

# DIREITO ISLÂMICO – DIREITO CANÓNICO

*Momade Imran Mhomed Hanif<sup>1</sup>*

## RESUMO

Na Shariah, Lei Divina existem separações entre os ramos de Direito, ao contrário do que muitos autores escrevem, há separações no direito público e o direito privado, porém não é visível e clarificado ao comum dos mortais, porque conforme disse Abu Baqr Al-Jazairi, para conhecer o Islão é preciso conhecer minuciosamente a Shariah, e, nunca apenas ler alguns artigos e escrever sobre a Shariah e desmistificando-a sem razão aparente.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito Islâmico, Direito Canônico, Democracia, Multiculturalismo.

«Ó adeptos do Livro! Vinde pronunciar uma palavra comum a nós e a vós! Quer dizer que não adoramos senão Allah e não lhe associamos ninguém, que não utilizamos nenhuma outra divindade excepto Allah»<sup>2</sup>.

«A Lei Divina (Shariah) é a essência do Islão, e não há Islão sem Lei, por isso Shariah e Islão não são corpos monolíticos, e têm de ser explicados conjuntamente»<sup>3</sup>.

«É ao jurista que, chamado a colaborar na formulação do direito, compete moderar o entusiasmo dos políticos, dominados por preocupações de eficiência padronizadora».

«É ao jurista, encarregado da aplicação do direito, que cabe não perder a intenção de diuturnamente actuar a promessa encerrada na Constituição».

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciência Política e Relações Internacionais junto à Universidade Nova de Lisboa: Faculdade de Ciências Sociais e Humanas. Licenciado em Direito Islâmico.

<sup>2</sup> Surat «A Família de Imran», 3:64, Corão Sagrado.

<sup>3</sup> Al Jazairi, Abu Baqr, *Aqidatul mumin*, Dar Al-Marifah 1995, p.5.

«É ao jurista teórico que incumbe o dever de, nas suas construções, se fazer eco do grito de alarme de moralistas, sociólogos e politólogos».

«Se tal fizer, o Estado de Direito poderá continuar a ser no mundo de hoje uma ideia carregada de sentido; e, em vez do baço domínio da lei, estender-se-á a rule of law»<sup>4</sup>.

Na Shariah, Lei Divina existem separações entre os ramos de Direito, ao contrário do que muitos autores escrevem, há separações no direito público e o direito privado, porém não é visível e clarificado ao comum dos mortais, porque conforme disse Abu Baqr Al-Jazairi, para conhecer o Islão é preciso conhecer minuciosamente a Shariah, e, nunca apenas ler alguns artigos e escrever sobre a Shariah e desmistificando-a sem razão aparente.

Não se pode sequer comparar a Lei Divina (Shariah) ao Direito comum, porém é possível fazer uma analogia aos dois tipos de Direito

A Shariah é a lei divina que se completa com a Sunna/ ahadith (as acções e ditos de Mohamad-ver anexo), Ijmá e Qiáss (citado anteriormente).

A Shariah é um caso único, isto porque foi construído independentemente – e não invulgarmente até em oposição ao poder do Estado e dos seus governantes –, clarificadas por escolas jurídicas, os Mazaib: Hanafi, Maliqui, Shafi e Hanabila<sup>5</sup> (no mundo sunita) e jafari (no mundo xiita) e não desenvolvidas, como é citado por alguns autores internacionais e nacionais, que não conhecem o Islão, isto porque estas escolas jurídicas não desenvolveram nada, apenas juntaram o conhecimento que estava espalhado e, devem, estes ser louvados por juntarem e clarificarem o conceito de Islão e não louvados por desenvolverem o Islão, porque o Islão é derivado directamente de Deus, ou seja a Lei Divina foi toda ela revelada a Mohamad, cujo o estado é eterno e inalterável.

«A lei islâmica é um corpo totalmente abrangente de deveres religiosos, onde as ordens de Allah regulam a vida de cada muçulmano em todos os seus aspectos»<sup>6</sup>.

Esta engloba, de forma igual, «ordenações relativas à oração e ritual, bem como ordenações políticas e normas legais».

---

<sup>4</sup> Soares, Rogério Ehrhardt – *Direito Público e Sociedade Técnica*, p.188.

<sup>5</sup> Estas escolas jurídicas derivam da interpretação que cada fundador dessas “escolas” teve do Islão, porque todas as interpretações derivam da Sunna do Profeta Mohamad e, assim, cada escola tem uma forma diferente de ver e estudar o Islão exceptuando o jafari que é xiita. A escola jurídica maliqi (implantada na África Ocidental e Magrebe), a escola hanafi (implantada na Turquia, sub-continentes indiano, Reino Unido e EUA), a escola hanabila (implantada no Golfo Pérsico) e por fim a escola shafi (implantada na África Oriental, Indonésia e Malásia).

A escola jafari (xiismo dodecimal ou duodecimano).

<sup>6</sup> Schadt, Joseph, *Introdução à Lei Islâmica*, 1962, p.83.

Desta forma a lei islâmica é a súpula do pensamento islâmico, a mais típica manifestação do modo de vida islâmico.

O Islão olhava e olha o conhecimento da lei como um conhecimento estritamente importante e único, sendo impossível compreender o Islão sem antes compreender a lei islâmica<sup>7</sup>.

É apenas por hábito – e por comodidade algo rotineira – que a História académica e didáctica começa nos primórdios da Humanidade, e se vai desenrolando cronologicamente, sucessivamente, até os nossos dias. Na verdade, o ofício historiográfico, assim como a nossa própria compreensão individual do passado, começa realmente no nosso presente, e deste, com as suas preocupações e lunetas, com suas luzes e sombras, parte em direcção ao desvendamento que nos precedeu<sup>8</sup>.

Sem completamente rompermos com esse hábito – o que equivaleria a árduas rupturas – vamos tentar olhar apenas para a situação a que, no Direito, chegámos, para, a partir desse balanço brevíssimo e apenas a traços muito largos e algo impressionistas, dirigirmos o nosso olhar indagador para o passado. Afirmando as nossas pré-compreensões, e não as ocultando ou simplesmente pressupondo de forma tácita.

O nosso presente é, aliás, uma dessas épocas “interessantes”, em que o estado quase crónico de profunda crise nos permite melhor compreensão do que nas épocas tranquilas, de História “fria” e feliz... A crise implica crítica<sup>9</sup>...

Estamos também num tempo de aparente triunfo do Direito.

Em poucas épocas como esta em que nos é dado viver terá sido tão altissonantemente proclamada a apoteose do Direito e da Justiça. Nem mesmo o Iluminismo racionalista, nem o Positivismo sociologista<sup>10</sup>, no seu optimismo, ousaram espalhar de forma tão declamatória a boa nova de uma juricidade para os Homens, finalmente com eles reconciliada. Ou eles a ela finalmente aderindo.

E todavia, o pequeno batel do Direito voga hoje num oceano enganador: espelha este o céu e promete calma e utópico porto, mas é todo feito de traição e tormenta. Mais: O Direito hodierno vagueia em grande medida à deriva, perigosamente, entre Cila e Caríbdis.

Ora, nesta tempestade tormentosa, não conseguimos deixar de relembrar as palavras do coro ante a indecisa sorte da nave de Otelo: Or´saffonda or s´incela. O Direito e o seu destino deparam-se-nos entre extremos.

---

<sup>7</sup> Ibidem p.83.

<sup>8</sup> Papini, Giovanni- Gog. Trad. Port. de Souza Júnior, Lisboa, Livros do Brasil, s/d p.47 ss.

<sup>9</sup> Pereira, Miguel Baptista – *Crise e Crítica*, in “Vértice”, vol. XLIII, nº 456/7,p.100 ss. Coimbra, 1983.

<sup>10</sup> Ao longo deste capítulo, far-se-ão alusões a correntes filosófico – jurídicas e metodológico – jurídicas com as quais, infelizmente, o normal debutante dos estudos jurídicos poucas vezes teve a sorte de já ter contacto. Perspectiva filosófica, Cunha, Paulo Ferreira – *Filosofia do Direito. Primeira Síntese*, Coimbra, Almedina, 2005, p.131 ss e 193.

Este vai-vém é signo da encruzilhada do Direito no presente: ir a pique na sua total descaracterização (e de algum modo também imprestabilidade, futilidade ou banalização), ou reencontrar-se como coisa sagrada, das mais sagradas coisas dos Homens (*humanarum et divinarum rerum notitia* – pois já assim, até em contacto com o divino, o tinham os Romanos).

Nem sempre se tem sabido conciliar e compreender estes dois termos da sua qualificação mais essencial.

O tempo presente é o momento de confluência e agonismo de dois discursos míticos, verdadeiros discursos legitimadores (sejamos capazes desde já de também submeter a crítica à crítica), que reflectem em lugar do Direito e da sua realidade, imagens que servem pressupostos ou preconceitos ideológicos.

Cila é o discurso do positivismo, apesar de tudo o grande Adamastor que ainda ordena, quase omnipotente, nas águas turvas da realidade concreta; Caríbdis é um subtil monstro feito sereia tentadora de novidades, e sobretudo de severa desmontagem do dado: com ou sem rótulos.

Curiosamente, os dois abismos parecem partilhar, nos tempos que correm, pelo menos as dimensões não axiológicas do mundo jurídico: se o terreno dos factos é império do legalismo positivista, o das normas e dos textos (e das teorias sobre essas entidades normativas) vai sendo invadido por novas teorias, nem sempre sensatas e em muitos casos só aparentemente generosas<sup>11</sup>.

E contudo, a ideia da síntese, da *coincidentia oppositorum*, da união dos contrários, desde que juntando apenas o que de positivo neles há, continua a ser uma enorme tentação. Julgamos que um direito para os nossos dias é outra coisa, e está algures noutra lugar, para além dos lugares comuns em que o desejam acantonar. Provavelmente um novo Direito se poderá colher num lugar de síntese entre o clássico da melhor cepa e o pós-moderno capaz de desconstruir e voltar a construir, recordando a desconstrução, e submetendo a nova construção ao mesmo crivo crítico.

Um dos legados doutrinários mais nefastos do positivismo jurídico foi o de fazer crer à opinião corrente (e mesmo aos próprios juristas) que o Direito seria uma ciência, se não exacta, pelo menos positiva, e que o ponto de vista da lei seria sempre única ou última palavra de tal saber. Ora o próprio judicialismo provou que afinal é o juiz, designadamente o constitucional, quem detém realmente essa última palavra. Contudo, o clima intelectual criado pelo imponente edifício lógico e repressivo do

---

<sup>11</sup> Muitas teorias críticas começaram por detectar e atacar muitos podres, e anunciaram até generosamente uma nova era, novas políticas, novos paradigmas, que são sem dúvida muito tentadores. O problema terá sido o aproveitamento do novo modernismo por velhos modernismos. Se o pós-modernismo for uma mescla de *iúpis* sem idade e *hippies* serôdios, então não será quase nada, não pode ser quase nada. E ora uns ora outros protagonizam, ao que parece essa ideia “nova” que assim se torna em algo de envelhecido à partida (traído, decerto), não por si mas pelo que lhe colam ao rosto, e sobretudo à alma, Em defesa de postmodernidade autónoma, cf, Cunha, Paulo Ferreira da – Pensar o Direito. II. Da Modernidade à Postmodernidade, Coimbra, Almedina, p.17-42.

juspositivismo estribou essa burocracia impenetrável e inflexível que se esconde sempre no aforismo “ São ordens”, ou, mais letradamente, *dura lex sed, lex*. E arrastou consigo a ideia, algo inconsciente, subliminar (inculcada por uma estratégia retórica não inocente nos manuais e nos tratados – muitos com conceitos e pré-conceitos que se vão reproduzindo de psitacismo em psitacismo) de que em Direito quase não haveria lugar para posições e disputas (e de novo martela nos ouvidos o *dura lex, sed lex*), e muito menos para especulações. O que é totalmente falso: veja-se o agonismo próprio de todo o direito em acção (*law in action*), com o debate diário, constante, nos tribunais! Se o direito fosse a plácida aplicação da lei, não haveria Direito.

Daí o afã em repetir-se (o que em teoria até poderá nem ser descabido, mas no contexto tem intenções pouco puras), por exemplo, que a Filosofia do Direito seria apenas Filosofia, e jamais Direito. Toda esta concepção nega o carácter intrinsecamente dialéctico da arte jurídica, e a sua essencial imanência, que é, desde os Romanos, a de uma “filosofia verdadeira”, uma filosofia prática, ou, talvez dito melhor, uma prática de filosofia prática. O que implica, por vezes, e evidentemente, uma prática teórica.

Do mesmo modo que os negadores da realidade do movimento dos corpos são (desde a Grécia clássica) contraditados pela simples trivialidade e transcendência de darmos um prosaico passo, e que os adversários da filosofia no Direito já professam, por isso mesmo (e mesmo sem o quererem, ou ignorando-o), uma filosofia (a positivista), assim também é inapelável que a análise a que estamos procedendo não pode ser inocente.

É óbvio que visa ela a objectividade, mas, nestas matérias sensíveis, a objectividade tem como condição paradigmas, pressupostos, operadores interpretativos que, não radicando no sujeito, todavia pelo intérprete passam.

O que está determinado em última instância o direito que efectivamente hoje temos (e isso nem é novo na História), não será, de forma simplista, a base económica, as infra-estruturas produtivas e as relações de produção consequentes, apesar da enorme importância do económico, que apenas um idealismo ingénuo poderá negar. Poder-se-á contudo talvez afirmar que a determinação do jurídico, hoje, provém do social (cuja importância na contemporaneidade se agigantou), e que, no vasto campo do social, será no domínio das representações colectivas, e do imaginário (do mítico, também) que mais se poderá colher de essencial nessa determinação.

As mutações económicas ocorridas no século passado (XX) tiveram, naturalmente, respostas ao nível do jurídico. Todavia, o papel e o sentido da juridicidade modificaram-se profundamente, porventura não tanto em contacto com as novas realidades económicas, mas frente a uma nova inserção no social e no sócio-mítico. Esta é talvez a chave para a compreensão de todas as reflexões que faremos a seguir.

Não cabe aqui uma análise das transformações profundíssimas que, depois da primeira, e sobretudo depois da segunda guerra mundiais, mudaram por completo não só a face da Europa, como do Mundo e do lugar daquela no planeta<sup>12</sup>.

Para o Direito retiram-se algumas constantes e vectores característicos deste brave new world, que nele vão profundamente influir. Muitos deles são tópicos por demais conhecidos. A expansão da democratização, ideal generoso e eticamente valioso, redundou frequentemente em massificação, destruição de elites, diminuição de rentabilidades (tanto culturais como produtivas – escravos e gentes sem-direitos produzem em bruto mais, e permitem a uns tantos ócios, até criadores... Recordemos só o poema de Brecht, Perguntas de um operário Letrado, e talvez mais subtilmente, o de Sophia de Melo Breyner, Retrato de uma Princesa Desconhecida.) e ritualismo ou alheamento dos actos civis e políticos, que descaracterizou o seu ideal ético.

Como pano de fundo, assistiu-se, até aos anos oitenta-noventa do século XX, a um abalar de certezas que redundou em séria crise simbólica e social geral. Mesmo alguns sinais de recuo ulteriores parecem serem quiçá ainda mais preocupantes: pois podem infelizmente mais não revelar que efémera moda e espírito de contradição de uma nova geração, contestatária dos contestatários, hoje instalados nos seus dogmas, outrora revolucionários... A um derruir de valores<sup>13</sup> pode seguir-se um recuperar atrítico e fanático do que de mais dogmático e imprestável o leque de opções tradicional comportava. Ou seja, aquilo que houvera sido um ganho no desmoronar (ao menos parcial) de uma ordem, precisamente isso, de novo se levanta, deixando por terra precisamente o que haveria que recuperar...

De novo se trata de um problema fáctico, ao qual acresce a opção de cada um: quem negará que no nosso passado recente muitos dos dogmas sagrados em que vivíamos foram postos em causa, e que depois, altissonante, da afirmação do que era

---

<sup>12</sup> O diagnóstico da situação que acabou por surgir foi magistralmente empreendido, sob ângulos diversos, por autores singulares. Ousaríamos, *brevitatis causa*, recordar algumas obras muito diferentes, mas que iluminam de diversos ângulos o tipo de mundo que tornou possível o direito que está aí: como uma espécie de profecia, – Tocqueville de, Alexis – De la Démocratie en Amérique, Paris, Garnier – Flammarion, ed. De 1981, 2 vols.

<sup>13</sup> Valores... ou valores instalados: os valores são, até prova em contrário, valores sociais, com uma “vigência” – é muito complicado afirmar-se que se defende valores imutáveis, perenes e indiscutíveis. E alguns valores são aceites por um largo e consensual leque de pessoas, mas que na prática diferem muito na sua aplicação.

Veja-se, por exemplo, o relativo consenso semântico existente perante o dito valor da vida (que pessoalmente consideramos não ser realmente pelo vero valor, mas pressuposto de valores... logo, de algum modo, superior aos próprios valores, pois sua condição de existência). Tal unanimidade, porém, permite a uns serem favoráveis à pena de morte, e outros à eutanásia, e ainda outros à interrupção voluntária da gravidez ou aborto (as palavras aqui também não são inocentes). Permite que alguns sejam favoráveis apenas a uma ou duas das três práticas referidas, que outros sejam desfavoráveis a todas, duas ou uma. Todas as combinações são possíveis, embora haja combinações mais frequentes que outras... Por estas e por outras situações é que temos de visitar não só os grandes eticistas e moralistas, como os grandes iconoclastas. E, deste logo, tanto ler Aristóteles – *Ética e Nicómaco*, trad. Fr. *Ethique à Nicomaque*, 6ª. Tiragem, Paris, Vrin, 1987 como Nietzsche, Friedrich – *Genealogie der Moral*, Berlim, Akademie Vlg., 2000.

tradicional e se contestara antes? Fazer o balanço do que de positivo e negativo se ganhou e se perdeu num e noutra dos movimentos, de novo é problema de escolha. Seria quiçá interessante que se procurasse um consenso. Mas será possível? Temos as mais profundas dúvidas, Os dogmatismos conservadores e os dogmatismos revolucionários não dão mais que um passo de um milímetro para se encontrarem, e, ao contrário do tópico Lenine, dão um passo em frente para recuarem mais dois. Assim, muito provavelmente, a única forma de se procurar alguma paz social será a tentativa de, no mais vasto pluralismo, se encontrar um *modus vivendi*, uma convivência no respeito pelas diferenças de Direito sobretudo, sem tentativas de doutrinação e aculturação, e muito menos imposições fanáticas. Para além, evidentemente, de um mínimo ético-social de ordem pública e pouco mais... Cada dogmatismo terá de compreender que está votado ao mais rotundo fracasso, e que um país ou um mundo monocolorido, seja em que domínio for, é uma quimera que só poderia ser levada a cabo, e mesmo assim durante escasso tempo, pelo sangue, pelo ódio, pelo terror. Infelizmente, os dogmatismos e os fanatismos persistem, uns armados e com bandeira terrorista desfraldada, outros mascarados e sorridentes, de uma urbanidade postiça.

Talvez o maior problema que enfrenta o Direito nos nossos dias seja precisamente o de não ter sido concebido, nem estar preparado para, por junto, fazer as vezes (sem o ser, e não podendo sê-lo) da igreja, da família, da vizinhança, ou, numa outra perspectiva, da religião, da moral, da etiqueta, mesmo de alguma instrução e educação e quiçá cultura. E também – e quiçá acima de tudo – suprir um enorme défice de bom senso que jamais a tecnocracia pode fornecer. Não falemos já em bom gosto, que tal seria pedir demais.

Grande parte da grande crise do Direito actual decorre do congestionamento de tarefas, e do curto-circuito entre as funções para que foi concebido e “programado” e aquelas que é hoje chamado a cumprir.

Muito abaladas que estão as ideias de mesura, equilíbrio, conciliação, arbitragem natural dos conflitos de todo o género; profundamente estilhaçado que ficou o tecido social com a quebra de fidelidades, solidariedades e dependências mesmo (para se estabelecerem outras, de novo tipo, mas em geral muito menos duradoiras, logo, menos interiorizadas); com a concomitante perda de ideias de distância, respeito mútuo, deferência, reciprocidade, hierarquia social e natural, o que é ilustrado por exemplo pela confusão imperante quanto às formas de tratamento (ainda) em uso; tendo mudado a imagem do poder, de sacral e distante, para lúdico, mediático (Reagan, Ciccilina, Berlusconi), dialogante e até algo claudicante face a poderes efectivos e situações de facto (paradigmáticos foram o genocídio em Timor e a guerra na ex-Jugoslávia); não permitindo a escassa vida familiar (que a absorvente dinâmica económica confisca sofregamente, arrancando os pais aos filhos – pois obrigando-os a trabalhar em ritmo e tempos de ocupação excessivos, alucinantes até) nem tradição, nem educação, nem sequer, ao menos, comunicação inter-geracional, e ainda não podendo ela ser suprida em absoluto pela escola, para mais servida por docentes não raro desmotivados na sua proletarização e erroneamente ciosos da sua “especialidade” pedagógica, que por definição lhes veda formar homens integrais –,

com tudo isto, as antigas ordens sociais normativas não jurídicas não têm, para o actual cidadão plastificado e robotizado, um sentido mais vivo que o de relíquias de museu. Faltar-lhes-ia a todas, segundo uma visão superficial e ingénua muito difundida, aquele carácter de real coercividade que tantos parecem encontrar, finalmente tranquilizados na ordem jurídica. A mesma que, contudo tanto é criticada, pela comunicação social por ser lenta e ineficiente. Esquecendo que as penas eternas, o evitamento social, ou o remorso moral, podem ser horrores bem mais aflitivos, actuais e eficazes, social e individualmente, cumprindo na perfeição (e até com acréscimo) todos os clássicos fins das penas. Com a só condição (hoje porém inverificada) de que a sociedade adira ao seu sistema simbólico e aos rituais daí decorrentes.

Tomado da sua febre, a que se chama stress, o cidadão moderno vive de mitos de progresso, eficiência, sucesso, juventude, prazer e velocidade.

O Direito tornou-se numa técnica ou já era mas renasceu esta corrente técnica, entre outras, de remover essa pedra sem o incómodo e relativo risco de ter de dar-lhe pessoalmente um pontapé. A acção directa por vezes não compensa tanto como um bom advogado, e um bom advogado, nestes casos, seria um advogado meramente eficaz, sem qualquer atenção pelos meios para alcançar os fins. O princípio parece ser este, que ouvimos uma vez citado numa audiência de um caso de moeda falsa: a própria burla seria um progresso, porque onde outrora se vertia o sangue, agora só corre o dinheiro. O Direito tem, nessa óptica utilitarista, um valor semelhante. A instrumentalização processual ao serviço de interesses mesquinhos das partes parece ser um dos primeiros sacrilégios contra a Justiça. Mesmo alguns juristas se deixam contagiar pela febre. Mesmo a Universidade não está imune aos assaltos do quick and dirty... Má qualidade e más práticas universitárias nunca poderão desabrochar depois numa prática forense límpida e honesta. Os hábitos ficam.

Para além de defensores de posições radicais e anti-democráticas e no limite criminosas, terroristas e afins, o próprio homem comum pode ser tentado a uma existência “perigosa”. A fortuna actual dos desportos radicais mais violentos e expostos ao perigo é apenas o lado ainda socialmente mais benévolo do que se espera não venha a constituir uma tendência...

A confusão entre os legítimos anseios do Homem e a sua perversão é muito nociva. De um lado, há os que pregam a afirmação dos novos “super-homens” nietzscheanos, sem freios ou limites para a sua expansão e afirmação pessoais, desprovidos de qualquer respeito pelo outro, prontos a pisar e até eliminar quem se atravesse no caminho do seu feroz egoísmo; de outro lado, ora embebidos em hipocrisia, ora sinceramente animados por uma qualquer visão, há os que esgrimem ainda com a necessidade de sacrifício e resignação, proscrevendo qualquer anelo de felicidade das gentes comuns – pelo menos de felicidade humana, hic et nunc. Mas muitos deles, enquanto para a massa advogam uma sombria mortificação, não

parecem muito escandalizados com o desbragamento de uns tantos, desde que com eles tenham os convenientes laços ou afinidades<sup>14</sup>.

A recusa de adesão acrítica a métodos, pressupostos e ideias vindas de outros quadrantes da ciência e do pensamento e da acção e em especial a resistência a uma subordinação aos seus ditames (porque toda a ordem, seja ela racionalidade, ciência, filosofia, doutrina, ideologia, é potencialmente totalitária), ainda que somente sob a capa de fusão ou hibridação, não pode confundir-se com uma necessária e útil receptividade face a inspirações exógenas. Há uma triagem e uma elaboração a fazer para todos os processos de recepção ou importação – conceitual, metodológico, problemático etc. As ideias não jurídicas precisam como que de um visto para poderem livremente circular no território.

A mania da originalidade é uma das grandes inimigas do Direito hodierno, em praticamente todas as suas vertentes, Fazem-se leis, congemina-se doutrinas, ensaiam-se estilos excessivamente sob a pressão do desejar fundar alguma coisa, fazer escola, abrir novas clareiras, desbravar horizontes ignotos. Não se trata, evidentemente, de uma tendência generalizada: a maioria dos agentes jurídicos não sonha em assinar uma lei, em inaugurar uma nova forma de julgar, ou em inventar uma teoria revolucionária. Porém, por todo o mundo, tudo somado, vai havendo um número considerável de pessoas a desejar fazê-lo – considerável se atentarmos à natureza delicadíssima, hipersensível e excepcionalíssima do que se propõe fazer. Sendo poucos, cada um dos inovadores pode tornar-se não um pioneiro a quem se louva audácia, mas um perigoso aprendiz de feiticeiro. E o resultado das suas experiências (ou da sua inexperiência) pode ser irreparável ou ter custos altíssimos. Esquece-se que a originalidade não é um valor em si, mas uma moda recente (mesmo em domínios propensos à inovação e à ruptura, como a literatura e a arte em geral, como o demonstra Roland Mortier<sup>15</sup>), fruto do individualismo e do narcisismo, pessoal e epocal.

A febre da originalidade preside em grande parte a algumas heresias jurídicas contemporâneas. Partem elas sobretudo das áreas culturais menos providas de tradição jurídica. E por isso aí se encontram mais livres, menos peneiradas pelo juízo crítico de uma autoridade com peso secular que decerto poderia ser-lhes fatal à nascença, sobretudo se usasse da arma decisiva do sarcasmo.

A título de exemplo, a nova arca de Noé do Australiano Peter Singer, levando os “direitos dos animais” a um extremo de fanatismo sectário; a reedição do Deus das Moscas nas propostas nórdicas de extensão do direito de voto às crianças; as ideias extremas de desresponsabilização do comitente em algumas matérias de responsabilidade civil, no limite endossada para o Estado, e paga pelos contribuintes em geral. Ninguém afirma que os animais não devam ser protegidos: mas não porque

---

<sup>14</sup> Já Hefesto demonstrava esta duplicidade de critérios, no início do *Prometeu Agrilhado* de Ésquilo (12-45).

<sup>15</sup> Mortier, Roland – *Originalité. Une nouvelle catégorie esthétique au siècle des Lumières*, Genebra, Droz, 1982.

tenham direitos próprios. Ninguém alega que as crianças não possam ter opinião: mas duvida-se que preparadas contra a demagogia sofisticada das campanhas eleitorais dos nossos dias, contra as quais nem muitos adultos se conseguem defender... Ninguém nega que algum risco social deva caber ao Estado: simplesmente não se deverá é acabar ou diminuir em excesso a responsabilidade de cada um...

Num outro plano, encontram-se correntes, doutrinas, movimentos, e até novos tipos de estudos e ramos de direito ou afins. Independentemente das predilecções de espírito de cada um, e do juízo crítico que conseqüentemente exercerá sobre estes objectos, haverá antes de mais de convir-se que, pelo menos, estas posições se apresentam nimbadas da auréola de alguma cientificidade, ou caução unniversitária, o que, de alguma maneira criando no público uma expectativa de abrangência, lhes transmite, uma presunção (ilidível, porém) de maior estabilidade e credibilidade. De um modo geral, são os movimentos, as correntes e as doutrinas necessariamente ou menos susceptíveis de concitar unanimidades, embora também não falem querelas por espaço vital (ou outro) nos domínios dos novos e clássicos ramos do Direito.

Um inventário exaustivo é impossível, porém ficam aqui algumas linhas essenciais.

No tocante a hibridações ou multidisciplinaridades, são de assinalar em especial a análise económica do Direito, a análise literária do Direito, em ambos os casos na lei divina e na lei portuguesa. Todos se assemelham, ligam ou denunciam afinidades com a criminologia crítica, no plano sociológico penal, com uma grande fatia da produção que corre como sociologia jurídica (ou do Direito) tout court, por vezes com a própria teoria do Direito.

Oscilando consoante as épocas e as modas, pode dizer-se, grosso modo, que estas tendências (e suas congéneres ou precursoras) utilizaram o materialismo histórico e dialéctico, o estruturalismo, a hermenêutica e a semiótica como utensílios ou inspirações teóricas. Hoje é o desconstrucionismo o nome que identifica de algum modo o ponto de confluência destes legados<sup>16</sup>.

Algumas ciências jurídicas humanísticas particulares, sem o estigma de excessiva ideologização (embora sem poderem enjeitar pais fundadores e a sua própria história) vão surgindo individualmente nos curricula mais ousados e actualizados. Além das quatro clássicas, é a teoria da legislação, as ciências criminais (ou criminologia; e mais tarde a vitimologia), a retórica jurídica, a semiótica jurídica etc. É evidentemente discutível o estatuto de cada uma delas. A opção pela existência de uma vitimologia a se parte, em geral, da convicção de que a vítima estava sendo o parente pobre das preocupações penais e mesmo criminológicas. A lei divina islâmica também engloba todos estes factores.

---

<sup>16</sup> Cunha, Paulo Ferreira, *História do Direito – Do direito romano à constituição europeia*, Almedina – 2005, p.87.

Perante uma mesma realidade, diferentes observadores, mesmo juristas de raça do atento escriba Kay (o vivíssimo e acorçado egípcio do Museu do Louvre), se apercebem de coisas diferentes. Ainda hoje se recita em várias escolas, pelo mundo fora, que o Direito é como um “conjunto de regras impostas coactivamente pelo Estado para pacificação social” (ou para a “organização da sociedade”, ou para “administrar ou dirimir os conflitos”, ou qualquer coisa de idêntico)<sup>17</sup>.

No fundo, trata-se da transposição para o universo do Direito de características pós-modernas gerais: indeterminação, fragmentação, descanonização, apagamento do eu, infabilidade, hibridação, carnavalização (associada à dita performance e à ironia e auto-ironia, mas também ao snobismo), construcionismo (ou o contrário?), generalização (horror vacui)<sup>18</sup>. Na verdade, o pluralismo normogenético e jurídico, consistindo na infirmação do monopólio estadual (e ferindo assim de morte já pelo menos um terço da definição positivista), analisa-se numa policracia jurídica que é feita necessariamente de fragmentação e descanonização, arrasta consigo indeterminação, alguma infabilidade, decerto etc. O mesmo se passa com a informalidade. Do mesmo fenómeno são manifestações a descodificação ou a desregulação (e à conta destes e doutros ataques à própria norma lá se derriba mais um terço da definição execrada) etc. A palavra fundamental de todos estes movimentos é, porém, como sabemos, a desconstrução. Armada por uns, execrada por outros<sup>19</sup>, ela é hoje, porém, como se diria sacrificando a uma expressão de péssimo gosto, hoje muito em moda: “incotornável”.

Sempre esteve errada a definição positivista, especialmente porque o Direito sempre foi anterior e superior às normas, que de si só devem ser estilizada representação, e porque sempre houve, além da forma legal e da sede no Estado, outros processos e poderes criadores de Direito. No primeiro aspecto, sempre se falou (e com este nome pelo menos desde Cícero) de fontes de Direito. E também sempre se soube que algumas dessas fontes podiam (e podem) não provir do Estado (desde o costume às normas corporativas ou aos tratados internacionais). Este facto dá e tira razão a mitos dos pós-modernos. Dá-lha, enquanto subscreve a sua ideia (embora historicamente seja o inverso... porque eles vieram depois) da pluralidade efectiva das fontes, em sentido técnico-jurídico e em sentido orgânico ou político. Mas também a retira, porquanto esse facto, sendo uma constante desde sempre (posto que com altos e baixos), não poderá, assim, ser levado à conta de traço específico da pós-modernidade. Dir-se-á então que a especificidade do traço pluralista está na antítese que representa a sua pujança, nos nossos dias, face ao grande apagamento que conheceu sob o signo positivista, culminante da modernidade que ora se supera. Ou procuraria superar.

---

<sup>17</sup> Cunha, Paulo Ferreira – *O Ponto de Arquimedes. Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2001, p.137.

<sup>18</sup> Hassan, Ihab – *Fazer sentido: as atribuições do discurso pós-moderno*, “Revista Crítica de Ciências Sociais”, 24, Março 1988, p.47 ss.

<sup>19</sup> Frankl, George – *Os Fundamentos da Moralidade. Uma Investigação da Origem e Finalidade dos Conceitos Morais*, p.87 ss.

A Civilização europeia e Portugal encontram-se indissolúvelmente ligados ao Direito, e necessariamente deixariam de existir acaso ele sucumbisse, como também os muçulmanos e a lei Divina, caso esta sucumbisse, os muçulmanos deixariam de existir. Passou o Direito já por períodos bem mais sombrios que a crise ora experimenta. Basta lembrarmos da decadência do Império, das invasões bárbaras, dos alvares da Idade Média<sup>20</sup>. Talvez da História se possa, além da lição da resistência e de optimismo, ainda tirar algum receituário. O Direito, esquecido e bastardo pela destruição e pela barbárie, renasceria graças à conservação dos clássicos e da cultura em geral pela Igreja católica, e pela mão das Universidades nascentes.

A Lei Islâmica nasceu com a profecia de Muhammad, foi clarificada pelas escolas jurídicas e jamais decaiu.

O Direito proprio sensu, com as suas muitas errâncias e derrapagens, falhas técnicas e sem dúvida algumas ingenuidades, se tem aproximado das necessidades de novos tempos.

Tempos, no caso do Direito não divino, em que o paradigma do direito subjectivo, que ainda impera, provavelmente terá de vir a dar lugar (sob o impacto dos direitos humanos e especificamente dos direitos económicos, culturais, e dos novos direitos ambientais e outros, mais complexos e desafiadores ainda) a um novo paradigma geral do direito: a que seria legítimo chamar “direito social”, mas que teria que repensar profundamente a raiz voluntarista e normalista do direito subjectivo, hoje imperante<sup>21</sup>. Não pode haver um Direito para o século XXI com o esquema básico do século XIV, retomado sucessivamente na mesma linha nominalista, racionalista, liberal...

É todo um conjunto vastíssimo de pequenas modificações, de reformas de pormenor e de mudanças sectoriais, e toda uma profunda e surda revolução jurídica que vai, lentamente, fazendo o seu caminho. E que já aí está, embora alguns teimem em não olhar para o lado (e em frente), e assim a não dar por isso.

Juristas do futuro serão apenas aqueles que, como os anões de São Bernardo, forem capazes de ver mais longe. Não tolhidos pela sua pequena estatura, porque capazes de saltar para cima dos ombros gigantes, que são os seus maiores.

A História do direito permite precisamente aos anões tornarem-se gigantes, pelo conhecimento do passado. Mas tem de ter os olhos no futuro. E por isso ser mais que ela própria.

Comparando a tradição jurídica islâmica com a tradição europeia e ocidental derivada do direito romano, Joseph Schadt, descreve as similitudes entre ambas, evidenciando, também as principais diferenças:

---

<sup>20</sup> Minc, Alain *Le Nouveau Moyen Age*, Paris, Gallimard, 1993.

<sup>21</sup> Cunha, Paulo Ferreira – *Teoria da Constituição. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais*, vol.II Lisboa/São Paulo, 2000, p.17-42.

A Lei Islâmica representa um caso extremo de «lei dos juristas»; foi criada e desenvolvida por especialistas privados, um fenómeno bem conhecido da sociologia do direito.

Há alguns paralelismos entre as funções destes especialistas na lei islâmica e romana, mas as diferenças são mais importantes. Na lei romana, foi a crescente importância da vida comercial que esteve na criação das correspondentes formas legais; na lei islâmica, foi o zelo religioso de um crescente número de muçulmanos que esteve na origem da aplicação de normas religiosas a todos os problemas de comportamento.

A formação da lei islâmica não teve lugar nem sob o ímpeto das necessidades da prática, nem sob o ímpeto da técnica jurídica, mas sob ideias religiosas e éticas.

Se os juristas romanos pretendiam ser úteis aos seus clientes, estes tinham de tentar prever a provável reacção dos magistrados e juizes a cada transacção; se os primeiros juristas islâmicos tinham de preencher o dever religioso, tal como estes o viam, teriam de procurar com as suas consciências, de forma a encontrar o que aos bons muçulmanos era permitido ou proibido efectuar.

Conforme este chama ainda a atenção, a lei islâmica constitui «um fenómeno único de ciência legal onde o Estado não preconiza, nem de forma alguma tem o papel de legislador», simplesmente não há a palavra Estado na elaboração desta lei divina.

O Legislador é Allah e numa escala inferior o Profeta Mohamad com a Sunna e Ahadith, contudo fundamentado no Corão.

E, onde os livros sobre a Shariah produzidos pelos juristas têm «força de lei (na extensão em que a lei islâmica for aplicada na prática)»<sup>22</sup>.

Dependendo isto de duas condições: «que a ciência legal garanta a sua própria continuidade e que o lugar do Estado tenha sido tomado por outra autoridade suficientemente elevada para se impor ao governo e aos governados.

A primeira condição foi preenchida pela doutrina de consenso que levou a uma eliminação cumulativa das diferenças de opinião que, não podendo ser totalmente eliminadas, foram igualmente ortodoxas. A segunda condição foi preenchida pelo facto de a lei islâmica se afirmar baseada na autoridade divina.

O elemento humano é importante no método mecânico do raciocínio por analogia, e também o raciocínio independente alicerçado à lei divina (ijtihad)<sup>23</sup>.

«O tradicionalismo da lei islâmica, o qual talvez seja a sua característica mais essencial, é típico de uma 'lei sagrada'»<sup>24</sup>...

---

<sup>22</sup> Schadt, Joseph, *Introdução à Lei Islâmica*, 1962, p. 209.

<sup>23</sup> Al-Daumi, Abd Al-Qadir, *Raudat al-názir wa janatul manázir*, p.47 1º volume 1995.

<sup>24</sup> Schadt, Joseph, *Introdução à Lei Islâmica*, 1962 p. 210-211.