tradição viva da escola’. Essa ideia dominou o desenvolvimento do direito islâmico e da ciência jurídica durante todo o segundo/oitavo século. Retrospectivamente, aparecem como a *sunna* ou ‘precedentes bem estabelecidos’, ou ‘prática’ (*amal*) ou ‘prática antiga’ (*amr qadim*). Essa ‘prática’ reflete parcialmente o costume da comunidade local de muçulmanos, mas também contém um elemento teórico ou ideal, de modo que veio a significar *sunna* normativa, o uso como ele deve ser.⁴³

Logo após a transferência da expressão “*sunna* do Profeta” de seu contexto político e teológico para o contexto jurídico, as falas e os atos de Maomé assumiram a forma de tradições formais (*hadith*), que eram colocadas em circulação pelos chamados tradicionalistas.⁴⁴ Com isso, surgiu a primeira cisão entre dois grupos mais bem definidos: de um lado, os adeptos do *ra’y*, que atribuíam maior importância às opiniões dos juristas; de outro, os tradicionalistas, que superavam as tradições vivas das escolas arcaicas e rejeitavam a interpretação humana e a opinião pessoal, reclamando a necessidade de identificar narrativas sobre a biografia do profeta

40 SCHACHT, Joseph. Law and justice. p. 549, tradução livre.

41 SCHACHT, Joseph. Law and justice. p. 550, tradução livre.

42 SCHACHT, Joseph. Law and justice. p. 549, tradução livre.

43 SCHACHT, Joseph. Law and justice. p. 553-554, tradução livre.

44 SCHACHT, Joseph. Law and justice. p. 554-555, tradução livre.

transmitidas por cadeias ininterruptas de pessoas confiáveis.⁴⁵ A suspeita era mútua: “os adeptos de *ra'y* duvidavam de que os adeptos de *hadith* fossem competentes para decifrar a lei divina; os adeptos de *hadith* duvidavam até mesmo de que os adeptos de *ra'y* fossem propriamente muçulmanos”.⁴⁶

De acordo com Hourani, “O passo decisivo na definição das relações entre as diferentes bases para decisões legais foi dado por al-Shafi'i (767-820)”,⁴⁷ que fez prevalecer a tese essencial dos tradicionalistas de que as tradições formais do profeta suplantam as tradições vivas das escolas arcaicas. Para Shafi'i, “mesmo o Corão deveria ser interpretado à luz dessas tradições, não o contrário”.⁴⁸ Com efeito, a compreensão das passagens contrastantes contidas no livro sagrado era feita sempre por meio da regra da ab-rogação, de acordo com a qual uma revelação posterior pode ab-rogar ou modificar em parte uma anterior. A *sunna*, ao incorporar um relato da vida de Maomé, oferece uma interpretação ou uma indicação cronológica das revelações.⁴⁹ O consenso dos estudiosos tornou-se irrelevante para Shafi'i, que retrocedeu à tese de que somente o acordo atingido por toda a comunidade muçulmana sobre determinado assunto encerra a questão para sempre,⁵⁰ o que posteriormente viria a ser modificado por seus discípulos.

“Tudo isso deixou nenhum espaço para o exercício discricionário da opinião pessoal, e a razão humana foi restringida, segundo a tese de al-Shafi'i, a fazer inferências corretas e a atingir conclusões sistemáticas das tradições”.⁵¹ Essa foi uma realização pessoal, que fez com que os discípulos e os seguidores de Shafi'i constituíssem a primeira escola do pensamento jurídico do direito islâmico, a dos chafiitas. Gradualmente, o processo de personalização do direito aprofundou-se e também as escolas de Kufa e de Medina transformaram-se de acordo com a fidelidade a um mestre e à sua doutrina: a primeira, formada pelos hanifitas, deriva seu nome de Abu Hanifa (700-767); a segunda, representada pelos maliquitas, refere-se a Malik ibn Anas (711-795). Por fim, a escola dos hanbalitas recebe seu nome de Ibn Hanbal (780-855).

45 SCHACHT, Joseph. **An introduction to islamic law**. p. 34-35.

46 MELCHERT, Christopher. **The formation of the sunni schools of law, 9th-10th centuries C.E.** Leiden; New York; Köln: Brill, 1997, p. 198.

47 HOURANI, Albert. **Uma história dos povos árabes**. p. 101.

48 SCHACHT, Joseph. *Law and justice*. p. 559, tradução livre.

49 OLIVIERO, Maurizio. *I paesi del mondo islamico*.

50 HOURANI, Albert. **Uma história dos povos árabes**. p. 102.

51 SCHACHT, Joseph. *Law and justice*. p. 560, tradução livre.

Segundo Schacht,⁵² a ideia de continuidade inerente à *sunna*, somada à necessidade de justificar teoricamente a confiança instintiva no consenso da maioria, levou à projeção das tradições vivas a figuras do passado. Observa-se, por conseguinte, que uma das características centrais das escolas doutrinárias é a criação de um eixo de autoridade em torno do qual a metodologia é construída. Esse eixo é o fundador, o jurista-mestre, também chamado de *iman*.⁵³ De acordo com Hallaq, o que torna uma escola doutrinária uma *madhab* é “esse caráter de doutrina autoritativa cuja fonte última é presumida ser o jurista-mestre absoluto, o fundador”.⁵⁴

Chega-se, assim, ao estágio final de desenvolvimento das escolas do rito sunita, que se consolidou por volta do século X da era cristã em torno destas quatro denominações: hanifitas, maliqitas, chafiitas e hanbalitas. Considerando a existência de divergências entre elas, torna-se necessário compreender o modo como se relacionavam, para que ao final seja possível consignar por que faz sentido falar em pluralismo jurídico no direito islâmico.

Inicialmente, houve violência entre os seguidores das diferentes *madhabs*; assim, por exemplo, “em Bagdá, durante o período abácida, o shafismo e o hanafismo tinham dado seus nomes a facções urbanas que lutavam umas com as outras”.⁵⁵ De fato, em razão das circunstâncias de seu surgimento, as escolas representavam sistemas hostis e concorrentes. Segundo Coulson, as escolas arcaicas de Kufa e de Medina, que posteriormente transformaram-se nas escolas dos hanifitas e dos chafiitas, compreendiam suas divergências como resultado da separação geográfica, o que se alterou no califado abássida:

As escolas originais de Medina e Kufa, conscientes do fato de que seu direito refletia a prática local, de início aceitaram diferenças de doutrina como naturais e inevitáveis; mas sob o ímpeto da política abássida para criar uma ordem de Estado e sociedade que desse expressão completa à ética religiosa islâmica, as duas escolas passaram a defender seus respectivos sistemas como possuidores de uma validade não confinada a uma localidade particular, mas universal para os muçulmanos. O conflito de princípios jurídicos produziu então os sistemas opostos dos chafiitas e dos hanbalitas, e até o final da segunda metade do século

52 SCHACHT, Joseph. **An introduction to islamic law**. p. 31.

53 HALLAQ, Wael. **An introduction to islamic law**. p. 34.

54 HALLAQ, Wael. **An introduction to islamic law**. p. 35, tradução livre.

55 HOURANI, Albert. **Uma história dos povos árabes**. p. 215.

IX as quatro escolas adotaram uma atitude polêmica e intolerante em direção uma às outras ao disputarem reconhecimento como a expressão superior da lei de Deus.⁵⁶

O desenvolvimento da teoria jurídica no final do século IX da era cristã contribuiu para arrefecer as tensões entre as escolas: “Com sua aceitação geral do esquema básico das fontes do direito e com a percepção de sua identidade de propósitos que isso produziu, a hostilidade competitiva gradualmente deu lugar à tolerância mútua”.⁵⁷ Levando em consideração que as opiniões extraídas das fontes reconhecidas do direito por meio da *ijtihād* contêm uma probabilidade de correção, mas não uma certeza sobre a lei de Deus, os juristas partiam do pressuposto de que a conclusão de seu adversário poderia ser correta.⁵⁸

Nesse contexto, as escolas ortodoxas do direito islâmico praticavam a tolerância mútua, assimilando em alguma medida a postura das escolas arcaicas, que consideravam normais as diferenças geográficas, e acolhendo a máxima, que remonta ao segundo século da Hégira, segundo a qual o desacordo seria um sinal da graça divina. O consenso funcionava como princípio integrativo, que permitia às escolas fazer concessões recíprocas e reduzir progressivamente as diferenças entre elas. Muitas vezes, uma escola buscava aproximar-se de outra a partir de suas próprias premissas. Em última análise, “a simbiose existente entre as diferentes escolas foi reconhecida e ratificada pela doutrina clássica do *igma*”.⁵⁹ Suas interpretações eram igualmente válidas e seus métodos eram igualmente legítimos.⁶⁰

Desse modo, uma vez cessadas as hostilidades entre as escolas, “o desenvolvimento da doutrina naturalmente exibiu traços de influências cruzadas entre elas. Porém, embora esse processo frequentemente resultasse em uma assimilação superficial dos detalhes do direito, ele raramente afetava as características básicas dos diferentes sistemas”.⁶¹ Por esse motivo, conquanto alguns autores afirmem que as diferenças entre as escolas jurídicas sunitas eram

56 COULSON, Noel J. **A history of islamic law**. p. 86-87, tradução livre.

57 COULSON, Noel J. **A history of islamic law**. p. 88-89, tradução livre.

58 QURAIISHI, Asifa. Interpreting the Qur'an and the constitution: similarities in the use of text, tradition, and reason in Islamic and American jurisprudence. In: **Cardozo Law Review**, v. 28, n. 1, 2006, p. 71.

59 COULSON, Noel J. **A history of islamic law**. p. 89, tradução livre.

60 SCHACHT, Joseph. **An introduction to islamic law**. p. 67-68.

61 COULSON, Noel J. **A history of islamic law**. p. 93, tradução livre.

irrelevantes quando comparadas aos acordos que compartilhavam – a exemplo de Hourani, para quem “havia algumas divergências entre as *madhabs*, mas a maioria era de menor importância”⁶² –, “muitas questões que fornecem distinções nítidas entre uma escola e outra dificilmente podem ser classificadas como pontos subsidiários de detalhes”.⁶³

O indivíduo muçulmano “pode aderir à escola de sua escolha ou alterar sua fidelidade sem nenhuma formalidade; ele pode até mesmo, por uma questão de conveniência por qualquer razão pessoal, em relação a qualquer ato específico ou transação adotar a doutrina de uma escola diferente daquela que habitualmente segue”.⁶⁴ Todo fiel deve prestar adesão a uma escola,⁶⁵ pois, se tem consciência de que não é capaz de derivar regras de conduta das fontes do direito, tem de recorrer “àqueles que são mais capazes de entender os textos sagrados”.⁶⁶ Esse procedimento recebe o nome de *taqlid* (imitação) e permite uma escolha entre as visões variadas representadas por cada uma das escolas jurídicas do sunismo. Enquanto a *ijtihad* refere-se à arte de deduzir uma norma jurídica de sua fonte original, o *taqlid* refere-se à fase sucessiva, aquela da adoção acrítica de ações e de opiniões erigidas por outros, sem perquirir as razões. O fundamento racional do *taqlid* é, assim, o conhecimento a que chegaram os grandes juristas muçulmanos, de que pode mais ser superado pelo estudo das escrituras sacras. Como consequência, espera-se dos juristas não mais a individualização de novas normas, mas somente a explicação, a aplicação e a interpretação da doutrina elaborada anteriormente, tida como perfeita.

Apesar dessa faculdade que as pessoas leigas tinham para seguir qualquer uma das *madhabs*, faz-se necessário ter em linha de conta a tendência das escolas de assumirem certa preponderância em determinadas regiões. Diversos fatores condicionaram a distribuição geográfica delas, em especial a influência dos centros de ensino, a imposição oficial pelas autoridades políticas ou a adoção por certa população de forma concomitante à sua conversão ao Islã por

62 HOURANI, Albert. **Uma história dos povos árabes**. p. 218.

63 COULSON, Noel J. **A history of islamic law**. p. 97, tradução livre.

64 SCHACHT, Joseph. **An introduction to islamic law**. p. 67-68, tradução livre.

65 GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi giuridici comparati**. p. 346, tradução livre.

66 WEISS, Bernard. *Interpretation in islamic law: The theory of ijthihad*. p. 207, tradução livre.

intermédio do contato com missionários ou comerciantes.⁶⁷ Dessa maneira, “o direito hanifita veio a predominar no Oriente Médio e no subcontinente indiano, o direito maliquita no norte, no leste e no centro da África e o direito chafiita no leste da África, no sul da Arábia e no sudeste da Ásia”.⁶⁸ Embora não tenha adquirido dominância em nenhum território específico, mais recentemente a escola hanbalita foi adotada pela Arábia Saudita.

Não obstante a divisão geográfica, “o direito de um muçulmano de ser governado pelas leis de sua escola, pelo menos em questões de status pessoal, está além de qualquer disputa”.⁶⁹ Esse é o sentido que o sistema jurídico islâmico concede à noção de liberdade religiosa. Em razão disso, mesmo quando estão vinculados a determinada *madhab*, os tribunais não se mostram refratários à aplicação de regras definidas por outra escola. Diante disso, pode-se dizer que o resultado é o pluralismo jurídico no direito islâmico e a aceitação de certo grau de incerteza na elaboração e na aplicação das leis.

INFLUXOS TEÓRICOS

Conforme visto, o direito islâmico desenvolve-se topicamente por meio da interpretação (*ijtihad*) de suas fontes (*usul*). As proposições normativas não resultam da atividade legislativa estatal, mas são apresentadas por especialistas com autoridade decorrente de seu conhecimento, de sua notoriedade e de seu pertencimento a uma escola doutrinária. Suas opiniões são consideradas objetivas: embora não expressem com certeza a lei divina, que é inalcançável pela razão humana, representam uma probabilidade. Fatores subjetivos não podem ser introduzidos na deliberação jurídica, porque não são opiniões baseadas nos textos sagrados, mas inovações reprováveis (*bid'a*).⁷⁰

No final do período formativo do direito islâmico, por volta da segunda metade do terceiro século da Hégira, consolidaram-se quatro escolas doutrinárias com pensamentos significativamente diferentes: os hanifitas, que tinham uma

67 COULSON, Noel J. **A history of islamic law**. p. 101.

68 COULSON, Noel J. **A history of islamic law**. p. 101, tradução livre.

69 COULSON, Noel J. **A history of islamic law**. p. 183, tradução livre.

70 WEISS, Bernard. *Interpretation in islamic law: The theory of ijtihad*. p. 206.

tendência mais liberal na interpretação das fontes; os maliquitas, que davam maior importância às tradições do profeta; os chafiitas, que em alguma medida faziam uma síntese das duas posições anteriores; e os hanbalitas, que propunham uma interpretação mais estrita dos textos sagrados.⁷¹ Essas escolas, após um período inicial de certa violência, passaram a conviver em razoável harmonia: apesar das discordâncias, os juristas preferiam a divergência à uniformidade, pois viam isso como expressão da graça divina. Dessa maneira, a relação entre elas fundava-se sobre o princípio da tolerância mútua.

Essas divergências eram articuladas por dois mecanismos principais. O primeiro é o reconhecimento das diferenças locais, com certa distribuição geográfica das correntes de pensamento. Isso contribuiu para tornar o direito islâmico adaptável às diversas comunidades em que ele se aplica. O segundo é o consenso, que funciona como um princípio integrativo. Como visto, o *igma* permitia às escolas chegarem a determinados acordos partindo de suas próprias premissas, tornando inócuas as diferenças que não pudessem ser eliminadas. Além disso, reconheciam as interpretações dos adversários como igualmente válidas e permitiam aos fiéis escolher entre elas, ainda que houvesse um vínculo mais rígido para os juristas.

Se o pluralismo jurídico for assumido como uma virtude institucional, o que depende em alguma medida da renúncia a certo grau de certeza representado no jargão jurídico pela segurança jurídica e do reconhecimento da existência de regras operativas diversas aplicáveis a uma mesma situação de fato, cabe perquirir sobre os influxos teóricos conducentes à variabilidade do direito legados pela tradição sunita.

Considerando a experiência do direito islâmico abordada nas páginas precedentes, o pluralismo jurídico pode ser perseguido por meio da atribuição de maior importância às diferenças locais e da reorganização dos formantes do direito, modificando suas posições recíprocas. Isso implicaria admitir a coexistência de regras diferentes regulando uma mesma matéria. Exemplificativamente, no campo do direito privado, as partes poderiam escolher um juízo arbitral que conscientemente desse preferência a determinada corrente interpretativa, resultando em uma sentença válida ainda que contrária a determinados aspectos da lei em sentido estrito.

71 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. p. 121-122.

Sob outra perspectiva, a forma como as regras jurídicas foram elaboradas por meio da ciência do direito (*figh*) poderia apontar para o raciocínio tópico de matriz aristotélica. Desde um ponto de vista interno, o direito islâmico ortodoxo não parece recomendar a recuperação da tópica da mesma maneira como foi realizada pelos precursores da teoria da argumentação jurídica, sobretudo Chaïm Perelman, porque o direito islâmico contém uma pretensão de sistematização, isto é, de constituição de um corpo coerente de doutrinas,⁷² ausente na obra daquele autor. Segundo a interpretação dos estudiosos muçulmanos, as proposições jurídicas não constituem lugares-comuns (*topoi*) a partir dos quais se pode construir um argumento persuasivo, mas regras que devem ser obedecidas pelos adeptos da fé islâmica. Os muçulmanos podem escolher a escola de sua preferência e por qualquer motivo adotar a doutrina de outra escola para determinada transação. Contudo, uma vez iniciado um ato jurídico, a mesma doutrina deve ser seguida até sua conclusão, não sendo permitida a combinação.

Sob o ponto de vista externo, contudo, não há como negar certa semelhança entre a interpretação das fontes no direito islâmico e o raciocínio tópico aristotélico. Nesse sentido, de acordo com Plantin, um *hadith*, que é composto de uma proposição que remete aos atos e às falas de Maomé e de uma garantia constituída pela sequência de nomes dos transmissores, pode ser compreendido como “um *topos* substancial, como os que foram coletados nas compilações de lugares comuns (‘commonplace books’) do Renascimento, com a ressalva de que os *ahadith* têm uma legitimidade exclusivamente religiosa”.⁷³ Com efeito, à semelhança da tópica em Aristóteles, as fontes do direito islâmico parecem consistir em depósitos de argumentos utilizados para justificar determinada asserção formulada pelos juristas no exercício de sua ciência (*figh*). Entretanto, ainda que o direito islâmico tenha sofrido a influência da cultura helenística,⁷⁴ essa informação não é suficiente para afirmar um vínculo direto entre as ideias de Aristóteles e os métodos interpretativos dos muçulmanos, apesar da possibilidade de identificar algumas semelhanças.

Tendo em conta, ainda, a noção de consenso como o ponto de inflexão que permite a convivência de opiniões conflitantes, pode-se deduzir a necessidade

72 SCHACHT, Joseph. **An introduction to islamic law**. p. 201.

73 PLANTIN, Christian. **A argumentação: História, teorias, perspectivas**. p. 134.

74 SCHACHT, Joseph. **An introduction to islamic law**. p. 20-21.

de um princípio integrativo que funcione como uma ponte de transição entre as posições divergentes, reconhecendo a falibilidade dos seres humanos sem abandonar a pretensão de correção do direito. Na teoria do direito contemporânea, uma das ideias desenvolvidas para “tornar possível obter acordo quando o acordo é necessário e para tornar desnecessário obter acordo quando o acordo é impossível”,⁷⁵ sem adotar uma abordagem que especifique um valor simples e unitário, consiste em perseguir concordâncias superficiais quanto ao resultado de determinado caso concreto, em torno dos quais agentes com posições distintas possam convergir a partir das premissas de suas próprias correntes de pensamento. Essa é a proposta do minimalismo judicial construído por meio de acordos incompletamente teorizados, na perspectiva defendida por Cass R. Sunstein. Mesmo que esse projeto tenha sido criticado teoricamente,⁷⁶ pode ser apontado como uma possível reformulação contemporânea e sofisticada da noção de consenso contida no direito islâmico.

Sem desconsiderar essa possibilidade, o estudo do direito islâmico, em cujo âmbito foram desenvolvidas técnicas rebuscadas de interpretação, em diversos aspectos semelhantes àquelas que se discutem hoje, e o exercício da comparação parecem apontar com muito mais força para a necessidade de olhar para as práticas interpretativas desde uma perspectiva histórica. As concepções atuais sobre a interpretação da constituição e das leis podem não ser o reflexo do estágio último de evolução da ciência jurídica ou a sublimação da razão humana, mas o resultado de processos e de contingências históricas que podem ter envolvido jogos de poder que precisam ser conhecidos, tal como se pode observar no Islã.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ofato de que o direito islâmico utiliza categorias completamente diferentes daquelas contidas no modelo ocidental contemporâneo parece indicar que ele proporciona influxos interessantes para reflexão e possibilita o distanciamento necessário para

75 SUNSTEIN, Cass R. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford; New York: Oxford University Press, 1996, p. 8, tradução livre.

76 Para uma abordagem de algumas dessas críticas, cf. LAGE, Leonardo Almeida. **Os limites da aplicação judicial do direito constitucional**: entre o direito como integridade e acordos incompletamente teorizados. 2013. 94 f. Monografia (Bacharelado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

enxergar com algum estranhamento práticas naturalizadas no contexto jurídico mais imediato. Se é certo que existem diversas possibilidades teóricas a partir do exercício da comparação, o nível incipiente de conhecimento sobre o tema torna ainda muito difícil apreendê-las precisamente, a não ser de modo especulativo.

O presente artigo teve por objetivo trazer à luz o pluralismo jurídico que caracteriza o direito islâmico e discutir quais são as implicações teóricas que podem ser plausivelmente extraídas a partir dessa aproximação, sobretudo da compreensão que os juristas muçulmanos desenvolveram a respeito da interpretação de suas fontes.

Para alcançar esse objetivo, abordou-se a ordem normativa islâmica como um fenômeno propriamente jurídico, desenvolvido por estudiosos por meio da interpretação das fontes do direito, que são o Corão, as tradições do profeta, o consenso dos estudiosos e a analogia. O resultado desse processo é a *shari'a*, que é o conjunto de regras religiosas, morais e jurídicas que os fiéis estão obrigados a seguir.

Em seguida, expôs-se a forma como as escolas arcaicas do direito, que se dividiam entre os adeptos da interpretação pessoal e os adeptos das tradições, transformaram-se nas escolas jurídicas que se consolidaram em torno de quatro correntes de pensamento, representadas pelos hanifitas, maliquitas, chafiitas e hanbalitas. Essa abordagem permite esclarecer por que razão e em que medida faz sentido dizer que o direito islâmico é caracterizado pelo pluralismo jurídico.

Finalmente, foram esboçadas de maneira hipotética algumas discussões teóricas que podem ser suscitadas contemporaneamente a partir de um movimento de progressiva afinidade com o direito islâmico. Nesse sentido, discutiu-se brevemente o papel que a valorização das diferenças locais e que a reorganização dos formantes legais, doutrinários e jurisprudenciais podem ter para a construção de um ordenamento jurídico mais plural. Em seguida, considerou-se a possibilidade de que a coexistência de perspectivas distintas pudesse ser atribuída a uma forma de raciocínio tópico de matriz semelhante àquela aristotélica e sugeriu-se que o consenso como princípio integrativo pode encontrar uma formulação contemporânea sofisticada na proposta de acordos incompletamente teorizados.

Tais observações permitem apontar para a utilidade do direito comparado como uma estratégia para a compreensão dos princípios fundamentais que orientam as ordens jurídicas contrapostas. Em especial, no caso da experiência do direito islâmico, pode-se conceber uma abordagem esclarecedora e inovadora sobre as perspectivas do pluralismo jurídico, ainda que as condições sociais, culturais e religiosas que permitiram a convivência razoavelmente harmônica entre as *madhabs* não se reproduzam em todas as sociedades. De toda maneira – e este parece ser o ponto central do trabalho –, o estudo do direito islâmico cria um campo novo para a pesquisa jurídica, apontando, entre outros caminhos, a necessidade de enfrentar o problema da interpretação jurídica a partir de uma perspectiva histórica.

REFERÊNCIAS

- COOK, Michael. **The Koran: A very short introduction**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2000.
- COULSON, Noel J. **A history of islamic law**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1964.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- FERREIRA, Odim Brandão. **Laiaali: A universalidade do problema hermenêutico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi giuridici comparati**. 3. ed. Torino: UTET, 2008.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world**. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- HALLAQ, Wael. **An introduction to islamic law**. New York: Cambridge University Press, 2009.
- HOURANI, Albert. **Uma história dos povos árabes**. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- KHADDURI, Majid. Nature and sources of islamic law. In: **The George Washington Law Review**, v. 56, 1953-1954, p. 3-23.

MELCHERT, Christopher. **The formation of the sunni schools of law, 9th-10th centuries C.E.** Leiden; New York; Köln: Brill, 1997.

NASSER, Salem Hikmat. Direito islâmico e direito internacional: os termos de uma relação. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200014&lng=pt&nrm=iso. Acesso: 30 ago. 2014.

OLIVIERO, Maurizio. I paesi del mondo islamico. In: CARROZZA, Paolo; GIOVINE, Alfonso Di; FERRARI, Giuseppe F. (Org.). **Diritto costituzionale comparato**. Roma: Laterza, 2009a, p. 554-582.

OLIVIERO, Maurizio. Il diritto islamico. In: PEGORARO, Lucio. **Glossario di diritto pubblico comparato**. Roma: Carocci, 2009b.

OLIVIERO, Maurizio. Islam e democrazia. In: GIOVINI, Alfonso di; SICARDI, Stefano. **Democrazie imperfette**. Torino: Giappichelli, 2005.

PLANTIN, Christian. **A argumentação: História, teorias, perspectivas**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2008.

QURAIISHI, Asifa. Interpreting the Qur'an and the constitution: similarities in the use of text, tradition, and reason in Islamic and American jurisprudence. In: **Cardozo Law Review**, v. 28, n. 1, 2006, p. 67-121.

SCHACHT, Joseph. **An introduction to islamic law**. Oxford: Oxford University Press, 1982.

SCHACHT, Joseph. Law and justice. In: HOLT, P. M.; LAMBTON, Ann K. S.; LEWIS, Bernard. **The Cambridge history of Islam**. v. 2B. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 539-568.

SUNSTEIN, Cass R. **Legal reasoning and political conflict**. Oxford; New York: Oxford University Press, 1996.

WATT, William Montgomery. **A short history of Islam**. Oxford: Oneworld, 1996.

WEISS, Bernard. Interpretation in islamic law: The theory of ijihad. In: **The American Journal of Comparative Law**, v. 26, 1978, p. 199-212.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An introduction to comparative law**. 3. ed. Trad. Tony Weir. Oxford: Oxford University Press, 1998.

Recebido em: set/2015

Aprovado em: set/2015