
Quem é quem na Sharia?

Wael B. Hallaq¹

¹ Columbia University, New York, United States of America

Este texto examina os principais atores do sistema jurídico islâmico pré-moderno, contrastando-o com os sistemas jurídicos estatais contemporâneos. Diferentemente do direito moderno, a Sharia não foi produto do governo, mas sim da sociedade e de suas comunidades, que produziram seus próprios especialistas jurídicos. Quatro figuras centrais são analisadas: o mufti, o autor-jurista, o juiz (qadi) e o professor de direito, cada um desempenhando papéis fundamentais na construção, elaboração e funcionamento contínuo do direito islâmico. O excerto é parte da obra *An Introduction to Islamic Law* (Cambridge University Press, 2009).

1 A profissão jurídica e o Estado

Nos sistemas jurídicos modernos, juízes, advogados e notários são inquestionavelmente produtos da profissão jurídica. Eles são inicialmente educados em escolas de ensino fundamental e médio regulamentadas pelo Estado, e sua formação nas faculdades de Direito das quais acabam por se graduar não é menos sujeita a essa regulamentação. Eles estudam as leis que o Estado legisla, embora em alguns sistemas jurídicos também estudem as decisões judiciais de magistrados que são em boa parte limitados pelas políticas gerais do Estado. O fato é que a profissão jurídica é fortemente regulamentada pelo Estado e por suas políticas públicas e legais. É difícil pensar em qualquer profissional do Direito que possa exercer a advocacia sem ter que passar por algum tipo de exame direta ou indiretamente determinado pelo Estado ou por seus órgãos. E quando estudantes de Direito se tornam advogados, e advogados se tornam juízes, sua referência última e quase exclusiva é a lei produzida pelo Estado.

Essa situação teria sido inconcebível nas terras muçulmanas antes do alvorecer da modernidade. O

fato mais notável sobre o pessoal jurídico islâmico tradicional é que ele não estava sujeito à autoridade do Estado, simplesmente porque o Estado tal como o conhecemos hoje não existia (na verdade, tampouco existia na Europa, onde seus primórdios remontam, no mínimo, ao século XVI). Assim, até a introdução no mundo muçulmano (durante o século XIX) do Estado moderno e de suas instituições onipresentes, os muçulmanos viveram sob uma concepção e prática de governo diferentes. (É por isso que não devemos usar o termo “Estado” para nos referirmos àquela forma primitiva de poder sob a qual os muçulmanos viveram antes do século XIX. Em vez disso, reservaremos para esse tipo de autoridade termos como “governante”, “governo” ou “poder”.)

O poder muçulmano pré-moderno era limitado, pois não possuía os amplos poderes do Estado moderno. A burocracia e a administração estatal eram rarefeitas, em sua maioria restritas a centros urbanos e amplamente confinadas a questões como o exército do governante, seus assistentes, a arrecadação de impostos e, frequentemente, a posse de terras. [...]

2 A origem social do Direito Islâmico

[A] Sharia não foi produto do governo islâmico (ao contrário do direito moderno, que é em grande medida produto do Estado). É verdade que o governante muçulmano administrava a justiça nomeando e destituindo juízes, e até definindo os limites de suas jurisdições, mas isso não significa que eles poderiam definir como e qual lei deveria ser aplicada. Assim, a questão que se nos apresenta é: se o governante muçulmano não criou o direito vigente, quem o criou?

A resposta é que a sociedade e suas comunidades produziram seus próprios especialistas jurídicos, pes-

soas qualificadas para desempenhar uma variedade de funções que, em sua totalidade, constituíam o sistema jurídico islâmico. Por ora, falaremos (de modo limitado e à guisa de introdução) de quatro tipos de pessoal jurídico que desempenharam papéis fundamentais na construção, elaboração e funcionamento contínuo da Sharia: o **mufti**, o **autor-jurista**, o **juiz** e o **professor de Direito**. Naturalmente, havia outros “atores” no sistema jurídico, incluindo notários, testemunhas do tribunal e até o próprio governante (a serem discutidos oportunamente), mas seu papel na construção do sistema e em seu funcionamento contínuo não era “estrutural” (com isso quero dizer que o sistema teria permanecido substancialmente o mesmo com ou sem sua participação). Porém, sem as contribuições fundamentais do mufti, do autor-jurista, do juiz e do professor de Direito, a Sharia não teria suas características singulares e não teria se desenvolvido da maneira como se desenvolveu. Esses quatro atores, cada um a seu modo, fizeram da Sharia o que ela foi.

3 O mufti e a fatwa

Começamos pelo mufti por causa de seu papel central na evolução inicial do Direito Islâmico e de sua importante contribuição para seu contínuo florescimento e adaptabilidade ao longo dos séculos. O mufti, no desempenho de uma função central, era um especialista jurídico privado que era legal e moralmente responsável perante a sociedade em que vivia, não perante o governante e seus interesses. O ofício do mufti era emitir uma **fatwa**, isto é, uma resposta jurídica a uma questão que lhe fosse submetida. Via de regra, consultá-lo era gratuito, o que significa que o aconselhamento jurídico era acessível a todas as pessoas, pobres ou ricas. As questões dirigidas ao mufti eram levantadas por membros da comunidade, bem como por juizes que achavam difíceis de decidir alguns dos casos levados a seus tribunais. As primeiras elaborações jurídicas que surgiram no Islã foram produto dessa atividade de perguntas e respostas. Com o tempo, essas respostas foram reunidas, ampliadas, sistematizadas e, por fim, transmitidas tanto de memória quanto por escrito como “livros de Direito”.

O mufti declarava qual era a lei com relação a uma situação fática particular. Como era, em razão de sua erudição, considerado detentor de autoridade jurídica suprema, sua **opinião**, embora não vinculante, resolvia muitas disputas nos tribunais. Assim considerada como uma declaração autorizada de Direito, a fatwa era rotineiramente acolhida e aplicada nos tribunais. Um litigante que não conseguisse obter uma fatwa a seu favor dificilmente recorreria ao tribunal, preferindo abandonar sua pretensão por completo ou recorrer à **mediação** informal.

Os muftis nem sempre “atuavam” no tribunal, mas isso não alterava o fato de que eram rotineiramente consultados sobre casos difíceis, mesmo que residis-

sem a vários dias de distância do local onde o caso estava sendo decidido. Não era incomum que um juiz, digamos no Cairo, enviasse uma carta contendo uma pergunta a um mufti que residia, por exemplo, na Espanha muçulmana.

3.1 A autoridade da fatwa

A autoridade da fatwa era decisiva. Quando ocasionalmente uma fatwa era desconsiderada, geralmente era porque outra fatwa, muitas vezes produzida por um oponente, constituía uma opinião mais convincente e mais bem fundamentada. Em outras palavras (e inversamente), era raro que um juiz descartasse uma fatwa em favor de sua própria opinião, a menos que ele mesmo fosse de um calibre jurídico superior ao do mufti de quem a fatwa fora solicitada (caso em que o próprio juiz não buscaria uma fatwa em primeiro lugar). Tudo isso equivale a dizer que a fatwa é o produto de perícia jurídica e conhecimento jurídico avançado, e quanto mais erudito o mufti, mais autorizada e aceitável era sua fatwa tanto para o tribunal quanto para o público. (O nível de conhecimento jurídico de um estudioso era determinado pela prática, não por graus ou diplomas. A medida de um jurista destacado era, entre outras coisas, a qualidade de seus escritos e fatwas, bem como sua capacidade de vencer debates acadêmicos com estudiosos distintos.)

O papel central da fatwa no tribunal muçulmano explica por que as decisões dos juizes não eram mantidas nem publicadas da maneira praticada pelos tribunais modernos. Em outras palavras, o Direito não residia no precedente estabelecido pelos tribunais (noção baseada na doutrina do **stare decisis**), mas sim em um corpo de escritos jurídicos que se originava predominantemente das respostas dadas pelos muftis.

3.2 Fatwas como fonte do Direito

Assim, emanando do mundo da prática jurídica, as fatwas (e não as decisões judiciais) eram coletadas e publicadas, particularmente aquelas que continham Direito novo ou representavam novas elaborações jurídicas sobre problemas antigos de relevância recorrente. Tais fatwas geralmente passavam por um processo editorial significativo, no qual fatos juridicamente irrelevantes e detalhes pessoais (como nomes próprios, topônimos, datas, etc.) eram omitidos. Além disso, eram abreviadas com vistas a abstrair seu conteúdo em fórmulas estritamente jurídicas, geralmente do tipo hipotético: “Se X faz Y sob um determinado conjunto de condições, então L (norma jurídica) se segue.” Uma vez editadas e abstraídas, essas fatwas tornavam-se parte integrante da literatura jurídica autorizada, a ser consultada e aplicada conforme a situação exigisse.

4 O autor-jurista

A grande maioria das obras jurídicas islâmicas, contudo, não foi escrita pelo mufti, mas sim pelos autores-juristas que dependiam em boa parte das fatwas de muftis ilustres. A atividade dos autores-juristas se estendia desde a redação de tratados curtos porém especializados até a compilação de obras mais extensas, que geralmente eram comentários ampliados sobre as obras curtas. Assim, um breve tratado que resumia o Direito em toda sua extensão costumava ter cerca de duzentas páginas, e frequentemente suscitava comentários que ocupavam até dez, vinte ou trinta grandes volumes. Foram essas obras que proporcionaram aos autores-juristas a oportunidade de articular, cada um para sua própria geração, um corpo de Direito modificado que refletia tanto as condições sociais em evolução quanto o estado da arte do Direito como disciplina técnica. A preocupação primordial dos autores-juristas era a incorporação de pontos de Direito (em sua maioria fatwas) que haviam se tornado relevantes e necessários à época em que escreviam. Isso é evidenciado em sua incansável insistência na necessidade de incluir em suas obras “questões jurídicas muito necessárias”, consideradas relevantes para as exigências contemporâneas, bem como aquelas questões de “ocorrência generalizada”.¹ Por outro lado, os casos que se tornaram irrelevantes para a comunidade e suas necessidades, e que assim saíram de circulação, eram excluídos.

Muitos, se não a maioria, dos casos retidos eram reconhecidos como pertencentes aos “jurisprudentes tardios”, que os haviam elaborado em resposta a novos problemas emergentes na comunidade. Refletindo em seus escritos as “condições cambiantes das pessoas e da época”,² os autores-juristas optavam por opiniões posteriores que frequentemente divergiam das doutrinas dos primeiros mestres. É também instrutivo que as fatwas que formavam a substância da doutrina posterior fossem aquelas que respondiam a necessidades contemporâneas e haviam simultaneamente se difundido na prática. Por outro lado, aquelas opiniões que haviam deixado de ser úteis no contencioso eram excluídas como fracas ou mesmo irregulares.

5 O juiz (qadi)

Muitas das obras escritas e “publicadas” pelos autores-juristas serviam como referências padrão para juízes, que as estudavam quando eram estudantes e as consultavam após serem nomeados para a magistratura. Portanto, se a autoridade do Direito residia nas opiniões do mufti e nos tratados do autor-jurista, então o juiz (a menos que ele próprio fosse simultaneamente mufti e/ou autor-jurista) não deveria possuir o mesmo nível de conhecimento jurídico especializado. Isso equivale

a dizer que uma pessoa que fosse mufti ou autor-jurista geralmente poderia atuar como juiz, embora um juiz que fosse formado apenas como juiz não pudesse atuar nem na qualidade de mufti nem na de autor-jurista.

É óbvio que o ofício do juiz é adjudicar disputas, que é de fato a tarefa principal de um juiz moderno. Mas essa tarefa era apenas uma entre muitas outras atribuições importantes que o juiz muçulmano, o **qadi**, tinha de assumir. O qadi, assim como o mufti, era membro da comunidade que servia. De fato, o próprio Direito Islâmico exige que o qadi, para se qualificar para o cargo, esteja intimamente familiarizado com os costumes locais e o modo de vida da comunidade em que atua. Com a ajuda de sua equipe (que discutiremos brevemente em momento oportuno), ele era encarregado de supervisionar boa parte da vida da comunidade. Ele supervisionava a construção de mesquitas, ruas, fontes públicas e pontes. Inspeccionava edifícios recém-construídos e o funcionamento de hospitais e cozinhas comunitárias, e fiscalizava, entre outras coisas, as importantíssimas *waqfs* (conjuntos de bens que um doador afetava a uma função específica, de interesse público). O qadi zelava pelo cuidado dispensado por tutores a órfãos e pobres e ele próprio atuava como tutor em casamentos de mulheres que não possuíam parentes do sexo masculino. Além disso, o qadi muitas vezes desempenhava o papel exclusivo de mediador em casos que não eram de natureza estritamente jurídica. Ele não apenas mediava e arbitrava disputas e efetuava reconciliações entre maridos e esposas, como também ouvia, por exemplo, os problemas que dividiam irmãos que talvez não precisassem de mais do que a opinião de alguém de fora.

5.1 O tribunal como espaço social

Ademais, o tribunal muçulmano era o local em que transações importantes entre indivíduos eram registradas, como a venda de uma casa, os detalhes do espólio de uma pessoa falecida ou um contrato de sociedade firmado entre dois comerciantes. Às vezes, uma pessoa procurava o tribunal meramente para solicitar que se tomasse nota de um insulto dirigido a ela por outra pessoa, o que equivalia a construir um “histórico” no caso de uma disputa futura com essa pessoa.

Igualmente importante era o contexto social em que o qadi e seu tribunal funcionavam. Os juízes invariavelmente buscavam compreender o contexto social mais amplo das partes litigantes, frequentemente tentando resolver conflitos levando em plena conta as relações sociais presentes e futuras dos disputantes. Como mediadores, porém diferentemente dos juízes modernos, os qadis se esforçavam para, sempre que possível, evitar o colapso de relacionamentos, de modo a manter uma realidade social em que as partes litigantes (que frequentemente vinham da mesma comunidade) pudessem continuar a conviver de modo amigável. Tal ato judicial requeria que o qadi conhecesse e es-

¹V. nota no original.

²V. nota no original.

tivesse disposto a investigar o histórico das relações (e relacionamentos) entre os disputantes.

6 O professor de Direito

Por fim, devemos dizer algumas palavras sobre o professor de Direito. Os primórdios da educação jurídica no Islã podem, de fato, ser rastreados até os muftis que surgiram durante as últimas duas ou três décadas do século VII como especialistas privados em Direito. Eles não tinham salários e seu interesse no estudo do Direito era motivado pela piedade e pelo saber religioso. Em torno de cada um desses primeiros muftis reunia-se um grupo de estudantes (e por vezes simples curiosos) interessados em adquirir conhecimento do Alcorão e da biografia do Profeta Maomé como padrão exemplar de conduta. Essas reuniões geralmente ocorriam nas novas mesquitas construídas nas diversas cidades e vilas que haviam ficado sob o domínio do Islã. Seguindo a prática dos conselhos tribais árabes quando se reuniam para discutir questões importantes, essas reuniões acadêmicas tomavam a forma de **círculos**, em que o mufti/professor literalmente sentava-se no chão, de pernas cruzadas, tendo estudantes e pessoas interessadas sentadas à sua esquerda e direita em disposição circular. (Essa era também a forma física que as sessões judiciais assumiam.) Os estudantes não precisavam candidatar-se formalmente para estudar com um professor, embora sua aprovação informal para que se juntassem a seu círculo fosse geralmente necessária, assim como decoro adequado por parte do estudante. Não havia taxas a pagar, exceto o presente ocasional que o professor pudesse receber de estudantes ou de seus familiares. Não havia diplomas ou graus conferidos na graduação, apenas uma licença emitida pelo professor atestando que o estudante havia concluído o estudo de um livro que ele, por sua vez, poderia transmitir ou ensinar a outros. A licença era pessoal, tendo a autoridade do próprio professor, não a de uma instituição impessoal (como são os diplomas concedidos pelas universidades atuais).

6.1 Sessões de fatwa, ensino e adjudicação

Durante os dois primeiros séculos do Islã, a distinção entre uma assembleia de fatwa e um círculo de ensino nem sempre era nítida ou evidente. De fato, em certa medida, essa situação continuou a prevalecer mesmo ao longo dos séculos posteriores, quando um mufti sentado em um círculo anunciava o encerramento de uma sessão de fatwa, abria outra sessão para adjudicar casos (atuando assim como juiz) e talvez à tarde (por vezes após compartilhar uma refeição com seus estudantes) estabelecia ainda outro círculo para o ensino. (Lemos frequentemente nas fontes que muitos juristas escreviam seus tratados jurídicos durante as

horas noturnas, e em reclusão, atuando assim na qualidade de autores-juristas. Deve-se dizer que aqueles que atuavam em todas as quatro capacidades eram geralmente considerados entre os juristas mais realizados.)

Algumas fatwas encontradas em uma sessão de fatwa poderiam ser discutidas no círculo de ensino, enquanto alguns estudantes que participavam do círculo de ensino ou de fatwa poderiam atuar como testemunhas quando o círculo era transformado em sessão judicial. Assim, embora essas três atividades ou esferas fossem distintas entre si, estavam inter-relacionadas de várias maneiras, tanto no nível da participação estudantil quanto no do professor. Se uma pessoa podia atuar como mufti, então podia ensinar, e certamente estava qualificada para desempenhar as funções de juiz (desde que, naturalmente, tivesse sido nomeada qadi pelo governante ou governador).

6.2 Sustento e condição social dos juristas

Os juízes, enquanto nomeados pelo governo, eram financeiramente remunerados pelo governante por seu trabalho, mas não os muftis ou professores (com a exceção parcial da prática otomana posterior, que discutiremos oportunamente). Ainda assim, durante os primeiros quatro ou cinco séculos do Islã, mesmo os juízes não ocupavam tais cargos em tempo integral e, quando não o faziam, precisavam encontrar, como os muftis e professores, outras fontes de renda. Isso equivale a dizer que, até que a profissão jurídica fosse institucionalizada, os juristas do Islã não eram, no que diz respeito ao sustento, profissionais do Direito em tempo integral, por mais eruditos e hábeis em Direito que fossem. Assim, até o século XI ou XII, a vasta maioria dos juristas exercia outros ofícios: muitos trabalhavam como curtidores, alfaiates, caldeireiros, copistas de manuscritos, pequenos comerciantes e mercadores. Em outras palavras, pertenciam geralmente ao que hoje chamamos de classes baixa e média, e não à classe alta.

Referência

Hallaq, Wael (2009). *An Introduction to Islamic Law*. Cambridge: Cambridge University Press.